

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE
LA SEGURIDAD SOCIAL



TESIS DOCTORAL

**La dignidad humana como límite al poder de control
empresarial**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

Adriane Reis de Araujo

DIRECTOR

Fernando Valdés Dal-Ré

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social



LA DIGNIDAD HUMANA COMO LÍMITE AL PODER DE CONTROL EMPRESARIAL

**Tesis que presenta el Lcd. Adriane Reis de Araujo para la colación del
Grado de Doctor, bajo la dirección del Prof. Dr. Fernando Valdés Dal-
Ré**

MADRID - 2015



Universidad Complutense de Madrid
Facultad de Derecho

LA DIGNIDAD HUMANA COMO LÍMITE AL PODER DE CONTROL EMPRESARIAL

Tesis para la colación del Grado de Doctor

ADRIANE REIS DE ARAUJO

FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ

Director

MADRID - 2015

Agradecimientos

Este trabajo es un sueño que se ha cumplido. Desde el principio, con la autorización para la estancia de estudios en Madrid hasta el inolvidable apoyo de muchos amigos y profesores, en particular de Fernando Valdés Dal-Ré, cuyas palabras de estímulo ha sido importante para no perder el ritmo y paso correcto a la conclusión de los trabajos. A los amigos Susana Pavão Pereira, Valentina Aniballi, Juan Carlos Quiñones, Juan Pablo Severín Concha y Erlan Peixoto do Prado, mi reconocimiento por su inestimable apoyo emocional y material. Al *Procurador-Geral do Trabalho*, Doutor Otavio Brito Lopes, y a los Consejeros del *Conselho Superior do Ministerio Público do Trabalho*, por facilitaren la licencia de estudios esencial a la inmersión investigativa para la formación del contenido de la tesis. Y a mi familia, mis padres, hijo e hija, hermanos, cuñadas y sobrinos, mis agradecimientos por su cariño, comprensión y respeto en los momentos de aislamiento.

La dignidad humana como límite al poder de control empresarial

SUMARIO

Introducción	07
---------------------------	----

Capítulo I – La dignidad humana en el constitucionalismo

1. El ingreso de la dignidad humana en los ordenamientos jurídicos: “de la teoría a la práctica”	13
2. El concepto jurídico de dignidad humana en el constitucionalismo occidental moderno.....	16
2.1 – La vertiente individual y colectiva del concepto de dignidad humana.....	23
2.2 – La intangibilidad de la dignidad humana	32
2.3 – El concepto material de la dignidad humana	36
3. La dignidad humana en el ordenamiento constitucional: ¿valor, principio o derecho fundamental?	40
4. La dignidad humana en la Constitución española	48
4.1 – La dignidad humana como valor o principio constitucional en España...50	
4.2 – La dignidad humana como derecho fundamental	56
4.3 – La dignidad humana como norma de clausura	70

Capítulo II – La libertad de empresa: la autoridad del empresario y sus condicionantes constitucionales

1. El poder del empresario en la Constitución española	73
2. La libertad de empresa: ¿garantía institucional o derecho fundamental?	78
2.1 – La libertad de empresa como garantía institucional	79
2.2 – El derecho fundamental a la libertad de empresa.....	85
3. El poder del empresario en el orden democrático contemporáneo.....	90
3.1 – Las garantías de la democracia frente al poder del Estado.....	94
3.2 – Las garantías de la democracia frente al poder del empresario.....	97
4. La productividad: ¿contenido esencial de la libertad de empresa?.....	111

Capítulo III – La dignidad humana en el contrato de trabajo

1. El concepto de dignidad humana en el contrato de trabajo por cuenta ajena	117
2. Las formas de organización del trabajo: de la sociedad disciplinaria hasta la sociedad de control	123
2.1 – El modelo Panóptico: el “Ojo Irado”	123
2.2 – Los establecimientos disciplinarios	130
2.2.1 – Los instrumentos del establecimiento disciplinario	136
2.2.1.a – La vigilancia jerárquica	136
2.2.1.b – La sanción normalizadora	137
2.2.1.c – El examen	139
2.3 – La sociedad de control	140
2.3.a – Vigilancia nómada.....	141
2.3.b – La sanción como sensación	143
2.3.c – El control continuado	145
3. La yuxtaposición de modelos: sociedad de la soberanía, sociedad disciplinaria y sociedad de control.....	147
4. Las formas de organización de la mano de obra	150
4.1 – El taylorismo.....	151
4.2 – El fordismo	154
4.3 – El modelo toyotista	156
4.4 – La empresa ubícua	161
5. La dignidad humana como límite al poder de control empresarial.....	166
6. El fundamento jurídico del poder (de control) empresarial en la relación laboral ..	172

Capítulo IV - La dignidad humana como límite al poder de control empresarial en la Web 2.0 y sobre el uso de las tecnologías móviles

1. El poder de control de la organización productiva en la Web 2.0.....	185
1.1 – Características del poder de control empresarial.....	188
1.2.a – El poder de control empresarial a través del uso de las TIC	193
1.2.b – El poder de control empresarial a través del uso de las NTIC.....	199

1.3 - Identidad Digital	202
1.4 – El <i>Big Data</i>	208
1.5 – Los entornos colaborativos y las redes sociales	210
1.6 – El modelo <i>Privacy by design</i> (PbD) y las tecnologías garantes de la Privacidad (PET)	215
1.7 – La movilidad: aparatos de tecnología móvil y el sistema BYOD	218
2. Los derechos a la intimidad y a la protección de datos personales como límites al poder de control tecnológico: el actual estado de la técnica	223
2.1 – El derecho a la intimidad en la empresa	226
2.1.a – El derecho a la intimidad y la identidad personal: la tensión entre la memoria y el olvido.....	232
2.1.b – El derecho a la intimidad: la responsabilidad por la información y el ejercicio de la libertad de expresión de los usuarios de la Web 2.0 ..	237
2.2 - El derecho a la protección de datos personales en la empresa	242
2.2.a – El consentimiento para el tratamiento de los datos personales en la empresa ubicua.....	247
2.2.b – Los datos públicos y los datos privados	253
3. El derecho a la dignidad humana del trabajador como límite al poder de control en la empresa ubicua: el uso de los entornos colaborativos y tecnologías móviles	256
Conclusión.....	277
Bibliografía.....	281
Résumen	295
Abstract	297

Introducción

“La única forma de reducir la complejidad del poder es mentir acerca de lo que es.”
(Richard Sennet)¹

1. La complejidad del poder empresarial y sus mecanismos

El presente trabajo pretende analizar, en líneas generales, los límites que la dignidad del trabajador impone al ejercicio del poder de control del empresario en el uso de los entornos colaborativos y dispositivos móviles. La advertencia de Richard Sennett recuerda que el tema exige bastante cuidado. Además, la experiencia histórica y jurídica nos invita a rechazar las respuestas fáciles que se puedan presentar en el camino, pues las manifestaciones del poder se caracterizan por su fluidez e irreductibilidad: cuando se pone una barrera, el poder busca otro cauce.

La aceptación del poder en la sociedad humana se debe a que éste no pretende exclusivamente la represión de los individuos. El poder es productor de saber, de discurso y de placer. *“Es preciso considerarlo como una red productiva que atraviesa todo el cuerpo social, más que como una instancia negativa que tiene función reprimir”*.² De todas las maneras el presente estudio se fundará en la definición, basada en el trabajo de Michel Foucault, de que el poder: *“no es ni una estructura ni una potencia de algunos: es el nombre dado a una situación estratégica compleja en una determinada sociedad”*.³ Con base en el modelo político y económico español vigente, la posición estratégica en las relaciones laborales es identificada con la figura del empresario, el sujeto jurídico implicado en la toma de decisiones en la empresa. Y la

¹ SENNET, Richard. La autoridad. Madrid, Alianza Editorial, 1980, p. 158.

² HERRAN, Eric. *El poder de Foucault: una miniatura*, p. 240. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12471733212570739987891/isonomia10/isonomia10_14.pdf> . Acceso en 07.03.2005.

³ FOUCAULT, Michel. apud MOTTA, Manoel Barros da. Apresentação. In: *Estratégia, poder-saber*. MOTTA, Manoel Barros da (org). Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003, p. XII.

doctrina lo demuestra al adoptar el *nomen iuris* de “poderes empresariales” a los derechos, creados y garantizados por fuerza de una relación contractual laboral, de aquél que se ocupa en dirigir la empresa sobre sus deudores. La metáfora⁴ aquí empleada seguramente cumple la función de potenciar la figura de autoridad contenida en el contratante-empresario.

Para conocer el poder, es necesario preguntarse ¿qué ocurre cuando el poder es ejercitado? y ¿para qué sirve? Poco importa lo que sea o de quien sea. La omnipotencia, omnipresencia y omnisciencia no son atributos del poder, sino que éste únicamente cobra fuerza a través de varios instrumentos y modelos, utilizados de forma conjunta y simultánea. “*El poder lucha con más fuerza y astucia por su manutención cuanto más grande sea la resistencia encontrada*”.⁵ Y no puede ser de otro modo, pues el poder es una relación de fuerzas entre individuos libres, lo cual supone siempre la posibilidad del enfrentamiento y resistencia.

Los hechos históricos nos muestran que el ejercicio del poder por parte del empresario ha tenido por objeto no sólo el cuerpo de su subordinado, con castigos físicos,⁶ sino, también, aspectos subjetivos, como son la emoción y la humillación. A medida en que un modelo de sanción disciplinar es rechazado, otra forma de castigo se acentúa; a medida en que al trabajador subordinado le es reconocida su condición de individuo creativo, sus derechos de ciudadano, su participación en la gestión colectiva de la empresa, otras técnicas de disuasión, más sutiles o invisibles, aparecen. O sea, la paulatina prohibición del recurso a la violencia física en el siglo pasado no ha implicado la disminución de la coerción, sino que ha surgido una serie nueva de controles por la seducción, “*el poder se consume según un ciclo reversible de seducción, de desafío y de*

⁴ El autor sostiene que: “*cuando utilizamos una metáfora tenemos dos ideas de cosas diferentes activas juntas y apoyadas por una sola palabra, o una sola frase, cuyo significado es resultado de su interacción.*”... “*Dicho de otro modo, una metáfora crea un significado mayor que la suma de sus partes, porque las partes actúan entre sí. Los términos de una metáfora tienen, relacionados unos con otros, un significado distinto del que tienen separados. Así es como pueden las metáforas establecer relaciones sociales: las partes de la metáfora pueden ser clases sociales diferentes o funciones diferentes en la sociedad. El todo crea el significado especial de las partes.*” (SENNET, Richard. *La autoridad*. Madrid, Alianza Editorial, 1980, p. 80)

⁵ El poder intenta “*manter (se) com tanto mais força, tanto mais astúcia quanto maior for a resistência.*” FOUCAULT, Michel. *Estratégia, poder-saber*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003, p. 232.

⁶ Robert Castel recuerda el relato de Max Weber de que a los trabajadores de las minas de Newcastle se encadenaban por collares de hierro con el objetivo de evitar huidas durante la jornada laboral (CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. 4ª ed. Petrópolis, Editora Vozes, 2003, p. 207).

astucia”,⁷ o por la vergüenza, “*controles menos palpables que el dolor físico pero iguales que él en cuanto a producir sumisión*”.⁸ Al fin y al cabo, el castigo no es nada más que el “arte de la actuación”, cuya finalidad es atemorizar y de ese modo disuadir de la práctica el comportamiento rechazado socialmente, como afirmaba Jeremy Bentham.⁹

La atención de este trabajo ha de centrarse en el ejercicio del control y vigilancia por parte del empleador sobre el trabajador. Y en su estudio, el *leitmotiv* ha de ser el modelo del Panóptico que, en 1786, Jeremy Bentham ofreció a las sociedades disciplinarias. El modelo de un edificio circular, en el que el poder se materializa en una torre central habitada por un vigilante invisible que, en el espacio y tiempo, “todo lo ve y todo lo sabe”: es el retrato de la omnisciencia, a la cual se contraponen la ignorancia del subordinado, aislado en su celda y completamente transparente en sus actos. Ese cuadro de control se actualiza (y se intensifica) en un mundo de cámaras móviles, plataformas web, aplicaciones para móviles y entornos colaborativos en la nube, entre otros tantos instrumentos creados por las nuevas tecnologías. Todos ellos presentes rutinariamente en los ambientes laborales y que se superponen o sustituyen a antiguas técnicas tales como la posibilidad de registro de las taquillas y efectos personales (art. 18 ET) y vigilancia de la salud del trabajador (art. 20.4 ET), por citar solamente aquellas facultades del empleador envueltas en encendidos debates en España, y a nuevas técnicas entre las cuáles sobresale la “cultura corporativa”.

Pero, además de lograr conocer todos los comportamientos de los sometidos al sistema, el Panóptico virtual creado en la Web colaborativa pretende transformar las mentes (su “normalización”) de los trabajadores mediante la disciplina de su emoción por la superexposición global a que es estimulado o a través de plataformas web, en que su acción a la vez es condicionada y vigilada en su integridad. Bentham creía que la gran innovación estaba en su sistema óptico, que le permitía de esa manera ejercer bien y fácilmente el poder.¹⁰ No obstante, Gilles Deleuze contraponen su ingenuidad en creer

⁷ BAUDRILLARD, Jean. *Olvidar a Foucault*. Valencia, Pre-textos, 2001, p. 62.

⁸ SENNET, Richard. *La autoridad*. Madrid, Alianza Editorial, 1980, p. 94.

⁹ PERROT, Michelle. O inspetor Bentham. En *O Panoptico*. SILVA, Tomaz Tadeu (org.). Belo horizonte, Autêntica, 2000, p. 120.

¹⁰ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 10ª edição. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1979, p.211.

en la suficiencia de la vigilancia como forma de imposición de la coerción psicológica a su genialidad al afirmarla como un instrumento de poder.¹¹ Por consiguiente, el mérito del panóptico no es “ver sin ser visto” sino imponer una conducta a una multitud de personas utilizando tan sólo la posibilidad de ser visto. El simbolismo contenido en la imagen de la torre de vigilancia impone singularmente la disciplina, no importa quién esté allí o, inclusive, si allí hay alguien. Por lo tanto, el modelo panóptico concreta la imagen del control como instrumento del poder en sí mismo.

Levantado el velo del control y de la vigilancia como instrumentos de poder, y no meros apéndices de otras potestades empresariales, como la dirección o sanción, incumbe ahora a los actores sociales identificar sus manifestaciones y tomárselas en serio para proyectos legislativos, en las negociaciones colectivas o simplemente en las evaluaciones de los riesgos psicosociales en el ambiente de trabajo. Sin duda, ha llegado la hora de cambiar el escenario una vez más. ¡Que se levanten las cortinas y se ilumine la torre del vigilante! Al vigilante no más se le consiente ser invisible u opaco sea en ambientes privados o públicos, sea a través de programas informáticos. Al trabajador-ciudadano deben serle garantizados derechos para que sea resguardada su dignidad. En un Estado de Derecho en que los poderes públicos son instados a promover la igualdad de todos los ciudadanos (art. 9.2 CE), el Derecho no puede callarse. La respuesta debe necesariamente caminar en el sentido de alcanzar el equilibrio entre las partes laborales: a través de la reducción de la transparencia de unos (los trabajadores) e incremento de la visibilidad de otros (empleadores).

El Derecho español viene enfrentando esas cuestiones y trabajando sobre sus soluciones. Este estudio pretende por lo tanto presentar el desarrollo de la jurisprudencia y doctrina española sobre la dignidad del trabajador, a hombros de la doctrina alemana y de la tesis kantiana, como también analiza el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa en el marco constitucional democrático vigente. El enfrentamiento de la dignidad humana al poder de control empresarial permite arrancar en un segundo nivel sobre las profundas transformaciones que han sufrido y siguen sufriendo las relaciones laborales por cuenta de las técnicas de gestión de la mano de obra asociadas a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Esa breve trayectoria, una vez que el presente trabajo no pretende ser exhaustivo en ese tema, trae a colación el modelo del

¹¹ DELEUZE, Gilles. *Conversações: 1972-1990*. São Paulo, Editora 34, 2000.

Panóptico de Jeremy Bentham y los conceptos de la sociedad disciplinaria (Michel Foucault) y de control (Gilles Deleuze), cuyo análisis es esencial para visualizar las herramientas del control en la empresa tradicional y ahora en la empresa ubícua, es decir, la empresa que desarrolla parte o toda su actividad productiva en la red mundial de ordenadores, con apoyo en dispositivos móviles y entornos colaborativos. Con lo cual la ubicación física del centro de trabajo pierde importancia para contraseñas y claves de acceso. A continuación, se dibujan con brevedad las herramientas de la organización del trabajo en la Web 2.0, cual sea, la identidad digital, el Big Data, los entornos colaborativos y los sistemas de uso de dispositivos móviles (BOYD y COPE) y las respuestas ofrecidas por el Derecho del Trabajo en la garantía a la intimidad y a la protección de los datos personales del trabajador. Por ende, el trabajo culmina con la verificación de los espacios vacíos a ser colmados por la dignidad humana para formar una barrera de contención al uso abusivo o excesivo del poder de control empresarial. La nueva energía inaugurada por los hermanos Lumières, que era capaz de actuar sobre el tiempo y espacio real al dirigir la mirada al exterior sin moverse, aquí es actualizada y escrutada desde su interior.¹²

¹² “Ya los hermanos Lumière, al enviar a los cineastas-reporteros a los cuatro rincones del planeta, habían mostrado desde finales del XIX que el cinematógrafo era un sustituto de la visión humana que actuaba no sólo sobre el TIEMPO (gracias a la ilusión de la persistencia retiniana), sino también sobre las distancias y las dimensiones del ESPACIO REAL. De hecho, el cine era una ENERGIA NUEVA capaz de dirigir la mirada, incluso sin moverse.” (VIRILIO, Paul. *La bomba informática*. Madrid: Ed. Catedra, 1999, p. 32)

CAPITULO I

La dignidad humana en el constitucionalismo

Oratio de hominis dignitate

*Ni celeste ni terrestre, tampoco mortal ni
inmortal; así te hemos creado para que puedas ser
libre según tu voluntad y tu honor, para que puedas
ser tu propio creador y conductor. A ti sólo hemos
dado la libertad de crecer y desarrollarte según tu
propia voluntad. Llevas en ti los gérmenes de la vida
universal.¹*

(Pico della Mirandola)

Homo, homini sacra res.

(Seneca)

1. El ingreso de la dignidad humana en los ordenamientos jurídicos: “de la teoría a la práctica”

La frase de Pico della Mirandola² traduce la complejidad del ser humano: ni animal, ni ángel; una criatura de naturaleza variada, multiforme e inconstante, creadora de su propio camino, según su voluntad. Esa complejidad es reconocida por los modelos de gestión de la mano de obra,

¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2 ed., Madrid, Dykinson, 2003, p. 30.

² La elección del concepto de Pico della Mirandola (Giovanni Pico, conde de la Mirandola) se debe a su posición como precursor de los tiempos futuros, como un profeta de la modernidad. A fin de cuentas, su originalidad radica en incorporar la libertad en el concepto ontológico de ser humano. “*El hombre no tiene libertad, él es libertad.*” (AGUIAR, Maria Isabel. En: PICO DELLA MIRANDOLA. *Discurso sobre a Dignidade do Homem*. Texto integral. Lisboa, Areal Editores, 2005, p. 32)

como se verá en los capítulos siguientes, y pasó a ser considerada para la obtención del consentimiento del trabajador, su motivación y su compromiso con los valores del mercado. Teniendo en cuenta la peculiaridad del contrato del trabajo, fundado en una sociedad no estamental, cuya igualdad formal impuso la elaboración de la ficción jurídica de la fuerza de trabajo del hombre alejada de su dueño, esa complejidad no puede ser ignorada. Sin embargo, la inserción del trabajador en la empresa o en la actividad productiva no puede significar el menoscabo de sus derechos como persona. La tutela de los derechos fundamentales del trabajador ya abrió paso en la empresa (*Drittwirkung*) y el mayor abundamiento de los riesgos enfrentados por el empleo de las nuevas tecnologías y de nuevas técnicas en la gestión de la mano de obra exigen poner la dignidad humana, “el pórtico de los derechos fundamentales”, en el centro de gravedad de la práctica y de la reflexión sobre el Derecho laboral en la defensa de derechos y libertades individuales.

La dignidad humana es un concepto que ha revestido a lo largo de la historia diversos significados de acuerdo con su finalidad o base filosófica. Peter Häberle presenta un resumen interesante sobre esa trayectoria: “*Dignitas' en la antigüedad (dignidad como caracterización de una posición social dentro de la comunidad y distinción de la criatura humana frente a la criatura no humana); en el estoicismo como participación del hombre en la razón; para el Cristianismo de la antigüedad y de la Edad Media la comprensión del hombre como imagen de Dios; en el Renacimiento Pico della Mirándola entiende el hombre como conjunto de posibilidades; en la Ilustración se ve la dignidad y la libertad en relación a la idea de razón. Pufendorf añade a la idea de dignidad la idea de igualdad de todos los hombres. La complementación de estas reflexiones culmina con Kant en la idea del carácter infungible (Unvertretbarkeit) de cada uno de los hombres: “valor interior absoluto”, es decir, la dignidad para Kant se vincula ciertamente a la persona dotada de identidad moral, responsabilidad de razonamiento práctico y capacidad*”.³

A mediados del siglo XIX, la dignidad humana es vinculada a la lucha política del movimiento de los trabajadores por la mejora de la posición material de las clases obreras, pero es Proudhon quien la incluye en el concepto de justicia. De ese modo, la dignidad pasa de la 'pura teoría' a lo práctico, a la actuación jurídica. La primera referencia a la dignidad en el Derecho remonta a 1849, en el § 139 de la Constitución de la Paulskirche, que dice: “*un pueblo libre debe*

³ HÄBERLE , P. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 201. Gregorio Peces-Barba Martínez también presenta un histórico de las muchas caras de la dignidad en su obra *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Dykinson, 2003.

respetar la dignidad humana, incluso del delincuente”.⁴ Esta constitución, originada en la primera revolución burguesa acontecida en Alemania, desafortunadamente no entra en vigor. A continuación, en 1919, la Constitución de Weimar señala en el art. 151.1: “*El régimen de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la intención de asegurar a todos una existencia digna del hombre. Dentro de estos límites se reconoce al individuo la libertad económica*”.⁵ La dignidad en su día se presenta como “principio de justicia”, garantía y límite a la libertad económica.

No obstante el salto a la práctica, la positivación de la dignidad no obstaculizó el desprecio al ser humano y su uso masivo en experimentos y exterminios sistematizados en Alemania⁶ en el período del conflicto armado que en seguida protagonizaron. De manera que, después del término de la Segunda Guerra Mundial, hay una proliferación de documentos internacionales, en clara reacción a estos hechos históricos, que acogen en su preámbulo (o párrafos iniciales) la dignidad humana, tales como: Declaración de Filadelfia,⁷ de 10 de mayo de 1948; Carta de las Naciones Unidas,⁸ de 26 de junio de 1945; Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁹ de 10 de diciembre de 1948; Estatutos de la UNESCO,¹⁰ de 16 de noviembre de 1945; y Pacto

⁴ HABERMAS, Jürgen. La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010), p. 107

⁵ *Idem*, p. 177.

⁶ La contradicción entre la norma y la práctica alemanas también puede reposar sobre la “fragilidad patológica de su eficacia”, lo que resultó en su apodo *Verfassung ohne Entscheidung* (Constitución sin decisión), como advierte Perez Luño (PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*, 8ª ed., *reimpresión*. Madrid, Tecnos. 2005. p. 166). La narrativa de los hechos históricos de la Gran Guerra por Giorgio Agamben además de auxiliar la comprensión de la extensión de la ofensa a la dignidad humana ya realizada, alcanza la reflexión de las conculcaciones llevadas a cabo hoy día en espacios como aduanas y centros para inmigrantes (AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia, Pre-textos, 1998.)

⁷ “ II - “Convencida de que la experiencia ha demostrado plenamente el acierto de la declaración contenida en la Organización Internacional del Trabajo, según la cual sólo puede establecerse una paz duradera si ella está basada en la justicia social, la Conferencia afirma que: a) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen el derecho de perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y de igualdad de oportunidades;”

⁸ “Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas , resueltos..., en reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y en el valor de la personalidad humana.”

⁹ “El reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

¹⁰ “Los Gobiernos de los Estados ... declaran en nombre de sus pueblos: ... que la terrible y gigantesca guerra, ... fue posible a través de la negación de los principios democráticos de dignidad, igualdad y respeto mutuo.”

Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹¹ de 19 de diciembre de 1966. Esa referencia obligatoria en los ordenamientos internacionales repercute actualmente en varias Constituciones europeas (Alemania, Portugal, Finlandia, Grecia, Suiza, España, a guisa de ejemplo), en la Carta de Derechos Fundamentales europea (2003), como también en variados puntos por el mundo (Canadá, África del Sur, Australia, Brasil, entre otros). Este nuevo panorama crea lo que se puede denominar el “paradigma constitucional de postguerra”.¹²

2. El concepto jurídico de dignidad humana en el constitucionalismo occidental moderno

El breve relato histórico-filosófico que se viene de reseñar apunta las influencias y el camino elegido para formación actual de la conciencia social¹³ occidental en relación a la dignidad, que la considera intangible y vinculada a la persona por su cualidad de ser humano. La dignidad humana congrega el reconocimiento social y público de cada individuo, su necesaria valoración y la protección por su condición humana.

A hombros de la doctrina alemana, cuya vivencia histórica conllevó a la inserción de la dignidad humana en la portada de su Ley Fundamental, de 23 de mayo de 1949, el concepto jurídico de dignidad (Dürig) está inspirado en la fórmula kantiana y tiene como idea central el individuo. De esa forma, la nueva Ley Fundamental desata la dignidad del marco económico e inaugura su texto en el art. 1.1 con el compromiso y deber estatal de su garantía: “*La dignidad del*

¹¹ “... considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana...”

¹² El “postwar constitutional paradigm”. (RAO, Neomi. On the use and abuse of dignity in constitutional law. En: HeinOnline. 14 Colum. J. Eur. L. 201 2007-2008, p. 212, Disponible en <<http://heinonline.org>>. Acceso en 16.09.2010.). En palabras de Franck Moderne: “No cabe la menor duda que el concepto de dignidad de la persona se presenta de manera más o menos explícita como un concepto central de los ordenamientos jurídicos democráticos europeos, como un eje del sistema de derechos consagrados por las constituciones propiamente dichas, los principios de valor constitucional o los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.” (MODERNE, Franck. La dignidad de la persona humana en el Derecho Constitucional francés y español. En *Memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Homenaje al Dr. R. E. Piza E.*, 2002, p. 283)

¹³ La concepción de conciencia social aquí está en el sentido de la teoría del equilibrio reflexivo de John Rawls: “*puede estar formada por intuiciones, por creencias de sentido común, por la cultura política que subyace a las instituciones básicas de una sociedad o por la cultura social que las sustenta.*” (CORTINA, Adela. *Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos.* Madrid, Taurus, 2009, p. 77)

hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo el poder público".¹⁴

La teoría de Immanuel Kant se ha originado por ocasión del "clima espiritual" del liberalismo, de libertad en todas las zonas del conocimiento y actuar (en religión, en filosofía, en literatura, en industria, en política), uniendo a esta el triunfo de la individualidad y la formación de la nación. En la "*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*" (1785), este autor produce una obra de filosofía moral en que presenta la idea de un "reino de los fines". En este reino ideal todos los seres racionales están enlazados sistemáticamente por leyes objetivas en que se proponen referirse unos a otros, como fines y medios. "*En el reino de los fines todo tiene o un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad*".¹⁵ La dignidad de la persona radica, por lo tanto, en el carácter infungible del ser humano, en su "*valor interior absoluto*"¹⁶ que se contrapone al valor relativo de los animales o objetos, los cuales corresponden a un precio comercial o de afecto.

Como atributo de la infungibilidad del ser humano, en esa obra, Kant pone de relieve la voluntad del ser racional, la cual debe ser considerada siempre como legisladora; o sea, la idea de la *dignidad* de un ser racional consiste en que éste no obedece a ninguna otra ley que aquella que él se da a sí mismo. La autonomía, aquí definida, sigue la idea enraizada por Jean-Jacques Rousseau, en su obra *Discurso sobre el origen de la desigualdad* (1755), de que el hombre se diferencia del animal porque no se guía íntegramente por su instinto. Como explica Luc Ferry, el hombre "es el único ser no programado por un código y la libertad se define, desde Rousseau hasta Sartre, dentro

¹⁴ HÄBERLE, P. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 176, nota del traductor.

¹⁵ KANT, M. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. traducción del alemán por Manuel García Morente. Disponible en <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/56405052088148830176680/p0000001.htm>>. Acceso en 12.09.2010.

¹⁶ "Lo que se refiere a las inclinaciones y necesidades del hombre tiene un precio comercial, lo que, sin suponer una necesidad, se conforma a cierto gusto, es decir, a una satisfacción producida por el simple juego, sin fin alguno, de nuestras facultades, tiene un precio de afecto;"(KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. traducción del alemán por Manuel García Morente. Disponible en (<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/56405052088148830176680/p0000001.htm>). Acceso en 12.09.2010.) La teoría kantiana recibe crítica de los animalistas y biocentristas por la restricción de la dignidad exclusivamente a las personas, como explica con cuidado Adela Cortina (CORTINA, Adela. *Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*. Madrid, Taurus, 2009).

de esta tradición, como arrancamiento o transcendencia, como capacidad de arrancarse a las determinaciones particulares”.¹⁷ La teoría kantiana se identifica con el liberalismo ético, al cual no interesa tanto los resultados de la acción (utilitaristas), “como las grandes fuerzas morales que los producen, la lucha o la acción por la libertad”.¹⁸

Para mejor comprensión de la singularidad del ser humano, y como complemento a la idea kantiana, son interesantes dos aspectos sobresalientes de la reflexión de Giorgio Agamben:¹⁹ a) el ser humano se distingue del animal por su capacidad de reconocerse a sí mismo; b) el ser humano se distingue del animal por su capacidad de suspender su relación con el medio. En verdad los dos aspectos están conectados, lo que permite a ese autor subrayar que el hombre no tiene ninguna identidad específica en comparación con los demás animales sino la de *poderse reconocer*.²⁰ Esta capacidad salta a la vista con el aburrimiento profundo del ser viviente que, arriesgándose a suspender su relación con el medio, es capaz de reconocerse a sí mismo. La suspensión voluntaria puede poner en peligro la propia vida del ser humano, una vez que él puede decidir, incluso adoptar, en contra acciones que no le garanticen la supervivencia, como rehusar un tratamiento médico o simplemente dejar de alimentarse.²¹ Ese poder de decidir sobre su forma de actuar es lo que le convierte en un ser único.

En la doctrina kantiana, la dignidad se conecta a la persona dotada de identidad moral, responsabilidad de razonamiento práctico y capacidad. Esa fórmula recibe la crítica de que, para

¹⁷ FERRY, Luc. *apud* DE KONINCK, Thomas. De la dignidad humana. Madrid, Dykinson, 2006, p. 126. En la misma obra, llama la atención la enseñanza de Tomás de Aquino, para quién, la razón humana, en contra de la naturaleza y las potencias no racionales, es indeterminada, “*ad multa, ad infinita, ad opposita; la nobleza del ser humano reside en el hecho de que es inteligente y se encuentra en el principio de sus actos, es decir que es libre, y en eso está hecho a imagen y semejanza de Dios*” (*Idem*, p. 127).

¹⁸ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid, Editorial Trotta, 1998, p. 266.

¹⁹ “*Aquello de que el animal es incapaz es precisamente de suspender y desactivar su relación con el círculo de los desinhibidores específicos. El medio ambiente animal está constituido de modo tal que nunca puede manifestarse en él algo como una pura posibilidad*” (p. 89). “*Desde luego, el viviente, como no conoce el ser, tampoco, conoce la nada; pero el ser aparece en la ‘clara noche de la nada’ sólo porque el hombre, en la experiencia del aburrimiento profundo, se ha arriesgado a suspender su relación de viviente con el medio.*” (...) “*El Dasein es sencillamente un animal que ha aprendido a aburrirse, se ha despertado del propio aturdimiento y al propio aturdimiento. Este despertarse del viviente al propio ser aturdido, este abrirse, angustioso y decidido, a un no-abierto, es lo humano*” (AGAMBEN, Giorgio. *Lo abierto. El hombre y el animal*. Valencia, Pre-textos, 2005, p. 91).

²⁰ Pero definir lo humano no mediante una *nota característica*, sino en virtud del conocimiento de sí mismo, significa que es hombre aquel que se reconozca como tal, *que el hombre es el animal que debe reconocerse como humano para serlo*” (*Idem*, 2005, p. 40).

²¹ Esta asertiva no desconoce que en situaciones límites el Estado actúa en contra la voluntad del individuo, como en el caso en que obliga a los encarcelados en huelga de hambre a recibir a alimentación forzada.

Kant, sólo los seres capaces de autonomía y autoconciencia serían sujetos morales y sólo ellos serían sujetos de derechos a los que corresponden deberes directos.²² Siguiendo su asertiva al pie de la letra, tal concepción crearía dos categorías de seres humanos: las personas, que incluyen solamente a los seres humanos capaces y autónomos que pueden obligar a las demás personas porque se pueden obligar a sí mismos, y los seres humanos en general, que alcanzaría a todos los seres procreados por un ser humano. Si los seres humanos sin autonomía y capacidad no son personas (niños y discapacitados), en el hilo argumentativo kantiano, las personas tendrían solamente deberes indirectos (deberes equivalentes a los que tienen para con los seres vivos en general) en relación a ellos. Tal conclusión, por obvio, causa repulsa. Ella puede ser superada al adoptarse consideraciones generales sobre las capacidades potenciales del hombre o sobre la especie, y no sobre aspectos de la concreta capacidad del individuo afectado, pues “*en ningún caso puede ser definida la dignidad humana a partir de cualidades o capacidades intelectuales, morales o emocionales del individuo relativamente mensurables (razón y voluntad, autonomía y responsabilidad, conciencia de sí o cualesquiera otras)*.”²³

Luc Ferry deshace el nudo gordiano cuando sitúa la moral kantiana en el marco de la herencia cristiana. La moral kantiana, según él, seculariza la comprensión cristiana del hombre hecho a la imagen y semejanza de Dios, que reconoce a los hombres como iguales en dignidad en confrontación con la naturaleza y la tradición antigua. Kant supera la concepción griega, fundada en la observación de la naturaleza, que superestimaba los talentos naturales – distribuidos de forma desigual - como virtudes. Para el cristianismo, las desigualdades entre los hombres no tienen importancia alguna en el plano moral, pues su fundamento es la libertad. A partir del momento en que el libre arbitrio se convierte en el eje de la acción moral, la virtud abandona los talentos naturales para residir en el uso que elegimos para la acción. Una vez que la libertad es idéntica para todos, la dignidad es idéntica. En conclusión, la igual dignidad de todos los seres humanos apuntala una nueva dimensión de la idea de humanidad.²⁴

²² El límite del deber directo es la reciprocidad (CORTINA, Adela. *Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*. Madrid, Taurus, 2009, p. 71).

²³ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 31. Sin embargo, importa registrar que ese argumento retorna hoy de forma importante en las discusiones referentes a la eutanasia.

²⁴ FERRY, Luc. *Kant: uma leitura das três “Críticas”*, 3ª edición., Rio de Janeiro, Difel, 2012, pp. 128-130.

Las cualidades elegidas por Kant son frecuentemente indicadas como el conjunto de capacidades, acompañadas de la racionalidad, que diferencian el hombre de los animales. Son esas cualidades, o mejor su ausencia, las que justifican la utilización de los animales como medios. Por contra, esta situación es inadmisibles frente a la persona que no puede ser instrumentalizada porque “*tiene en sí mismo su fin supremo*”.²⁵ Luego, partiendo de un concepto vertical de dignidad del hombre frente a Dios o los seres inferiores, la dignidad se transmuta a un concepto horizontal que afirma el valor del individuo en las relaciones entre los hombres. De manera que la dignidad se manifiesta como elemento consustancial e identificador de la persona humana, en su realidad física, psicológica y moral. La vertiente horizontal comprueba la asertiva de que “*una persona a la que se arranque su dignidad, deja de ser persona*”,²⁶ o, visto de otro modo, aunque la dignidad autorice que una persona sea puesta en desventaja para conceder ventajas a otros, ella rechaza en absoluto que se trate a las personas de una manera que niegue la importancia distintiva de sus propias vidas.²⁷

Según Peces-Barba,²⁸ junto a la perspectiva formal de la dignidad (autonomía kantiana) y la perspectiva de contenidos (los estudios de carácter humanista y renacentista de los rasgos que nos diferencian de los animales), son cuatro los rasgos de la dignidad: a) la capacidad de construir conceptos generales y de razonar; b) la reproducción de sentimientos, de afectos y de emociones a través de valores estéticos, o simplemente lo que los clásicos y los ilustrados llaman la imitación de la naturaleza, con la libre acción de la imaginación; c) la capacidad de diálogo y de comunicación que potencia los efectos de las creaciones de razón y estéticas, y permiten un recorrido histórico, su recepción por otros hombres, su crítica, su reelaboración y su proyección hacia el futuro y d) la sociabilidad que supone el reconocimiento del otro como tal otro y de la imposibilidad de alcanzar en solitario el desarrollo de la dignidad. Peces-Barba en su reflexión, por tanto, destaca el sentido relacional de la dignidad. El marco relacional como factor de diferenciación de la auténtica vida

²⁵ CORTINA, Adela. *Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*. Madrid, Taurus, 2009, p. 75.

²⁶ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. *Los Derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Navarra, Thomson Civitas, 2005, p. 53.

²⁷ DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona, Editorial Ariel S. A., 1994, p. 309. Dworkin vincula la autonomía y la conciencia a la dignidad. “... las personas tiene derecho a no sufrir la indignidad, a no ser tratadas de manera que en sus culturas o comunidades se entiende como una muestra de carencia de respeto. Cualquier sociedad civilizada tienen estándares y convenciones que definen esta clase de indignidad, y que difieren de lugar a lugar y de época en época” (*idem*, p. 305).

²⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2 ed., Madrid, Dykinson, 2003, p. 68-71.

humana (dignidad) también adquiere importancia para Philip K Dick, en su ensayo sobre la relación entre el androide y el ser humano. Según él, la vida humana, erigida en la noción kantiana, hace al ser humano imprevisible, único, capaz de romper las reglas, de desobedecer, facilitándole la capacidad de un pensamiento no dogmático, sino problemático, y, sobre todo, permitiéndole “seguir el sentimiento de empatía, aun más de piedad, más allá del cálculo, de la razón, de la solidaridad dictada por la proximidad”.²⁹

Kant³⁰ también plantea el aspecto relacional de la dignidad a través de los deberes morales y de los conceptos de deberes directos e indirectos. Los deberes morales nos impone una conducta que abarca todos los ámbitos de acción sin excepción. En una relación moral, una persona se pregunta lo que le debe a otra, prescindiendo completamente de cuál sea la relación social en que se encuentra respecto a ella, de su comportamiento o de lo que se deba esperar de ella. Solamente los seres dotados de voluntad tienen deberes morales. Por consecuencia, el aspecto relacional de los deberes afecta a la dignidad en la medida en que la identificación de la condición de persona no ocurre solamente a nivel interno; ella se realiza también en las relaciones sociales. Adela Cortina recuerda lo mucho que es “difícil para las personas, casi imposible, saberse dignas si otras les tratan sin respeto”.³¹ Este reconocimiento es una acción bilateral en que la satisfacción no se obtiene en razón de la eliminación del otro sino por solidaridad con él; “le deja al otro ser él mismo y ser libre”.³² El reconocimiento de la dignidad reúne así la percepción individual y social del valor interno de cada individuo. Por esa razón, la lucha por el reconocimiento de la dignidad ha sido transcendental en la historia.

²⁹ DE LUCAS, Javier. *Blade Runner. El Derecho, guardián de la diferencia*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 35.

³⁰ “Desde la perspectiva kantiana, sólo tenemos deberes directos con los seres humanos, sea con nosotros mismos o con los demás, porque sólo seres dotados de voluntad pueden obligar moralmente, y además seres con los que pueda tener una relación efectiva de algún modo. Y no porque de esa obligación mutua pueda resultar un beneficio, sino porque sólo quien puede obligarse a sí mismo puede obligarme a mí” (CORTINA, Adela. *Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*. Madrid, Taurus, 2009, p. 70, subrayado en el original).

³¹ CORTINA, Adela. *Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*. Madrid, Taurus, 2009, p. 202. Si bien Richard Sennett esté de acuerdo con estos autores, él admite ser posible a una persona reconocer su valor intrínseco con independencia de obtener o no el respeto social en determinadas circunstancias (SENNETT, R. *El respeto. Sobre la dignidad del hombre en un mundo de desigualdad*. Barcelona, Editorial Anagrama, 2009, p. 29).

³² Este concepto fue expreso por Hegel, en la “Fenomenología del espíritu”. *apud* DE KONINCK, Thomas. *De la dignidad humana*. Madrid, Dykinson, 2006, p. 188.

El paso a la concepción jurídica de la dignidad provoca, empero, un cambio de perspectiva en el análisis del respecto a la dignidad; en cuanto los deberes morales rigen la conducta del sujeto activo sin consideración al sujeto pasivo, los deberes jurídicos quedan anclados en la conducta del sujeto pasivo. El centro de atención se desplaza de lo que me cabe hacer bajo cualquier circunstancia para el otro para lo que me cabe reclamar, bajo el sistema jurídico, frente al otro. Christian Starck³³ explica que la concepción humana de dignidad no remonta a las causas de su conformación sino a las consecuencias de la acción; o sea, poco importa el origen de la dignidad humana, si de orden divino o biológico, lo que importa es que ningún ser humano, procreado por otro ser humano, puede ser tratado sea por el Estado u otra persona de forma a tener depreciada su condición de ser humano.

Hofmann extrae el sentido jurídico de la dignidad necesariamente de las relaciones humanas o la comunicación. La dignidad debe ser comprendida como una categoría propia de la disposición del individuo a convivir, dentro de una comunidad de reconocimiento recíproco.³⁴ La dignidad hace referencia a la igualdad de derechos y a la tolerancia del ejercicio de la libertad dentro de la comunidad actual y generacional, una vez que hace referencia también a las generaciones venideras. En verdad, la dignidad reposa sobre esas dos dimensiones del hombre, interna e interpersonal, que actúan de forma complementaria. De manera que “*la dignidad significa autodeterminación sobre la base del valor propio de todo hombre, por consiguiente, también del prójimo*”.³⁵

La convivencia en el marco de la dignidad, asimismo, requiere que los métodos seleccionados, las vías utilizadas para alcanzar los objetivos, también tengan carácter humano.³⁶ En consecuencia, la metodología de la acción política también sufre las limitaciones derivadas el respeto a la dignidad. Esta vertiente de la dignidad pone en entredicho, por ejemplo, las actuaciones de policía derivadas de decisiones de órganos no representativos (Consejo de Seguridad), en

³³ STARCK, Christian. Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 9, 2005, p. 490.

³⁴ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 56.

³⁵ STARCK, Christian. La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho alemán. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 249.

³⁶ STARCK, Christian. La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho alemán. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 248.

nombre de la comunidad internacional, las cuales se manifiestan muchas veces como actos de guerra en las que el ejército disculpa la muerte y miseria del pueblo inocente como “daños colaterales”.³⁷

La doctrina kantiana se trasladó jurídicamente en la fórmula del objeto desarrollada por Dürig en los años 50 del siglo pasado, la cual ha sido “canonizada” (*Kanonisierung*) a través de la jurisprudencia alemana en el análisis del art. 1.1 de su Ley Fundamental. La fórmula referida reconoce una violación a la dignidad humana cuando el hombre concreto es denigrado a mero medio o mero instrumento.³⁸ De modo que la fórmula del objeto o *de la no instrumentalización* ilumina cuestiones relativas a las relaciones sociales y a la convivencia humana sin desentenderse conjuntamente de la autonomía del individuo.³⁹

2.1 - La vertiente individual y colectiva del concepto de dignidad humana

La fórmula del objeto propone el concepto de dignidad desde una concepción negativa. Lo cierto es que es más fácilmente identificable la violación de la dignidad en situaciones de indignidad que reconocerla en su aspecto positivo. Las tentativas de claro delineamiento del contenido de la dignidad fracasan y hacen hincapié en términos extraños al Derecho, como por

³⁷ Habermas advierte: “Cuando la política de derechos humanos se convierte totalmente en una mascarada y en un vehículo de ejecución de los intereses de las grandes potencias, cuando el superpoder de la Carta de las Naciones Unidas se deja de lado para atribuirse un derecho de intervención, cuando se realiza una invasión violando el derecho internacional humanitario y se justifica en nombre de los valores universales, entonces se confirma la sospecha de que el programa de los derechos humanos consiste en su abuso imperialista.” Él destaca aun la posición de Carl Schmidt de que la guerra como medio legítimo para soluciones de conflictos internacionales crea la distinción entre guerras justas e injustas, y causa una distinción profunda y aguda, “cada vez más 'total' entre amigo e inimigo” (HABERMAS, Jürgen. La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 44, 2010, p. 119).

³⁸ HÄBERLE, P. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 203. STARCK, Christian. Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 9, 2005, p. 490.

³⁹ HÄBERLE, P. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 184.

ejemplo, “*idea intuitiva del contenido de su núcleo esencial*”.⁴⁰ La ausencia de un concepto claro y unívoco de dignidad se concreta en teorías que le atribuyen extensión variada, de acuerdo con la necesidad de prestarle mayor precisión. La doctrina ofrece teorías que defienden, desde concepciones excesivamente restrictivas, como por ejemplo aquéllas que solamente aceptan su violación en situaciones extremadas, como en casos de tortura,⁴¹ a otras, más amplias, que incluyen en la dignidad una serie de deberes estatales vinculados al desarrollo de la personalidad.

La búsqueda de un concepto absoluto y unívoco de dignidad es un ideal de muchos.⁴² La enseñanza histórica, no obstante, apunta a un concepto no acabado y dinámico de dignidad, que debe ser erigido con el necesario equilibrio entre los avances de la sociedad (principalmente los avances tecnológicos) y aquello que es esencial y permanente en la vida humana.⁴³ Por expresarlo de otra manera, el concepto de dignidad transmuta y adquiere mayor complejidad de acuerdo con las experiencias históricas y con el desarrollo social y cultural del ser humano. En los estadios iniciales, el concepto de dignidad estaba mucho más vinculado a la defensa de la integridad física de los individuos;⁴⁴ hoy día este concepto alcanza su cualidad de vida, en la cual están, entre otros,

⁴⁰ OJEDA AVILÉS, A. IGARTUA MIRÓ, M. T. La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes. En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 73, 2008, p. 149.

⁴¹ Para algunos autores ni la prohibición de la tortura escapa a matizaciones, pues su uso estaría justificado para la defensa de la dignidad de la comunidad (STARCK, C. La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho alemán. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 286). Además hay casos excepcionales en que se permite la ejecución sumaria de criminales, como es el caso de la Ley de Seguridad Aérea alemana que permite el derribo del avión ocupado y conducido exclusivamente por terroristas para ser utilizado para la práctica de un acto terrorista (Ley de Seguridad Aérea de 11 de enero de 2005, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de febrero de 2006). Luis Greco hace un análisis sobre los argumentos favorables y contrarios a acudir la tortura para el enfrentamiento de casos excepcionales. (*GRECO, Luis. Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs*. En *Revista para el análisis del Derecho*, n. 4, 2007, pp. 1'28. Disponible en <www.indret.com>. Acceso en 01.12.2009)

⁴² “El reto mayor que tenemos por delante es el desarrollo de una visión de la dignidad humana extraído de nuestras filosofías religiosas y espirituales para tomarla en una carta de valores e principios, responsabilidades e derechos, roles e relaciones aceptables a todos los seres humanos en todas partes. Para hacerlo nosotros debemos por primero distinguir lo que es universal y eterno dentro de nuestras respectivas tradiciones de lo que es particular y contextual.” (por mi traducido, MUZAFFAR, Chandra. *apud* MI GOOLAM, Nazeem. Human dignity – our supreme constitutional value. En *HeinOnline*, 4 Potchefstroom Elec. L. J. 1 2001, p. 1.) La tesis de Hofmann de que la dignidad debe ser pensada al margen de una concreta comunidad de reconocimiento recíproco, remite el significado jurídico de la dignidad a una comunidad política delimitada. Y él concluye que: “*La dignidad humana sólo podría ser estatuida como principio jurídico verdaderamente universal a través de una humanidad políticamente unificada y constituida*” (GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 56).

⁴³ CACHÓN VILLAR, Pablo. La persona en la Constitución: una reflexión. En *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario*. BALADO, M. GARCIA REGUEIRO, J.A. (dir.). España: J.M.Bosch Ed, 2003, p. 210.

⁴⁴ “*La idea de dignidad se refería así casi exclusivamente en estos iniciales estadios de su reconocimiento a la defensa del ser humano contra ataques o violaciones de sus derechos personales, en gran medida vinculados a su propia*

su desarrollo psicológico y sus relaciones familiares.

Alberto Oehling de los Reyes esclarece que la dignidad humana en el constitucionalismo moderno configura un concepto abierto, que toma en consideración la libertad de la persona para escoger los caminos de su desarrollo personal, su posibilidad de autorrealización.⁴⁵ Esta construcción tiene dos objetivos: alejarse de una concepción previa de tipo ideológico, religioso o moral y garantizar el respeto a la opción y a la experiencia vital del individuo. Claro está que esta apertura tiene en mira rebotar cualquier posibilidad de un proyecto totalitario, pues el resurgimiento de la responsabilidad humana es el dique más natural para contener el totalitarismo.⁴⁶ La actuación estatal se dirige a poner los medios para que la persona descubra, por sí misma, su elección existencial, la cual debe ser respetada por el Estado y la sociedad.

La fórmula del objeto no prohíbe que el hombre sea “objeto”, en el sentido de destinatario, de una regulación legal o decisión administrativa,⁴⁷ pero la dignidad no permite le acarrear sufrimiento, humillaciones o trato vejatorio y degradante. En la verificación de una eventual violación a la dignidad, no importa si el tratamiento despectivo tiene o no alguna finalidad, pues es posible la ofensa a la dignidad como un fin en sí mismo, como expresión de odio o como indiferencia. Para que haya lesión a la dignidad, la conducta debe presuponer un tratamiento no respetuoso de la condición humana; dicho de otro modo, el acto lesivo debe cuestionar la cualidad de sujeto. De todos modos, la concepción de dignidad debe corresponder a determinado grado de

realidad física, prohibiendo los tratos inhumanos, la tortura o defendiendo su integridad física...” (GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. *Dignidad Y Ordenamiento Comunitario*. Disponible en <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/09yolanda.htm>. Acceso en 21/01/2011, p. 3.).

⁴⁵ “Para la teoría constitucional y democrática actual no es pues la referencia a una idea concreta lo que define la dignidad del hombre, sino precisamente la diversidad inconmensurable de la elección humana lo que caracteriza y marca su contenido” (OEHLING DE LOS REYES, Alberto. Algunas reflexiones sobre la significación constitucional de la noción de la dignidad humana. En *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 10, vol. 1, 2006, p. 53).

⁴⁶ Václav Havel, dramaturgo, preso político y presidente de la antigua Checoslovaquia. *apud* DE KONINCK, Thomas. *De la dignidad humana*. Madrid, Dykinson, 2006, p. 36.

⁴⁷ “Pero el hombre, realmente, es bastante a menudo un simple objeto, no solamente en las relaciones y en el mismo devenir social, sino también del Derecho, al que debe someterse sin considerar sus propios intereses. En este sentido, una lesión de la dignidad humana no puede aparecer simplemente en esto” (STARCK, C. La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho alemán. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 251).

relevancia para la comunidad, negando su utilización de forma trivial⁴⁸ y también su forma utópica. “La garantía de la dignidad humana es un mandato estatal para que el hombre pueda hacer todo encantado, se libere del dolor o del miedo, o para que disminuya las consecuencias de sus propias decisiones erróneas”.⁴⁹ Tratase, por conclusión, de la protección y atención de los más elementales intereses del hombre.

Además, la concepción individual no exime el compromiso de cada persona a la exigencia de respeto a toda persona, o sea, su responsabilidad de apreciar ese reconocimiento respecto a si misma y a los demás.⁵⁰ Como aduce Pablo Cachón Villar, la persona tiene dos aspectos referenciales y fundamentales: su interiorización, esto es, “la autoconciencia, el deseo de conocerse a sí mismo”,⁵¹ y una dimensión de alteridad, que es la relación, la convivencia. Una vez que la dignidad se expresa y ejercita dentro de una comunidad concreta, la concepción individual sufre la evaluación e intervención de los órganos judiciales y administrativos cuando genera efectos negativos en el concepto de dignidad de la colectividad. En supuestos puntuales se admite la sustracción de cierto margen de libertad de elección de la propia conducta por el individuo, como en el asunto “lanzamiento de enanos”, por el *Conseil d'État*, el *Peep show*, por el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo alemán,⁵² o la proscripción de espectáculos que traten de hacer un entretenimiento de la muerte y los padecimientos de una persona, por el Tribunal Constitucional

⁴⁸ Será trivial alinear la violación de la dignidad por la redacción incorrecta del nombre del contribuyente en la factura del teléfono, como ha pasado en Alemania.

⁴⁹ “La dignidad no se entiende como una meta distante que hay que alcanzar y que mantiene la política estatal bajo continua presión para que pueda ser aplicable.” (STARCK, C. La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho alemán. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 252).

⁵⁰ “La dignidad se constituye (...) en el reconocimiento social, a través de la valoración positiva de pretensiones sociales de respeto; (...) debe ser comprendida como una categoría propia de la disposición del individuo a convivir (...) En consecuencia, la dignidad no puede ser pensada al margen de una concreta comunidad de reconocimiento recíproco” (GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 56).

⁵¹ CACHÓN VILLAR, Pablo. La persona en la Constitución: una reflexión. En *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario*. BALADO, M. GARCIA REGUEIRO, J.A. (dir.). España: J.M.Bosch Ed, 2003, p. 211.

⁵² OEHLING DE LOS REYES, Alberto. Algunas reflexiones sobre la significación constitucional de la noción de la dignidad humana. En *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 10, vol. 1, 2006, pp.57/58. El Conseil d'État anula las decisiones de los Tribunales Administrativos que se levantaban en contra un bando fundado en una circular del Ministro francés del Interior que prohibía los espectáculos denominados “lanzamientos de enanos”. Aduce el Conseil en la decisión de 27.10.1995, que “la policía tiene el objeto de asegurar el buen orden, la seguridad, la seguridad y la salubridad pública y considerando que pertenece a la autoridad investida del poder de policía municipal el poder tomar medidas para garantizar el orden público; que el respeto de la dignidad de la persona humana es uno de los componentes del orden público; que la autoridad investida del poder de policía municipal puede por si mismo y en ausencia de circunstancias locales particulares, prohibir una atracción que afecta al respeto de la dignidad de la persona” (*Idem*, p. 57).

español (STC 231/1998, de 2 de diciembre, FJ 8).

La actuación estatal en estos casos se reviste de un sentido mínimo común de protección a la persona dentro de la comunidad,⁵³ cuyo resguardo es importante, pues el conjunto de opciones individuales crea un ambiente moral que inevitablemente influencia a lo demás.⁵⁴ Por decir de otro modo, el liberalismo ético no intenta negar al individuo su esfera de arbitrio sino hacerla compatible con la de los otros.⁵⁵ Luego, se verifica la lesión de la dignidad cuando ofende a la conciencia social o conciencia moral⁵⁶ de una determinada sociedad en su concepción de ser humano de forma real y suficientemente grave. De toda suerte, hay que tenerse en cuenta que también la conciencia social es dinámica y “*puede estar formada por intuiciones, por creencias de sentido común, por la cultura política que subyace a las instituciones básicas de una sociedad o por la cultura social que las sustenta*”.⁵⁷

De la tensión entre la concepción individual y colectiva surge la posibilidad de esgrimir argumentos basados en la dignidad humana en favor de situaciones dispares e incluso contradictorias, como en el caso del aborto o de la eutanasia en que la defensa de la dignidad es acusada por sus defensores y oponentes. La paradoja surge de las dos facetas de la responsabilidad

⁵³ “La noción de dignidad humana presupone también por tanto, un mínimo entre los conceptos valorativos generales y los individuales, estableciendo una especie de acuerdo general respecto a la conducta ética, y requiere, además, una actitud activa del Estado en este sentido” (OEHLING DE LOS REYES, Alberto. *ibidem*, p. 55).

⁵⁴ Esa idea parte del concepto de *moral environment* del autor Ronald Dworkin: “... *individual choices together create a moral environment that inevitably influences what others can do.*” (DWORKIN, Ronald. Unenumerated Rights. En *HeinOnline* --- 59 U. Chi. L. Rev. 397, 1992, p. 427).

⁵⁵ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid, Editorial Trotta, 1998, p. 266.

⁵⁶ Como alerta Dworkin, “.. las personas tiene derecho a no sufrir la indignidad, a no ser tratadas de manera que en sus culturas o comunidades se entienda como una muestra de carencia de respeto. Cualquier sociedad civilizada tienen estándares y convenciones que definen esta clase de indignidad, y que difieren de lugar a lugar y de época en época” (DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona: Editorial Ariel S. A., 1994, p. 305). Las actividades fueron consideradas contrarias al orden público y a la dignidad. “Violación del orden público supone la existencia de 'una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad', y 'el respeto a la dignidad humana (...) no cabe duda de que (...) forma parte de los intereses fundamentales de cualquier sociedad comprometida con la protección y el respeto de los derechos fundamentales” (TAPIA HERMIDA, Antonio. La protección de los derechos fundamentales en el derecho comunitario. Sus funciones. La “dignidad humana” como principio general del Derecho y norma jurídica. En *Estudios Financieros*, num. 265, 2005, p. 141).

⁵⁷ La concepción de conciencia social aquí fue extraída de la teoría del equilibrio reflexivo de John Rawls. (CORTINA, Adela. *Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*. Madrid, Taurus, 2009, p. 77).

estatal: la responsabilidad derivada o la responsabilidad independiente. Según Ronald Dworkin⁵⁸, la responsabilidad del actuar estatal es derivada cuando se relaciona con los derechos e intereses de cada individuo bajo su protección, en cuanto la responsabilidad independiente garantiza un valor intrínseco de la comunidad. Para clarificar, este autor ofrece el ejemplo generado en la discusión en torno al aborto. El conflicto de tesis no se establece entre el derecho de la madre a decidir autónomamente sobre como disponer de su cuerpo, el tamaño de su familia, y el interés del feto,⁵⁹ sino el interés de la comunidad en proteger el valor intrínseco de la vida humana. Por eso, aunque sea indiscutible el derecho al aborto en la tradición americana, este derecho se reviste de ciertos cuidados y límites, teniendo en cuenta que la vida humana no debe ser dispuesta exclusivamente conforme al interés individual de la madre o de los padres. La decisión debe de ser responsable y cumplir determinados requisitos temporales, físicos u otros fijados por el legislador, habida cuenta un valor de la comunidad. Luego, los valores intrínsecos de la comunidad deben ser considerados en las decisiones de los individuos. Este razonamiento también se aplica al derecho continental europeo, como acusa en general la jurisprudencia y la legislación referente al aborto. La idea “valor intrínseco” además permite ampliar el concepto de “persona”, para poner a cubierto de la protección a la dignidad humana los embriones, los “preembriones sobrantes” e, incluso, los muertos.⁶⁰

La diversidad del contenido de la dignidad está vinculada a determinada comunidad y condicionada por las circunstancias concretas y el momento histórico. El patrón mínimo de dignidad exigido por la comunidad tiene como referencia el conjunto de los derechos fundamentales positivizados, aunque no se confunda con ellos. Con lo cual, a nivel interno, el constitucionalismo

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. Unenumerated Rights. En *HeinOnline* --- 59 U. Chi. L. Rev. 397, 1992, p. 396 y siguientes.

⁵⁹ El autor no reconoce el feto como una persona, pues ni siquiera tiene vida independiente de la madre. Luego, no puede tener intereses o derechos. Sin embargo, el feto tiene valor como ser humano en desarrollo, lo cual es un valor intrínseco de la comunidad, y como tal debe ser protegido.

⁶⁰ En ese sentido Ronald Dworkin distingue la dignidad humana para los seres humanos vivientes de la dignidad de la vida humana para los embriones cuando discute el aborto. (DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona: Editorial Ariel S. A., 1994). Véase también HÄBERLE, P. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008. En la STC 116/1999, de 17 de junio, el Tribunal Constitucional analizó la dignidad de “preembriones sobrantes” no transferidos al útero femenino y objeto de conservación. “*Se entendía que tal hecho impide el derecho al desarrollo y cosifica el fruto de la concepción*”. El Alto Tribunal rechaza el argumento una vez que, habida cuenta el estado actual de la técnica, es inevitable la eventual existencia de preembriones sobrantes sometidos a criopreservación. (GARCIA GARCIA, C. *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Murcia, Universidad de Murcia, 2003, p. 79). Yolanda Gomez Sanchez informa sobre la “dignidad del fallecido”, por la cual debe respetarse la dignidad de donantes fallecidos, “en particular mediante la reconstrucción del cuerpo del donante, de manera que sea lo más similar posible a su forma anatómica original” (GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. *Dignidad Y Ordenamiento Comunitario*. Disponible en <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/09yolanda.htm>>. Acceso en 21/01/2011, p. 34).

moderno garantiza el desenvolvimiento personal una vez respetados los niveles mínimos ya reconocidos. El marco interno, no obstante, puede ser complementado - o confrontado - por los derechos humanos previstos en los tratados internacionales,⁶¹ habida cuenta que, si la dignidad humana no es respetada dentro de determinado Estado, tampoco su ciudadano deja de tener dignidad. Además, los supuestos en que el Estado opone resistencia a las reclamaciones individuales o colectivas por derechos humanos son los que sobresaen “la lucha por la dignidad”.

Para evitar un vaciamiento excesivo de la dignidad conforme cada sociedad, Nussbaum presenta una lista de capacidades básicas que deben ser potenciadas en todas las culturas como umbral mínimo de justicia, que son: las que capacitan para la vida, la salud corporal, la integridad corporal; para utilizar los sentidos, la imaginación y el pensamiento; para hacer uso de la razón práctica; para la afiliación; para vivir y relacionarse con la flora, fauna y medio ambiente; para el ocio, reír, jugar y disfrutar; y para controlar el propio entorno.⁶² De ahí que la concepción, aunque abierta, debe ser planteada dentro de ciertos límites y fundada en la idea de la no instrumentalización del individuo.⁶³

La dignidad puede incluso poner frenos o recortes en algún derecho internacional reconocido. Por ejemplo, el art. 4 de la Declaración Universal de la Diversidad Cultural, que garantiza la defensa de la diversidad cultural, sobremanera aquella de las minorías y pueblos indígenas, rehusa su invocación “*para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional ni para limitar su alcance*”. Jünger Habermas, sobresaen el papel catalizador que juega el concepto de dignidad en la composición de los derechos humanos con la mirada en cimentar el objetivo ideal de una sociedad justa en las instituciones mismas de los Estados

⁶¹ En el ordenamiento español, hay una recomendación expresa en ese sentido en el texto constitucional (art. 10.2 CE), lo que será analizado más adelante.

⁶² NUSSBAUM, Martha C. Apud CORTINA, Adela. *Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*. Madrid, Taurus, 2009, p. 149.

⁶³ “La diversidad cultural será reconocida en ese marco de la igual dignidad y de los valores, principios y derechos que la desarrollan. (...) El multiculturalismo de las razas y de los sexos es perfectamente compatible con la igual dignidad, y no choca con la ética pública, ni con el universalismo de sus valores, principios y derechos. El multiculturalismo de las diferencias culturales, en principio, tampoco choca si respeta el límite de la igual dignidad. Pero puede traspasarlo con usos culturales excesivos, irracionales o extravagantes, como la ablación del clítoris, el derecho a castigar y golpear a las mujeres reconocido en algunas culturas, la lapidación de las adúlteras o la mutilación de la mano para los ladrones” (PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2 edición. Madrid, Dykinson, 2003, p. 76).

constitucionales.⁶⁴ En ese sentido, puede aducirse que la dignidad es universal, teniendo en cuenta que los derechos humanos comienzan a concebirse como “*derechos sin fronteras*”.⁶⁵

A nivel internacional,⁶⁶ Yolanda Gomez Sanchez destaca la existencia de tres concepciones de dignidad: la dignidad humana, la dignidad de las condiciones de vida personal y laboral y la dignidad institucional y profesional. La dignidad humana es la ya discutida en el presente estudio, es decir, la dignidad del individuo como ser intangible y su encaje en la comunidad. La dignidad de las condiciones de vida personal y laboral fue acogida en la Carta de Derechos Fundamentales y vincula la dignidad a derechos económicos, sociales y culturales. Esta nueva faceta asegura en pleno desarrollo de la personalidad incardinada en aspectos económicos y sociales, entre los cuáles, por cierto, se encuentran las relaciones laborales en su reglamento legislativo y fomento por intermedio de políticas públicas.⁶⁷ Por último, la dignidad institucional y profesional asume una vía completamente diferente y procura reforzar el prestigio o reputación de determinadas instituciones o profesiones. Esta dimensión rescata la vieja concepción de dignidad relacionada con la posición de destaque dentro de la sociedad estamental.⁶⁸ Por esta razón lo mejor sería encontrar otra denominación para asegurar este aspecto de los entes jurídicos y de las

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 44, 2010, pp. 105-121.

⁶⁵ GARCÍA GARCIA, C. *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Murcia, Universidad de Murcia, 2003, p. 49. Este autor agrega que “*aunque esta característica ha sido negada en base a la casuística de su reconocimiento por el Derecho positivo, si bien el proceso de internacionalización se consolida tras la Segunda Guerra Mundial y los pactos sancionados por los dramáticos efectos registrados. Desaparece así, aunque no en la práctica (...), la idea “doméstica” de Estado que pueda tenerse. La humanidad no puede mantener actitud indiferente y ha de crear lo que se ha llamado “garantía colectiva” o “conciencia de la humanidad” (Idem, p. 103, nota 5).*

⁶⁶ Esa concepción es encontrada en los diplomas internacionales, de la Unión Europea y en diversos textos constitucionales de sus miembros.

⁶⁷ Como ejemplo se puede mencionar el art. II-91, del Título IV de la Carta de Niza, que se refiere a las “condiciones de trabajo justas y equitativas” como aquéllas en que se respetan la salud, seguridad y dignidad del trabajador. O art. 10 del Reglamento 1612/68, analizado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el Caso Kaba, Sentencia de 11 de abril de 2000, que exige el respeto a la libertad y dignidad del trabajador en la libre circulación por intermedio de condiciones óptimas de integración de la familia del Trabajador comunitario en el medio del Estado miembro de acogida.

⁶⁸ La dignidad puede radicar en dos especies de apoyatura exterior: 1. en la semejanza del hombre con la divinidad o 2. con un título o una función preeminente que se expresa en majestad y seriedad. La concepción “más material, más mundanal y más jerárquica” ya da muestras en la Grecia préclásica, en la cultura homérica, pero se consolida en Roma (PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2 edición. Madrid, Dykinson, 2003, p. 25).

profesiones,⁶⁹ incluso para no trivializar el uso de la expresión “dignidad”.

La apertura y dinamismo del concepto de dignidad autoriza su construcción por el individuo, en su búsqueda por el desarrollo personal, al tiempo que persigue responder a aspectos considerados relevantes por la comunidad. La tensión entre la concepción individual, comunitaria (dentro de un determinado Estado) e internacional se justifica sobre todo ante los riesgos de los avances tecnológicos y de la mundialización, contexto en que la dignidad debe ser concebida como *“un medio por el que se puede garantizar la existencia, más que del Estado, de la propia comunidad en su totalidad, de la persona de hoy y de mañana; medio de garantía de toda su diversidad y posibilidad de futuro como colectividad”*.⁷⁰ Basta con ver la cantidad de documentos internacionales que reglamentan la dignidad en varios aspectos antes nunca imaginados: en la investigación sobre el genoma, en la donación de órganos, en la clonación humana, en el acceso a la internet y medios audiovisuales, entre otros.⁷¹ Por tanto, la discrepancia se debe a la diversidad y pluralismo más acentuado en la sociedad contemporánea mundializada, en la cual las opciones individuales son valoradas y deben ser compaginadas con las reclamaciones de defensa y fomento de la dignidad por el Estado dentro de esa comunidad internacional; todo eso confrontado con el estadio de desenvolvimiento de cada comunidad.

Lo cierto es que, si bien la dignidad es una de esas palabras sonoras cargadas de sugestión, *“a las que se recurre más bien para despertar sentimientos en el ánimo que pensamientos en la cabeza”*,⁷² y su concepto abierto genere riesgos y contradicciones, la apertura es la mejor opción para permitir acompañar la evolución y asegurar la protección de futuras lesiones surgidas en el marco de una sociedad tecnológica y globalizada. Como dice Ronald Dworkin, *“la*

⁶⁹ GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. Dignidad Y Ordenamiento Comunitario. Disponible en <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/09yolanda.htm>>. Acceso en 21/01/2011, p. 37.

⁷⁰ OEHLING DE LOS REYES, Alberto. Algunas reflexiones sobre la significación constitucional de la noción de la dignidad humana. En *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 10, vol. 1, 2006, p. 43.

⁷¹ Ver GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. Dignidad Y Ordenamiento Comunitario. Disponible en <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/09yolanda.htm>>. Acceso en 21/01/2011.

⁷² La dignidad, como la libertad, son conceptos carentes de precisión y claridad, aunque imprescindibles. El análisis de Bobbio dirigido hacia la libertad puede, por tanto, ser trasladado para la dignidad sin ampliación o reducción (SQUELLA, Agustín. Libertad e igualdad en el pensamiento de Norberto Bobbio: ¿se puede ser liberal y a la vez socialista? En *DOXA*, 21, vol. I, 1998, p. 357).

tolerancia es el precio que se paga por nuestra aventura en la libertad".⁷³ De todos modos, la elección de la dignidad humana como norma fundamental, valor supremo o *core value* manifiesta claramente la opción del Estado por la persona, insta un ordenamiento con inclinación ideológica volcado a la persona humana y a su desarrollo libre dentro de la comunidad social, invitando a la convivencia social.⁷⁴ El Estado, en consecuencia, queda supeditado a la persona y no al revés.

2.2 - La intangibilidad de la dignidad humana

La dignidad de la persona representó un cambio de perspectiva de los deberes morales a los derechos jurídicos, sin abandonar sus atributos. Entre los atributos de la dignidad está su intangibilidad, o sea, la noción jurídica de dignidad rechaza grados entre individuos. El concepto se aproxima a la teoría del valor inherente que toma a todos los seres autónomos como seres valiosos, posean o no valor instrumental. Con lo cual, su concepción se opone a cualquier cálculo utilitario de la dignidad de los individuos, sea en términos de cualidad o cantidad (regla de los costes). Por decir de otro modo, el concepto kantiano de dignidad nutre las raíces del universalismo en oposición al agregacionismo utilitario.⁷⁵

Merece un comentario la contemporaneidad entre la doctrina kantiana (*Fundamentación de la metafísica de las costumbres* - 1785) y la doctrina de Jeremy Bentham (*Cartas: O Panóptico o la Casa de Inspección* - 1787), a quién se reputaba ser un "Gran Utilitarista".⁷⁶ El sentido de la Máxima Utilitaria es tratar de conseguir el máximo de placer para el mayor número de seres con capacidad de sentir, teniendo en consideración que cada uno cuenta por uno y nada más que por uno y, por tanto, de forma igual. Para el liberalismo utilitario el interés propio es el único motor del individuo, con lo cual se confía en la posibilidad de armonía entre los distintos intereses privados o en la coincidencia de la utilidad privada con la pública, en análoga extensión a los conceptos económicos formulados por Adam Smith y Ricardo (librecambistas). Los principios morales del

⁷³ DWORKIN, Ronald. Unenumerated Rights. En *HeinOnline* --- 59 U. Chi. L. Rev. 397, 1992, p. 427.

⁷⁴ OEHLING DE LOS REYES, Alberto. Algunas reflexiones sobre la significación constitucional de la noción de la dignidad humana. En *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 10, vol. 1, 2006, p. 35.

⁷⁵ CORTINA, Adela. *Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*. Madrid, Taurus, 2009, p. 118.

⁷⁶ MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 261.

utilitarismo son, pues, dos: hay que lograr la mayor satisfacción del mayor número de personas y el interés de cada uno cuenta tanto como el de cualquier otro. “*El utilitarismo disuelve totalmente la ética, en la medida en que sólo considera los efectos de una acción y no sus motivos*”.⁷⁷

Bentham decía que no hay más derechos que los derechos legales y que “*no existe ningún derecho que no deba ser abolido cuando su abolición sea provechosa para la humanidad*”.⁷⁸ De manera que, como advierte Adela Cortina, el cálculo numérico del utilitarismo “*nos deja en la inmoralidad: nada vale en sí, porque placer y dolor se cuantifican y es preciso sacrificar el bienestar e incluso el derecho de los individuos al mayor bienestar del mayor número*”.⁷⁹ En la medida que el utilitarismo produce un suelo fértil al desarrollo de asimetrías insuperables al borrar “*por completo la diferencia específica entre virtud y vicio*”,⁸⁰ actuando como contraderecho, cualquier reconsideración del utilitarismo para la evaluación de la dignidad apuntala escenarios tales como nacionalsocialismo, guerras humanitarias o la admisión de “daños colaterales”.⁸¹ El liberalismo utilitario inglés ha sido aplicado en las reformas políticas, económicas y electorales de los primeros decenios del siglo XIX y, si bien ha sido sustituido por el liberalismo ético con John Stuart Mill, su influencia reverbera en los modelos de la sociedad disciplinaria y de gestión de la mano de obra empresarial contemporáneos.

El Tribunal Constitucional Federal alemán compagina la idea del hombre en cuanto parte de una multitud con la dignidad humana. La tensión individuo-comunidad se resuelve en el

⁷⁷ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid, Editorial Trotta, 1998, p. 266.

⁷⁸ BENTHAM, Jeremy. Apud CORTINA, Adela. *Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*. Madrid, Taurus, 2009, p. 118.

⁷⁹ CORTINA, Adela. *Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*. Madrid, Taurus, 2009, pp. 73 y 177.

⁸⁰ Kant, en la obra *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, que la felicidad es un principio empírico que no sirve para fundamento de leyes morales. En sus palabras: “[...] *el principio de la propia felicidad es el más rechazable no sólo porque es falso y porque la experiencia contradice el supuesto de que el bienestar se rige siempre por el bien obrar; no sólo tampoco porque en nada contribuye a fundamentar la moralidad, ya que es muy distinto hacer un hombre feliz que un hombre bueno, y uno entregado prudentemente a la busca de su provecho que uno dedicado a la práctica de la virtud, sino porque reduce la moralidad a resortes que más bien la derriban y aniquilan su elevación, juntando en una misma clase los motores que impulsan a la virtud con los que impulsan al vicio, enseñando solamente a hacer bien los cálculos, borrando, en suma, por completo la diferencia específica entre virtud y vicio.*” (KANT, . *La Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Disponible en <http://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf>. Acceso en 26.04.2015).

⁸¹ Véase BAUMAN, Zygmunt. *Daños colaterales: desigualdades sociales en la era global*. Madrid, FCE, 2011.

sentido de vinculación y encaje de la persona en la comunidad (como individuo responsable y preocupado), sin afectar por ello su valor propio. En el análisis de la Ley de Seguridad Aérea, la corte claramente firmó la posición de que el Estado alemán no puede sacrificar un conjunto de individuos inocentes aunque esté en riesgo potencial la vida de un grupo más grande numéricamente de personas.⁸² La dignidad humana prohíbe una ponderación en la que lo decisivo es si resulta un «saldo positivo» cualitativo o cuantitativo. Domenech explica que “*tal proceder no respeta la insustitubilidad de las personas, sino que persigue la felicidad de la mayoría. Contra el derecho fundamental a la vida, los números no cuentan*”.⁸³ Luis Grieco⁸⁴ demuestra que el raciocinio cuantitativo o numérico se contrapone a la idea de Estado de Derecho, al constituir ciudadanos de segundo escalón (*homo sacer*).

La intangibilidad es consecuencia del reconocimiento de que la dignidad está estrechamente vinculada a la propia condición potencial como persona de cada ser humano.⁸⁵ Todos los seres procreados por personas humanas, independientemente de su habilidad en experimentar valores mentales o espirituales son titulares de la dignidad humana. Tampoco importa para la valoración de la dignidad el espacio de tiempo de vida de su titular. Por ejemplo, conculca la dignidad humana ofrecer el más débil, sea el más joven o el mayor, sea el enfermo terminal o el vencido en una disputa, en sacrificio a una fiera para salvar determinado grupo retenido en una cueva o cualesquiera políticas públicas de exterminio masivo de enfermos mentales, como la experimentada por la Alemania nazista.⁸⁶ Siguen con la titularidad de este derecho incluso las

⁸² STARCK, C. La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho alemán. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 249. Véase también la discusión del Tribunal Constitucional sobre el alcance de la Ley de Seguridad Aérea.

⁸³ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. ¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea. En: *Revista de Administración Pública*, n. 170, 2006, p. 400.

⁸⁴ “Aquéllos, o sea, quienes conforme la tortura autorizada deben vivir bajo el miedo de convertirse en víctimas, no somos justamente nosotros, sino otros, por regla general, grupos étnicos minoritarios, los cuales, por lo visto, carecerían aquí precisamente de importancia. Un bonito balance entre costes y beneficios, en el cual nosotros disfrutemos, sobre todo, de los beneficios y, ellos, sobre todo, soporten los costes, ...” (GRECO, Luis. Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*. En *Revista para el análisis del Derecho*, n. 4, 2007, pp. 1-28. Disponible en <www.indret.com>. Acceso en 01.12.2009, p. 19).

⁸⁵ “De modo que sirven para justificar la dignidad las posibilidades que desde el principio están en cualquier ser [humano]” (STARCK, Christian. Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 9, 2005, p. 491).

⁸⁶ Para profundizar el tema, véase AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia, Pretextos, 1998, y BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad y Holocausto*, 5ª edición. Madrid, Ediciones Seguitur, 2010;

personas que autorizan su sacrificio, como es el caso de los exploradores, descrito por Lon L. Fuller (“*The case of the Speluncean Explorers*”).⁸⁷

Asimismo, no importa la condición jurídica bajo la cual se encuentra la persona, como por ejemplo cuando está confinada en manicomios. El Derecho deja constancia que la garantía de respeto a la dignidad humana alcanza incluso a aquéllos que la han violado de la forma más grave, como por ejemplo, algunos criminales.⁸⁸ En conclusión, el Derecho moderno rehusa con toda fuerza figuras jurídicas o construcciones hermenéuticas que recríen el *homo sacer* del Derecho romano, el 'hombre sagrado' sobre el cual no actúa ni la ley de Dios ni la ley del hombre y cuya muerte no es interpretada ni como sacrificio religioso ni como pena capital.⁸⁹

La imposibilidad de limitación o graduación de la dignidad entre individuos queda compensada por su apertura interna, “*como principio constitucional precisado de concreción histórica a través de procesos públicos de conformación de la conciencia social*”⁹⁰ y dependientes de la autonomía individual para elegir su propio camino. Es esta apertura interna la que rechaza como ofensa a la dignidad humana la determinación de que un soldado arriesgue su vida en una guerra, por ejemplo. Esta característica es la que permite al Estado determinar la vacunación a los niños, aunque los informes médicos indiquen que un número pequeño pueda sufrir una reacción mortal. En ese sentido Robert Alexy explica que la intromisión en la dignidad se convierte

ZIZEK, Slavoj. *Bienvenidos al desierto de lo real*. Madrid, Akal, 2005.

⁸⁷ Este estudio describe un caso imaginario en que, a los veinte días atrapados en una cueva e informados de que su rescate va a tardar otros diez días, cinco espeleólogos deciden sacrificar a uno de ellos cuya carne será ofertada como comida para permitir la supervivencia de los demás. La víctima es decidida al azar por un juego de dados.

⁸⁸ STARCK, Christian. Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 9, 2005, p. 491.

⁸⁹ “*El matarlos [los judíos] no constituye, por eso, como veremos, la ejecución de una pena capital ni un sacrificio, sino tan solo la actualizaron de una simple posibilidad de recibir la muerte que es inherente a la condición de judío pero que, con todo, debemos tener el valor de no cubrir con velos sacrificiales, es que los judíos no fueron exterminado en el transcurso de un delirante y gigantesco holocausto, sino, literalmente, tal como Hitler había anunciado, “como piojo”, es decir como nuda vida. La dimensión en que el exterminio tuvo lugar no es la religión ni el derecho, sino la biopolítica*” (AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia, Pre-textos, 1998, p. 147). Sin embargo ese autor reconoce en determinados espacios reproducciones modernas de esta condición, como en las aduanas de los aeropuertos y puertos, o mismo Guantánamo. Zizek también lo reconoce en los campamentos humanitarios (ZIZEK, Slavoj. *Bienvenidos al desierto de lo real*. Madrid, Akal, 2005).

⁹⁰ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. Dignidad de la persona y derechos fundamentales. Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 51. Los extranjeros acaban por formar parte de la comunidad de reconocimiento recíproco en que se basa la conciencia social, pues la idea de dignidad desarrollada dentro de determinado ordenamiento jurídico se aplica a quienes se hallan en el territorio jurídico correspondiente.

necesariamente en una lesión, sin permitir justificativas o límites;⁹¹ empero la lesión es matizada por su estructura interna de ponderación,⁹² como será explicado más adelante.

2.3 - El concepto material de la dignidad humana

La concepción kantiana de la dignidad no se limita a imponer la inmunidad a prácticas que convierten una persona en cosa, como es el caso de la tortura; crea el deber de favorecer tanto como sea posible la meta del otro: “*siendo el sujeto un fin en sí mismo, es preciso que los fines de otro sean por mí considerados también como míos*”.⁹³ Dentro de la concepción del Estado social y democrático de Derecho no escapa el planteamiento de una conceptualización sustantiva o material de la dignidad humana, pues el concepto negativo obtenido por la fórmula del objeto no aclara sobre los actos demandados al Poder Público para garantizar la condición de persona humana. Jimenez Campo sostiene que la búsqueda por una noción sustantiva de lo que sea la dignidad “*conduce paradójicamente a la desustancialización de la idea, a una noción sin concepto*”,⁹⁴ que es lo que suele pasar cuando se manejan en el Derecho categorías externas sin formalización.

Por cuenta de la concepción abierta de la dignidad, cierta doctrina defiende la asertiva

⁹¹ Gabriel Doménech Pascual aduce de que sólo consideramos atentatorias a la dignidad humana las decisiones o prácticas adoptadas “cuando resultan injustificables, cuando ningún principio constitucional exige la correspondiente actuación con la suficiente fuerza” (DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. ¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea. En: *Revista de Administración Pública*, n. 170, 2006, p. 409).

⁹² “La dignidad humana tiene, como todos los derechos que están tanto en la bóveda como en el fundamento del edificio, una estructura distinta a la de los otros derechos fundamentales. En los derechos fundamentales normales una intromisión no significa todavía una lesión. Una intromisión se convierte en una lesión cuando no está justificada. La dignidad humana carece de esa estructura de intromisión/límites. En ese sentido tiene un carácter de regla. Toda intromisión en la dignidad humana significa su lesión. Pero también aquí las cosas no son tan simples. Tras la estructura de reglas de la dignidad humana se encuentran desde luego estructuras de ponderación” (ALEXY, Robert. ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. En: *DOXA*, 24, 2001, p. 678).

⁹³ BELLOSO MARTÍN, Nuria. El principio de dignidad de la persona humana en la teoría kantiana: algunas contradicciones. En *Direitos Fundamentais & Justiça*, año 2, n. 4. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2008, p. 48.

⁹⁴ “El problema es, muy evidentemente, que tal determinación de contenidos es un imposible lógico, pues presentaciones verbales como las que se han transcrito son siempre, y ahí es inevitable, circulares o tautológicas (la dignidad exige un trato acorde con la dignidad), de modo que la búsqueda, desde el Derecho, de una noción sustantiva de lo que sea la “dignidad de la persona” conduce paradójicamente a la desustancialización de la idea, a una noción sin concepto, como no puede dejar de ocurrir cuando, como aquí pasa, se manejan en el discurso jurídico, sin formalización alguna, categorías externas al Derecho, a la Constitución en este caso.” (JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Art. 10.1. En: *En Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*. Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008, p. 182.)

de Dürig, de que la precisión del contenido necesario a una concepción positiva de la dignidad se extrae del “concreto desarrollo jurídico-positivo que proporcionan los singulares derechos fundamentales en los que se resuelve, y 'que están a disposición del hombre ligado a su particular situación, que desenvuelve su existencia en el tiempo y en la comunidad'”.⁹⁵ De modo que la concepción sustantiva de la dignidad humana sería extraída de la concepción material de cada derecho fundamental previsto, una vez que los variados derechos fundamentales contribuyen de forma integrada y sistemática a la concepción de la dignidad.

La asertiva de que la dignidad es el punto de partida⁹⁶ de los derechos no conlleva a su desarrollo acabado por intermedio de los derechos fundamentales ya positivados; además de eso, la dignidad es el punto de llegada del orden jurídico. Indudablemente la dignidad se presenta como límite, criterio interpretativo, de los poderes públicos, pero su fuerza reposa en ser igualmente un compromiso justo de las sociedades bien ordenadas, razón por la cual “no estamos describiendo una realidad sino un deber ser, en cuyo edificio la dignidad humana es un referente inicial, un punto de partida y también un horizonte final, un punto de llegada”.⁹⁷ En consecuencia, limitar la dignidad al conjunto de los derechos fundamentales, aunque de forma integrada, es restringirla sin justificación e ir en contra de todo lo antes aducido. Si la dignidad es un valor supremo que reverbera en todo el ordenamiento jurídico y en especial en los derechos fundamentales, su fuente primordial, ¿cómo, justamente en su función promocional, se va a fundir con ellos? Fijar el contenido material de la dignidad por intermedio de los derechos fundamentales reconocidos en el cuerpo de reglas constitucionales termina por crear una tautología. A fin de cuentas, ¿cuál sería la diferencia en decir que un determinado derecho fundamental es fomentado por la dignidad o que la dignidad humana es fomentada por intermedio del derecho fundamental en cuestión? Eso resultaría

⁹⁵ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 41.

⁹⁶ Según el Tribunal Constitucional Federal alemán, la dignidad humana es el punto de partida de los derechos fundamentales.(HÄBERLE , P. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal. Ambos en *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 181.) En el Derecho español la ubicación de la dignidad humana en el frontispicio del Título Primero, de los derechos y deberes fundamentales, de la Ley Fundamental apunta en el mismo sentido. La dignidad configura el “macro-derecho fundamental... el derecho marco o categoría lógica que los abarca a todos” (PUY, F. *apud* GARCIA GARCIA, C. *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Murcia, Universidad de Murcia, 2003, p.57) .

⁹⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2 edición. Madrid, Dykinson, 2003, p. 67.

encarcelar la dignidad en un concepto retórico.

La imposibilidad de firmar un concepto preciso de algo tan consustancial a la persona como es su dignidad no conlleva a la ausencia de contenido. Padecen de igual dificultad conceptos como libertad e igualdad. Si su contenido está en la propia excelencia de la persona,⁹⁸ en reconocer a cada hombre la capacidad de decidir sobre el alcance de su dignidad de acuerdo con su propia responsabilidad,⁹⁹ garantizando el desarrollo personal consciente y la pluralidad efectiva de los hombres, se puede pensar en deberes estatales que fomenten la dignidad. Como ejemplo se puede pensar en situaciones tales como, cuando el Estado favorece la existencia de derechos que faciliten la libre elección de las opciones, como es el derecho a la educación, la libertad ideológica, la libertad religiosa, la libertad de la ciencia y de la investigación; o cuando incrementa la capacidad de comunicación y diálogo, como el derecho de asociación y reunión, la libertad de expresión o la participación política; o incluso deberes desatados de los derechos fundamentales ya positivizados. Habermas afirma que, a la luz de la experiencia resultante de los gritos de miles de personas que tuvieran violada su dignidad surgen otros aspectos significativos que pueden ser actualizados de la dignidad humana y pueden conducir sea a la extracción continuada del contenido normativo de los derechos fundamentales garantizados, sea al descubrimiento y la construcción de nuevos derechos fundamentales. “*Así, la intuición de la dignidad humana, siempre presente en el trasfondo, logra penetrar, en primer lugar en la conciencia de los afectados y, después, en los textos jurídicos, donde será conceptualmente articulada*”.¹⁰⁰ La previsión de la dignidad como derecho fundamental acoge así un rasgo adicional de prevención.¹⁰¹

Si el poder público identifica la mitigación de la autonomía, de la libertad de conciencia o la reducción de una persona a condición de medio o instrumento, por un comportamiento singular de un particular o de uno de sus órganos, puede y debe adoptar una conducta que resulte en efecto contraria, incluso por acciones afirmativas. A raíz de tal concepción se hace indispensable su

⁹⁸ GARCIA GARCIA, C. *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Murcia, Universidad de Murcia, 2003, p. 57.

⁹⁹ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 29.

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, p. 109.

¹⁰¹ OEHLING DE LOS REYES, Alberto. El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91, año 31, enero/abril, 2011, p. 151.

desenvolvimiento también por medio de prestaciones estatales o medidas legislativas que la fomenten como medida de garantía, habida cuenta que, según Dürig, “*la dignidad como tal queda igualmente comprometida cuando el hombre se ve obligado a subsistir bajo condiciones económicas que le degradan a la condición de objeto*”; no cabe aislar ‘el contenido ético-valorativo de la dignidad humana de la sustancia económica que resulta necesaria para toda realización de valores’”.¹⁰²

Christian Starck¹⁰³ señala como prestaciones debidas por el Estado los beneficios, tales como: a) medidas financieras o de asistencia, para garantizar las condiciones mínimas de vida, independientemente de la situación financiera presupuestaria estatal; b) rentas libre de impuestos; c) educación en las escuelas; d) y los esfuerzos para prever peligros a la dignidad. Nuria Belloso Martín¹⁰⁴ conecta la dignidad al derecho al trabajo. Son ejemplos, además, la posibilidad de exigir un mínimo existencial o las pensiones no contributivas para asegurar la subsistencia del individuo.¹⁰⁵ El contenido material de la dignidad, por consiguiente, podrá ser reconstruido a partir de los casos concretos.

Quizás aquí también se enarbola el estandarte germánico de que el respeto a la dignidad humana por el Estado rebasa en no trastocar la dignidad humana en las decisiones públicas o leyes. La obligación estatal se divide en dos áreas: 1) *Protección a través de apoyo material propio del*

¹⁰² GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 44.

¹⁰³ STARCK, C. La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho alemán. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 268-270.

¹⁰⁴ “Ciertamente no se puede hablar de dignidad de la persona si esto no se materializa en sus propias condiciones de vida. ¿Cómo hablar de dignidad sin derecho a la salud, al trabajo, en fin, sin derechos que derivan de ese atributo que le es propio: la dignidad?” (BELLOSO MARTÍN, Nuria. El principio de dignidad de la persona humana en la teoría kantiana: algunas contradicciones. En *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 2, n. 4. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2008, p. 56).

¹⁰⁵ Alberto Oehling de los Reyes pone énfasis en que estos derechos són reconocidos en Alemania por fuerza de la recepción del concepto constitucional de dignidad en su relación cardinal con el principio del Estado social de Derecho (art. 20.1 de la Ley Fundamental), pero no principalmente de ningún derecho fundamental (OEHLING DE LOS REYES, Alberto. El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91, año 31, enero/abril, 2011, p. 151). En España hay el reconocimiento de un mínimo vital (STC 158/1993).

Estado y 2) *Protección frente a los ataques de terceros contra la dignidad humana*.¹⁰⁶ En el cumplimiento de la primera obligación, el Estado alemán debe asegurar unas condiciones mínimas para una vida digna de los ciudadanos que no están en condiciones de desarrollarse y mantenerse ellos mismos por cuenta de enfermedades físicas o mentales (§ 9 del Código de Seguridad alemán,). Las condiciones aquí referidas son las mínimas para subsistir. En la segunda obligación se manifiesta de forma proporcional, conforme a la gravedad del peligro e intensidad de la violación. La protección de la dignidad se concreta en su garantía por el Estado, por medio de normas de prohibición y sanción, la cual puede ser ejemplificada en la prohibición, redactada en el artículo 21 de la Ley Fundamental alemana de organizar partidos totalitarios, lo que justificó la declaración de inconstitucionalidad a la formación del Partido Socialista (*Sozialistische Reichspartei - SRP*) en virtud de su comprensión como organización heredera del NSDAP.¹⁰⁷

3. La dignidad humana en el ordenamiento constitucional: ¿valor, principio o derecho fundamental?

La garantía de la dignidad del hombre ocupa el rol de “principio constitucional supremo” del Estado alemán que “*rechaza, respecto al futuro, cualquier sistema de gobierno que niegue el respeto al hombre concreto y que permita su sometimiento a un sistema de opresión colectivo, que confiera a la dignidad sólo un sentido de clase*”.¹⁰⁸ La dignidad humana es presentada como el valor legal más importante en Alemania,¹⁰⁹ como la pieza central en la protección de los derechos fundamentales por el Estado y contra el Estado. De acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal alemán, el art. 1.1 de la Ley Fundamental figura como base de sus

¹⁰⁶ STARCK, Christian. Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 9, 2005, p. 493.

¹⁰⁷ OEHLING DE LOS REYES, Alberto. El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91, año 31, enero/abril, 2011, p. 154.

¹⁰⁸ STARCK, C. La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho alemán. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 248.

¹⁰⁹ “Human dignity is thus a constituent part of humanity in the German view, and its guarantee is the essence of the German social order. In this sense, dignity is the highest legal value in Germany” (RAO, Neomi. On the use and abuse of dignity in constitutional law. En: HeinOnline. 14 Colum. J. Eur. L. 201 2007-2008, p. 216).

“principios sistemático-valorativos” y punto de partida de los derechos fundamentales. La dignidad aparece como “*el valor jurídico más importante*”, el “*valor constitucional supremo*”, “*fin supremo de todo el Derecho*” y como “*mandamiento de inviolabilidad de la dignidad del hombre como base fundamental de todos los derechos fundamentales*”.¹¹⁰

Si bien el art. 1.1 no esté explícitamente mencionado en la clausula vinculante del art. 1.3 de la Ley Fundamental, la norma alemana tiene validez jurídica inmediata, por su propia formulación y actúa como valor supremo (punto central del sistema de valores), principio constitucional básico y derecho fundamental.¹¹¹ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán¹¹² reconoce que la garantía de la dignidad como derecho fundamental hace posible el recurso de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) frente a leyes que modifican la constitución o no le respetan de forma suficiente.¹¹³

La tesis en defensa de la dignidad como derecho fundamental autónomo encuentra acogida en el razonamiento habermasiano¹¹⁴ sobre el rol de la dignidad humana frente a los

¹¹⁰ Véase HÄBERLE, P. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 181/187; LUTHER, Jörg. Razonabilidad y dignidad humana. En *ReDCE*, n. 7, enero-junio de 2007, p. 295-326; HABERMAS, Jürgen. La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 44, 2010, pp. 105-121.

¹¹¹ HÄBERLE, P. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*; FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 183/181. OEHLING DE LOS REYES, Alberto. El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91, año 31, enero/abril, 2011, pp. 145-149.

¹¹² Entre los defensores de la dignidad como derecho fundamental está la mayoría de los autores alemanes: J. F. LINDNER, R. WILL, B. KÖNEMANN, BADURA, STERN, HÖFLING, BENDA VON MÜCH, IPSEN (OEHLING DE LOS REYES, Alberto. El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91, año 31, enero/abril, 2011, pp. 145-146). Entre los detractores, merece poner en relevancia a Dürig, que suponía que el contenido jurídico subjetivo de la dignidad del hombre queda conectado a los derechos fundamentales individuales y que además, permanece protegido a través de la garantía del contenido esencial del artículo 19.2 de la Ley Fundamental. En la misma línea H. Dreier que la considera exclusivamente como principio fundamental (STARCK, C. La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho alemán. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 261).

¹¹³ STARCK, Christian. Introducción a la dignidad humana en el Derecho alemán. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 9, Madrid, 2005, p. 492.

¹¹⁴ HABERMAS, Jürgen. La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 44, 2010, pp. 105-121.

derechos humanos. Habermas afirma que en la tradición cristiana, al confirmar el rango superior de los hombres, criatura creada a imagen y semejanza de Dios, sobresale la persona individual, como ser no fungible ni intercambiable en el Juicio Final. La infungibilidad se agudiza deontológicamente con Kant y su radical concepto de autonomía en el reino de los fines. De manera que la “*dignidad ilimitada*’ de cada persona reside en la pretensión de que todos los demás respeten como inviolable esa esfera de la voluntad libre”.¹¹⁵ Así que, para él, la dignidad humana no irrumpe solamente como fuente moral de los derechos fundamentales, no está sólo para cumplir exclusivamente la función heurística de compaginar las diferentes generaciones de derechos fundamentales, sino que los concretan en el caso particular, con un papel destacado en la ponderación necesaria frente a los *hard case*. Todo eso sin dejar de mencionar que la dignidad humana facilita aún la construcción de nuevos derechos y, por ser un concepto jurídico general, es apropiada para alcanzar compromisos negociativos.

La distinción entre la función del valor, del principio y del derecho fundamental reside en definir el alcance jurídico de cada uno, pues si apenas hay discusiones en referencia a los derechos fundamentales, hay profunda disparidad de criterios frente a los valores y principios. La concepción de principios jurídicos y valores es variable, transitando desde postulados programáticos a normas jurídico-positivas que imponen determinadas conductas a los órganos públicos. En efecto, los principios y valores son categorías bastante cercanas porque, en general, se las toman como “mandatos de optimización”. Por mandatos de optimización se comprende las normas que pueden ser cumplidas en diferente grado, cuya medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades de hecho, sino también de las jurídicas.¹¹⁶

Para Peces-Barba, los valores jurídicos comunican al poder político con el Derecho y expresan sus fines, en la continuidad de la ética pública. Cuando incorporan el Derecho positivo, evitan el espejismo del Derecho natural y contribuyen a la superación de la idea de un positivismo cerrado a la ética pública y axiológicamente neutral. Los valores solamente se completan cuando se realizan en la práctica. A su vez, los principios y derechos derivan de los valores y adquieren su plenitud cuando son concretados en normas de Derecho positivo, del máximo nivel, o sea, en la Constitución, la Ley o la jurisprudencia constitucional.¹¹⁷

¹¹⁵ *Idem*, p. 116.

¹¹⁶ BATISTA FREIJEDO, Francisco J. et. al. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, 1ª edición y reimpresión. Madrid, Tecnos, 2005, p. 47/48.

¹¹⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2 edición.

Fernando Batista distingue los valores y los principios tomando como base la diferencia entre los conceptos deontológico, axiológico y antropológico. Los conceptos deontológicos son las nociones de derecho y deber, mandato, prohibición y permisión. Los conceptos axiológicos son las ideas del bien y del mal. Y los conceptos antropológicos son las nociones *necesitar y decidir, elegir y actuar*. Los principios, como mandatos de optimización, se encuadran dentro del ámbito deontológico, mientras que los valores se ubican en el nivel axiológico. Así que, para él, los valores operan en un ámbito interpretativo más amplio, cuya “*proyección normativa se rige por criterios subjetivos que la oportunidad política suministra*”, a diferencia de los principios, cuya “*proyección normativa se encuentra previamente determinada por el derecho*”.¹¹⁸ Es decir, para él, la eficacia de los valores es meramente interpretativa¹¹⁹ y opera de forma distinta según el intérprete sea el legislador o juez. En sus palabras: “*Sólo el primero puede interpretar la Constitución “convirtiendo” el valor en una norma, esto es, creando una norma como proyección de un valor, mientras que el juez, por el contrario, no puede efectuar esta misma operación – al menos en el sistema jurídico español – sino únicamente anudar el valor a una norma previamente dada, a fin de interpretarla*”.¹²⁰ El concepto de Del Rey Guanter no parece acuñar mayor efectividad a los valores jurídicos, los cuales, según él, son la óptica ético-jurídica de dicho Estado, cuando les atribuye la función de establecer las líneas generales o posibles aspiraciones de actuación del Estado e interpretar los derechos.

Conviene subrayar la diferencia entre carácter normativo y aplicación directa. Por carácter normativo de la Constitución se comprende su efecto vinculante, no programático. La aplicación directa, a su vez, supone un contenido prescriptivo al enunciado, que puede hacerse valer sin necesidad de la intervención del legislador, en todo tipo de conflictos. Según Prieto Sanchís, todos los preceptos constitucionales gozan de normatividad, si bien sólo algunas normas, como los derechos fundamentales, son aplicables de inmediato. En general, los preceptos de aplicación

Madrid, Dykinson, 2003, pp. 12/13, nota 4.

¹¹⁸ Ambos en BATISTA J., Fernando. La dignidad de la persona en la Constitución española: naturaleza jurídica y funciones. En *Cuestiones Constitucionales*, num. 14, 2006, p. 15.

¹¹⁹ Opinión compartida por García García, quién diferencia los principios jurídicos al atribuirles una operatividad inmediata y concreta, en cuanto los valores tienen eficacia interpretativa (GARCÍA GARCÍA, C. *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Murcia, Universidad de Murcia, 2003, p. 55).

¹²⁰ BATISTA J., Fernando. La dignidad de la persona en la Constitución española: naturaleza jurídica y funciones. En *Cuestiones Constitucionales*, num. 14, 2006, p. 16, nota 43.

directa “*son normas sustantivas que interesan o se refieren a todos los ciudadanos*”.¹²¹ La doctrina de Prieto Sanchís¹²² contradice a los autores arriba mencionados, estando basada en los elementos caracterizadores del constitucionalismo fuerte, cuales son: a) el carácter normativo o fuerza vinculante de la Constitución; b) la supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes, lo que quiere decir, que ella condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y ejerce la función de un criterio de interpretación prioritario; c) la eficacia o aplicación directa, o sea, la Constitución no requiere la interposición de ningún acto jurídico en el despliegue de su fuerza vinculante - “*en la medida en que los preceptos constitucionales sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará obligada*”; d) la garantía judicial que consiste en el control abstracto y concreto, *a priori o a posteriori*; e) la presencia de un denso contenido normativo dirigido a los ciudadanos en sus relaciones con el Estado y, “*con las modulaciones que se quieran y que nacen de la propia Constitución, en sus relaciones sociales de Derecho privado*”; y f) la rigidez constitucional. Los elementos mencionados desentrañan la normatividad y eficacia inmediata igualmente de los valores y principios, cuando interesen o se refieran a todos los ciudadanos, acercándolos a los derechos fundamentales.¹²³

Perez Luño reúne los valores, principios y derechos fundamentales en un concepto más amplio de derechos fundamentales, teniendo en cuenta que, en general, todos estos enunciados suelen gozar de una tutela reforzada por el texto constitucional. Para este autor, la diferencia entre las figuras está en su grado de precisión jurídica. Los valores superiores vienen a representar la síntesis de los valores básicos de la sociedad española.¹²⁴ Los principios constitucionales engloban todos los principios dirigidos a delimitar el marco político, social y económico que va a determinar las modalidades de ejercicio de todos los derechos fundamentales y también a orientar la acción de los poderes públicos. Y lo que para algunos serían específicamente los derechos fundamentales, para este autor se dividen en tres modalidades: cláusulas generales, normas específicas o casuísticas

¹²¹ PRIETO SANCHIS, Luis. Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Madrid, Trotta, 2003, p. 111, nota 18.

¹²² *Idem*, p. 116-117.

¹²³ Este autor afirma que: “... la vocación de tales principios no es desplegar su eficacia a través de ley – se entiende, de una ley respetuosa con los mismos – sino hacerlo de una forma directa e independiente. Con lo cual la normativa constitucional deja de estar “secuestrada” dentro de los confines que dibujan las relaciones entre órganos estatales, deja de ser un problema a resolver exclusivamente entre el legislador y el Tribunal Constitucional, para asumir la función de normas ordenadas de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones. Desde luego, las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero sólo a través de una interpretación constitucional que efectúa este último.” *Ibidem*, p. 115.

¹²⁴ Para él, los valores aluden a los derechos fundamentales en el Preámbulo de la Constitución y en el art. 1.1 (PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8ª edición y reimpresión, Madrid, Tecnos, 2005, p. 46).

y normas de tutela.¹²⁵ Asimismo, los valores ejercen una triple dimensión funcional: a) fundamentadora, desde una perspectiva estática, en cuanto “*núcleo básico e informador de todo el sistema jurídico-político*”; b) orientadora, en una perspectiva dinámica, del ordenamiento jurídico-político “*hacia unas metas o fines predeterminados, de forma que hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional*”; c) crítica, “*en cuanto que su función, como la de cualquier otro valor, reside en su idoneidad para servir de criterio o parámetro de valoración para justipreciar hechos o conductas*”.¹²⁶

Ronald Dworkin¹²⁷ establece la distinción de la siguiente manera: los derechos son reglas aplicables al modo de “todo o nada” y enmarcan relaciones entre individuos y el Estado (y particulares). En caso de conflicto entre dos reglas, una no puede ser válida. Por consiguiente, la regla invalidada debe ser abandonada o reformulada. Las normas establecen ellas mismas las condiciones de aplicación y pueden ser identificadas por un test de origen. Los principios, a su vez, no establecen las consecuencias legales para el caso de su aplicación automática cuando las condiciones requeridas se manifiestan, pero poseen cierto grado de concreción. Cuando dos principios entran en disputa, ellos interactúan de modo que cada uno ofrece una razón en favor de determinada solución, pero no la estipulan. No se puede deducir la validez de un principio por su origen sino por su fuerza argumentativa, su peso específico. Los principios son razones para decidir en un sentido determinado. Por fin, Dworkin reconoce las directrices, que tienen como objetivo perseguir el bien estar colectivo.

Las principales aportaciones de la teoría dworkiana son la concepción del derecho como interpretación y el enfoque que proporciona el valor de la integridad. De manera que, aunque Dworkin afirme que los derechos triunfan frente al bienestar colectivo y frente al Estado, su concepción jurídica no es positivista. Para él, el derecho se acerca más bien a una teoría de principios, pues los desacuerdos entre los juristas no se relacionan a hechos o a la idea de justicia,

¹²⁵ *Idem*, pp.46, 59-61.

¹²⁶ PEREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 1999, p. 288.

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a serio*, 1ª edición. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39, 43 y 114. Para Neomi Rao, los valores espejan preocupaciones políticas y sociales diferentes de los derechos. RAO, Neomi. On the use and abuse of dignity in constitutional law. En: *HeinOnline*. 14 Colum. J. Eur. L. 201 2007-2008, pp. 222-223. CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin. En: *DOXA*, n. 12, 1992, p. 168-169.

sino sobre lo que exige el derecho. La cuestión es más profunda, porque el problema no es sólo la identificación del texto, sino su uso: ¿hasta qué punto la coacción del estado debe utilizarse en este caso y cómo se debe justificar? En consecuencia, adopta la concepción de que el derecho está compuesto no sólo por un conjunto de normas, sino también por un conjunto de principios. Entre los principales principios están la equidad, la justicia, la legalidad y la integridad. El principio de la integridad es lo que le permite justificar una decisión. Para Dworkin, el derecho como integridad encuentra la justificación en el pasado, en la historia (convencionalismo), pero buscando la coherencia para alcanzar la decisión correcta. *“Allí donde se encuentra con criterios contradictorios trata de encontrar una explicación y trata, por tanto, de exigir que las distinciones entre criterios no se produzcan al azar, sino que respondan a razones públicas y justificadas”*.¹²⁸

Las líneas ya borrosas de las diferentes categorías de normas constitucionales casi se desvanecen con los nuevos tintes de los derechos fundamentales, originados por su carácter abierto y abstracto y por el papel que ocupan en la concepción del Estado social y democrático de Derecho. Por lo pronto, es interesante destacar que los derechos fundamentales se caracterizan por ser formulas de contenido y objeto abstractos y abiertos. El carácter abstracto se caracteriza por el hecho de que sus enunciados no incluyen referencias al modo, tiempo y lugar de ejercicio del derecho. La apertura reposa en que, en principio, cualquier conducta que encaje en el enunciado normativo está protegida por el derecho fundamental, es decir, las normas de derecho fundamental no responden al modelo condicional y cerrado de los enunciados jurídicos tradicionales, en que si se dan determinados supuestos de hecho, habrá consecuencias legales específicas. La interpretación de los derechos fundamentales exige una apertura cognitiva del sistema jurídico hacia la realidad que es objeto de su formación. El arbitrio en el campo de la interpretación de los derechos fundamentales es contenido internamente enunciado por el marco constitucional, cuyo conjunto normativo se irradia a sus partes integrantes para formar una unidad de sentido sistemático.¹²⁹ Luego, la actividad del legislador y del intérprete constitucional se acercan, en la medida en que ambas buscan una labor de precisión, aunque por instrumentos y metodología diversos. Importa dejar constancia que incluso las interpretaciones adoptadas por la jurisprudencia, aunque ciertas, no gozan de seguridad, esto es, no revelan una interpretación final e inamovible. *“La seguridad procede en este caso de la solidez de los argumentos que fundamentan la decisión, del consenso que se genere en torno a ellos, pero también de la garantía de que el proceso de interpretación está*

¹²⁸ CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin. En: *DOXA*, n. 12, 1992, p. 171.

¹²⁹ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*, 8ª edición y reimpresión. Madrid, Tecnos, 2005, p. 138.

*abierto a nuevos argumentos de más peso y rigor que puedan conducir a una concreción distinta del texto constitucional”.*¹³⁰

Además de la dimensión subjetiva, abstracta y abierta, la concepción de Estado social y democrático de Derecho exige que los derechos fundamentales no se limiten a la tutela de derechos subjetivos, sino que extrapolen las relaciones singulares, para afirmarse como normas objetivas, cuyo contenido se irradia en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico. La dimensión objetiva convierte el derecho fundamental en un mandato de optimización, obligando a que los poderes públicos realicen su contenido normativo.¹³¹ Alexy¹³² afirma que la positivización de los derechos humanos no retira su dimensión ideal, la cual permanece conectada como razones en favor o en contra del contenido que ha sido reducido a norma y como razones exigidas por la textura abierta de los derechos fundamentales. Por eso, él igualmente enmarca los derechos fundamentales en una teoría de los principios y les atribuye una estructura de mandato de optimización. “*Eso lleva a poner al principio de proporcionalidad en el centro de la dogmática de los derechos fundamentales, lo que tiene la consecuencia práctica de que en muchos casos lo decisivo sobre el contenido definitivo de los derechos fundamentales es la ponderación*”.¹³³ La teoría de los principios, concluye, da un sentido teleológico a los derechos fundamentales, y no deontológico. De manera que, si bien un derecho fundamental sólo puede ser válido o inválido, el carácter binario del resultado no invade todos los pasos y la fundamentación.

Por lo tanto, se puede afirmar que la diferencia entre las tres figuras está en su grado de concreción jurídico, que adquiere más densidad en el sentido del valor hacia el derecho fundamental. De todas formas, en el constitucionalismo fuerte, todos tienen carácter abierto y abstractos, tienen eficacia inmediata y pueden actuar como mandatos de optimización.

¹³⁰ BATISTA FREIJEDO, Francisco J. et. al. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, 1ª edición y reimpresión. Madrid, Tecnos, 2005, p. 65.

¹³¹ “Pero, ante todo, los derechos fundamentales mismos no se entienden ya únicamente como derechos subjetivos de defensa contra el Estado, sino también como principios objetivos que obligan al amparo universal de la libertad jurídico-fundamental y establecen su actividad organizadora de la sociedad sobre los principios jurídico-fundamentales” (GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2006, p. 206).

¹³² ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91, año 31, enero/abril, 2011, p. 25.

¹³³ ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. En: *DOXA*, 24, 2001, p. 675.

4. La dignidad humana en la Constitución española

El Estado español se declara un “*Estado social y democrático de Derecho*” que enmarca como valores superiores de su ordenamiento jurídico “*la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo*” (art. 1.1 CE). El modelo jurídico-político del Estado social y democrático de Derecho garantiza el pluralismo tanto en la sociedad, reflejado en la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general, como en el propio gobierno, a través de la participación de representantes de la sociedad en la toma de decisiones de interés general. El pluralismo acompaña la promoción de la igualdad de los individuos (art. 9.2 CE), la cuál se concibe como una normativa compensadora e igualadora “*en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales*” (STC 3/83, FJ 3) y se presenta como requisito de la democracia. Los valores superiores arriba consignados resultan en el “*abandono de un ordenamiento jurídico axiológicamente neutro*”.¹³⁴

La dignidad humana, en el art. 10.1, inaugura el Título de los Derechos y Deberes Fundamentales de la Constitución y es cualificada como fundamento del orden político y de la paz social: 1. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.* Su ubicación extraña – al margen del art. 1.1 CE -, no degrada su importancia e repercusión en los valores superiores del Estado español. Esos valores superiores se conectan estrechamente con la dignidad de la persona humana.¹³⁵ “*La conexión es evidente, pues no existe ni puede existir dignidad humana sin libertad, justicia, igualdad y pluralismo político; además, estos valores serían indignos si no redundasen a favor de la dignidad del ser humano*”.¹³⁶ De forma que el reconocimiento de la dignidad como “*fundamento, principio y origen del*

¹³⁴ DEL REY GUANTER, S. La aplicación de los valores superiores de la Constitución española en el Derecho del Trabajo, en *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. I, Ministerio de Justicia, 1988, p. 409.

¹³⁵ Esta fue la solución encontrada por la doctrina que considera que la dignidad debería ilustrar el art. 1.1 CE (GARCIA GARCIA, C. *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Murcia, Universidad de Murcia, 2003, p. 60).

¹³⁶ FERNANDEZ SEGADO, F. *El sistema constitucional español*. Madrid, Dykinson Editorial, 1992, p.163.

ordenamiento constitucional español”,¹³⁷ como el “*núcleo axiológico constitucional*”,¹³⁸ pone en relieve la centralidad que el ser humano ocupa en el Estado social y democrático de Derecho. El conjunto de valores y la dignidad humana reverberan en la interpretación de todos los preceptos constitucionales, principios o normas específicas, los cuales son “*reflejo*” o “*manifestaciones específicas y concretas de dichos valores*”.¹³⁹ En consecuencia, tanto el modelo económico como el modelo de relaciones laborales elegidos necesariamente sufren su influencia.

Por su lado, la jurisprudencia española también utiliza términos superlativos en la descripción del rol que la dignidad (art. 10.1 CE) reviste en el ordenamiento: “*pórtico de los derechos fundamentales*”, “*carácter de límite infranqueable para la ley ordinaria*”, “*valor espiritual y moral inherente a la persona*”, “*minimun invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar*” (STC 53/1985, de 14 de abril). La superdimensión de la dignidad es objeto de crítica por Gutiérrez Gutiérrez: “*No parece adecuarse a la pretensión normativa de la Constitución que cierta doctrina e incluso la jurisprudencia pretendan derivar del texto, por el mismo hecho de su existencia o de las palabras que contiene, un potencial legitimador no ya superior, sino incluso ajeno a cualquier eventual operatividad práctica*”.¹⁴⁰ Esa dimensión exacerbada no resuena en el papel de la dignidad humana en el ordenamiento español, pues en general no se acepta la triple función descrita en el Derecho alemán.

¹³⁷ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. *Los Derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Navarra, Thomson Civitas, 2005, p. 50.

¹³⁸ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. En *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, año 4, n. 18, 2004, p. 11.

¹³⁹ DEL REY GUANTER, S. La aplicación de los valores superiores de la Constitución española en el Derecho del Trabajo, en *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. I, Ministerio de Justicia, 1988, p. 416.

¹⁴⁰ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 76. Domenéch también critica eventual proeminencia de la dignidad humana sobre los derechos: “Esta concepción tradicional y dominante en la doctrina alemana ha sido justamente criticada por varios autores.. No acaba de verse claro, en primer lugar, por qué hay que otorgar al artículo 1.1 GG una fuerza de obligar infinitamente superior a la de los demás mandatos constitucionales. Nadie discute que la Ley Fundamental ha querido otorgar a dicho precepto un valor jurídico especialmente prominente. Así lo indican el lugar que ocupa el mismo en el texto constitucional, la palabra «intangible» que en él aparece y la prohibición de las reformas constitucionales que afecten a dicho principio (art. 79.3 GG). Ahora bien, ello no implica que la prohibición de instrumentalización deba prevalecer absolutamente cuando colisione con otros principios constitucionales” (DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. ¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea. En: *Revista de Administración Pública*, n. 170, 2006, p. 407).

Alberto Oehling de los Reyes¹⁴¹ explica que por, no haber habido en España una catástrofe como la del Holocausto alemán, no hubo una reacción fruto del sentimiento de culpa. Para él, la recepción de nuevos valores como criterios de observación y límites a los poderes públicos se inscribe en el sentimiento general europeo de posguerra, de distanciamiento a las ideas del positivismo mecanicista típico de entreguerras (Kelsen y Laband). En consecuencia, el reconocimiento de la dignidad humana en el texto constitucional español se contrapone al régimen político anterior y cumple la función de premisa y precondition necesaria para la reconciliación. Para eso, pone importancia al discurso del Rey de 1975, de contenido distinto del discurso de 23 de julio de 1969, que vincula la dignidad a derechos y deberes, en especial con el derecho a la libertad, el derecho al trabajo y la cultura. Este autor, aunque no afirme la dignidad humana como derecho fundamental, remata su reflexión en el sentido de que la inclusión de la dignidad humana en el texto constitucional refuerza su recepción jurídica e impone al poder público la implementación del objetivo de preservar al máximo su ideal y su realización por cauces que no la lesionen y le sean coherentes.

El art. 10.1, sin embargo, no retrata una mera declaración ideológica; contiene una “*norma jurídica vinculante, con exigencia de ejecutividad*”.¹⁴² La extensión y garantías que expresan su ejecutividad están imbricados con la función ejercida por esa norma en el ordenamiento: si valor, principio o derecho fundamental, como sera analizado más adelante.

4.1 - La dignidad humana como valor o principio constitucional en España

Los valores superiores no son simple retórica o principios programáticos, sino, en palabras de Perez Luño, la “*norma básica de identificación material del ordenamiento, de la cabeza de la Constitución material*”.¹⁴³ La opinión mayoritaria, acogida por asentada jurisprudencia del

¹⁴¹ OEHLING DE LOS REYES, Alberto. El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91, año 31, enero/abril, 2011.

¹⁴² ALEGRE MARTINEZ, Miguel Angel. El artículo 10.1 de la Constitución como deber genérico de respetar la dignidad y los derechos de la persona. En *Revista General de Derecho*, num. 604-605. Valencia, 1995, p. 195.

¹⁴³ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 1999, p. 288.

Tribunal Constitucional, ve en la dignidad un valor supremo, parte integrante de los valores superiores del art. 1.1 de la Constitución español.¹⁴⁴ Como uno de los valores superiores del ordenamiento español, ella ocupa un papel fundamental en su comprensión e interpretación y en especial de los derechos fundamentales.

La doctrina atribuye una triple función a los valores superiores de la Constitución española, cuales son: la función fundamentadora, la función orientadora o promocional y la función hermenéutica. Trasadándolas a la regla del art. 10.1 CE, en su función fundamentadora, ella reconoce la legitimidad al régimen político español solamente “*en la medida en que respete y tutele la dignidad de todas y cada una de las personas humanas ubicadas dentro de su órbita competencial, sus derechos inviolables y el libre desarrollo de su personalidad, garantice el imperio de la ley y coordine el recto uso de todos esos derechos, como fundamento y presupuesto de la paz social*”.¹⁴⁵ Su función orientadora o promocional “*se refleja en la obligación que tienen los poderes públicos del Estado de fomentar el orden político y la paz social, para lo cual tienen el deber constitucional de estimular (facilitar) el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los respectivos derechos subjetivos de los gobernados*”.¹⁴⁶ Por ende, su función hermenéutica presenta la dignidad como base sobre la cual será determinado el contenido esencial de cada derecho fundamental y será realizada toda interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico; o, según Perez Luño, esa función se alinea a la función crítica del valor de la dignidad, “*reside en su idoneidad para servir de criterio o parámetro de valoración para justipreciar hechos o conductas*”.¹⁴⁷

En el compás de las palabras de Perez Luño, los valores por su parte igualmente gozan de normatividad en el ordenamiento español. La Constitución española exige la aplicación inmediata de todas sus normas, conforme el art. 9.1: *Los ciudadanos y los poderes públicos están*

¹⁴⁴ Veáse FERNANDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. En *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 4, n. 18, 2004; BATISTA J., Fernando. La dignidad de la persona en la Constitución española: naturaleza jurídica y funciones. En *Cuestiones Constitucionales*, num. 14, 2006, pp. 17-19; GARCIA GARCIA, C. *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Murcia, Universidad de Murcia, 2003, p. 60; LORCA NAVARRETE, José F. *Derechos fundamentales y jurisprudencia*, 3ª ed., Madrid, Pirámide, 2008, p. 24.

¹⁴⁵ BATISTA J., Fernando. La dignidad de la persona en la Constitución española: naturaleza jurídica y funciones. En *Cuestiones Constitucionales*, num. 14, 2006, p. 17.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 19.

¹⁴⁷ PEREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 1999, p. 288.

sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. De forma más explícita, el art. 53.3 CE reclama expresamente el reconocimiento, respeto y protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, por el legislador, intérprete y administradores públicos, por lo que este autor termina optando, por una interpretación sistemática, al afirmar la normatividad de los valores y principios del texto constitucional español.¹⁴⁸ A renglón seguido, Pérez Luño, en línea con la doctrina que dota de mayor fuerza a la validez jurídica de las disposiciones constitucionales, defiende que en modo alguno la necesidad de desarrollo legislativo de los derechos fundamentales constitucionalizados como valores y principios, puede “conducir a interpretaciones que menoscaben o comprometan su significación normativa o, menos aún, que impliquen la negación de su status jurídico-positivo”.¹⁴⁹

La dignidad humana no ocupa la función de principio según la doctrina mayoritaria,¹⁵⁰ pues los principios se resumen en los previstos en el art. 9.2 y 3 CE y son los principios: de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Nuria Belloso Marín se separa de esta tesis y estima que la dignidad configura uno de los principios por el hecho de que cualquier acto o norma que se oponga a la dignidad puede ser declarado inconstitucional.¹⁵¹ En esta inteligencia le acompaña Fernández Segado, para él cual el art. 10.1 CE es una auténtica norma jurídica vinculante, que al ser constitucionalizada adquiere la eficacia propia de una norma directa e

¹⁴⁸ Según Pérez Luño, “aparece que esa lectura amplia y extensiva de la función informadora de los valores y principios constitucionales en su conjunto responde la tesis de nuestro Tribunal Constitucional al sostener expresamente que: “Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que (...) han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico” (PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*, 8ª edición y reimpresión. Madrid, Tecnos, 2005, p. 63).

¹⁴⁹ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*, 8ª edición y reimpresión. Madrid, Tecnos, 2005, p. 64. En la misma línea están Batisda Freijedo, Villaverde Menéndez, Requejo Rodríguez, Pesno Linera, Aláez Corral y Fernández Sarasola, para los cuales la obligación de sometimiento se deduce también de la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, especialmente dirigida al legislador, cuya obligación “adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa (STC 53/1985, FJ 4º; también, STC 25/981, FJ 5º).” (p. 53) Como aduce Barbagelata, desde el último cuarto del siglo XX, la validez de las normas programáticas “no sólo constituirá un deber para el Estado legislar en el sentido de tales disposiciones [sino que además, éstas] ofrecerían un criterio de interpretación del derecho interno vigente y, a falta de disposición de derecho interno en la materia, tendrán un valor supletorio” (BARBAGELATA, Héctor-Hugo. El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales. En *Derecho Laboral*, tomo XLVII, nº 214, 2004, p. 215).

¹⁵⁰ ALEGRE MARTINEZ, Miguel Angel. El artículo 10.1 de la Constitución como deber genérico de respetar la dignidad y los derechos de la persona. En *Revista General de Derecho*, num. 604-605. Valencia, 1995, P. 193; BATISTA J., Fernando. La dignidad de la persona en la Constitución española: naturaleza jurídica y funciones. En *Cuestiones Constitucionales*, núm. 14, 2006, p. 14.

¹⁵¹ BELLOSO MARÍN, Nuria. El principio de dignidad de la persona humana en la teoría kantiana: algunas contradicciones. En *Direitos Fundamentais & Justiça*, año 2, n. 4. Porto Alegre, HS Editora Ltda., 2008, p. 59.

inmediatamente aplicable, con lo que es “*de considerar que toda norma que contravenga o ignore la dignidad de la persona habrá de ser considerada nula*”.¹⁵²

La doctrina considera los derechos fundamentales como una especificación de los valores superiores, como una plasmación “*del orden material de valores sobre los que se asienta el ordenamiento del Estado en su conjunto*”,¹⁵³ tal como se refleja en las decisiones del Tribunal Constitucional. Los magistrados han efectuado la conexión del concepto de dignidad con otros derechos fundamentales, no de forma cerrada y exhaustiva: “*el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, F. 3), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, F. 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, F. 4), el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1º)*” (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3º).

La circunstancia de que, en general, en los recursos de amparo la dignidad aparezca acompañando o en estricta conexión a otros derechos fundamentales (art. 18.1, 15, 20.1, 14, 18.4 y 21 CE, entre otros),¹⁵⁴ no comporta la conclusión de que el alcance de la dignidad se ubica en el contenido de estos otros preceptos. Todo lo contrario, la interpretación del Tribunal confirma lo dicho antes de que la dignidad humana impregna los derechos fundamentales, y estos son expresiones de la dignidad humana, sin confundirse con ellos, en la medida que, como “*minimo*

¹⁵² FERNANDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. En *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, año 4, n. 18, 2004, p. 27. Según este autor, los valores superiores (el art. 10.1 y el art. 1.1) configura mandatos jurídicos objetivos y el intérprete supremo de la Constitución lo ha dejado claro, pues ellos no pretenden “la consagración constitucional de ninguna construcción dogmática, sea jurídico-penal o de cualquier otro tipo, y por lo mismo, no cabe fundar la inconstitucionalidad de un precepto en su incompatibilidad con doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por la Constitución; tal inconstitucionalidad derivará, en su caso, de que el precepto en cuestión se oponga a mandatos o principios contenidos en el código constitucional explícita o implícitamente” (*Idem*, p. 26).

¹⁵³ DEL REY GUANTER, S. La aplicación de los valores superiores de la Constitución española en el Derecho del Trabajo, en *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. I, Ministerio de Justicia, 1988., p. 410/411.

¹⁵⁴ Ojeda Avilés y Igartua Miró *Por tanto, el alcance que se [el Tribunal Constitucional] le viene dando es el que dimana de la interpretación de derechos contenidos en otros preceptos concretos de la Carta Magna*” (OJEDA AVILÉS, A. IGARTUA MIRÓ, M. T. La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes. En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 73, 2008, p. 151).

insuperable”, actúa como un muro de contención a los límites impuestos a los derechos fundamentales que resguarda la condición de ser humano (STC 120/1990, FJ 4º).

Gutiérrez Gutiérrez¹⁵⁵ extrae de la jurisprudencia constitucional diferentes relaciones de la dignidad humana con los derechos fundamentales, las cuales pueden ser enunciadas como de carácter: a) general, b) aglutinadora, c) delimitadora, d) limitadora y e) de contenido esencial. La primera especie de argumentación reconoce la dignidad en los derechos fundamentales en su conjunto, una vez que la vincula a los *derechos inviolables que le son inherentes* (SSTC 2/1982, 20/1992 y 133/95). Esta interpretación pone en cuestión un concepto autónomo de dignidad, lo cual de todas formas es sugerido por la jurisprudencia cuando declara que la referencia a los derechos fundamentales “*no significa ni que todo derecho le sea inherente – y por ello inviolable – ni que los que se califican de fundamentales sean 'in toto' condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad*”(STC 120/1990).

El segundo grupo de sentencias utiliza la dignidad para conectar varios derechos fundamentales y presentarlos en forma de sistema. Los derechos fundamentales manejados no pierden su singularidad, sino adquieren mayor peso en un momento de ponderación (STC 53/1995), alcanzan mayor claridad o son desarrollados. Esa segunda manera de relacionar la dignidad con los derechos fundamentales permite la tutela de derechos no escritos, como en el caso de la libertad informática o la obligación de la Administración penitenciaria de prestar asistencia médica a los internos que rechacen la alimentación (SSTC 254/1993 y 292/2000).

La tercera forma de relación permite a la jurisprudencia constitucional delimitar el ámbito protegido por los derechos fundamentales, excluyendo de su tutela situaciones que ofendan a la dignidad humana, como por ejemplo la intimidación a los trabajadores que no adhieran a la huelga (STC 71/1992), el insulto en el ejercicio de la libertad de expresión (STC 105/1990) o, el más expresivo, la realización de manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo alejadas del ejercicio de la libertad ideológica o de expresión (SSTC 214/1991 y 176/1995).

La cuarta posibilidad autoriza la limitación de un derecho fundamental (pues restringe el derecho fundamental en su expresión legal) cuando menosprecie la dignidad humana. En este sentido está la exclusión de la ejecución de determinados bienes del deudor cuando resulten en

¹⁵⁵ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. Dignidad de la persona y derechos fundamentales. Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 97 y siguientes.

condiciones materiales inexcusables para desarrollar una vida digna (SSTC 107/192, 158/1993 y 16/1994).

En el quinto modelo, la jurisprudencia constitucional usa la dignidad para concretar el contenido esencial de los derechos fundamentales objeto de limitación. Así acontece cuando argumenta que la dignidad es “*un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona*”(STC 120/1990). La corte constitucional lo utiliza sólo de forma excepcional en algunos supuestos relacionados con el derecho al honor, a la intimidad (STC 196/1987) o a la prohibición de las torturas y de los tratos inhumanos o degradantes (SSTC 87/1989, 65/1986 y 207/1996 entre otros).

Fontinopoulo Basurko y Segalés Fidalgo subrayan que “*el empleo de la dignidad como mínimo insuperable supone dar a este término un contenido particular, autónomo con relación al de los derechos fundamentales*”.¹⁵⁶ Ellos defienden la desvinculación de la dignidad para efectos de ponderación de los derechos fundamentales particulares, pues la eficacia y extensión de éstos debe ser resultado de la determinación del potencial de cada derecho. Lo cierto es que no hay una fórmula esquemática, pues, como alerta Gutiérrez Gutiérrez, “*no cabría pretender una vinculación directa entre el contenido esencial de cada derecho fundamental y la dignidad humana*”,¹⁵⁷ pero puede suceder en determinado caso que la violación del contenido esencial de un derecho fundamental igualmente afecte a la dignidad humana, en aspectos relacionados a las posibilidades de pleno desarrollo personal o a su capacidad o conciencia.

¹⁵⁶ FONTINOPOULO BASURKO, O./SEGALÉS FIDALGO, J. Dignidad frente a lealtad y fidelidad. En torno a la STC 192/2003. En *Revista de Derecho Social*, n. 24, 2003, p. 132.

Antonio Ojeda Avilés y Maria Teresa igartua Miró adoptan la misma crítica (OJEDA AVILÉS, A . IGARTUA MIRÓ, M. T. La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes. En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 73, 2008, p. 166).

¹⁵⁷ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 42. La independencia del contenido de la dignidad con el contenido de otros derechos fundamentales es clara y necesaria en los enfrentamientos de situaciones de acoso moral, como defiende García Pechuán (GARCÍA PECHUÁN, M. El Derecho Europeo ante la protección constitucional contra el acoso laboral: del paradigma norteamericano antidiscriminatorio al principio de dignidad humana. En *La Constitución Europea. Actas del III Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España*. CARRILLO, M. LÓPEZ BOFILL, H. (coord.) Valencia, Tirant lo blanch, 2006, p. 357-378).

Como consecuencia, de lo expuesto, a primera vista se podría pensar que la dignidad humana, como valor superior, configura simplemente una norma programática o de carácter hermenéutico. Sin embargo, principalmente de las sentencias en que la dignidad se relaciona de forma general, aglutinadora y limitadora, antes mencionada por Gutiérrez Gutiérrez, escapa la convicción de la autonomía de la dignidad frente a los derechos fundamentales; y aun más, deja entrever la naturaleza de derecho subjetivo de la dignidad en el ordenamiento jurídico español.

4.2 - La dignidad humana como derecho fundamental

El Estado español es un Estado social y democrático de Derecho. En consecuencia, la Constitución española ha adoptado un modelo mixto de principios y reglas en que las normas de derechos fundamentales responden al modelo de las normas de principio, *“pues se presentan en la mayoría de los casos como enunciados que no establecen las reglas jurídicas precisas atinentes a la conducta o conductas protegidas y a los instrumentos de su protección; más bien lo que hacen es ordenar a los poderes públicos y, de manera especial, al legislador que proteja una determinada libertad en la mayor medida posible fijando reglas precisas que concreten la forma, el espacio y el tiempo del régimen jurídico que el derecho fundamental ha previsto para la conducta de la persona, de los poderes públicos y de otros particulares afectados”*.¹⁵⁸

Los poderes públicos, en la concreción de los derechos fundamentales, disponen de dos técnicas: la del contenido esencial y la del principio de proporcionalidad. El legislador, en la actividad de precisión de los derechos fundamentales y su limitación, debe respetar el contenido esencial de cada derecho, esto es, su titularidad, objeto, contenido en sentido estricto y límites, los cuales son indisponibles por él (art. 53.1 CE). El delineamiento por el legislador del contenido esencial del derecho fundamental debe observar los estrictos términos fijados por el propio texto constitucional, sin en ningún caso menoscabar o entorpecer el derecho tutelado, suprimiéndolo o privando a su titular de su disfrute. Según el Tribunal Constitucional (STC 55/1966), *“... el*

¹⁵⁸ BATISTA FREIJEDO, Francisco J. et. al. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, 1ª edición y reimpresión. Madrid, Tecnos, 2005, p. 49. En el mismo sentido defiende Lorca Navarrete, para quién, “no es posible llegar a un acuerdo pacífico acerca del contenido de un derecho fundamental si antes no se ha despejado la interrogante sobre su cualidad de principio o valor informador de nuestro Derecho (LORCA NAVARRETE, José F. *Derechos fundamentales y jurisprudencia*, 3ª edición. Madrid, Pirámide, 2008, p. 26).

legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que ésta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas". Estas dos técnicas pretenden asegurar la vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma que éste sólo pueda fijar sus límites (tanto los internos como los externos) en los estrictos términos que predetermina la propia Constitución.

La abstracción y apertura de los derechos fundamentales es lo que le permite asimismo afirmar que los derechos fundamentales no son ni absolutos ni ilimitados (SSTC 225/1993, de 8 de julio; 142/1993, de 19 de julio; 120/1990, de 27 de junio; 88/1995, de 19 de julio). En los supuestos en que se da un conflicto entre derechos fundamentales, se observa con más intensidad la configuración de los derechos fundamentales como normas de principio. *"Y es que cuando nos enfrentamos con supuestos en los que es posible la utilización de medios diferentes para fijar los límites de un derecho o éste admite intensidades diferentes en el grado de su aplicación debe acudir al principio de proporcionalidad, que es la técnica mediante la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental (...)"*.¹⁵⁹

Los derechos fundamentales en el ordenamiento español, por fuerza de la concepción del modelo estatal como Estado social y democrático de Derecho, también operan en una dimensión objetiva, cuyo contenido normativo debe ser realizado por los poderes públicos. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, *"la optimización de esa dimensión objetiva requiere actuaciones concretas que permitan el máximo desarrollo, jurídico y práctico, del haz de facultades comprendido en el derecho fundamental (véase las SSTC 18/1984, FJ 6ª, y 53/1985, FJ 4º)"*.¹⁶⁰ Lo que conlleva a que los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos y, a la vez, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas.¹⁶¹ A su vez, el principio de proporcionalidad emerge como el criterio con el que lograr ese equilibrio final entre el derecho y su límite, *"exigible tanto respecto de las normas sobre los límites de los derechos fundamentales (efecto de reciprocidad), como de los actos de aplicación*

¹⁵⁹ BATISTA FREIJEDO, Francisco J. et. al. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, 1ª edición y reimpresión. Madrid, Tecnos, 2005, p. 50.

¹⁶⁰ *Idem*, p. 51.

¹⁶¹ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8ª edición y reimpresión, Madrid, Tecnos, 2005, p. 20.

al caso concreto de esas normas limitativas el derecho fundamental".¹⁶²

Basta un breve recorrido por la doctrina para encontrarse con obstáculos en la identificación de los derechos fundamentales por la Constitución española. Según Perez Luño, el texto constitucional no es dechado de claridad y rigor en la clasificación y ordenación de los derechos fundamentales. El criterio decisivo para la inserción de los derechos fundamentales en los diversos sectores del Título I reside en sus instrumentos de tutela, entre los cuáles se destaca el recurso de amparo (art. 53 CE). El orden que se sigue es desde las garantías más reforzadas hacia las garantías más generales. Batista Freijedo, entre varios, observa que, en el tratamiento de los derechos fundamentales, la atención de la doctrina española se desvía de la estructura y función de los derechos del constitucionalismo contemporáneo hacia un complejo esquema de garantías de los derechos previstas en la Constitución, "*aunque sean cuestiones absolutamente diferentes la categorización dogmática de los derechos y el sistema de garantías constitucionales*".¹⁶³ En el afán de dar plena ejecutividad a los derechos fundamentales, como reacción al trauma histórico originario de la práctica gubernamental anterior, el constituyente español ha creado un sistema de garantías sin precedentes en el derecho comparado. Pero la simple previsión constitucional no es suficiente, de forma que la preocupación de la doctrina y de la jurisprudencia con la efectividad de los derechos fundamentales termina por ocuparse más con el sistema de garantías que con el sistema de derechos.

Ségun Perez Luño,¹⁶⁴ los derechos fundamentales en la Constitución española gozan de tres grandes bloques de garantías constitucionales: a) garantías normativas: carácter vinculante de los derechos fundamentales para los poderes públicos y todos los ciudadanos, procedimiento de reforma especialmente rígido (art. 168.1CE), "reserva de ley" que comprende el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales por ley orgánica y respeto al contenido esencial del derecho (art. 53.1 CE); b) garantías jurisdiccionales: garantías procesales genéricas (como garantía de un proceso debido), recurso de inconstitucionalidad (art. 161.1.a), *habeas corpus* (art.17.4 CE) y recurso de amparo (art. 53.2 CE); y c) garantías institucionales: control parlamentario de los derechos fundamentales, la iniciativa legislativa popular y el Defensor del Pueblo.

¹⁶² BATISTA FREIJEDO, Francisco J. et. al. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, 1ª edición y reimpresión. Madrid, Tecnos, 2005, pp. 133-134.

¹⁶³ BATISTA FREIJEDO, Francisco J. et. al. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, 1ª edición y reimpresión. Madrid, Tecnos, 2005, p. 73.

¹⁶⁴ PEREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*. 8ª edición, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 65-104.

Entre las garantías jurisdiccionales, los derechos fundamentales inscritos en el art. 14 y en los arts. 15 a 29 (Sección 1ª del Capítulo 2º) disponen de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y pueden ser reclamados por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La objeción de conciencia (art. 30) comparte la tutela del recurso de amparo frente al Tribunal Constitucional consagrados en los arts. 30 a 38 (Sección 2ª del Capítulo 2ª). Y los derechos formulados en los arts. 39 a 52 (Capítulo 3º) informarán la práctica judicial y podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que disponen las leyes que los desarrollen. De todos modos, aquél autor¹⁶⁵ se adhiere a la corriente que reconoce la existencia de derechos fundamentales dispersos por el texto constitucional, los cuales se benefician de la garantía común a todos dispositivos, tales como ser norma jurídica vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos (art. 9º.1), ser protegido por el recurso de inconstitucionalidad del art. 161.1.a) y ser protegido por la cláusula de “rigidez genérica”, establecida para garantizar la reforma de las partes no esenciales de la Constitucional (art. 167).

La ubicación de la dignidad de la persona en el art. 10.1 CE ha sido el principal fundamento para su rechazo como derecho fundamental, pues carece del régimen de protección jurídica reforzada concebida para los derechos y libertades señalados en los arts. 14 a 30 y a la objeción de conciencia y no está cubierta por la reserva de ley orgánica para su desarrollo normativo ordinario.¹⁶⁶ La ubicación de la dignidad es recibida con crítica por alguna doctrina,¹⁶⁷ y

¹⁶⁵ Entre los derechos dispersos apunta a modo de ejemplo, el derecho al ejercicio de la iniciativa legislativa popular [art. 87.3], al reconocimiento de la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten, a la información contenida en los archivos y registros administrativos y al procedimiento de los actos administrativos [art. 105], al derecho a la indemnización por errores judiciales [art. 121], a la facultad para ejercitar la acción popular y participar en la Administración de Justicia a través de la institución del Jurado [art. 125], o al reconocimiento del derecho a la participación de los interesados en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte a la calidad de vida o al bienestar general y la participación en la empresa y el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción [art. 129](PEREZ LUÑO, A. E. *Idem*, p. 167).

¹⁶⁶ El Tribunal Constitucional “*se ha pronunciado de forma tajante e inequívoca por una opción hermenéutica restrictiva, en base a una interpretación literal y a la presunta voluntad del constituyente, al afirmar que el artículo 81.1, al definir las materias propias de la Ley Orgánica, se refiere al 'desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas', que es precisamente la rúbrica utilizada para designar el conjunto de los artículos comprendidos en la Sección primera del Capítulo II*” (*Ibidem*, p. 73).

¹⁶⁷ OJEDA AVILES, Antonio. IGARTUA MIRÓ, María Teresa. La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes. En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N. 73, 2008, p. 151. GUTIÉRREZ GUTIERREZ, I. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 89. GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. *Dignidad Y Ordenamiento Comunitario*. Disponible en <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/09yolanda.htm>>. Acceso en 21/01/2011, p. 9.

conformismo¹⁶⁸ o, incluso, encomios¹⁶⁹ por otra. Una vez que la doctrina subraya la ausencia de protección de ese enunciado por el recurso de amparo como uno de los aspectos centrales para el rechazo de su fundamentalidad, importa mirar a fondo el tratamiento dispensado por la Alta Corte a la dignidad humana.

De conformidad con la STC 120/1990, de 27 de junio, la dignidad no puede ser tomada de forma autónoma como fundamento del recurso de amparo: “*sólo en la medida en que tales derechos sean tutelables en amparo, y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser ésta tomada en consideración por este Tribunal como referente*”.¹⁷⁰ Esta resolución del Tribunal Constitucional fue considerada extramadadamente rigorista con un valor que es superior a los derechos fundamentales y que contribuye a su configuración y existencia.¹⁷¹ Esta crítica seguramente luce una de las contradicciones centrales en el razonamiento adoptado, pues ¿cómo se puede afirmar de forma tajante que los derechos fundamentales son reflejos de la dignidad humana para, a reglón seguido, vaciar el contenido jurídico subjetivo de la norma del art. 10.1 CE? Sin embargo, un análisis más atento de la misma deja escapar el mismo equívoco antes referido; dicho de otro modo, allí se confunde la categorización dogmática de los derechos con el sistema de garantías constitucionales. La labor del Tribunal Constitucional en la interpretación del art. 53.2 CE pretendió establecer de modo firme y cierto los contornos del recurso de amparo como forma de evitar el deterioro del conjunto del edificio constitucional.¹⁷² Sin

¹⁶⁸ BATISTA J., Fernando. La dignidad de la persona en la Constitución española: naturaleza jurídica y funciones. En *Cuestiones Constitucionales*, núm. 14, 2006.

¹⁶⁹ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. En *Revista de Derecho Administrativo & Constitucional*, año 4, n. 18, 2004.

¹⁷⁰ Esta decisión sigue los pasos de la STC 64/1986: “la norma contenida en el art. 10.1 de la Constitución, con independencia de que pueda servir de criterio de interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas en general, no puede servir de base a una pretensión autónoma de amparo (...) contiene una declaración de carácter general relativa a la dignidad de la persona, a los derechos inviolables que le son inherentes y al libre desarrollo de la personalidad.” No se olvide que la STC 192/2003 tiene en mira la legitimidad de la actuación del poder público con vistas a adoptar medios para alimentación forzada de reclusos en huelga de hambre. Luego, aquí se trata de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales.

¹⁷¹ LORENZO DE MEMBIELA, J. B. *apud* OJEDA AVILÉS, A. IGARTUA MIRÓ, M. T. *La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes*. En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 73, 2008, p. 152, nota 37.

¹⁷² Perez Luño justifica el criterio utilizado por el constituyente de las garantías para identificar los derechos y libertades por temor a una fragilidad patológica de su eficacia y como respuesta lógica a la situación de carencia y precariedad que en este ámbito supuso el régimen político anterior (PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos*

embargo, la inviabilidad de la tutela de la dignidad humana de forma autónoma por el recurso de amparo frente los poderes públicos, como es el caso de la sentencia mencionada, no significa que ella no opere como derecho fundamental autónomo en el ordenamiento jurídico español.

En ese paso es menester retomar un concepto material de derecho fundamental. Ferrajoli propone definir derechos fundamentales como “*aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar*”.¹⁷³ Sus rasgos estructurales, que los distinguen de todos los demás, son tres: a) la forma universal de su imputación, en el sentido lógico de “*la cuantificación universal de la clase de sujetos que, como personas, ciudadanos o capaces de obrar, sean sus titulares*”; b) su estatuto de reglas generales y abstractas; c) su carácter indisponible e inalienable, “*en tanto incumben de igual forma y medida a todos sus titulares, por oposición a los derechos patrimoniales y las restantes situaciones singulares que, en cambio, pertenecen a cada uno con exclusión de los demás*”.¹⁷⁴ Al concepto material de Ferrajoli, para justificar su posición preeminente, se añade por igual un punto de vista formal – más amplio que las garantías judiciales e institucionales antes criticadas – cual es, su imprescindible emplazamiento en la norma suprema del orden jurídico.¹⁷⁵

La simple lectura del concepto material y formal (más genérico) de los derechos fundamentales desentraña la posibilidad de la dignidad humana, suscrita en el art. 10.1 CE, de ocupar también esta función. En España, autores como Ojeda Avilés, Igartua Miró, Fontinopoulo Basurko, Segalés Fidalgo, García García y Gutiérrez Gutiérrez traen a colación la adopción por el Alto Tribunal de un concepto autónomo de dignidad humana, aplicado como derecho fundamental

fundamentales, 8ª ed., reimpresión. Madrid, Tecnos, 2005. p. 166).

¹⁷³ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª edición. Madrid, Trotta, 2007, p. 291.

Rafael Naranjo de la Cruz ofrece un concepto más sencillo pero no menos eficaz, para el aspecto material de los derechos fundamentales: “Los derechos fundamentales delimitan un ámbito de invulnerabilidad en el desenvolvimiento de las personas en la vida jurídica y social, que reclama para sí protección frente a cualquier intento de intromisión por parte de los poderes públicos”(p. 29). Si bien este autor defiende que los derechos fundamentales no sean derechos subjetivos exclusivamente públicos (p. 452). (NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid, BOE/CEPC, 2000)

¹⁷⁴ Ambos en FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª edición. Madrid, Trotta, 2007, p. 292.

¹⁷⁵ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid, BOE/CEPC, 2000, p. 28.

en diversos casos analizados. Estos autores destacan en especial la STC 192/2003, de 27 de octubre, en cuyo fundamento jurídico late de forma destacada el derecho a la dignidad del trabajador como límite invulnerable al poder de control del empresario sobre su tiempo libre.¹⁷⁶ Eso sin dejar de lado los casos de acoso moral o acoso psicológico, juzgados a nivel ordinario, en que fehacientemente la dignidad humana ocupa un papel único, de derecho fundamental lesionado, o que conlleva a reafirmar su cualidad de derecho autónomo con contenido específico.¹⁷⁷

El caso más paradigmático es aquél de la STC 192/2003, de 27 de octubre, pues aquí el Tribunal Constitucional fuerza paso al estrecho camino del recurso de amparo vía el empleo del art. 24.1 CE. El fundamento formal reside en la lesión al art. 35 CE que garantiza el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo. No obstante, la argumentación jurídica reposa principalmente en el art. 10.1 CE como forma de apartar el control del empresario sobre la actividad desarrollada por el trabajador durante el periodo de sus vacaciones. De un análisis atento del fundamento jurídico de la sentencia (FJ 7) aflora que la verdadera base de la decisión esta asentada en la dignidad del trabajador: *“La dignidad personal del trabajador se vería severamente limitada de aceptarse un tan omnímodo control como el que se permite en las Sentencias impugnadas sobre la persona y vida privada del trabajador por parte de la empresa para que presta servicios (...) La concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente”*. Luego, aunque el Tribunal Constitucional esquive de la tutela de la dignidad por el recurso de amparo de forma directa y autónoma, llega al mismo destino por otras vías, lo que autoriza a afirmar, como preconiza parte de la doctrina,¹⁷⁸ que el art. 10.1 CE también desempeña el papel de derecho

¹⁷⁶ Esta decisión reconoce el derecho del trabajador de elegir libremente como dispone de sus vacaciones, exceptuándose casos de concurrencia desleal.

¹⁷⁷ Esta orientación aún está a nivel ordinario, como la STSJ Galicia de 4 de noviembre de 2003 (AS 2004/67). García Pechuan critica el Tribunal Constitucional en la STC 188/2004, que trata una situación de acoso moral a dirigentes sindicales con el binomio discriminación/libertad sindical, sin referirse a la dignidad (GARCÍA PECHUÁN, M. El Derecho Europeo ante la protección constitucional contra el acoso laboral: del paradigma norteamericano antidiscriminatorio al principio de dignidad humana. En *La Constitución Europea. Actas del III Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España*. CARRILLO, M. LÓPEZ BOFILL, H. (coord.) Valencia, Tirant lo blanch, 2006, p. 374-378).

¹⁷⁸ Véase GARCIA GARCIA, C. *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Murcia, Universidad de Murcia, 2003; OJEDA AVILÉS, A. IGARTUA MIRÓ, M. T. La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Alguns apuntes. En *Revista del Ministério de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 73, 2008.; FONTINOPOULO BASURKO, O. SEGALÉS FIDALGO, J. Dignidad frente a lealtad y fidelidad. En torno a la STC 192/2003. En *Revista de Derecho Social*, n. 24, 2003.

fundamental en el Derecho español.

La solución encontrada por los magistrados españoles para utilizar la dignidad humana como “carta triunfo” frente al poder empresarial en la STC 192/2003 se asemeja (aunque en simple apariencia) a la senda tomada para el despliegue de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Rememorando la práctica del Tribunal Constitucional, para desviar de la literalidad del art. 53.1 CE, los magistrados utilizan el expediente de imputar la violación del derecho fundamental a la resolución judicial que no la remedia convenientemente. De forma que la *Drittwirkung* directa se disfraza como una lesión entablada por el órgano judicial, bien que ésta sea posterior a aquélla en que radica la indefensión. No obstante, para el acomodo del recurso de amparo a los estrechos cotos del art. 53.2 CE no hace falta un ejercicio de tal monta. Los magistrados han estimado la resolución en la ofensa al art. 24.1 CE. Como es sabido, la vulneración de la tutela judicial efectiva se efectúa por el carácter arbitrario o erróneo de la fundamentación de las resoluciones judiciales impugnadas en cuanto a la aplicación del art. 54.2 d) LET: una aplicación arbitraria, irrazonada o irrazonable de la legalidad no puede considerarse fundada en el Derecho. Tal práctica se agrava frente a la indefensión de un derecho constitucional. En palabras de la corte: *“Con reiteración hemos dicho que no puede este Tribunal, al examinar una queja fundada en el derecho que enuncia el art. 24.1 CE, someter a revisión la selección e interpretación de las normas llevadas a cabo por un órgano judicial, pero tal límite de nuestra jurisdicción corre paralelo al ámbito de la legalidad ordinaria y no puede llevarnos a omitir nuestro enjuiciamiento cuando, como aquí ha ocurrido, la fundamentación judicial debe ser también examinada con arreglo a principios de la Constitución que son marco inexcusable para el entendimiento de cualesquiera derechos constitucionales. De ahí que el canon aplicable al examen constitucional de las resoluciones judiciales desde la perspectiva del art. 24.1 CE, se encuentre sujeto a un mayor rigor cuando queda afectado otro derecho reconocido por la Constitución (SSTC 160/1987, de 29 de enero [RTC 187, 160], F. 2; 147/1999, de 4 de agosto [RTC 1999, 147], y las que se citan en su F. 3, ...”* (STC 192/2003, FJ 3). Inculcar la vulneración en el art. 24.1 CE cuando la indefensión de la resolución judicial radica en un derecho fundamental ajeno a aquéllos indicados en el art. 53.2 CE (sea el art. 35.1 o el art. 10.1 CE) da muestras del alineamiento del Tribunal Constitucional español al modelo de constitucionalismo fuerte.¹⁷⁹

¹⁷⁹ PRIETO SANCHIS, Luis. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2003, p. 115/116.

Conviene subrayar que la doctrina de la *Drittwirkung* directa, que se ha iniciado con Nipperdey en 1950, utilizaba argumentos parecidos a las de la STC 192/2003. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales fue construida a raíz de la defensa de la dignidad humana de la Ley Fundamental alemana. En su ensayo, Nipperdey agrega que, “*desde el momento en que el art. 1.1 de la Ley Fundamental establece que los poderes públicos están obligados a respetar y proteger la dignidad humana, aquéllos (poder legislativo, ejecutivo y judicial) no pueden considerar válidas las vulneraciones de los derechos fundamentales cometidas por otros sujetos, pues de otro modo el Estado no satisfaría el deber de protección que le impone la Constitución*”.¹⁸⁰ Irónicamente, en la STC 192/2003, el Tribunal Constitucional tuvo que tomar la ruta contracorriente para el rescate de la dignidad como derecho subjetivo en el ordenamiento español.

Superado el aspecto formal, el análisis de la viabilidad de que la dignidad opere como derecho fundamental arranca de la cuestión material suscrita en la indefinición de su contenido. Gutiérrez Gutiérrez defiende que, una vez afirmada la dignidad humana como derecho fundamental, sólo cabe mantener su operatividad jurídica mediante la delimitación de su alcance, pues “*es tan tentador como peligroso el recurso fundamentalista a la dignidad para elevar cualesquiera conflictos políticos a la categoría de cuestiones constitucionales no susceptibles de valoración ponderada*”.¹⁸¹ Fotinopoulo Basurko y Segalés Fidalgo son también en general pesimistas pues, para ellos, “*la vigencia de los derechos cívicos en el mundo de la empresa exige mecanismos intermedios muy concretos, entre los que sin duda destaca el asistirse de claves interpretativas suficientemente manejables como para disuadir conductas represoras del ejercicio de la ciudadanía*”.¹⁸² De modo que, concluyen, la indefinición puede propiciar litigiosidad cuando no un retroceso en la precisión de esos conceptos en la empresa.

Esta crítica se despliega, de modo general, por todos los derechos fundamentales y ha sido uno de los argumentos de rechazo a la *Drittwirkung* directa. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, según sus detractores, debería necesariamente pasar por la intervención del legislador ordinario, habida cuenta la abstracción y apertura de esos derechos. Como hemos visto anteriormente, la eficacia horizontal demanda la matización y

¹⁸⁰ VENEGAS GRAU, María. *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 180.

¹⁸¹ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 33, subrayado en el original.

¹⁸² FONTINOPOULO BASURKO, O. SEGALÉS FIDALGO, J. Dignidad frente a lealtad y fidelidad. En torno a la STC 192/2003. En *Revista de Derecho Social*, n. 24, 2003, p. 135.

armonización de derechos fundamentales en disputa. Además, la búsqueda de su contenido esencial es un ejercicio diario, pues las resoluciones judiciales no son definitivas, en el sentido de que no podrá establecer de forma abstracta a aplicación de los derechos fundamentales. Como no podría ser de otro modo, el contenido esencial de la dignidad humana pasa por la misma senda. Su concreción, delimitación o limitación, se dará a cada caso concreto con los argumentos esgrimidos por las partes y operadores del Derecho.

De toda suerte, el Tribunal Constitucional, en referencia al art. 10.1 CE, adopta la fórmula del objeto, como se verifica en los fallos en los cuales la dignidad aparece como “*valor espiritual y moral inherente a la persona (STC 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 8.º) (RTC 1985\53)*”, “*ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, ... constituyendo, en consecuencia, un 'minimun' invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona*”(STC 120/1990, 27 de junio).¹⁸³

No obstante, en el alerta de Dürig,¹⁸⁴ como se ha visto antes, la dignidad no se confunde con los derechos fundamentales, pues en momentos puede representar un avance más allá del derecho escrito o en otros una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales. Para tomar otro ejemplo, una simple ojeada a la distinción dibujada por la jurisprudencia constitucional respecto a los extranjeros en el disfrute de los derechos fundamentales da muestras de que no todo derecho fundamental se conecta a la dignidad o por lo menos su conexión puede no ser directamente inferida. Saltan a la vista los diferentes niveles de aproximación en las SSTC 93/1985, 115/1987 y 94/1993. En la primera, el Tribunal reconoce el derecho de los extranjeros a la tutela judicial efectiva, lo cual “*es uno de los derechos de los que este Tribunal ha declarado que han de ser gozados por igual, sin consideración de nacionalidad, por españoles y extranjeros.*” El segundo

¹⁸³ Así también las SSTC 224/1999, de 13 de diciembre, 231/1988, de 2 de diciembre, y 192/2003, de 27 de octubre, entre otras.

¹⁸⁴ Dürig negaba su carácter de derecho fundamental, “*suponiendo que el contenido jurídico subjetivo de la dignidad del hombre queda conectada a los derechos fundamentales individuales y que, además, permanece protegido a través de la garantía del contenido esencial del artículo 19.2 de la Ley Fundamental*” (STARCK, C. La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho alemán. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 261).

fallo admite que el legislador ordinario regule el ejercicio de las libertades públicas – en específico, la libertad de reunión y asociación - a los extranjeros, cuyos límites no son derivados “*de los enunciados constitucionales que consagran las libertades públicas de los españoles, sino de los Tratados internacionales (...) de los arts. 13.1 y 10.2 de la Constitución.*” Y la tercera sentencia retira la libertad de circulación a través de fronteras del Estado y el derecho a residir dentro de ellas del rol de “*derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana*”.

Para el dibujo del concepto de dignidad, conviene señalar la plena importancia y aplicación del art. 10.2 de la Carta Fundamental, lo cual exige la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados” por este país. La posibilidad de que la adopción de tratados internacionales como referencia interpretativa resulte en una concepción marcadamente conservadora de la dignidad es menoscabada por su confrontación con el razonamiento de la dignidad en conformidad con el Derecho constitucional, lo cual puede poseer un fundamento más preciso y un contenido más amplio: “*una vez agotadas las posibilidades hermenéuticas que ofrece la propia Constitución sin que se logre despejar las dudas acerca del concreto alcance de los derechos fundamentales, dichos tratados y acuerdos pueden y deben servir , en virtud del art. 10.2 CE, como fuente interpretativa para delimitar su contenido constitucionalmente protegido*” (STC 64/1991, FJ 4º). De todos modos, el papel interpretativo de las normas internacionales está ahí para enriquecer la dogmática jurídica interna, al ofrecer “*parámetros adicionales para precisar un concepto de difícil determinación*”,¹⁸⁵ como verificó la STC 236/2007, de 7 de noviembre. La aplicación de los tratados internacionales es estricta a efectos interpretativos en conformidad con el Tribunal Constitucional, lo cual recusa la inconstitucionalidad de la ley por su eventual infracción (SSTC 68/1996, de 25 de marzo, FJ 8º).

González Pérez identifica cuatro criterios a los que habrá de atenderse en la apreciación de la ofensa de la dignidad humana: a) son indiferentes las circunstancias personales del sujeto, pues la dignidad se reconoce a todas las personas por igual y con carácter general; b) no se requiere intención o finalidad para su configuración; c) la voluntad de la persona afectada es irrelevante; y d) es preciso valorar las diferentes circunstancias concurrentes llegado el momento de calificar una

¹⁸⁵ Hay autores que reciben la extensión del art. 10.2 CE con entusiasmo, pues “tiene el mérito de ofrecer al intérprete parámetros adicionales para precisar un concepto de difícil determinación, instrumentando así un cauce de tutela de los derechos fundamentales a partir de una categoría (la del contenido esencial), que, de otro modo, corre el riesgo de quedar en mero postulado programático o declarativo” (PEREZ LUÑO, A. E. Los derechos fundamentales. 8ª edición, Madrid, Tecnos, 2004, p. 79).

determinada conducta.¹⁸⁶

Los dos primeros criterios radican en la intangibilidad y universalidad de la dignidad. Por cierto, la dignidad incorpora un rasgo central del ordenamiento jurídico español, y del “núcleo duro”¹⁸⁷ de los derechos humanos y fundamentales. Como alerta Starck: “*todo lo que entrañe una protección efectiva de la dignidad humana no tiene por qué reducirse o limitarse*”[...] “*Cuando se dan tales conflictos entre el respeto y la protección de la dignidad, hay que ponderar (1) entre la dignidad del agresor, el que realiza la amenaza o el cómplice y la dignidad de la víctima (potencial), y (2) entre la integridad física y psíquica del agresor, el que realiza la amenaza o el cómplice y la vida de la víctima (potencial). Ambas ponderaciones llevan a la primacía de la protección de la víctima por encima del respeto del atacante*”.¹⁸⁸ Los detractores de la dignidad como derecho subjetivo sostienen que su intangibilidad no se compaginaría con la garantía constitucional del contenido esencial. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, los derechos fundamentales no son ni absolutos ni ilimitados (SSTC 225/1993, de 8 de julio; 142/1993, de 19 de julio; 120/1990, de 27 de junio; 88/1995, de 19 de julio), pero su eficacia está garantizada por la intangibilidad de su contenido esencial (art. 53.1 CE). Claro está que la ponderación únicamente debe ser retirada de la confrontación con los derechos fundamentales de igual rango, pero siempre de forma bastante comedida. El análisis del propio Starck da muestras del peligro en caso de autorización de cualquier limitación de la dignidad, aunque sea frente a la protección de la dignidad de otro hombre, pues ese autor acaba por defender la tortura preventiva.¹⁸⁹

¹⁸⁶ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. En *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, año 4, n. 18, 2004, p. 24.

¹⁸⁷ “Con la noción de núcleo duro se plantea la propuesta de que hay un conjunto de derechos humanos que resultan necesarios, indispensables, esenciales, constitutivos al interior del listado”(CANESSA MONTEJO, M. F. Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (*core rights*) y el *ius cogens* laboral. En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 72, 2008).

¹⁸⁸ STARCK, C. La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho alemán. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 266.

¹⁸⁹ “*Cuando tras esta ponderación y otras consideraciones aparece la tortura como una posibilidad necesaria ante la falta de otros medios (por ejemplo, señalando la alta condena penal que suponen sus actos), cabe en primer lugar amenazar con la tortura y, dada la situación, llegar a aplicarla, sin perjuicio del principio de proporcionalidad, que tiene validez respecto de cualquier medida policial.*”(STARCK, C. La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho alemán. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 286.) Merece destacar el

Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal alemán acepta la ponderación entre la protección del art. 1.1, “el ámbito de la personalidad” y otros derechos fundamentales, como se expresó en la decisión *Mephisto* en relación a la libertad artística. Por consiguiente, concluye Peter Häberle: *la influencia de la dignidad respecto a los 'subsiguientes' derechos fundamentales no se puede evitar, de modo que sus límites se determinan a través de una ponderación bilateral en el caso concreto, procurando una 'compensación lo más prudente posible' (Peter Lerche) y dirigida a una 'concordancia práctica' (Konrad Hesse)*.¹⁹⁰ Gutiérrez Gutiérrez destaca que el Tribunal Constitucional español igualmente admite la posibilidad de ponderación de la dignidad, como en la STC 53/1985, en que la confronta con el derecho a la vida o en la STC 98/2000 en que se contrapone a la libertad de empresa.¹⁹¹

La universalidad se erige en la extensión de la dignidad a todas las personas, ciudadanos españoles o no. El Tribunal Constitucional español adopta la misma línea del Tribunal alemán y declara: “*Los derechos fundamentales, en cuanto proyecciones de núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), se erigen en los fundamentos del propio Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) que no pueden ser menoscabados en ningún punto del territorio nacional, asignándole al Estado la Constitución la función de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio (SSTC 37/1981 o 76/1983, entre otras)*” (STC 194/1994, de 28 de junio, FJ 4º). En este paso, el Tribunal Constitucional, en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, reconoció el derecho al ejercicio de la libertad sindical a los extranjeros, con independencia de su situación, pues conectado a su dignidad humana.

La indisponibilidad de la dignidad, como de los derechos fundamentales, responde por la irrelevancia de la voluntad de la persona afectada. Y aquí conviene repetir la enseñanza de Ferrajoli en cuanto a la tutela del más débil por los derechos fundamentales: “*si queremos que los sujetos más débiles física, política, social o económicamente sean tutelados frente a las leyes de los más fuertes, es preciso sustraer su vida, su libertad y su supervivencia, tanto a la disponibilidad*

estudio de Luis Greco que contrapone autores favorables o detractores de la autorización de la tortura en casos excepcionales (GRECO, Luis. Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs. En Revista para el análisis del Derecho, n. 4, 2007, pp. 1'28. Disponible en: www.indret.com. Acceso en 01.12.2009).

¹⁹⁰ HÄBERLE, P. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 185.

¹⁹¹ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 2005, p.116/117.

privada como a la de los poderes públicos, (...)".¹⁹² La tutela de la dignidad en las relaciones entre particulares debe sopesar la desigualdad entre los contratantes. En la relación laboral debe pesar en el análisis de las circunstancias concurrentes para calificar la vulneración o no de la dignidad, aun que no sea un factor determinante para su configuración.¹⁹³

En conclusión, compartimos la opinión de Yolanda Gomez Sanchez de que la dignidad humana es un concepto pluridimensional que se manifiesta en una vertiente autónoma y relacional. La primera representa su reconocimiento como elemento inherente a la naturaleza humana que obliga a un específico respeto y protección de la persona. En cuanto la segunda implica que, en el ejercicio de otros varios derechos, cabe: a) apreciar una dimensión de la dignidad humana cuya violación puede ser motivo de violación del derecho en sí mismo o, b) en otros casos, puede completar el alcance de un derecho o facilitar su interpretación o, c) por último, agrupa algunos derechos y los vincula a la dignidad humana.¹⁹⁴ Como ha subrayado el Tribunal Constitucional, la interpretación del alcance y contenido de los derechos fundamentales "*ha de hacerse considerando la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás, es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática.*" (STC de 4 de febrero de 1983; y STC de 7 de junio de 1984).

El problema del énfasis en la dignidad exclusivamente como un valor, especialmente de carácter programático, reside en la imposibilidad de su uso como una carta triunfo frente a la actuación estatal o de un particular. Por ejemplo, aunque se pueda reconocer su eficacia frente al empresario, una vez que influencia el contenido esencial de la libertad de empresa, actuando como un límite al poder empresarial, el riesgo se asienta en que la dignidad como valor puede no ofrecer una respuesta jurídica adecuada a la lesión de la dignidad individual en la relación laboral.

Neomi Rao rehusa la aplicación de la dignidad humana como valor en el constitucionalismo americano. Según esa autora, la tradición constitucional americana se funda en un constitucionalismo de derechos mientras que la europea en un constitucionalismo de valores. La

¹⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª edición. Madrid, Trotta, 2007, p. 362.

¹⁹³ En el mismo sentido se posiciona Naranjo de la Cruz, para quién el causante del perjuicio debe pasar a un segundo plano (NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid, BOE/CEPC, 2000, p. 227).

¹⁹⁴ Ambas referencias en GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. *Dignidad Y Ordenamiento Comunitario*. Disponible en <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/09yolanda.htm>>. Acceso en 21/01/2011.pp. 8/9.

diferencia entre ambas reside en que la tradición americana defiende con más fuerza el individuo frente al Estado o a sus pares y la tradición europea, fundada en el comunitarismo y en el Estado Social, defiende los intereses colectivos ante el derecho fundamental. De lo que la interpretación constitucional fundamentada en los valores y en el principio de proporcionalidad ejercen un papel esencial en esa concepción comunitarista del Estado.¹⁹⁵ El riesgo de reconocer la dignidad humana exclusivamente como valor es aplicarla principalmente como un límite a los derechos fundamentales que se quedarían circunscritos por intereses sociales y políticos. En el cuadro laboral más nefasto, la dignidad sería por consecuencia utilizada para limitar derechos fundamentales de los trabajadores.

En conclusión, sostenemos que la dignidad humana opera en el ordenamiento jurídico español como valor, principio y derecho fundamental, o sea, es un mandato de optimización, axiológico y deontológico, y además funciona como carta triunfo, un derecho subjetivo que debe ser considerado en la técnica de la ponderación.¹⁹⁶

4.3 - La dignidad humana como norma de clausura

Fernandez Segado y Ríos Alvarez opinan que *“la dignidad de la persona puede tener un contenido integrador del vacío que pueda ocasionar la omisión o la falta de reconocimiento de un derecho indispensable para la preservación del ser humano”*.¹⁹⁷ Esta aserción compagina con el debate en torno al papel de la dignidad humana en los “derechos no enumerados”. ¿La dignidad humana sería el fundamento para los “derechos fundamentales no enumerados”? En este paso, no se

¹⁹⁵ RAO, Neomi. On the use and abuse of dignity in constitutional law. En: HeinOnline. 14 Colum. J. Eur. L. 201 2007-2008. Seguramente la crítica de Neomi Rao está pautada en las teorías institucionalista, axiológica, democrático-funcional o social, descritas por Batisda Freijedo y otros, en que se reinterpretan los derechos fundamentales desde una dimensión colectiva o finalista, relativizándoles. Sin embargos, aún que la influencia sea más grande que en la cultura norteamericana, no hay el riesgo de sobrepasar el individuo por la colectividad, dado que el modelo adoptado por la Constitución española (BATISDA FREIJEDO, Francisco J. *et. al. Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, 1ª edición y reimpresión. Madrid, Tecnos, 2005, pp. 73/82) .

¹⁹⁶ Nuria Belloso Marín destaca que “para algunos autores, la dignidad opera como fundamento del ordenamiento jurídico, como principio general de derecho, como criterio orientador de la interpretación del derecho, como instrumento para la integración del ordenamiento y como norma de conducta y límite de los derechos” (BELLOSO MARTÍN, Nuria. El principio de dignidad de la persona humana en la teoría kantiana: algunas contradicciones. En *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 2, n. 4. Porto Alegre, HS Editora Ltda., 2008, p. 58-59).

¹⁹⁷ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. En *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, año 4, n. 18, 2004, 28.

puede olvidar la crítica de Ronald Dworkin¹⁹⁸ de que la Carta Constitucional no es un conjunto acabado de reglas sino una carta de principios abstractos, cuya clave principal reside en la interpretación. En consecuencia no tiene cabida hablar de derechos no enumerados. Más bien, frente a la antinomia constitucional, lo que se busca es encontrar una norma de clausura, en el sentido acotado por Prieto Sanchís.¹⁹⁹

Por norma de clausura, Prieto Sanchís entiende “*la respuesta jurídica a aquellos comportamientos – acciones u omisiones – que precisamente no encuentran encaje o que no pueden ser subsumidos claramente en ningún derecho específico*”.²⁰⁰ Para él, la norma de clausura es un derecho general de libertad y puede ser resumida de la siguiente manera: “*Toda acción (hacer u omitir) está permitida, a menos que esté prohibida por una norma jurídica formal y materialmente constitucional.*” En su concepción, este derecho general encuentra acomodo en los arts. 1.1 (libertad), 10.1 (libre desarrollo de la personalidad) y art. 16.1 (libertad ideológica) de la Constitución española. Este autor sostiene que este derecho general configura una libertad eminentemente práctica, “*que consiste no sólo en pensar y en creer sin ataduras jurídicas, sino sobre todo en actuar de forma coherente con las propias convicciones*”.²⁰¹

La norma de clausura, defendida por Prieto Sanchís, coincide parcialmente con el concepto de dignidad humana. Como visto antes, la libertad de pensar y actuar conforme a la conciencia del propio individuo, de forma autónoma y responsable, es precisamente el contenido original de la dignidad humana, con la ventaja de que este concepto presupone aún un aspecto relacional, esto es, no basta con ejercitar la dignidad, hay que reconocerla a los demás. De forma que la dignidad como norma de clausura requiere el uso de la libertad dentro de ciertos límites impuestos en la vida en sociedad, escapando a la crítica de Peces-Barba de que la concepción de Prieto Sanchís sería demasiado individualista y subjetivista.

¹⁹⁸ “No comparable assumption can explain the supposed distinction between enumerated and unenumerated constitutional rights. The Bill of Rights, as I said, consists of broad and abstract principles of political morality, which together encompass in exceptionally abstract form, all the dimensions of political morality that in our political culture can ground an individual constitutional right. The key issue in applying these abstract principles to particular political controversies is not one of reference but of interpretation, which is very different” (DWORKIN, Ronald. Unenumerated Rights. En *HeinOnline* --- 59 U. Chi. L. Rev. 397, 1992, p. 387).

¹⁹⁹ PRIETO SANCHIS, Luis. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2003, pp. 249/260.

²⁰⁰ *Idem*, p. 257.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 254.

La consecuencia práctica en adoptar la dignidad humana como una norma de clausura - aun siguiendo los pasos de Prieto Sanchís - está en elevar a criterio hermenéutico fundamental el que toda norma que imponga mandatos o prohibiciones, limitando la dignidad humana, sea concebida y tratada como una norma que limita derechos fundamentales. Si concebimos el derecho general de respeto a la dignidad humana, habrá la necesidad de justificación (ponderación) de toda medida que comporte un sacrificio a cualquier aspecto referente a la dignidad humana. Además, este derecho general será el norte para las diversas actitudes adoptadas a diario que en general no comportan reglamento, como llevar un sombrero, un turbante o un velo, organizar eventos, dejarse morir de hambre o adoptar la tarjeta de radiofrecuencia o instrumentos biométricos para identificación de los trabajadores, entre otros.

De manera que propugnamos el reconocimiento de la dignidad humana como norma de clausura con el siguiente contenido: “Toda acción digna (hacer u omitir) está permitida, a menos que comporte una limitación por una norma jurídica formal y materialmente constitucional.” Por acción digna se comprende toda acción basada en la autonomía y consciencia del individuo únicamente cuando sea igualmente respetuosa con la dignidad humana, con el valor intrínseco de otro individuo. Este concepto abarca la libertad ideológica y además alcanza aspectos físicos de la persona. La diferencia de las dos propuestas está en la calificación de la acción permitida, la cual corresponde mejor al paradigma del Estado democrático y social de Derecho, cuyos valores son la libertad, igualdad y pluralismo. La faceta relacional no puede jamás ser despreciada en la vida en sociedad.

CAPITULO II

La libertad de empresa: la autoridad del empresario y sus condicionantes constitucionales

“Democracia es todo proceso de transformación de las relaciones de poder desigual en relaciones de autoridad compartida.”

(Boaventura de Sousa Santos)¹

1. El poder del empresario en la Constitución española

El Estado español se declara como un “*Estado social y democrático de Derecho*” que enmarca como valores superiores de su ordenamiento jurídico “*la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo*” (art. 1.1 CE). En el modelo jurídico-político del Estado social y democrático de Derecho, cuyos valores son la “*óptica ético-jurídica de dicho Estado*”², se garantiza el pluralismo tanto en la sociedad, reflejado en la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general, como en el propio gobierno, a través de la participación de representantes de la sociedad en la toma de decisiones de interés general. El pluralismo acompaña la promoción de la igualdad de los individuos (art. 9.2 CE), la cuál concibe una normativa compensadora e igualadora, *en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales*³ y se presenta como requisito de la democracia.

Los valores superiores arriba consignados retiran la neutralidad axiológica del

¹ SOUSA SANTOS, Boaventura. *A democracia ante o abismo*. En: Folha de Sao Paulo, 30/01/2013.

² DEL REY GUANTER, S. La aplicación de los valores superiores de la Constitución española en el Derecho del Trabajo, en *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. I, Ministerio de Justicia, 1988, p. 411.

³ STC 3/83, de 5 de enero, FJ. 3.

ordenamiento jurídico⁴. Bien que todos los valores ejerzan la función fundamentadora, orientadora y crítica⁵ del modelo económico y laboral, la igualdad es la que más consecuencias proyecta sobre las relaciones laborales habida cuenta la desigualdad originaria que envuelve sus actores.⁶

Esos valores superiores se conectan estrechamente con el art. 10.1 CE que incluye la dignidad de la persona humana⁷. De forma que la dignidad es igualmente “*fundamento, principio y origen del ordenamiento constitucional español*”,⁸ poniendo en relieve la centralidad que el ser humano ocupa en el Estado Democrático de Derecho. El conjunto de valores y la dignidad humana reverberan en la interpretación de todos los preceptos constitucionales, principios o normas específicas, los cuales son “reflejo” o “*manifestaciones específicas y concretas de dichos valores*”.⁹ De manera que tanto el modelo económico como el modelo de relaciones laborales elegidos necesariamente sufren su influencia.

Además de ese paradigma axiológico, en el análisis de las normas constitucionales relacionadas a la actividad económica y a las facultades reconocidas a los actores sociales, cualesquiera de los dispositivos deben ser interpretados con los recortes derivados de los principios y normas de igual naturaleza.¹⁰ Entre los dispositivos constitucionales relativos a la actividad económica que actúan directamente sobre la actividad empresarial y las relaciones laborales de ella derivadas, podemos citar él que trata de la función social de la propiedad privada

⁴ DEL REY GUANTER, S. La aplicación de los valores superiores de la Constitución española en el Derecho del Trabajo, en *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. I, Ministerio de Justicia, 1988, p. 409. Los valores superiores no son simple retórica principios programáticos, sino son la “*norma básica de identificación material del ordenamiento, de la cabeza de la Constitución material*.” (PEREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 1999, p. 288)

⁵ PEREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 1999, p. 288.

⁶ ROMAN DE LA TORRE, M. D. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Grapheus, Valladolid, 1992, p. 30.

⁷ Esta fue la solución encontrada por la doctrina que considera que la dignidad debería ilustrar el art. 1.1 CE (GARCIA GARCIA, C. *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Murcia, Universidad de Murcia, 2003, p. 60). “*La conexión es evidente, pues no existe ni puede existir dignidad humana sin libertad, justicia, igualdad y pluralismo político; además, estos valores serían indignos si no redundasen a favor de la dignidad del ser humano.*” (FERNANDEZ SEGADO, F. *El sistema constitucional español*. Madrid, Dykinson Editorial, 1992, p.163)

⁸ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. *Los Derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Navarra, Thomson Civitas, 2005, p. 50.

⁹ DEL REY GUANTER, S. La aplicación de los valores superiores de la Constitución española en el Derecho del Trabajo, en *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. I, Ministerio de Justicia, 1988, p. 416.

¹⁰ SSTC 225/1993, de 8 de julio; 142/1993, de 19 de julio; 120/1990, de 27 de junio; 88/1995, de 19 de julio.

(art. 33), la política de estabilidad económica y de pleno empleo (art. 40), los principios informadores del sistema de Seguridad Social (art. 41), los intereses económicos de los consumidores (art. 50), la función pública de la riqueza (art. 128-1), la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128-2), la participación de los trabajadores en la empresa y en general de los interesados en los organismos públicos (art. 129-1 y 2) y la planificación económica. De lo que se extrae que el modelo de actividad económica esbozado en el texto constitucional español supone una clara intervención del Estado y unas relaciones laborales permeables a la autonomía colectiva.

El poder de dirección del empresario en el sentido más amplio, incluido el poder de vigilancia y control, encuentra su fundamento constitucional en el art. 38 de la Constitución, el cual reconoce la libertad de empresa. El derecho a la libertad de empresa está tratado en estrecho entrelazamiento con el derecho de propiedad, los cuales configuran derechos fundamentales de primera generación, o sea, una de las libertades básicas defendidas frente los Estados absolutistas. No obstante, el contenido de ambos no se confunde. El derecho de propiedad protege la titularidad, explotación y aprovechamiento del patrimonio actualmente existente, o sea, alcanza relaciones exclusivamente de consumo; y, de su lado, la libertad de empresa protege las “*posibilidades de trabajo y beneficios futuros*”,¹¹ o sea, trata de la acción productiva ejercida que puede incidir sobre los bienes pero siempre con la mirada en un resultado futuro.

La libertad de empresa, desde su origen, no está conectada al derecho de propiedad, antes bien la vinculación hermenéutica actual sufre influencia del modelo económico capitalista vigente en las sociedades occidentales, asentado en la producción en larga escala de bienes materiales y en la concentración de todo el proceso productivo en la fábrica. Además, en gran medida, esta vinculación retrata la desigualdad económica sentida entre las partes de la mayoría de los contratos de trabajo por cuenta ajena vigentes, siendo tomado como uno de los indicativos de laboralidad (si el trabajo es realizado con el manejo de bienes concedidos por la empresa).

En efecto, hoy la diferencia se acentúa ante una separación entre la titularidad del derecho de propiedad y el poder económico-social que en la práctica de las grandes sociedades se explicitan en gestores con poderes decisorios que no son los propietarios al tiempo que los pequeños accionistas (propietarios) carecen de capacidad decisoria efectiva. Como bien explica Perez Luño, “*en nuestros días, se dan situaciones en las que se detenta mucho poder sin tener*

¹¹ GARCÍA VITORIA, I. *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?* Madrid, Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, 2008, p. 196.

nada o en la que el **tener** confiere cada vez menos **poder**".¹² Además, en la sociedad de la información en que se considera que la empresa que proporciona servicios a través de Internet no es aquella en el que está ubicado físicamente el servidor web o la tecnología que lo sustenta, sino aquella que realiza su actividad económica (art. 3.1 Ley 34/2002, de 11 de julio, Ley e Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico¹³).

La desconexión de la libertad de empresa y el derecho de propiedad se evidencia con la mirada retrospectiva hacia los albores de la Revolución Francesa. Ignacio Garcia Vitoria, en un interesante estudio, acompaña la libertad de empresa a través de la historia y de los modelos de Estado. Este autor sostiene que la constitucionalización de la libertad de empresa responde a dos grandes grupos de argumentos: la libertad del individuo y el progreso de la economía.¹⁴ El libre ejercicio de la actividad empresarial radica en su consideración como un importante instrumento de emancipación del individuo, pues, al romper con el modelo del Antiguo Régimen en que el ejercicio de una actividad estaba vinculada a la concesión de un privilegio, permite el libre desarrollo de su personalidad¹⁵. El individuo ya no pertenecía a un grupo y no tenía un destino determinado; él podría construir su historia. Por otro lado, sigue el autor, la libertad de empresa asume la condición de pieza clave para el crecimiento económico y bienestar colectivo, pues partiendo de un prestigio incontestable en el siglo XVIII, "*como la mejor fórmula para incrementar la productividad*",¹⁶ dos siglos después este rol se refuerza aún más con el despliegue negativo en el resto de libertades públicas de la falta de autonomía económica en los regímenes totalitarios.

En conclusión, aunque la libertad de empresa sea asociada de pronto a los emprendimientos de mayor envergadura, que involucran grandes cantidades de bienes y capital,

¹² PEREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6a. ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1999, p. 387, subrayado en el original.

¹³ Esta hipótesis se aplica a los servicios que afecten las materias siguientes (art. 3.1): a. Derechos de propiedad intelectual o industrial, b. emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva, c. actividad de seguro directo realizada en régimen de derecho de establecimiento o régimen de libre prestación de servicios, d. obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores, e. régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato, f. licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente no solicitadas.

¹⁴ GARCÍA VITORIA, I. *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?* Madrid, Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, 2008, p. 101.

¹⁵ "*Elle est une liberté proclamée, contre le pouvoir des maîtres, contre la subordination des compagnons devenus citoyens-ouvriers*". DOCKÈS, E. Le pouvoir patronal au-dessus des lois? *Droit Ouvrier*, n. 678, janvier 2005, p. 3.

¹⁶ GARCÍA VITORIA, I. *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?* Madrid, Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, 2008, p. 102.

en su corazón late más que nada una libertad de acción en que la propiedad de los bienes es secundaria. Esta peculiaridad salta a la vista de forma ingente en las actividades de trabajo inmaterial, de que son ejemplos los servicios y actividades intelectuales, o en los trabajos remotos. Por ejemplo, no cabe duda pensar que las clases de inglés procesadas remotamente, por uso del ordenador e Internet, conforme un programa pedagógico y una identidad empresarial, configuran un negocio, aunque los profesores trabajen en su casa, con su ordenador. En este caso, el trabajo del emprendedor se limita a organizar las actividades y divulgar el producto. Con lo cual la libertad de empresa remite precisamente a la libertad para decidir sobre la actividad productiva perseguida, organizarla y disponer sobre su futuro, lo que implica la ingente posibilidad de comandar los asalariados subordinados que hayan sido contratados para poner en marcha el negocio sin desconsiderar que el ejercicio de esta libertad puede estar condicionado a la participación de los trabajadores incluso en la gestión del negocio.

El contenido del derecho fundamental a la libertad de empresa puede precisarse en una doble vertiente: tanto desde un punto de vista negativo como desde otro positivo. Desde el punto de vista negativo, *“ese contenido exige la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables, o que lo despojen de la necesaria protección”*.¹⁷ Ese punto de vista se dirige principalmente hacia los poderes públicos, y en especial al legislador, para que en su actividad no reduzca el derecho fundamental de la libertad de empresa a tal punto que no se lo pueda más reconocer. Desde el positivo, la libertad de empresa implica *“el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado”*,¹⁸ o sea, la definición de estrategias de funcionamiento en el conjunto de los medios de que dispone: técnicos y personales.

Ciertamente el contenido de ese derecho no puede jamás ser visto como absoluto o ilimitado, pues, aunque la libertad de empresa, como los demás derechos de libertad, pretenda asegurar a los individuos un ámbito de actuación, un ámbito de poder, libre de las injerencias del Estado,¹⁹ su ejercicio está desde luego limitado por el modelo económico arriba referido.²⁰ Por lo

¹⁷ STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 20.

¹⁸ STC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3.

¹⁹ PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. Descentralización productiva y libertad de empresa. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (coord.) *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 186.

²⁰ ROMAN DE LA TORRE, M. D. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid, Grapheus, 1992, p. 21. En

tanto, el paradigma jurídico y el cuerpo normativo constitucional suponen un límite pero no una funcionalización de la actividad económica.²¹ Además el derecho fundamental a la libertad de empresa condiciona el rol del poder público en la economía, al tiempo que obstaculiza toda intervención estatal en el sentido de supresión de la economía de mercado, determina que los órganos públicos actúen contra cualquier monopolio económico.

2. La libertad de empresa: ¿garantía institucional o derecho fundamental?

Las garantías institucionales surgieron como instituto jurídico para complementar los derechos fundamentales, pues en cuanto éstos eran vistos como derechos absolutos, preestatales y prelegislativos aquéllas se prestaban a controlar la actuación del legislador.²²

La vinculación del ordenamiento español a una economía de mercado impide, por repetir, cualquier propuesta legislativa con finalidad de crear un sistema de economía colectivizada o de dirección central. Además, la libertad de empresa deja al desnudo el conflicto de intereses de los trabajadores y empresarios, es decir, revela el conflicto de trabajo, rompiendo con el sistema constitucional precedente que suponía una comunidad de intereses entre ambas partes. De manera que el conflicto de interés entre los actores laborales refuerza el papel que juega la autonomía colectiva en la actividad económica y regulación de sus intereses, y también la incidencia de las libertades individuales y colectivas de sus miembros.

el ámbito de la Unión Europea observase la misma tendencia de limitación de las libertades económicas: “*el TJCE ha hecho suya la idea de que las libertades económicas deben ser observadas a la luz de su función social, por lo que la Ley puede delimitar su contenido de acuerdo con el interés general. No basta con llegar al convencimiento de que un Reglamento o una Directiva recortan facultades que forman parte a priori de la libertad de empresa para concluir que la actuación de la Unión contraviene este derecho fundamental. Antes al contrario, se destaca la necesidad de ponderar este derecho con otros intereses en conflicto. En el mismo sentido, hay unanimidad entre las normas constitucionales de los Estados miembros a la hora de vincular el ejercicio de la libertad de empresa al interés general*” (GARCÍA VITORIA, I. La libertad de empresa: ¿un terrible derecho? Madrid, Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, 2008, p. 104).

²¹ (...) “*si por tal hubiera que entender una orientación continua de aquélla según objetivos socioeconómicos dispuestos por el Estado.*” (ROMAN DE LA TORRE, M. D. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Grapheus, Valladolid, 1992, p. 27).

²² “*La concepción primaria de SCHMITT acerca de las garantías institucionales como algo distinto de los derechos fundamentales parte de la idea de éstos como algo absoluto, preestatal y, por supuesto, prelegislativo, frente a lo cual las garantías institucionales conllevarían una acción del legislador que se trata, eso sí, de controlar;*” (JIMENEZ-BLANCO, A. Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II (de los derechos y deberes fundamentales), Madrid, Civitas, 1991, pp. 644/645)

El Tribunal Constitucional español vislumbra en el art. 38 CE un derecho fundamental y una garantía institucional (STC 83, de 24 de julio de 1984, FJ 3). Habida cuenta de que los derechos fundamentales en el marco del constitucionalismo moderno poseen una dimensión objetiva, definida por el Tribunal Constitucional, como la vertiente en que ellos se espejan como “*elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuánto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado social y democrático de Derecho*” (STC de 14 de julio de 1981), no parece descabellado preguntarse sobre la utilidad de añadirse la “garantía institucional” a los derechos fundamentales. O para decirlo de otra manera, ¿qué función cumple la garantía institucional frente a un derecho fundamental con vertiente objetiva y garantía del contenido esencial?

2.1 - La libertad de empresa como garantía institucional

La doctrina de la garantía institucional es una creación del Derecho alemán, erigida a partir de la obra de M. Wolff (1923) intitulada “Garantía de Instituto”, en la cual éste defendió que la propiedad y la herencia eran institutos jurídicos que deberían ser protegidos más allá de los derechos subjetivos concretos que pudieran acoger. Ella fue introducida en el ordenamiento español por las manos de L. Parejo en su libro *Garantía institucional y autonomías locales*, en el año de 1981. El autor español atribuye a las garantías institucionales una eficacia superior a la que deriva de la condición de simple norma constitucional aunque de menor eficacia a la que se otorga a los derechos fundamentales o libertades públicas: “*estas regulaciones son (...) un contrapeso constitucional a la primariamente libre capacidad de configuración social del legislador ordinario, materiales obligatorios del edificio estatal y cauces reguladores de su evolución (que son) (...) en definitiva, las que, con terminología de la dogmática alemana, reciben la denominación de garantías institucionales*”²³.

²³PAREJO, L. *apud* JIMENEZ-BLANCO, A. Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo Garcia de Enterría*, vol. II (de los derechos y deberes fundamentales), Madrid, Civitas, 1991, p. 636.

Es bien cierto que en las primeras páginas del libro de Parejo hay referencias a su conexión con los derechos fundamentales “*dentro del orden constituido superior se destacan unas regulaciones dirigidas a predeterminar las piezas o elementos básicos de la construcción y evolución del ordenamiento estatal en su conjunto, con una eficacia superior a la que deriva de la condición simple de norma constitucional, aunque menor a la que se otorga a los derechos fundamentales o libertades públicas*”. (PAREJO, L. *apud* JIMENEZ-BLANCO, A. Garantías

Retomando la doctrina del Derecho alemán de los primordios de este instituto jurídico, según Friedrich Klein (1934), la garantía institucional se incluía en el grupo de garantías de institución. Las garantías de institución agregaban componentes de índole privado y público. Para él²⁴, eran garantías de institución de ámbito privado o garantías de instituto, el matrimonio, la patria potestad, la libertad contractual, la propiedad y la herencia. La garantía institucional reunía el grupo de institutos de ámbito público y ellos serían la imparcialidad de la justicia, la autoadministración municipal, la función pública profesional, las Iglesias como corporaciones de Derecho Público, la libertad académica y de cátedra, la supervisión escolar, la escuela única y la escuela religiosa, las Facultades de Teología y la Seguridad Social. La idea generalizada era que la garantía institucional se ordenaba a la protección de determinadas instituciones o institutos frente al legislador. De todos modos, “*los objetos garantizados (instituciones o institutos) eran diferentes de los derechos fundamentales en cuanto derechos subjetivos*”²⁵.

Es cierto que los derechos fundamentales en aquel momento no reflejaban aspectos objetivos sino solamente podrían constituir garantías subjetivas frente a los poderes públicos. Sin embargo, el Estado Liberal europeo mantenía todavía una concepción antiindividualista y estatalista del constitucionalismo, lo que debilitaba los propios derechos fundamentales en su vertiente subjetiva. Como explica Maurizio Fioravanti, en sentido opuesto al constitucionalismo estadounidense, el historicismo liberal europeo asume un claro significado antiindividualista y estatalista, que se manifiesta bien en la nueva concepción general de la nación como producto orgánico de la historia (realidad histórico-natural) sustraído como tal a la libre determinación de los individuos. La nación se afirma como fundamento estable e indiscutible de legitimidad para las instituciones políticas. “*En síntesis: mientras en los Estados Unidos los derechos están en la constitución y el arbitrio puede provenir de los poderes del Estado, en la Europa continental los derechos están en el Estado y el arbitrio puede provenir del poder constituyente, del contrato social, de la constitución como fruto de las voluntades de los individuos y de las fuerzas sociales*”²⁶.

institucionales y derechos fundamentales en la Constitución, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II (de los derechos y deberes fundamentales), Madrid, Civitas, 1991, p. 636). Interesa subrayar la coincidencia de motivación de los dos autores, pues en ambos casos los artículos defendían la autonomía local.

²⁴ F. Klein toma como referencia para su clasificación los preceptos de la Constitución de Weimar.

²⁵ JIMENEZ-BLANCO, A. Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II (de los derechos y deberes fundamentales), Madrid, Civitas, 1991, p. 647.

²⁶ JIMENEZ-BLANCO, A. Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II (de los derechos y deberes

En Francia, raíz del nuevo modelo de constitucionalismo, el predominio del dogma de la voluntad general traducida en el predominio absoluto del legislador o de la soberanía popular (en la versión radical y jacobina) creó incluso dificultades en admitir un verdadero y propio control de constitucionalidad asociado a un principio de rigidez constitucional al amparo de los derechos²⁷. La supremacía de la constitución como garantía de los derechos y libertades y como norma directiva fundamental observada por los poderes estatales para la realización de los valores constitucionales aparece sólo posteriormente a la segunda grande guerra. Luego, la garantía institucional en su primordio rescata la tradición como refuerzo a la eficacia de las normas constitucionales, atrofiadas en los Estados Liberales que había reducidos los derechos a simple producto de la voluntad normativa del Estado.

Este instituto parece haber sido influenciado por el texto que Kant escribió en 1798, “*El conflicto de las facultades*”,²⁸ en que confronta la Revolución Francesa y las cualidades del gobierno prusiano. En la Prusia no hubo revolución, de modo que la Constitución fue otorgada por el soberano Federico II, voluntariamente, como forma de apaciguar los ánimos y evitar los movimientos revolucionarios internos. Sin embargo, siempre se ponía entre comillas la legitimidad de los textos constitucionales impuestos, los cuales por cierto podrían ser revistos a cualquier tiempo. La muerte del soberano es seguida por el recrudescimiento del movimiento conservador en torno a la ortodoxia de la Iglesia, bajo la influencia del ministro Woellner, y de la toma de una serie de medidas represivas por el nuevo rey, Frederico-Guillermo II.

Kant escribe para reafirmar las conquistas anteriores a través del análisis de la posibilidad de un progreso humano y sus causas. Él defiende el camino inverso a la trama teleologica para encontrar la causa del progreso. Éste se revela en el aislamiento de un acontecimiento con valor de un signo de existencia de un causa permanente a lo largo de la historia. La causa debe ser constante y debe actuar antes, ahora y en el futuro.²⁹ Esta señal debe de ser *rememorativum*, *demonstrativum* o *pronosticum*. Será *rememorativum* cuando enseña que ha sido siempre de la misma manera. El *demonstrativum* se refiere a lo que acude hoy en día y el *pronosticum* nos dice de lo que será permanentemente de hoy para el futuro. Luego, la causa del

fundamentales), Madrid, Civitas, 1991, pp. 106-107.

²⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid, Ed. Trotta, 2003, p. 131.

²⁸ KANT, Immanuel. *Los conflictos de las facultades*. Traducción de Miguel Casillas. Disponible en <http://www.uv.mx/cpue/coleccion/N_3738/E%20Kant%20conflicto%20facultades.pdf>. Acceso en 9 de abril de 2012.

²⁹ FOUCAULT, Michel. *O governo de si e dos outros: curso no Collège de France (1982-1983)*. São Paulo, Martins Fontes, 2010, p. 17.

progreso se origina de una tendencia y asegura la misma tendencia general del género humano en su totalidad de caminar en el sentido del progreso. A modo de ejemplo, en lo relativo a la Revolución Francesa, al revés de destacar los actos revolucionarios como la señal, este autor encuentra en el ánimo de todos los espectadores una simpatía rayana en el entusiasmo por lo que se allí se lucha.³⁰ Las señales serían la consideración por todos de que es su derecho adoptar la constitución política que les conviene y que desean y que todos procuran elegir una constitución política tal que evite, con sus principios, la guerra ofensiva.³¹

La retrospectiva histórica hace lucir las premisas ocultas en este instituto que permitieron a la jurisprudencia española adoptar un concepto de garantía institucional que más bien debilita, material o formalmente, los derechos fundamentales.³² De un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional se observa que el arranque de la garantía institucional pudo fundar un línea argumentativa en favor de una mayor protección a derechos no incluidos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I de la Constitución Española, como era el caso de la autonomías locales, la cual está reglamentada en los artículos 2, 140 y 141 (STC de 28 de julio de 1981). A la postre, la línea adoptada pretende restringir los derechos fundamentales a la versión tradicional de derecho subjetivo calificado. En sentencias posteriores, el Tribunal Constitucional se ocupó en reducir el valor de la ubicación como componente identificador de los derechos fundamentales en la Constitución Española, como en el caso del art. 16.3 (derecho a la educación – STC de 10 de julio de 1985), el art. 20 (libertad de expresión – STC de 21 de marzo de 1982 o libertad de expresión – SSTC de 12 de marzo de 1982 y 18 de febrero de 198). En todos estos precedentes, la corte reconoció exclusivamente la existencia de una garantía institucional para reducir su resistencia a la acción del legislador.

En específica referencia al art. 38 de la Constitución, eje central de esta reflexión, el

³⁰“La revolución de un pueblo plétórico, que estamos presenciando en nuestros días, puede triunfar o fracasar, puede acumular miseria y atrocidades en tal medida que cualquier hombre sensato nunca se decidiese a repetir un experimento tan costoso, aunque pudiera llevarlo a cabo por segunda vez con fundadas esperanzas de éxito y, sin embargo, esa revolución –a mi modo de ver- encuentra en el ánimo de todos los espectadores (que no están comprometidos en el juego) una simpatía rayana en el entusiasmo, cuya manifestación lleva aparejado un riesgo, que no puede tener otra causa sino la de una disposición moral en el género humano”(LOPEZ BARRIENTOS, Mario Estuardo. *Los escritos político de Immanuel Kant*. Disponible en [<http://www.uca.edu.sv/filosofia/admin/files/1201494571.pdf>]. Acceso em 9 de abril de 2012.)

³¹ FOUCAULT, Michel. *O governo de si e dos outros: curso no Collège de France* (1982-1983). São Paulo, Martins Fontes, 2010, p. 17.

³²JIMENEZ-BLANCO, A. Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II (de los derechos y deberes fundamentales), Madrid, Civitas, 1991, p. 648; PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. Descentralización productiva y libertad de empresa. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (coord.) *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2005, pp. 182-183.

delineamiento de la STC 83/1984, de 24 de julio, escoge esa senda al justificar la constitucionalidad del recorte legislativo al ejercicio de la profesión de farmacéutico en el predominio de su carácter de garantía institucional frente al derecho subjetivo³³, vaciando o por lo menos debilitando su vertiente individual. Cuando, por ende, el Tribunal fue confrontado a declarar sobre la contraposición entre derecho fundamental y garantía institucional, en la STC 26/1987, de 27 de febrero, que versa sobre la autonomía universitaria (Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto) - con la intención de que quizás la corte abrazase la versión tradicional de derecho fundamental como derecho subjetivo cualificado -, ésta ha terminado por reafirmar la superioridad del derecho fundamental³⁴ y ha declarado la compatibilidad entre los dos institutos.

Actualmente se concibe la coexistencia de las garantías institucionales con los derechos fundamentales dentro del ordenamiento constitucional, los cuales pueden incluso ocupar un mismo precepto.³⁵ En estos casos, es lugar común aseverar que la primera sirve para fortalecer al segundo, *“protegerlo y no limitarlo”*. La garantía institucional tiene por finalidad poner de relieve los contornos de determinado instituto como componente esencial, *“arquitectural”*, del orden constitucional, *“cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador”*.³⁶ Su principal función es de instrumento de desapoderamiento del legislador.

Según Jimenez-Blanco, se puede extraer cuatro conclusiones frente a esa garantía: a) ella existe *“cuando determinados objetos (instituciones, organizaciones y figuras jurídicas), formados con complejos normativos y con realidades fácticas, se encuentran contempladas en la Constitución con fines de protección”*; b) *“la función de garantía puede referirse a normas y a realidades o sólo a lo primero”*; c) entre las Garantías, *“las hay vinculadas a derechos fundamentales y no vinculadas a los mismos; d) cuando coexisten la garantía y el derecho*

³³ STC. 83/1984, de 24 de julio, FJ 3.

³⁴En este caso, el Tribunal Constitucional ha dicho que la autonomía universitaria *“se configura en la Constitución como un derecho fundamental por su reconocimiento en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I, por los términos utilizados en la redacción del precepto, por los antecedentes constituyentes del debate parlamentario que llevaron a esa conceptualización y por su fundamento en la libertad académica que proclama la propia LRU.”* (STC de 27 de febrero de 1987).

³⁵*“Derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamental que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales”* (STC de 27 de febrero de 1987).

³⁶JIMENEZ-BLANCO, A. Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II (de los derechos y deberes fundamentales), Madrid, Civitas, 1991, p. 638.

fundamental, “*la primera sirve para fortalecer al segundo, protegerlo y no limitarlo*”³⁷. Habrá lesión a la garantía institucional cuando la institución sea limitada a modo de privarla prácticamente de sus posibilidades de existencia real para ser convertida en simple nombre (*Schutzrichtung*) o cuando no sea respetado su núcleo esencial, lo cual se refiere a la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar (*Schutzdichte*) o, por ende, cuando haya soluciones de continuidad en su evolución (*Zeitliche Schtzerstreckung*)³⁸.

El retrato histórico y doctrinario pone en entredicho la diferenciación tradicional de ambas figuras, una vez que los derechos fundamentales incluyen un aspecto objetivo y en las constituciones del posguerra se ofrecen como norma directiva fundamental a seguir para la realización de los valores constitucionales. Compartimos, por lo tanto, afirmaciones como: que “*no es la garantía institucional del mercado [...] lo que genera derechos o libertades económicas para los ciudadanos, sino que ocurre justamente al revés: del reconocimiento de los derechos fundamentales se produce el efecto de la consagración constitucional del mercado como sistema de asignación de los recursos*”.³⁹

Para asegurar los espacios de convivencia, sin acumulo, entre ambos, el margen ampliado de los derechos fundamentales deja al desnudo un nuevo aspecto de la garantía institucional, pues, considerando la vertiente objetiva de los derechos fundamentales, ¿qué función puede cumplir la garantía institucional frente a un derecho fundamental previsto en el Título I de la Constitución?, como es el caso de la libertad de empresa. ¿Habrá alguna utilidad en afirmar que todo derecho fundamental supone siempre una garantía institucional?⁴⁰

Si los dos institutos constituyen núcleos esenciales o reductos indisponibles para el legislador⁴¹ en igualdad de condiciones, la única razón para la diferencia es considerar la garantía

³⁷JIMENEZ-BLANCO, A. Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II (de los derechos y deberes fundamentales), Madrid, Civitas, 1991, p. 648.

³⁸JIMENEZ-BLANCO, A. Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II (de los derechos y deberes fundamentales), Madrid, Civitas, 1991, p. 639.

³⁹ PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. Descentralización productiva y libertad de empresa. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (coord.) *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 185.

⁴⁰Díez-Picazo lo ha afirmado en su voto particular en la STC 26/1987, de 27 de febrero. (JIMENEZ-BLANCO, A. Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II (de los derechos y deberes fundamentales), Madrid, Civitas, 1991, p. 644.)

⁴¹STC de 27 de febrero de 1987, voto particular de Rubio.

institucional como instituto capaz de elevar la jurisprudencia al peldaño de fuente de Derecho, pues, al acoger la idea de preexistencia del instituto cubierto por la garantía institucional y previsto en la norma como derecho fundamental, la propia estructura del ordenamiento jurídico se transforma. El ordenamiento pasa de un derecho de normas a un derecho de conceptos y principios y, en consecuencia, el Tribunal Constitucional se convierte en su portavoz autorizado⁴². En este contexto la garantía institucional abrazaría los derechos fundamentales desde su génesis prelegislativa, creando un escudo incluso contra iniciativas del poder constituyente y decisiones legislativas legitimadas en la mayoría.

En conclusión, la vinculación del ordenamiento español a una economía de mercado por intermedio del derecho fundamental o de la garantía institucional de la libertad de empresa impide cualquier propuesta legislativa con finalidad de crear un sistema de economía colectivizada o de dirección central. El punto débil de ese derecho fundamental, de todos modos, no está (de forma paradójica) en su clasificación como garantía institucional, sino en la necesaria apertura de su contenido esencial.⁴³

2.2 – El derecho fundamental a la libertad de empresa

La vertiente subjetiva del art. 38 CE asegura al empresario el poder último de decisión sobre los rumbos de su negocio dentro del marco estrecho de su contenido esencial dibujado por el paradigma estatal y económico constitucional, cuya influencia más inmediata se puede sentir en la actuación de los actores colectivos. La libertad contractual del empresario y del trabajador individual está fuertemente condicionada por la dimensión colectiva, “*y ello en orden a potenciar la igualdad entre dichas partes contratantes, lo cual a su vez va a implicar la protección de*

⁴² JIMENEZ-BLANCO, A. Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo Garcia de Enterría*, vol. II (de los derechos y deberes fundamentales), Madrid, Civitas, 1991, pp. 648-650.

⁴³ Perez de los Cobos ve su debilitamiento en la utilización de conceptos amplios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dejando el contenido esencial de ese derecho todavía en la nebulosidad. “*La jurisprudencia constitucional ha resistido en definir lo que sea libertad de empresa (STCO 37/1987, de 26 de marzo) y la jurisprudencia ordinaria es laxa al enjuiciar limitaciones del derecho constitucional. La doctrina muchas veces no reconoce el contenido esencial de ese derecho y cuando lo hace, este resulta ser exiguo.*” (PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. Descentralización productiva y libertad de empresa. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (coord.) *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 183)

*ámbitos de libertad e igualdad entre empresarios y trabajadores considerados en cuanto colectivos”.*⁴⁴

La dirección empresarial negociada y dialogante instaurada por la Constitución, en el art. 129.2, en ninguna hipótesis modifica la titularidad del poder de dirección sino que persigue la conservación de la jerarquía básica en una economía de mercado. En realidad, como advierte Román de la Torre, la autonomía colectiva no alcanza un equilibrio entre trabajo y capital; antes bien posibilita el mantenimiento de una situación existente, *“dado que los intereses no juegan en plano de igualdad ya que el reparto de poderes no es equitativo”*;⁴⁵ o sea, si bien el poder del empresario encuentra límites legales o convencionales y condicionamientos colectivos diversos, la democracia industrial no permite nunca la alternancia del poder, *“manteniendo (el empresario) siempre sus facultades de dirección de la organización empresarial inmunes a los presupuestos básicos de un sistema democrático”*.⁴⁶

El derecho a la libertad de empresa se concreta en tres libertades: la libertad en el acceso y en el abandono de la actividad económica, así como en su organización. La libertad de organización por su parte se subdivide en tres ámbitos: la libertad de inversión, la libertad de organización y la libertad de contratación.⁴⁷ Para el ejercicio del derecho a la libertad empresarial de organización en sentido amplio, al empleador se le reconoce un conjunto de facultades frente al Estado, terceros y al propio grupo de trabajadores involucrados en su organización productiva. La libertad de organización en el marco de un contrato de trabajo es denominada por la doctrina laboral española en general como “poder de dirección”. Los poderes del empresario componen la libertad de empresa, como vertiente subjetiva y contenido esencial del derecho fundamental,⁴⁸ pues se relacionan con el ejercicio de poderes empresariales en el curso de la relación laboral, con la actualización y vicisitudes de la prestación de la actividad laboral.

Habida cuenta de que los derechos fundamentales en su lucha histórica siempre se

⁴⁴ DEL REY GUANTER, S. La aplicación de los valores superiores de la Constitución española en el Derecho del Trabajo, en *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. I, Ministerio de Justicia, 1988.p. 417.

⁴⁵ ROMAN DE LA TORRE, M. D. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid, Grapheus, 1992, p. 34.

⁴⁶ BAYLOS, A. *Derecho del trabajo: modelo para armar*. Madrid, Editorial Trota, 1991, p. 99.

⁴⁷ MARTINEZ FONS, D. *El poder de control del empresario en la relación laboral*. Madrid, CES, 2002, p. 44.

⁴⁸ En ese punto disiento del voto particular de la STC 119/2014 que ubica los poderes empresariales en el contenido no esencial de la libertad de empresa (F.J. II.B.1).

prestaron al papel de “*instrumentos de emancipación, ética y política, de los ciudadanos (de la sociedad civil) frente a los poderes públicos (el Estado)*”,⁴⁹ los cuales ahora dirigen su reivindicación al empresario, el ejercicio de este derecho fundamental frente al grupo de trabajadores subordinados produce el refuerzo de un poder. La contradicción histórica y jurídica es identificada en la utilización de un derecho, dotado de fundamentalidad, para reafirmar la sujeción de otro individuo. Por decirlo de otro modo, la pregunta sugerida es discernir si un derecho fundamental puede ser utilizado para restringir derechos de libertad de su sujeto pasivo.⁵⁰ La reconstrucción histórica una vez más da pistas de la respuesta acertada.

El derecho fundamental a la libertad de empresa proclamado en la Revolución Francesa se opuso al modelo de organización del trabajo diseñado en la Edad Media, principalmente en lo que se refiere a la servidumbre, corporaciones y gremios. Ella ha pretendido la emancipación de sus titulares, pues de su promulgación se sigue una multiplicación de actos de insubordinación. Como alerta Dockès, fue “*una libertad proclamada en contra del poder de los maestros, en contra de la subordinación de los oficiales ahora convertidos en ciudadanos*”.⁵¹ Pero esa novedad legislativa, además de romper los lazos jurídicos que ataban maestros y oficiales o siervos y señores, configura una nueva realidad para la prestación de servicios al mando de otro: para acoger la posibilidad de crear nuevos negocios, esta libertad ha presupuesto el poder de mando del empresario sobre los individuos contratados para prestar el trabajo subordinado. Son las dos faces de Jano. Mientras esta libertad desata los nudos para el trabajador decidir libremente a quién prestará servicios, ella admite el ejercicio de un poder de mando, de forma comedida y contratada (tiempo, modo y lugar), para posibilitar en pleno funcionamiento de la nueva actividad.

La nueva realidad jurídica, sin embargo, no descarta de todo el sujeto-deudor, pues el trabajador necesariamente acompaña la entrega del objeto al acreedor del contrato de trabajo y obligatoriamente se incorpora a la organización productiva. Además de ejecutar los actos que le son ordenados, en general el trabajador entra en un determinado espacio físico que le es ajeno, utiliza bienes de otro, sigue la programación estipulada para al final entregar el resultado de su

⁴⁹ VALDES DAL-RE, F. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio. *Relaciones Laborales*, vol. 19, n. 20, 2003, p. 3.

⁵⁰ Toda discusión toma asiento en el análisis de la sentencia de la *Cour de cassation*, de 13 de julio de 1004, en que los juzgadores relacionan el poder de dirección a la libertad de empresa para legitimar la decisión de ubicar el reloj de fichar la jornada laboral junto a las cajas, que estaban a cinco minutos de la sala de descanso, lo que significó una considerable reducción del tiempo de descanso de los trabajadores. DOCKÈS, E. Le pouvoir patronal au-dessus des lois? En *Droit Ouvrier*, n. 678, janvier 2005.

⁵¹ “*Elle est une liberté proclamée, contre le pouvoir des maîtres, contre la subordination des compagnons devenus citoyens-ouvriers*”. DOCKÈS, E. Le pouvoir patronal au-dessus des lois? *Droit Ouvrier*, n. 678, janvier 2005, p. 3.

trabajo al mismo acreedor.

Teniendo en cuenta los otros contratos subsistentes (de obra o contrato de autónomo), el trabajador asume una situación de subordinación, o sea, no tiene capacidad (libertad) para tomar sus propias decisiones sobre el modo, tiempo y lugar de la actividad o sobre los bienes que son desarrollados. La autoridad reconocida al empleador, peculiaridad del contrato de trabajo subordinado, ha acercado la figura del trabajador a las figuras de los siervos u oficiales. Cuando se parte del plano económico, los tonos de similitud entre el trabajador asalariado y los modelos que le anteceden son aún más próximos, lo que ha fundado la denuncia de Marx,⁵² y encomienda intensa y persistente lucha por mejorías.

La distinción básica entre el contrato de trabajo y los trabajos realizados en el antiguo régimen es la libertad del trabajador para decidir qué función ocupará en la sociedad, con quién va a contratar y su libertad de circulación. Esta libertad de contratación, hoy presupuesta y arraigada, tiene importancia vital para los seres humanos y para el régimen democrático. Amartya Sen recuerda, con tristeza, la condición de vida en las zonas más pobres de la India (Bihar), sitios en que todavía es frecuente el uso de la fuerza por los propietarios de la casta superior, con asesinatos y violaciones colectivas, para someter las familias de los trabajadores vinculados a sus tierras.⁵³ Las denuncias de trabajo esclavo en el mundo, en que se deparan con trabajadores tratados igual que animales, por la falta de acceso a servicios básicos, como salud, educación, o bienes como agua potable y alimentos, por la ruptura obligatoria de sus lazos familiares, o por no gozaren de la libertad de circulación o la libre decisión sobre su destino igualmente dejan al desnudo la importancia de la libertad conquistada por este derecho.⁵⁴ El relieve de la libertad del individuo es más sentido en confronto con noticias de su ausencia.

La función del Derecho del Trabajo es por esa razón paradójica, pues utiliza instrumentos de libertad y igualdad, como el contrato, para configurar una posición de sujeción y desigualdad. Sin embargo, en el marco del modelo económico adoptado, la expropiación al trabajador de su poder de decisión en el curso de la prestación de servicios es indispensable para que la actividad productiva del empresario adquiera viabilidad y consistencia. La libertad para

⁵² MARX, Karl. *O capital. Livro Primeiro*, Volume I, Parte Segunda. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira S/A, 1975, p. 196/197.

⁵³ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, 2a. Reimpresión. São Paulo, Companhia das Letras, 2010, p. 153.

⁵⁴ La OIT denuncia condiciones de trabajo forzoso en todo el mundo (www.ilo.org), cuyo enfrentamiento por la Fiscalía del Trabajo de Brasil ha obtenido lugar destacado en consideración a sus resultados exitosos, tanto en zonas rurales como urbanas (www.mpt.mp.br).

organizar la producción abarca, por lo tanto, el conjunto de los elementos involucrados, o sea, los bienes y servicios, el capital y trabajo. En conclusión, la libertad de empresa presupone su utilización de forma activa (productiva) no solamente frente al Estado, sino también frente a particulares, aquí incluidos los trabajadores subordinados.

Además, el rechazo a que la libertad de empresa afirme un poder ante otro particular abre paso a viejas teorías constitucionales que limitan el ejercicio de los derechos fundamentales al ámbito de las relaciones jurídico-públicas de sujeción. Cómo ya se ha posicionado el Tribunal Constitucional en la STC 90/1997, de 6 de mayo (FJ 4º), y nos advierte Valdés Dal-Ré, “*el ejercicio de los derechos fundamentales (del trabajador) únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente* [alude a libertad de empresa y al derecho a la propiedad]”.⁵⁵

La aplicación inmediata de los derechos fundamentales laborales y de la persona del trabajador en la empresa, por consiguiente, toma como base la confrontación de normas de igual rango legislativo para fundamentar los intereses de los actores laborales (lo que presupone la argumentación de derechos fundamentales por parte del empleador), aplicándose las fórmulas consagradas por la doctrina y jurisprudencia para equilibrio y plena expresión de los derechos fundamentales en oposición (test de ponderación).

El reconocimiento de la libertad de empresa como derecho fundamental igualmente encuentra límites en las herramientas colectivas ofertadas para equilibrar la relación de fuerza entre las partes. Aunque el trabajador esté inserto en una organización que relativiza su iniciativa y voz individuales, su poder de influencia se manifiesta de manera colectiva. La dirección empresarial negociada y dialogante, prevista en el art. 129.2 CE, condiciona el ejercicio de la libertad de empresa. Esa construcción arranca de la esencia del marco constitucional posguerra, o sea, del respeto a la dignidad humana. Por lo tanto, el contenido esencial de la libertad de empresa encuentra, en los derechos fundamentales laborales y extralaborales de los trabajadores, las barreras que enmarcan la distinción del modelo económico actual y los modelos de servidumbre del antiguo régimen.

⁵⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F. Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia. En *Relaciones laborales*, vol. 19, n. 22, 2003, p. 11.

3. El poder del empresario en el orden democrático contemporáneo

La ola de ruptura de la sociedad estamental por el pueblo francés arrancada con la Declaración de 89 produce una concepción individualista del Estado, cuya expresión más emblemática está en el artículo uno: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en dignidad y derechos”. Esta afirmación asume la idea de Locke de que la condición natural de los individuos precede a la formación de la sociedad civil. Esta concepción provoca un giro copernicano en la concepción de sociedad y de poder. Ahora el hombre no se define exclusivamente en el contexto social (el hombre como animal político - Aristóteles). Él se encuentra en su plenitud aisladamente, independiente, si bien junto con todos los otros, como individuo libre y autónomo. De forma que en esta concepción, el poder del gobernante ya no hace correspondencia con aquél del pastor, del padre o del conductor, en que los súbditos necesariamente se colocan en una posición inferior al detentor del poder y asumen ante él no más que deberes para manutención de la armonía del grupo. Si todos los individuos son personas libres e iguales, el Estado solamente puede encontrar su fundamento en un contrato. Luego, si el individuo precede al Estado, el individuo sobresale al Estado.

El abandono de la concepción orgánica de la sociedad, en que cada uno tenía su función, hunde la posibilidad del individuo a ser tratado como un objeto del poder o simplemente presentarse como sujeto pasivo delante el príncipe. El cambio altera la finalidad del Estado de guardián de la concordia para el de garantizador de derechos individuales con vistas a que todos sean tratados de manera que puedan satisfacer sus propias necesidades y corregir sus propios fines, incluso en oposición al propio Estado. Ahora los ciudadanos no disponen exclusivamente del derecho de resistencia al príncipe en el caso de abuso de su ejercicio contrariamente a un derecho natural. La nueva configuración transforma los ciudadanos de titulares exclusivos de derechos privados a titulares de derechos públicos. El Estado, por consecuencia, debe garantizar un abanico de libertades (derechos) a cada individuo en sus relaciones entre particulares o con el Estado.

La concepción de libertad ante el Estado se expresa en el derecho del individuo a hacer todo lo que no esté prohibido en la ley o a cumplir la obligación apenas cuando la ley así lo determina. En el vacío normativo, el individuo puede actuar libremente frente al Estado. O sea, la relación tradicional de derechos y deberes entre el individuo y el Estado se invierte: *“En las relaciones de los individuos vienen ahora primero los derechos y después los deberes, en las*

relaciones del Estado primero los deberes y después los derechos”⁵⁶. El derecho de resistencia pasa a ser reglamentado por ley y se conforma cuando son conculcados derechos primarios: los derechos de libertad, de propiedad y de seguridad. La carta de derechos, originada por el consenso de la mayoría de los individuos o de sus representantes elegidos por sufragio universal, debe ser observada por el príncipe.⁵⁷

En la Constitución Española vigente, las limitaciones jurídicas están delineadas a principios del texto constitucional, en los valores superiores de la libertad, la justicia, la igualdad, el pluralismo y la dignidad humana (art. 1.1 y 10.1 CE). En el modelo jurídico-político del Estado social y democrático de Derecho el pluralismo,⁵⁸ tanto en la sociedad como en el propio gobierno, está cubierto por la ley y cuenta con la valiosa posibilidad de consulta, periódica o mediante ciertas condiciones, a cada individuo sobre las decisiones importantes, entre las cuales se incluyen la elección del grupo gobernante.

Sin lugar a dudas, el escenario público y la concepción individual del mundo repercute en las relaciones laborales. Éstas asumen la peculiaridad de ser establecidas entre particulares – hombres libres e iguales jurídicamente, pero desiguales económicamente - y con la finalidad última de permitir que una de las partes ejerza determinado poder sobre la otra. La respuesta del ordenamiento español, para que se cumpla el pluralismo entre los particulares, exige que sus relaciones deban estar acompañadas de la promoción de la igualdad de los individuos (art. 9.2 CE) por el Estado.⁵⁹ Los valores superiores consignados arriba conciben un ordenamiento jurídico con clara orientación *axiológica*⁶⁰ que sistematizan los principios y normas constitucionales relacionadas a la actividad económica y a las facultades reconocidas a los actores sociales. La incidencia de estos valores a igual que de los principios y normas de igual naturaleza imprimen

⁵⁶BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los Derechos*. Madrid, Sistema, D.L. 1991. p. 107.

⁵⁷ Por fin ha llegado la mayoría del hombre celebrada por Kant. KANT, Immanuel. *Respuesta a la pregunta: ¿qué es la Ilustración?*. Disponible en <http://pioneros.puj.edu.co/lecturas/interesados/QUE%20ES%20LA%20ILUSTRACION.pdf>. Acceso en 15.3.2015, p. 2.

⁵⁸ El pluralismo se repercute en la sociedad, reflejado en la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general, como en el propio gobierno, a través de la participación de representantes de la sociedad en la toma de decisiones de interés general.

⁵⁹El deber estatal concibe una normativa compensadora e igualadora “*en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales*” (STC 3/83, FJ. 3).

⁶⁰ Los valores ejercen la función de fundamentación, orientación y crítica del modelo económico y laboral. (PEREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 1999, p. 288.)

recortes en la interpretación de los varios dispositivos que tratan de la actividad económica⁶¹ y supone cierta intervención del Estado y unas relaciones laborales permeables a la autonomía colectiva.

Gerardo Pisarello denuncia el carácter transitorio de la Constitución de 1978, la cual vino cargada a la vez de elementos socializantes y neoliberales. El texto acordado estaba conformado por una “*Constitución tácita*’ en la que ciertos elementos políticos, económicos y militares del antiguo régimen mantenían un peso indiscutible”.⁶² Toda y cualquier intención socializante fue paralizada internamente por el reconocimiento desacomplejado del derecho de propiedad privada y de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. Ese contexto marca posición aún en el papel devaluado del grueso de los derechos sociales en relación con el resto de derechos (art. 53.3).⁶³ De toda suerte, aunque la concepción de la Constitución Española diseñase un escenario marcadamente socialista, su aplicación hoy estrellaría frente a una economía mundial globalizada que poco a poco vacía los derechos sociales arduamente conquistados por los trabajadores y reconocidos en la Declaración de Filadelfia⁶⁴.

La intervención del Estado en la vertiente individual de la relación laboral se concretiza en dictar los contornos mínimos de los contratos entablados y de las condiciones materiales para su ejecución, teniendo en cuenta la seguridad y la salud de los trabajadores, como también en establecer un sistema solidario de seguridad social. Más allá de la reglamentación legal sobre los contratos y las condiciones de ejecución de la obligación laboral, el Estado vela por el correcto ejercicio de los poderes empresariales, habida cuenta las libertades y la autonomía del obrero.

⁶¹ SSTC 225/1993, de 8 de julio; 142/1993, de 19 de julio; 120/1990, de 27 de junio; 88/1995, de 19 de julio.

⁶²PISARELLO, Gerardo. *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 177.

⁶³PISARELLO, Gerardo. *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 178.

⁶⁴Un análisis más profundizado sobre el vaciamiento de la Declaración de Filadelfia puede ser encontrado en la obra de Alain Supiot. (SUPIOT, A. *L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*, Condé-sur-Noireau: Éditions du Seuil, 2010). Gerardo Pisarello, cuando se refiere al gobierno francés del Partido Socialista de François Mitterand, afirma: “*Precedido por un programa cargado de medidas anticapitalistas, el nuevo Gobierno incorporó cuatro ministros comunistas y puso en marcha, si bien de manera errática, algunas nacionalizaciones y un impuesto a las grandes fortunas. Poco después, sin embargo, sucumbió ante la amenaza de deslocalizaciones y de pérdida de competitividad, y revertió su política inicial, devaluando el franco y adoptando medidas restrictivas de corte reaganiano. Esta definitiva rendición de los gobiernos socialdemócratas ante el Mur d'Argent (muro de dinero) pareció corroborar el fin del consenso protokeynesianismo. En su lugar, se imponían unas nuevas relaciones de poder, materialmente constituyentes que giraban en torno al monetarismo de economistas como Milton Friedman y al radicalismo de mercado defendido por Hayek*” (PISARELLO, Gerardo. *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid, Editorial Trotta, 2011, pp. 179).

La *práxis* capitalista de que el empresario, poseedor de los bienes de producción, puede asumir individualmente el guión del barco, como el pastor o padre que cuidará del destino de sus ovejas o hijos y cuidará para que cada uno ejerza su función con perfección, teniendo como objetivo el suceso del grupo, restablece antiguos discursos del gobierno absoluto. El fundamento material de la titularidad de la propiedad (lo cual no es determinante como visto antes), como justificación del poder empresarial, adopta aires divinos y absolutos. Las críticas dirigidas al gobierno democrático son aquí repetidas en contra de cualquier intención de promover el debate en el seno de la empresa: “*Someter el gobierno a la discusión individual significa destruirlo*”- De Maistre. “*El individualismo destruyendo la idea del deber de obediencia destruye el poder y la ley*” - Lamennais;⁶⁵ y así créase el ambiente para la construcción de teorías institucionales.

El modelo democrático, fundado en valores como la dignidad humana, la igualdad y la libertad, a su vez, no compagina con la persistencia de modelos de relaciones jurídicas autoritarias. Luego, al tiempo en que el Estado interviene de forma legislada sobre el vínculo individual, la discrecionalidad del empleador respecto a los rumbos del emprendimiento y a las órdenes destinadas a los individuos debe sufrir algunos condicionantes, en especial, cuando se activa en un ambiente de crisis económica y de medidas extremas. El condicionante puede derivar de la previsión normativa de carácter primario, sobre las obligaciones laborales de los sujetos o del cumplimiento de formalidades antecedentes a los actos empresariales, o secundario, por la exigencia de procedimientos que envuelvan la participación de los trabajadores.

La participación de los trabajadores en las decisiones empresariales puede manifestarse por actos internos o externos, individuales o colectivos. Los actos son internos cuando el trabajador individualmente es consultado sobre su actividad. Esta consulta se realiza informalmente en el curso del contrato o puede concretarse en espacios propios de discusión como el caso de los círculos de calidad total. La participación interna igualmente puede expresarse de manera colectiva por la consulta a los representantes del personal o por los comités de empresa. Por ende, la participación externa será siempre de carácter colectivo y se realiza por los sindicatos. Para arrojar luces sobre los condicionantes necesarios para la democratización del poder empresarial será útil la comparación con los requisitos y límites del poder político.

⁶⁵BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los Derechos*. Madrid, Sistema, D.L. 1991, p. 164.

3.1 - Las garantías de la democracia frente al poder del Estado

En el constitucionalismo occidental vigente, el régimen político que goza de mayor legitimidad es el democrático en que el titular del poder es elegido por el sufragio universal en un ambiente de plena libertad de circulación de ideas y opiniones. La periódica evaluación del gobierno por la opinión pública asegura la autodeterminación política de la sociedad. El ideal democrático, no obstante, no se confirma en la práctica, al vernos cercados por gobiernos permeables a la influencia del poder económico y débiles frente al consenso neoliberal expreso en una “Constitución de una economía global única” redactada por organismos internacionales como la OMC (Organización Mundial del Comercio) o la OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico).⁶⁶ En el enfrentamiento de las cuestiones sociales que se presentan, fundamental, por cierto, es la recuperación de las garantías de la democracia.

Aristóteles (*Política*) atribuyó al poder, cuando no está sujeto a la ley, un neto de *animalidad*. En referencia a su asertiva, Luigi Ferrajoli elige el título “*Poderes Salvajes*” para la obra en que describe la interferencia de los poderes económicos y mediáticos en la política italiana.⁶⁷ Para este autor, la democracia constitucional fue minada de raíz en su totalidad con la opción por la democracia plebiscitaria,⁶⁸ o sea, aquella “*fundada en la explícita pretensión de la omnipotencia de la mayoría y la neutralización de ese complejo sistema de reglas, separaciones y contrapesos, garantías y funciones e instituciones de garantía*”⁶⁹ que la constituyen. Esa realidad resuelta más nefasta si el consenso social es erigido de forma artificial por el fomento al miedo al diferente (inmigrante o musulmán) y al miedo al futuro. ¿Cómo reconocer legitimidad a estas decisiones? La solución, en su visión, se alcanzará en el refuerzo de los límites y las garantías previstos en la Constitución y en la ley.

⁶⁶Por ejemplo, el tratado del Acuerdo Multilateral de Inversiones que prevé límites a las facultades expropiatorias de los gobiernos estatales y proscribía el grueso de herramientas jurídicas previstas para el control de servicios públicos privatizados.

⁶⁷Este autor hace un profundo análisis de los condicionantes y de las medidas necesarias para revertir el cuadro de promiscuidad entre el público y privado de la “*era Berlusconi*”. Ver en FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid, Minima Trotta, 2011.

⁶⁸El concepto de democracia plebiscitaria de Ferrajoli se aproxima a la idea griega de que la democracia era un modelo corrompido de poder (Platón, Aristóteles). Como gobierno de los pobres, sin jerarquías o subordinaciones de ningún orden, degenera el orden social y la estabilidad propiciando el enfrentamiento de facciones y la turbulencia (PISARELLO, Gerardo. *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid, Editorial Trotta, 2011, pp. 29-32).

⁶⁹FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid, Minima Trotta, 2011, p. 21.

Las garantías constitucionales, según Luigi Ferrajoli,⁷⁰ son las garantías de la rigidez de los principios y de los derechos constitucionalmente establecidos que gravan los poderes del Estado y reciben dos clasificaciones. La rigidez consiste en poner la Constitución en el vértice de las fuentes jurídicas, atribuyéndole un grado supraordenado y normativo en relación con todas las demás normas del ordenamiento. Las garantías constitucionales se clasifican conforme a la naturaleza de la obligación en garantías negativas o positivas o, teniendo en cuenta los órganos a los que se dirigen, en garantías primarias o secundarias. Las garantías negativas se remiten a las prohibiciones u obligaciones correspondientes a las expectativas negativas, es decir, el derecho a no ser lesionado en sus derechos fundamentales por otros (personas públicas o privadas). Las garantías positivas corresponden a las prestaciones debidas por otros, particulares o entes públicos, a obligaciones correspondientes a las expectativas positivas para que se concreten los derechos fundamentales.

Estas garantías, vistas desde la segunda vertiente, se subdividen en dos órdenes: las garantías primarias y las garantías secundarias. Las garantías constitucionales primarias consisten en la prohibición para el legislador ordinario de derogar o modificar, salvo por procedimientos más gravosos (*garantía constitucional primaria negativa*), y en su obligación de actuar los principios, derechos e institutos allí establecidos (*garantía constitucional primaria positiva*). La lesión a las garantías del primer orden genera antinomias subsanables por vía jurisdiccional; mientras la de segundo orden genera lagunas, las cuales solamente son subsanables por vía legislativa. Las garantías constitucionales secundarias se dirigen a los jueces, y se realizan por el control jurisdiccional de inconstitucionalidad de las leyes ordinarias que contradigan tales principios y derechos.

Sin embargo, para este autor,⁷¹ la actuación jurídica desborda las cortes y los parlamentos, ella incluye un compromiso de pedagogía civil dirigido *a dar un nuevo fundamento en el sentido común a los valores del constitucionalismo democrático: el pluralismo político, la separación de los poderes, el principio de igualdad y dignidad de las personas, el papel de defensa de los derechos y los intereses generales que corresponde a la política*. Este compromiso solamente puede ser obtenido con el gozo de la libertad de conciencia y de pensamiento,

⁷⁰“Tomo aquí garantías [...] para designar las prohibiciones o las obligaciones correspondientes a las expectativas positivas o negativas normativamente establecidas, por lo común, en forma de derechos subjetivos.”(FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid, Minima Trotta, 2011, p. 39). El estudio de la clasificación de las garantías constitucionales está descrito en las pp. 39-41 de la misma obra.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid, Minima Trotta, 2011, pp. 83/84.

fomentados a través de la garantía intransigente de la pluralidad fundada en la libertad de información, la cual incluye el derecho a recibir informaciones y el derecho a no recibir desinformaciones.⁷² La información es, por lo tanto, objeto de un autónomo interés público y colectivo, *implícito en todos los principios de la democracia política: de la transparencia de los poderes públicos al control popular sobre su ejercicio, hasta la representatividad y la responsabilidad de los elegidos ante los electores.*⁷³ Siguiendo en el curso del análisis teórico propuesto por Ferrajoli, en el Estado Constitucional Democrático la democracia se fundamenta en dos tipos de garantías constitucionales: las garantías formales (el *quién* y el *cómo* se decide) y las sustanciales o de contenido (el *qué* se decide). El *quién* se refiere al pueblo o sus representantes y el *cómo* de las decisiones se vincula al sufragio y la regla de la mayoría. La eficacia de las garantías formales son objeto de constantes cuestionamientos y protagonizaron las protestas europeas desencadenadas a lo largo de los años 2010/2011.⁷⁴ A estos dos aspectos se agrega el *qué*, lo cual trata de la sustancia de su ejercicio, son los límites y vínculos impuestos por los derechos constitucionalmente establecidos. De modo que, toda actuación, sea legitimada por los derechos políticos (política) sea por la autonomía (mercado), forman la *esfera de lo decidible*, la cual es rígidamente delimitada por el conjunto de los derechos fundamentales que componen la *esfera de lo indecidible*.⁷⁵ Razón por la cual, como observa Ferrajoli, los derechos fundamentales, más que derechos individuales, son *poderes y contrapoderes sociales capaces de equilibrar y limitar los poderes.*⁷⁶

⁷²El derecho negativo a la no desinformación consiste en la inmunidad frente a las desinformaciones y la manipulación de las noticias. Esta libertad negativa es un corolario de la libertad de conciencia y de pensamiento [...] y que implica el derecho a la no manipulación de la propia conciencia provocada por la desinformación en torno a los hechos y a las cuestiones de interés público (FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid, Minima Trotta, 2011, p. 80).

⁷³FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid, Minima Trotta, 2011, p. 81.

⁷⁴ Los gritos de “¡Democracia real ya!” denunciaron la oligarquización de la vida política y económica. Los manifestantes - jóvenes precarios, trabajadores despedidos, funcionarios públicos, pensionistas, hipotecados, inquilinos o ciudadanos sin acceso a servicios básicos de calidad, como salud, educación, agua, transporte - reclamaban la justicia social en un mundo dirigido por el Mercado Total. La fe en un mercado financiero infalible capaz de sustituir la voluntad de hacer reinar un poco de justicia en los centros de producción y asegurar la división de riquezas en escala mundial parece desmoronar.

⁷⁵FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid, Minima Trotta, 2011, p. 35.

⁷⁶FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid, Minima Trotta, 2011, p.107.

3.2 - Las garantías de la democracia frente al poder del empresario

El poder de dirección del empresario en el sentido más amplio encuentra su fundamento constitucional en el art. 38 de la Constitución, lo cual acoge la libertad de empresa. Ésta configura un derecho fundamental de primera generación. Ella integra el grupo de los derechos fundamentales (libertad de contratación y de empresa), al lado de la libertad de la persona y la esfera privada, de las libertades de conciencia y de la igualdad,⁷⁷ siempre recurrentes en el constitucionalismo. El derecho fundamental a la libertad de empresa encuentra en el contrato el fundamento para romper los lazos jurídicos que ataban maestros y oficiales o siervos y señores. La distinción entre el contrato de trabajo subordinado y los trabajos realizados en el antiguo régimen es la libertad del trabajador para decidir a quién, cuándo y cómo (en qué cualificación jurídica) va a prestar los servicios. La peculiaridad de este contrato, a su vez, está en el libre consentimiento de una de las partes a someterse al poder de mando de la otra, restringiendo sobremanera su poder de discutir los órdenes del contratante en el curso del contrato (derecho de resistencia).

Los poderes empresariales ciertamente se distinguen de los poderes públicos por su fundamento, extensión y titularidad, lo que no retira la indiscutible influencia recíproca que sufren. Las desigualdades de poder y de medios en el ámbito privado erigen barreras a los derechos de participación en la vida pública y debilitan el ejercicio de la ciudadanía en los diversos espacios sociales, públicos o particulares, acogiendo la persistencia del feudalismo industrial.

Pisarello comenta que el juicio sobre quién gobierna o sobre cómo se gobierna se extiende más allá de las instituciones. *“El tipo de democracia que suelen promocionar las élites políticas en muchos países suele limitarse a la democracia de representantes, de partidos. Pero se proyecta de manera muy defectuosa sobre ámbitos como los lugares de trabajo, los barrios o las escuelas. También aquí, las desigualdades de poder y de medios bloquean el funcionamiento de*

⁷⁷Dieter Grimm identifica cuatro grupos de derechos fundamentales siempre recurrentes. “El primer grupo asegura la libertad de la persona y la esfera privada: a él pertenecen, entre otras, la libertad personal entendida como abolición de todas las relaciones privadas de dominio y la libertad frente a detenciones y castigos arbitrarios, así como la garantía del espacio vital privado. El segundo grupo se refiere al ámbito de la comunicación y asegura las libertades de conciencia, de prensa y de opinión, así como las de asociación y asamblea. El tercer grupo atañe a la vida económica y garantiza, sobre todo, las libertades de contratación y empresa, además del derecho de propiedad. Por último, el cuarto grupo apunta hacia la igualdad; su contenido resulta de la reacción contra la sociedad estamental y no se entiende como igualdad social, sino jurídica: igualdad en la libertad.” (GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales. Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 81)

los derechos de participación y contribuyen a la persistencia de ámbitos de auténtico despotismo privado. Las maquilas o la irrupción de empresas con condiciones laborales precarizadas, muchas veces feudales, son una prueba de ello".⁷⁸ Como reafirma Albalate, el grado con que la democracia está asentada en la sociedad influencia el entorno empresarial, "pues conforme ese grado de democracia social se ha ido incrustando en la vida ordinaria de la sociedad civil, más son las razones que presionan para que este tipo de prácticas penetren también en la vida social de las organizaciones y empresas".⁷⁹

Kant en el texto "Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?" (1784) consigna el eslogan ("Walspruch") "sapere aude" para que el hombre salga de su minoría.⁸⁰ La minoría se caracteriza por la obediencia y la ausencia de razón. Las dos figuras no se confunden y deben andar separadas, pues, él mismo explica que, en un ambiente en el cual se fomente el uso libre de la razón universal por cada uno, habrá por consecuencia benéfica la mayor claridad cuanto a la necesidad de obediencia del orden en la sociedad civil.⁸¹

Para el buen funcionamiento de la comunidad y de la empresa, por lo tanto, importa que las relaciones laborales por doquier sean permeables a la justicia social. Los cuatro principios de la Organización Internacional del Trabajo se asienta en el respeto al trabajo, las libertades colectivas, la solidaridad y la democracia social, como consolidado en la Declaración de Filadelfia, convirtiendo la justicia social además en una piedra fundamental del orden jurídico internacional.

A raíz de los nuevos aires democráticos, la Constitución Española consagra la participación de los trabajadores en la empresa en el art. 129.2 y, externamente, por medio del sindicato en el art. 28.1 CE. Bien que ahora no sea el momento de reseñar con profundidad estos temas, que por sí mismos atraen diversos puntos polémicos capaces de convertirse en una tesis

⁷⁸PISARELLO, Gerardo. *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 14.

⁷⁹ALBALATE, Joaquín Juan. *La participación de los trabajadores en la tecnología*. Madrid, CES, 2005, p. 30.

⁸⁰*La ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. Esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia sino de decisión y valor para servirse por sí mismo de ella sin la tutela de otro. ¡Sapere aude! ¡Ten el valor de servirte de tu propia razón! : he aquí el lema de la ilustración.*" La minoridad no es impuesta por nadie sino fruto de la pereza y cobardía de los propios hombres en pensar por sí mismos. (KANT, Immanuel. *Respuesta a la pregunta: ¿qué es la Ilustración?* Disponible en <<http://pioneros.puj.edu.co/lecturas/interesados/QUE%20ES%20LA%20ILUSTRACION.pdf>>. Acceso en 15.3.2015, pp. 1-2.).

⁸¹FOUCAULT, Michel. *O governo de si e dos outros: curso no Collège de France (1982-1983)*. São Paulo, Martins Fontes, 2010, p. 37.

académica distinta, importa trazar los contornos generales delineados por el ordenamiento español y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre estos instrumentos, las cuales son esenciales en el análisis del despliegue de las barreras constitucionales al ejercicio del poder empresarial.

Girando el razonamiento sobre las garantías constitucionales dirigidas al poder político hacia la organización productiva, veremos ahora los condicionantes para el cumplimiento de las mismas en el ámbito privado. No se puede propiamente afirmar la existencia de una democracia en la empresa, pues, si bien el poder del empresario encuentra límites legales o convencionales y condicionamientos colectivos diversos, la democracia industrial no permite nunca la alternancia del poder, “*manteniendo (el empresario) siempre sus facultades de dirección de la organización empresarial inmunes a los presupuestos básicos de un sistema democrático*”.⁸²

Este obstáculo no significa necesariamente la completa impermeabilidad de la administración empresarial a la participación de los trabajadores, de lo contrario con el simple traspaso del umbral de la empresa estos cambiarían su traje de ciudadanos por el de súbditos, aunque súbditos de una “monarquía [privada] constitucional”.⁸³ La mayor dificultad está en que la participación y la autonomía colectiva no alcanzan una equiparación entre trabajo y capital, sino únicamente calibran una situación existente en busca de un mayor equilibrio de fuerzas entre partes desiguales.⁸⁴

Aragón Sanchez⁸⁵ considera tres fundamentos para la conceptualización de participación. El primer fundamento (*relaciones humanas*) considera las personas como instrumentos que utiliza la empresa para alcanzar sus fines. En consecuencia, la participación surge como un instrumento para incrementar la satisfacción de los empleados y reducir su resistencia frente al empleador. El segundo fundamento (*recursos humanos*) lleva en consideración el potencial de los individuos y preconiza facilitar la participación con el objetivo de, allende hacer crecer y desarrollar las

⁸² BAYLOS, A. *Derecho del trabajo: modelo para armar*. Madrid, Editorial Trotta, 1991, p. 99.

⁸³ La monarquía constitucional constituye aquél modelo en el cual “los ciudadanos carecen de sufragio o el parlamento de capacidad legislativa pero los ciudadanos gozan de derechos recogidos en la constitución que limitan el poder del monarca” (GONZALEZ RICOY, Iñigo. Democratizar la empresa: un análisis desde la filosofía política. En *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 148, 2010, p. 65).

⁸⁴ Roman de la Torre afirma la desigualdad de los intereses “*ya que el reparto de poderes no es equitativo*” (ROMAN DE LA TORRE, M. D. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Grapheus, Valladolid, 1992, p. 34.) Aristóteles en Atenas criticaba duramente la pretensión de dar plenos derechos políticos a quienes, por depender del permiso de otros para vivir y tener limitadas sus condiciones materiales de existencia, no eran en realidad libres (PISARELLO, Gerardo. *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 31).

⁸⁵ ARAGÓN SANCHEZ, Antonio. *La participación de los empleados en la empresa. Factores condicionantes para la gestión y resultados*. Madrid, CES, 1998, pp. 37/38.

capacidades de cada uno, incrementar el nivel de satisfacción individual y el compromiso revertiendo positivamente en el desempeño organizacional y sus resultados. Solamente el tercero fundamento (*democracia*) se aproxima de la garantía constitucional aquí buscada. La participación que hunde sus raíces en la democracia es la única que persigue decisiones y directrices más justas y positivas. En el último fundamento, la participación aparece como instrumento y un fin en sí misma, como un derecho de los miembros de una organización en base a la igualdad de todos los seres humanos. *Por ello, desde este enfoque se tratarán de hacer compatibles los objetivos de la empresa (productividad, calidad, costes...) con las necesidades y objetivos individuales del personal (autodesarrollo profesional, satisfacción en el trabajo...).*⁸⁶ Este enfoque precisamente recompone la dignidad del trabajador por cuenta ajena.

Cierta doctrina identifica en los dos primeros fundamentos dos de los beneficios acuñados a la participación, cuales son el incremento de la eficiencia y ser beneficiosa a la salud de los trabajadores,⁸⁷ no obstante solamente el tercer fundamento cumple la función de contener el hambre de poder. La desconsideración de la participación como medida de contención del poder empresarial, allende plasmar una participación parcial, permite que la participación sea utilizada como mecanismo de fomento a la manipulación de los trabajadores.⁸⁸ Los dos fundamentos nada más lograrían que nivelar las tensiones y los conflictos y, a la postre, diluir (o descalificar) cualquier voz disonante. Esta misma crítica conlleva al descarte aquí del análisis de la participación en el capital.

La democracia en la empresa se depara aún con tres órdenes de argumento en su contra: el propietario, el epistémico y el libertario.⁸⁹ El primer argumento se irradia del derecho de propiedad del capital y es la base para formas de participación de carácter financiero, como la

⁸⁶ARAGÓN SANCHEZ, Antonio. *La participación de los empleados en la empresa. Factores condicionantes para la gestión y resultados*. Madrid, CES, 1998, p. 38.

⁸⁷En Brasil (y en otras partes del mundo) son innumerables los casos en que la remuneración flexible conducen al daño a la salud, tales como agotamiento, burnout, carouche, stress, depresión, entre otros. Los maleficios de este modelo de remuneración están asentados en premisas autoritarias y precarizantes: los criterios remuneratorios son decididos de forma unilateral, en variables cambiantes y crecientes (cuanto más, mejor); el salario mínimo corresponde a un pago insuficiente para los gastos familiares y no hay garantías de empleo o indemnizaciones suficientes a desestimular el despido por cuenta de la más mínima falta. Esta realidad ocasiona la transferencia del riesgo del negocio y de la preocupación por su suceso al trabajador, sin articular su participación en las decisiones que conllevan al efectivo éxito de los logros de la empresa. Los sectores más afectados son el bancario, de ventas y algunas culturas agrícolas, como la caña dulce.

⁸⁸El mecanismo de manipulación de la participación será descrito en el tercer capítulo de este estudio, en el tópico 4.3 y la participación será otra vez analizada cuando se trate del discurso corporativo.

⁸⁹Un análisis más profundo de este argumento puede ser encontrado en GONZALEZ RICOY, Iñigo. Democratizar la empresa: un análisis desde la filosofía política. En *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 148, 2010, p. 56-62.

participación en los beneficios o en el capital social. Seguramente la forma de participación financiera suficiente a repercutir en la toma de decisiones se refiere a la segunda especie, que, en este caso, asume proporciones compatibles con el compromiso del capital. Por decir de otro modo, si no se está delante de formas cooperativas de organización de la producción, las cuales son vistas como modelos no capitalistas, la participación de los trabajadores difícilmente alcanzará cualquier expresividad.

El derecho de propiedad, de todos modos, no puede justificar el rechazo a la participación del personal, pues este derecho es más una convención que una “carta de triunfo” frente al Estado, una vez que su mantenimiento reclama una serie de coerciones y gastos estatales para su garantía⁹⁰. Como visto antes, además, el derecho de propiedad asume un carácter secundario en el fundamento a la libertad de empresa desde sus primordios, característica que en la actualidad se evidencia en las grandes empresas contemporáneas ante la separación entre la titularidad del derecho de propiedad y el poder económico-social, y ciertos modelos de prestación de servicios con el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Luego, una dirección empresarial negociada y dialogante, ni pone bajo tierra el derecho de propiedad, ni modifica necesariamente la titularidad del poder de dirección sino que, como en el caso español, muchas veces persigue la conservación de la jerarquía básica en una economía de mercado, con un perfil más equilibrado y contenido.

El segundo fundamento preconiza el rechazo a la participación de los trabajadores en su desconocimiento del funcionamiento de la empresa. Teniendo en consideración el elevado grado de especialización de diversas actividades laborales, en especial aquéllas vinculadas a las nuevas tecnologías, es cierto que muchas veces todo pasa al revés. Los trabajadores son los depositarios por excelencia del conocimiento de los productos y de su forma de producción. Tal grado de especialización, cada vez más corriente en la sociedad actual, no descarta la participación del trabajador en la toma de decisiones, sino agrava su justificativa, lo que puede conllevar a la creación de espacios internos de discusión privilegiada. Este argumento, no obstante, tiene la virtud de poner sobre la mesa aspectos relevantes para la operatividad del trabajador o representante llamado a participar. Si el trabajador o representante no tiene tiempo o información suficientes para ocuparse del diálogo, aunque tenga interés, tendrá su participación mermada, lo que se acentúa en los supuestos de adopción de las herramientas informáticas. La participación en este caso será exclusivamente formal, un fraude.

⁹⁰GONZALEZ RICOY, Iñigo. Democratizar la empresa: un análisis desde la filosofía política. En *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 148, 2010, p. 57.

Por ende, se impone el análisis del argumento libertario en que la libertad y voluntariedad presente en la relación laboral, a diferencia del poder coercitivo que enmarca la relación entre el ciudadano y el Estado, desautoriza identificarse como una relación de poder. En consecuencia cualquier intervención estatal en el sentido de democratizar este vínculo sería redundante e ilegítima. Conforme Gonzalez Ricoy, son condiciones suficientes, no necesarias, para se definir una relación de poder si “*mediante la imposición de sanciones sobre B, A es capaz de afectar las acciones de B a favor de los intereses de A, y B carece de dicha capacidad en relación a A (18)*”⁹¹. Es cristalina la desventaja del trabajador frente a un empresario, en un mercado de trabajo sin pleno empleo, baja protección social y con creciente incremento de su nivel de precariedad (por formas de trabajo en negro y bajo diversas modalidades, como becarios, voluntarios, autónomos, autónomos económicamente dependientes, entre otros). Para imprimir ritmo de producción, eficiencia, compromiso, entre otros aspectos que no pueden ser establecidos de antemano en el contrato de trabajo, el empresario procura contar con la amenaza del paro como efecto persuasivo a la disciplina, extrayendo del trabajador las propiedades disputadas que desea obtener. En consecuencia, más allá del contrato de trabajo formalizar una relación jurídica enmarcada por la desigualdad entre las partes, lo que sería suficiente para reclamar la democratización del espacio empresarial, se hace igualmente necesaria la creación de mecanismos de garantía de empleo para que el trabajador pueda ejercer su derecho de participación con libertad. Por tanto la seguridad en el empleo es condición básica y previa para el establecimiento de la participación, como lo reafirman los modelos europeos.⁹²

Por fin, merece atención la contraposición de la participación formal o reglamentaria y la participación informal. La participación informal es aquella formada por iniciativa del empresario o uno de sus delegados en el curso de las actividades productivas. Ella se relaciona con los estilos de liderazgo propuestos por teóricos de la dirección de empresas. Sus defensores subrayan su mayor facilidad en lograr una dirección eficaz de personal y, a la postre, una mayor eficacia respecto de la productividad al adecuar mejor las decisiones a los intereses y a las ideas de los trabajadores sobre la forma de compartir la función directiva. La iniciativa interna, basada en factores endógenos, ofrece mayor ductibilidad y flexibilidad, adaptándose al momento, al lugar

⁹¹Gonzalez Ricoy aquí hace referencia a los estudios de Bowles y Gintis. (GONZALEZ RICOY, Iñigo. Democratizar la empresa: un análisis desde la filosofía política. En *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 148, 2010, p. 60)

⁹²ARAGÓN SANCHEZ, Antonio. *La participación de los empleados en la empresa. Factores condicionantes para la gestión y resultados*. Madrid, CES, 1998, p. 50. En ese sentido, hace aquí una crítica a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional inserida en las SSTC 119/2014 y 8/2015.

y a las circunstancias que la rodean⁹³. La participación informal surge a modo general por iniciativa unilateral de la dirección, en acuerdos de empresa⁹⁴ o normas de Responsabilidad Social de la Empresa.⁹⁵ Estas formas de participación no pueden en principio excluir la confrontación de intereses, pero ellas tratan de “acentuar la convergencia de intereses y de recuperar desde una perspectiva menos ideologizada, por ser pragmática y conyuntural, la idea de comunidad de intereses”.⁹⁶

⁹³ARAGÓN SANCHEZ, Antonio. *La participación de los empleados en la empresa. Factores condicionantes para la gestión y resultados*. Madrid, CES, 1998, p. 53. Rivero Lamas afirma: “[...] las nuevas formas de participación tienen su arranque en un impulso interno de las propias empresas y en factores endógenos, y no en fórmulas institucionales impuestas imperativamente por disposiciones legales como expresión de un propósito político-social de distribución del poder dentro de la empresa. En esta línea, se ha llamado la atención, como fenómeno emergente, sobre la recuperación de los valores de la empresa, de legítimo interés en potenciar su desarrollo y eficiencia en el mercado a través de medidas de gestión que pueden suponer un sacrificio o una mayor exigencia para los trabajadores. Y en torno a estas medidas que comprometen el bienestar y la estabilidad del personal, se han articulado y cobran interés creciente una gestión empresarial más participativa y unos nuevos métodos de organización del trabajo. [...] Estas nuevas circunstancias han determinado que, ante la internacionalización de la concurrencia, se busque afirmar el sentido de pertenencia a la empresa y un alto grado de confianza y de cooperación de los trabajadores mediante formas de participación más adecuadas a estas realidades, en beneficio de las empresas y de su personal.” (RIVERO LAMAS, Juan. Participación y representación de los trabajadores en la empresa. En *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Série G: Estudios Doctrinales, núm. 188*. Formato html. Disponible en internet [<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=139>]. Acceso en 05.01.2012. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 261/262.)

⁹⁴Hay cuatro grandes tipos de acuerdos de empresa, conforme su función específica, previstos en el vigente sistema legal: a) acuerdos de regulación “que cuentan en su seno con algunas variantes muy características, como los acuerdos de modificación de condiciones de trabajo o los acuerdos de descuelgue”; b) acuerdos de reorganización productiva, “que pueden tener diversas aplicaciones (modificación de condiciones, movilidad, suspensión, extinción, etc. ...), según el contenido de la correspondiente propuesta empresarial; c) acuerdos de pacificación, “que pueden plasmarse en distintos momento del conflicto y que pueden tener, en consecuencia, formas diversas (acuerdos de fin de huelga, acuerdos de mediación, etc. ...); d) acuerdos de representación colectiva, “que pueden referirse a parcelas variadas de la representación colectiva, especialmente a la configuración de los órganos de representación y, en particular, al número de miembros de la misma”. (GARCIA MURCIA, Joaquín. Las limitaciones colectivas a las modificaciones del contrato de trabajo: el papel de los acuerdos de empresa. En *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima*. (LOUSADA AROCHENA, J. F – coord.) AA.VV. Granada, Editorial Colmares, 2002, p. 6)

⁹⁵Algunos datos acerca de experiencias concretas parecen reveladores al permitir concluir que resulta deficitaria la participación de los trabajadores en las decisiones de RSE con enfoque laboral. Aspecto esencial de la RSE, como se sabe, resulta la implicación de otros actores distintos a los propietarios o directivos de las empresas, cuya participación real en las iniciativas empresariales, adoptadas principalmente en los países más desarrollados e implantadas predominantemente por grandes empresas, suele ser en general, como han puesto de manifiesto los diferentes estudios empíricos realizados, muy reducida o prácticamente nula; mientras que en España las iniciativas residen, principalmente, en manos de empresas de gran tamaño, el mayor número de ellas se han decidido, asimismo, de manera unilateral. En definitiva, las empresas entienden la RSE como una decisión que se toma y se lleva a la práctica de forma independiente, confundiendo, así, voluntariedad con unilateralidad, conformando una decisión propia, libre de ataduras y de controles, sin posibilidad alguna de fiscalizar sus actitudes refractarias. (BAZ TEJEDOR, José Antonio. *Responsabilidad social empresarial y participación de los trabajadores*. Formato html. Disponible en internet [<http://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2010/03/rse-y-participacion-jose-antonio-baz-tejedor1.pdf>]. Acceso en 04.01.2012, p. 14.)

⁹⁶RIVERO LAMAS, Juan. Participación y representación de los trabajadores en la empresa. En *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Série G: Estudios Doctrinales, núm. 188*. Formato html. Disponible en internet [<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=139>]. Acceso en 05.01.2012. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. ISBN 968-36-6126-2, p. 264.

La participación informal constituye un suplemento a la normativa estatal y convencional. En caso de responder a una iniciativa derivada de la responsabilidad social empresarial, ella puede presentarse como una forma de igualar las condiciones de trabajo por doquier, superando el punto muerto derivado de la deslocalización y externalización de la producción. La participación formal a su vez está prevista por ley o es fruto de negociación colectiva, como en el caso del modelo español. Ella es preferible a la participación informal por contener reglas claras y ser más estable, una vez que no depende de la persona que encabeza la dirección.

La opción del constituyente español, expresada en la regla del art. 129.2 CE, conduce de inmediato al abandono del argumento propietario como fundamento para encerrar el poder empresarial en manos del capital y supedita el legislador ordinario a su núcleo esencial en la regulación del ejercicio del poder empresarial. La terminología genérica de esta norma - que deja de especificar la modalidad técnica para su concreción: si representación, información, consulta, cogestión, entre otros - constituye una norma abierta que permite al legislador ordinario atribuir a su gusto *“la identidad participativa a cualesquiera aspectos institucionales que resulten de la acción colectiva de los trabajadores en la empresa”*.⁹⁷ El riesgo de las cláusulas abiertas, como advierte Valdés Dal-Ré, es el alargamiento de los márgenes de su inobservancia por fuerza de la *“inexorable ley no escrita sobre el juego de la relación inversamente proporcional que existe entre el grado de cumplimiento de un deber y su concreción”*.⁹⁸

El ordenamiento español avala diversos grados de participación, en que el derecho a la información asume el grado más inferior y la cogestión, el máximo. Arrancando de los niveles inferiores hacia los superiores, se puede conceptuar el derecho de información como el derecho a recibir los datos transmitidos por el empresario a los trabajadores o sus representantes (arts. 18.1 y 38.2 LPRL y art. 64.6 ET); en él la información asume una senda descendiente. El derecho de realizar visitas a los locales de trabajo del art. 36.2.e) LPRL es la facultad conferida al representante del personal que le permite acceder directamente a los datos pertinentes a la actividad laboral en cuanto ésta se desarrolla. El derecho de consulta es el derecho reconocido a los representantes de los trabajadores a ser escuchado con carácter previo a la adopción de una decisión por el empresario (por ejemplo, los arts. 49.1.g) y 64.5 ET y art. 33.1 LPRL). Si bien no

⁹⁷SEMPERE NAVARRO, Antonio E. Bases para los nuevos derechos de información y consulta en la empresa. En *Aranzadi Social* núm. 5, 2008, p. 2. Formato html. Disponible en internet [<http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/doctrina/social/semper-nuevos-derechos-informacion-y-consulta-empresa>]. Acceso en 30.12.2011.

⁹⁸VALDES DAL-RE, F. La participación de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. En *Derecho Social*, vol. 4, jul-dic, 1996, p. 58.

haya un compromiso de cambio de la pretensión perseguida por el empresario en el momento inicial, esta facultad permite a la empresa percibir el sentir de sus empleados; su sentido es ascendente⁹⁹. El derecho de propuesta retrata la facultad legal de los trabajadores presentaren su opinión fundamentada frente al empresario, como lo previsto en el apar. f) del art. 36.2 LPRL. El derecho de asamblea o de reunión en la empresa se configura como una agrupación pacífica de trabajadores con duración transitoria, cuyo objetivo es poner de manifiesto datos, informaciones u opiniones sobre la organización de la producción o de la empresa dentro del centro de trabajo, sin perjuicio del funcionamiento de la actividad laboral (arts. 4.1.f) y 77 ET).¹⁰⁰ Él permite a las partes ejercer el derecho de información y consulta a la vez. Todos los derechos antes señalados conforman tanto modelos de participación interna (cogestión – modelo escandinavo, sueco y alemán) como la participación externa (comités de empresa y representantes de los trabajadores – modelo español), que se articula como un modelo de confrontación-negociación.

Conforme el grado de implicación que se deriva del acuerdo entre las partes, la participación puede ser clasificada en *codeliberación*, *codeterminación* y *cogestión*.¹⁰¹ La *codeliberación* se traduce en la aportación de los puntos de vista de ambas partes, sin el compromiso de la dirección a tomar en consideración todo lo aportado por los trabajadores. La

⁹⁹Luis Enrique Nores Torres defiende una concepción ampliada del derecho de consulta, en que éste viene acompañado de la facultad de veto de los trabajadores. (NORES TORRES, Luis Enrique. *El periodo de consultas en la reorganización productiva empresarial*. Madrid, CES, 2000, p. 30). Según Rivero Lamas, “las funciones consultivas de los representantes de los trabajadores han experimentado un más amplio reconocimiento en lo relativo a los despidos y suspensiones colectivas y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, y el deber de consulta se ubica como estadio previo a una negociación facultativa e informal que puede suponer, de no conseguirse, la aplicación de fórmulas arbitrales por las partes.” (RIVERO LAMAS, Juan. Participación y representación de los trabajadores en la empresa. En *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Série G: Estudios Doctrinales, núm. 188*. Formato html. Disponible en internet [<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=139>]. Acceso en 05.01.2012. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. ISBN 968-36-6126-2, pp. 268/269).

¹⁰⁰ El concepto sigue la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho de reunión del art. 21 CE (SSTC 85/1998, de 28 de abril; 66/1995, de 8 de mayo), la cual considera imprescindible la presencia de cuatro elementos: el subjetivo – agrupación de personas, el temporal – duración transitoria, el finalístico – licitud de la finalidad – y el real u objetivo – lugar de celebración, pues se considera que la Sentencia de 8 de junio de 1981 los vincula. Este derecho, por ejercer frente al particular sufre otras limitaciones, como la necesidad de respetar el correcto funcionamiento de la actividad y la colaboración de la empresa o de la Administración porque puede darse en horario de trabajo o por ocupar locales de la empresa. En este sentido está la STC 91/83, según la cual “no puede afirmarse que, de forma absoluta e incondicionada, el derecho de reunión comprende el de que, para su ejercicio, un tercero deba poner a disposición de quienes lo ejercitan un local de su titularidad ni que la Entidad donde prestan su servicio deba soportar, en la misma forma absoluta e incondicionada, el que la reunión se celebre dentro del horario de trabajo” (FJ 3º). En nuestra opinión, el derecho de asamblea encuentra fundamento constitucional en los arts. 21 y 129.1, de modo que no compartimos la opinión de Miguel Angel Limón Luque, para el cual el derecho de asamblea tiene carácter exclusivamente ordinario, salvo cuando vinculados al ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga (LIMON LUQUE, Miguel Angel. *El derecho fundamental de reunión en las relaciones laborales*. Madrid, CES, 1996, pp. 89, 93/108).

¹⁰¹ Esta clasificación fue extraída de la obra de Joaquín Juan Albalade (ALBALADE, Joaquín Juan. *La participación de los trabajadores en la tecnología*. Madrid, CES, 2005, p. 25).

codeterminación o *codecisión* preconiza el acuerdo, con carácter vinculante para la dirección. La *cogestión* confiere una equidad de poder de partida para gestionar y decidir sobre la totalidad de los medios y fines de la empresa. Aunque el modelo de participación externa sea más débil que el de la interna, él atiende al principio básico de negociación (y confrontación) sobre los elementos prácticos de la labor, la cual es inseparable del derecho de participación.¹⁰² La distinción entre ambas figuras reside en que los comités de empresa y los representantes de los trabajadores traducen un control obrero sin un compromiso de corresponsabilidad con los directivos encargados de la administración de la empresa;¹⁰³ en cuanto que el derecho de cogestión, por ser una forma de participación interna de los trabajadores en los órganos de gestión y vigilancia de la empresa, presupone su corresponsabilidad por las decisiones adoptadas.¹⁰⁴

La participación externa está prevista en los arts. 62 y 63 ET y art. 18 LPRL. El modelo de cogestión, a su vez, solamente aparece en el ordenamiento español por intermedio de la negociación colectiva o por *soft law* (responsabilidad social de la empresa). Ella puede centrar su influencia en la raíz del poder empresarial, cuando preconiza la cogestión, como es el caso de la Directiva de las Sociedades Anónimas. De todos modos, el término participación remite a la idea de un conjunto de medios de que disponen los trabajadores para intervenir en las decisiones del empresario al cual están subordinados.¹⁰⁵

La democracia en la empresa encuentra resistencia tanto en el poder empresarial, que teme un posible control de la tecnología por parte de los trabajadores, cuanto en el del sindicato, que se depara con una pérdida de protagonismo ante las propuestas más radicales que presentan

¹⁰² Crozier afirma que “el principio básico de la participación no es la comunicación (simple información), ni tampoco el diálogo... sino la negociación (y con ella el enfrentamiento generador de compromisos) sobre los elementos más prácticos de la vida diaria” (ARAGÓN SANCHEZ, Antonio. *La participación de los empleados en la empresa. Factores condicionantes para la gestión y resultados*. Madrid, CES, 1998, p. 37).

¹⁰³ ARAGÓN SANCHEZ, Antonio. *La participación de los empleados en la empresa. Factores condicionantes para la gestión y resultados*. Madrid, CES, 1998, p. 49.

¹⁰⁴ Rivero Lamas ofrece un resumen histórico de la formación de la cogestión en Alemania hasta la promulgación de la Ley de Cogestión al término de la Segunda Guerra Mundial. Además, él esclarece que la *codecisión* en el país germano se articula en dos niveles: el de la empresa como unidad económica a nivel societario y en el de los centros de trabajo, en este último a través del Consejo de Empresa (Betriebsrat), titular en algunas materias sociales, de prerrogativas que pueden condicionar la aplicación de las decisiones empresariales si falta su consentimiento.” (RIVERO LAMAS, Juan. Participación y representación de los trabajadores en la empresa. En *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Serie G: Estudios Doctrinales, núm. 188*. Formato html. Disponible en internet [<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=139>]. Acceso en 05.01.2012. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. ISBN 968-36-6126-2, p. 269).

¹⁰⁵ Esta conceptualización fue extraída de Fernando Valdés, para quién la participación es “el conjunto de instrumentos a través de los cuales los trabajadores intervienen de algún modo en las decisiones de los empresarios” (VALDES DAL-RE. *La participación de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. En *Derecho Social*, vol. 4, jul-dic, 1996, p. 50).

los propios trabajadores.¹⁰⁶ Espejar las garantías constitucionales sobre *quién* y *cómo* se ejerce el poder en la empresa exige que la interpretación del art. 129.1 CE y de las normas ordinarias (art. 64 ET y art. 31.1 LPRL, a modo ejemplar) y comunitarias (Directiva/CE/2002/14) asuman el grado máximo de intensidad permisible, conforme la situación y el contenido. La resistencia empresarial presume un incumplimiento contractual y resulta en la invalidez de las medidas adoptadas, abandonando en definitivo las reminiscencias de modelos pasados.¹⁰⁷ Por consiguiente, debe ser respetado el bloque constitucional del núcleo esencial de las garantías constitucionales de la participación intramuros (arts. 21, 129.1 CE) en la labor de concreción de estos derechos fundamentales en la empresa por el legislador ordinario.¹⁰⁸ Como sistema de pesos y contrapesos, la participación de los trabajadores puede igualmente realizarse extramuros, por intermedio del derecho de sindicación (art. 28.1 CE) y de la negociación colectiva (art. 37.1 CE).

Es lugar común que los representantes internos orientan más a una participación a modo de colaboración con la gestión, con temas concretos y particulares de la empresa, mientras los representantes sindicales sostienen perspectivas allende los límites de la empresa, con temas generales y solidarios, y a modo más conflictivo.¹⁰⁹ No se ignora la vulnerabilidad a que se somete el representante electo que, en búsqueda de su participación efectiva, debe pensar por sí mismo y decir de forma honesta el estado de las cosas en la empresa y los intereses de los trabajadores frente a las demandas. La actuación efectiva del representante le exige actuar con “*parresía*”.

“*Parresía*” es un término griego que se refiere al acto de “decir-la-verdad”. Este acto

¹⁰⁶ ALBALATE, Joaquín Juan. *La participación de los trabajadores en la tecnología*. Madrid, CES, 2005, p. 21. Este autor analiza el modelo escandinavo de Democracia, lo cual es tomado aquí a guisa de ejemplo en la resistencia una vez que ha sido en los países escandinavos donde la Democracia Industrial ha obtenido los resultados más sobresalientes.

¹⁰⁷ Garrido Pérez marca la influencia de los Jurados Mixtos de la II República y de los Jurados de Empresa, del franquismo, en la definición de las funciones y alcance de las competencias de los representantes de la empresa. Estos órganos fueron concebidos con la clara orientación pública de *instituir órganos con funciones de ordenación y pacificación de las relaciones laborales*, jamás como un medio de limitación de los poderes empresariales. (GARRIDO PÉREZ, Eva. *La información en la empresa. Análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores*. Madrid, CES, 1995, p. 34.)

¹⁰⁸ En este sentido discordamos de Miguel Ángel Limón Luque (LIMÓN LUQUE, Miguel Ángel. *El derecho fundamental de reunión en las relaciones laborales*. Madrid, CES, 1996, p. 93).

¹⁰⁹ “Los representantes electivos [...] se orientan más a una participación en la gestión desde el prisma de una colaboración que contempla los problemas y la situación particular de la empresa; mientras que los representantes sindicales tienen unas perspectivas en su actuación que rebasan los límites de la empresa, por cuanto los objetivos de la negociación colectiva se contemplan y abordan en un contexto más general y solidario, y frecuentemente también más conflictivo, muy diferente, en la mayoría de los casos, de la negociación sobre temas concretos y de signo cooperativo que suelen llevar a cabo los órganos electivos de participación.” (RIVERO LAMAS, Juan. En *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Serie G: Estudios Doctrinales, núm. 188*. Disponible en internet [<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=139>]. Acceso en 05.01.2012. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. ISBN 968-36-6126-2, p. 265)

no se confunde con la facultad reconocida a cada ciudadano griego de hablar (*isegoría*). La *parresía* tiene en cuenta el efecto que el habla puede producir en su interlocutor y las consecuencias de este acto, las cuales suponen cierto riesgo para el interlocutor.¹¹⁰ Ella es un requisito que complementa la *isegoría* y la combinación de ambos traduce un componente esencial para el concepto de democracia. La *parresía* puede ser política, judicial o moral. Aquí nos interesan las dos primeras. La *parresía* política configura un privilegio estatutario que es un cierto modo de ejercer el poder; la *parresía* judicial está conectada a una situación de injusticia, es un grito del impotente en contra del poderoso que abusa de su propia fuerza.¹¹¹

Claramente el papel del representante del personal requiere la práctica de la *parresía* política o judicial. Su meta es el interés general, el cual puede no corresponder al interés del empresario o de una minoría. No se le permite hacer de su función un acto de retórica. El riesgo, siempre presente, hace que la actuación del representante de personal o de cualquier actor en la participación interna en la empresa sea vista con desconfianza o sea descalificada por ser considerada en principio un fraude. Es cierto que la negociación colectiva en España ha cumplido un doble papel en el marco constitucional. “*Por una parte y del lado de los trabajadores ha actuado como instrumento principal de ordenación del mercado de trabajo, logrando la mejora de sus condiciones de trabajo y, con ello, el progreso y cohesión sociales. Por otra y del lado de los empresarios, ha contribuido de una manera eficaz y transparente a asegurar una concurrencia leal entre las empresas, desplazando la mejora de la competitividad hacia campos distintos de los laborales, como puede ser, a título de ejemplo, la formación, la inversión, la innovación o la eficiencia en el servicio*”¹¹². En ese aspecto salta a la vista la necesidad de se asegurar que la representación del sindicato obrero no esté contaminada por intereses políticos y económicos o privados. El sindicato debe representar efectivamente el interés del colectivo al cual da voz, y para eso debe gozar independencia administrativa y financiera del grupo o de los grupos empresariales, a igual que el poder público. Para la construcción de este escenario ideal es necesario fomentar el derecho a sindicarse y la participación efectiva de los trabajadores en los sindicatos.

¹¹⁰ En este estudio Foucault analiza cartas de Platón en que este identifica actos de *parresía* en que el locutor pone en riesgo su propia vida, frente a la muchedumbre (ágora) o frente al soberano. De todas formas, habrá falsa *parresía* si hay la costumbre de que sean tomadas medidas drásticas en contra los oradores, como la amenaza de exilio, ostracismo o muerte. (FOUCAULT, Michel. *O governo de si e dos outros: curso no Collège de France* (1982-1983). São Paulo, Martins Fontes, 2010, p. 167.)

¹¹¹ FOUCAULT, Michel. *O governo de si e dos outros: curso no Collège de France* (1982-1983). São Paulo, Martins Fontes, 2010, p. 143.

¹¹² VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Ponencia realizada en el Ateneo, en 24 de marzo de 2012, sobre la RDL 3/2012. Disponible en [<http://baylos.blogspot.com.br/2012/03/neoliberalismo-y-autoritarismo-en-la.html>]. Acceso en 6 de abril de 2012.

De modo resumido, es posible afirmar que la reducción significativa de los afiliados al sindicato en todo el mundo está asentada en la primacía de los intereses privados, en el embotamiento de la conciencia del obrero, en la homologación de los que consienten y la denigración de los discrepantes o diferentes en la empresa y en la fragmentación de la mano de obra sea para fuera de las fronteras sea entre las varias empresas encargadas cada cual de una parte de la producción. El incentivo a la creación de un grupo de trabajo por medidas legislativas o judiciales (“*outsourcing*” o descentralización) o por el marketing empresarial (discurso cooperativo), que conforman sus integrantes como competidores aislados y cuya opinión divergente de la dirección es descalificada por las herramientas de gestión del modelo dominante, sumado a la neutralización del ejercicio de la democracia interna en los sindicatos y a la impermeabilidad de esas asociaciones a los reclamos de la base, ciertamente contribuyen a mantener en niveles mínimos cualquier espíritu público en la empresa. Para que el trabajador pueda legítimamente participar en las decisiones de la empresa, no puede temer el futuro. Debe estar asegurado en sus necesidades básicas (como por ejemplo, salud, educación y subsistencia) por el Estado, a través de prestaciones sociales y servicios públicos y con garantías contra la dispensa injustificada de manera a no temer la pérdida de su puesto de trabajo.¹¹³ Él debe asimismo estar armado con igual compromiso de pedagogía civil de que habla Ferrajoli, lo cual toma por base el derecho a la libertad de conciencia y de pensamiento obtenidos por el respeto al derecho a la información.

Con lo cual la participación, como garantía constitucional tiene tanto una vertiente colectiva como individual. Aquí se toma la figura de representantes en un sentido amplio para abarcar tanto los representantes unitarios como los estrictamente sindicales. La participación puede desarrollarse individualmente, en el caso del derecho de información y reunión, o colectivamente, por órganos de representación común, unitaria o sindical.

La participación, de todos modos, requiere una selección consciente de una determinada actuación de entre dos o más posibles por las partes involucradas, razón por la cual merece especial atención el derecho de información. Las excepciones y el deber de sigilo deben

¹¹³ Ferrajoli indica una serie de informaciones difuminadas en la sociedad y de medidas legislativas tomadas dentro del mundo del trabajo que acentúan el desarme y la división del conjunto de trabajadores, y por consiguiente la desarticulación política de la base obrera, tales hechos se expresan en: *el debilitamiento de las tradicionales formas de solidaridad basadas en el sentido común de pertenencia a la misma condición*, la competición inoculada por el desempleo creciente y por la multiplicación de las figuras atípicas de trabajo precario, la general desvalorización del trabajo provocada por la posibilidad de retirar la producción para fuera de las fronteras nacionales, la neutralización del conflicto social y la imposición a los trabajadores de la renuncia a sus derechos bajo “el chantaje” de los despidos (FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid, Minima Trotta, 2011, p.71).

ser justificados e interpretados de forma restrictiva y se atañen únicamente a casos extremos, en que la información sea reservada,¹¹⁴ ponga en riesgo secretos industriales, la salud pública o casos de comprobada sospecha de conductas ilícitas por parte del trabajador entre otros. “*Esta ampliación de los derechos de información de los representantes de los trabajadores significa la superación de una fase en la cual aquéllos sólo se reconocían a los representantes electivos, y excluían a los órganos de carácter asociativo sindical, lo que explica que en la actualidad en los sistemas de doble canal los derechos de información se hayan equiparado*”.¹¹⁵

Si en el ámbito externo e interno a la empresa no se encuentran las condiciones mínimas para la defensa personal o colectiva de los intereses de los trabajadores, resulta indispensable la actuación estatal de resguardo a las garantías constitucionales primarias y secundarias faz al empresario pues no se niega la evidencia de que las decisiones empresariales están condicionadas en su contenido por las normas constitucionales, en especial por los derechos fundamentales. Esa conclusión es fruto del sistema constitucional rígido, con sus garantías, elegido por el constituyente español.¹¹⁶ Luego, la dignidad humana surge como la barrera insuperable al empresario, el último y definitivo marco de *lo indecible*.

Por fin, habida cuenta del cambio de paradigma jurídico, ya no cabe la interpretación restrictiva del principio de neutralidad empresarial frente a un derecho fundamental. El empresario no está solamente obligado a no lesionar un derecho fundamental del trabajador, a no actuar; hay situaciones en que el respeto a los derechos fundamentales se concretiza con la adopción de medidas positivas de garantía (*lo no decidible que no*). De modo que, en este paradigma constitucional, no cabe una interpretación restrictiva del derecho de asamblea a los contornos del art. 77 ET. Basta con ver los procedimientos adoptados por las partes para aferir el principio de proporcionalidad de una medida empresarial y de este modo legitimar una sanción o un despido de un trabajador, conforme la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La demanda de una conducta positiva frente al empresario en favor de los derechos fundamentales de participación a los trabajadores se puede espejar casos extremos, como es en el derecho a la objeción de

¹¹⁴ Como alerta Valdés Dal-Re: “... no basta con requerir del empresario la confirmación del carácter reservado de la información suministrada; es preciso que se trate "de una información objetivamente reservada", entendiendo por tal aquella cuya divulgación puede ocasionar daños para la empresa” (VALDES DAL-RE. *La participación de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. En *Derecho Social*, vol. 4, jul-dic, 1996, p. 71).

¹¹⁵ RIVERO LAMAS, Juan. En *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Série G: Estudios Doctrinales, núm. 188*. Disponible en internet [<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=139>]. Acceso en 05.01.2012. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. ISBN 968-36-6126-2, p. 268.

¹¹⁶ Como ya visto en el Capítulo I, para eso no se puede tener en cuenta una interpretación restrictiva de los derechos fundamentales, vinculada al ejercicio del recurso de amparo.

conciencia o en el derecho comparado, como se puede encontrar en el Derecho Americano frente a la libertad religiosa, de expresión o de conciencia como justificativa para un incumplimiento laboral.

4. La productividad: ¿contenido esencial de la libertad de empresa?

El Tribunal Constitucional fue instado a manifestarse sobre la constitucionalidad de la Reforma Laboral de 2012, originada de la Ley 3/2012, produciendo dos decisiones emblemáticas que añadieran nuevos contenidos a la libertad de empresa. La primera es la STC 119/2014 en la cual el Letrado del Parlamento de Navarra cuestionaba la constitucionalidad de los arts. 4 y 14.1 y 3, por conexión, y el art. 14.2 y disposición quinta de la ley. La segunda es la STC 8/2015, promovida por ciento cuatro Diputados del Grupo Parlamentario Socialista y once del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural (Izquierda Unida, Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa y Chunta Aragonesista), que reporta la inconstitucionalidad de los arts. 4.3, 12.1, 14.1 y 2, 18.3 y 8, 23.1, así como la disposición adicional tercera y la disposición final cuarta.2, de la misma norma. Por lo tanto, las dos sentencias analizan los arts. 14, 24.1, 35.1 y 37.1, entre otros, y los confrontan con el art. 38 CE.

Sin perderse con profundidad en los temas debatidos, por extraños a los propósitos de este trabajo, importa verificar aquí si los contornos atribuidos a la libertad de empresa están de acuerdo con el ordenamiento constitucional español, por decir, los valores, principios y bloque de normas fundamentales relativos a la actividad económica y a los actores sociales. La tesis vencedora de ambas sentencias incluye la defensa de la productividad y de la viabilidad de la empresa y del empleo en el contenido esencial de la libertad de empresa a ser cumplido por los poderes públicos. La productividad es así alzada a nivel de los intereses generales (STC 119/2014, FJ 5 A) b; y STC 8/2015, FJ 4) y debe ser defendida como justificativa para el alargamiento del contrato de prueba, la modificación unilateral por el empresario de las normas, de carácter extraestatutario o de eficacia limitada, pactadas con los representantes de los trabajadores (STC 8/2015, FJ 4 a)), como también de la creación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos con la atribución de arbitraje.

El voto particular de la STC 119/2014 disiente de la conclusión con una comprensión

más restricta y condicionada del derecho a la libertad de empresa. Él reafirma los fundamentos de la STC 53/2014 de que la libertad de empresa implica límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico, o sea, la libertad de empresa incide sobre el libre ejercicio de la actividad económica, lo cual debe realizarse en condiciones de igualdad (FJ 1). La posibilidad del art. 38 CE de asentar la creación de reglas de la ordenación de la economía de mercado a igual se retrae frente a los fuentes de la relación laboral, el patrimonio jurídico de los trabajadores y los límites impuestos al legislador ante los derechos fundamentales de los trabajadores y sus organizaciones y de los del empresario. A la postre, la tesis particular retira la defensa de la productividad del contenido esencial de la libertad de empresa, pues la productividad es un concepto económico, indeterminado jurídicamente y de necesaria configuración legal, lo que dificultaría la atribución de un contenido subjetivo. Señala, por ende, que la inclusión de la defensa de la productividad en el art. 38 CE como factor de restricción al derecho a la negociación colectiva ex art. 37.1 CE *“adquiere, cuando menos y formulado el juicio desde el lado empresarial, un sentido manifiestamente contradictorio y circular, pues, al parecer, sirve simultáneamente como fundamento constitucional tanto del ejercicio de la libertad de estipulación contractual colectiva como de la restricción y limitación de esta misma libertad”* (FJ 4.a).

Adam Smith ha defendido que la libertad de cambio y transacción es una parte esencial de las libertades básicas que las personas tienen para valorizarse. Él ha configurado su tesis con el objetivo de confrontar los argumentos de los poderosos que defendían intereses adquiridos en oposición a la competencia. De toda suerte, Adam Smith defendía con vigor la educación pública y manifestaba desconfianza a las proposiciones legales o reglamentarias de esa categoría, cuya escucha debe ser cautelosa y la conclusión apenas adoptada después de largo e minucioso examen.¹¹⁷

El derecho a la libertad de empresa, en el marco constitucional español, está condicionado al modelo por los valores superiores de la libertad, la justicia, la igualdad y del pluralismo contenidos en el ordenamiento español, como también de todas las normas constitucionales relacionadas a la actividad económica y a las facultades reconocidas a los actores sociales (arts. 33, 40, 41, 50, 128-1, 128-2, 129-1 y 129-2, por citar algunos). Por consiguiente, el contenido esencial del art. 38 CE, interpretado a luz de la óptica ético-jurídica del Estado español,

¹¹⁷ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, 2a. Reimpresión. São Paulo, Companhia das Letras, 2010, p. 20. Amartya Sen aduce que la teoría de Adam Smith tenía por objetivo contraponerse a argumentos tradicionalmente utilizados por los detentores de intereses adquiridos contra la competencia, o sea, su finalidad era plantar la cara al poder y a la eficacia de la defensa de intereses arraigados. (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, 2a. Reimpresión. São Paulo, Companhia das Letras, 2010, p. 162 y 164).

congrega elementos garantizadores de la economía de mercado dentro un marco jurídico de justicia social, en que hay la intervención del Estado y la participación de actores colectivos.

La Declaración de Filadelfia, componente hermenéutico obligatorio conforme art. 10.2 CE, en su artículo II conceptúa la justicia social como el derecho de todo ser humano a perseguir su bienestar material y desarrollo espiritual “*en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades*”, sin discriminación de raza, sexo o creencia. Los condicionantes indicados, para su concreción, requieren un ambiente favorable a las libertades fundamentales. Alain Supiot¹¹⁸ destaca cuatro principios fundamentales en la Declaración para compaginar la dignidad con los imperativos de libertad y seguridad económica. Ellos son: a) el respeto al trabajo; b) las libertades colectivas; c) la solidaridad y d) la democracia social. El respeto al trabajo impide tratarlo como una mercancía (art. I.a). Las libertades colectivas son identificadas en la Declaración con la libertad de expresión y de asociación (art. I.b). La solidaridad esgrime el peligro de la pobreza (art. I.c). Y, por ende, la democracia social reclama el equilibrio entre los representantes de los trabajadores y de los empleadores (art. I.d). Estos son los intereses generales a ser defendidos en el Estado constitucional de posguerra.

Esta concepción de justicia social se armoniza con la tesis de Amartya Sen que vincula el desarrollo de un país al disfrute de libertades reales de su pueblo y no a su Producto Nacional Bruto. Amartya Sen defiende que el lazo entre la libertad individual y la realización del desarrollo social escapa de una simple relación constitutiva, a fin de cuentas lo que las personas logran realizar efectivamente es influenciado por las oportunidades económicas, libertades políticas, poderes sociales y condiciones capacitadoras, como buena salud, educación básica y el incentivo y perfeccionamiento de iniciativas.¹¹⁹ De esa forma, se puede encontrar en un mismo país la convivencia de zonas o grupos sociales de distinto desarrollo económico y social, como en los Estados Unidos en que los negros americanos tienen indicadores de pobreza y desigualdad inferiores a China e India (Kerala), así como su renta y mortalidad siguen en indicadores peores que la India (Kerala).¹²⁰

La libertad de empresa en su historia es concebida como el derecho a decidir libremente sobre la actividad productiva a desempeñar, sobre el futuro y aporte de los bienes y

¹¹⁸ SUPIOT, Alain. *L'esprit de Philadelphie: la justice social face au marché total*. Paris, Seuil, 2010, p. 23.

¹¹⁹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, 2a. Reimpresión. São Paulo, Companhia das Letras, 2010, p. 18.

¹²⁰ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, 2a. Reimpresión. São Paulo, Companhia das Letras, 2010, p. 36/40.

servicios en un marco económico de lealtad e igualdad de concurrencia (aunque inicialmente fuera tomado como natural para prontamente ser fomentado artificialmente por medio de la intervención estatal). Entre las barreras que enmarcan la distinción del modelo económico actual (libertad de empresa) y los modelos de servidumbre del antiguo régimen se sobresalen la estabilidad en el empleo, el derecho a igualdad y no discriminación y los derechos de libertad sindical. La reforma de la Ley 3/2012 ha severamente transgredido el derecho a la estabilidad en el empleo al ampliar de forma exorbitante el contrato de prueba y al menoscabar el derecho a la negociación colectiva, en el momento en que instaura un mecanismo heterónomo de solución de conflictos.

La productividad, a su vez, depende de factores transitorios y volátiles sujetos sobre todo a los cambios del mercado consumidor y financiero. Thomas Piketty¹²¹ procura desmitificar las tendencias económicas como fuerzas de la naturaleza e incentivar la intervención política en el mercado, alineándose a los críticos del “fundamentalismo del mercado”¹²² en su obra “O capital en el siglo XXI”. Este autor afirma, que en cuanto la tasa de renta del capital sea más grande que el crecimiento económico, el mundo será testigo de una concentración cada vez mayor de la riqueza, con riesgo a los valores democráticos. Claramente, que la expansión o retracción de este mercado repercute en la viabilidad empresarial y, por consiguiente, en los contratos de trabajo vigentes. La experiencia recomienda la negociación colectiva en la empresa como herramienta para la adecuación de los altibajos del mercado, pues aquella tiene por virtud la ductibilidad y dinamismo.

Felgueroso Fernández, desde un análisis económico, critica la estructura de la negociación colectiva española como la peor posible para esgrimir el paro e inflación, una vez que se caracteriza por un elevado grado de centralización de ámbito intermedio y escasa negociación colectiva de empresa. Como incentivos a la productividad, él aconseja vincular los salarios a la productividad a través de parte de la remuneración de cuño variable enganchada con el rendimiento del trabajador. El afirma que: “*datos procedentes de la Encuesta de Calidad de Vida en el Trabajo (ECTV) muestran que la proporción de remuneraciones variables ha caído porque se trabajan menos horas, el ajuste se ha producido vía despidos de temporales y se produce*

¹²¹ PIKETTY, Thomas. O capital no século XXI, 1ª edición. Rio de Janeiro, Intrínseca, 2014.

¹²² HOBBSAWM, Eric. O novo século: entrevista a Antonio Polito, 3ª reimpressão. São Paulo, Companhia das Letras, 2009, p. 69; SUPIOT, Alain. L'esprit de Philadelphie: la justice social face au marché total. Paris, Seuil, 2010, pp. 59/74; AVELÃS NUNES, António José. *O Estado Capitalista e suas Máscaras, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, pp. 268/271; NEGTE, Oskar. Kant y MARX: un diálogo entre épocas. Madrid, Trotta, 2004, p. 92.*

menos, dando lugar a primas”¹²³. La flexibilidad salarial interna igualmente puede ser manejada por convenios de descuelgues salariales que, por estar vinculados a los ingresos de la empresa, tienen como punto fuerte promover una recuperación más acelerada de los perjuicios sufridos por los trabajadores en los períodos de recuperación. Otro camino a tomar por el Estado son los incentivos monetarios a la contratación¹²⁴.

Con lo cual, como advierte el voto vencido de la STC 119/2014, la productividad “*es un concepto económico que entra en el marco jurídico como concepto jurídico indeterminado y de necesaria configuración legal*” (FJ II.B). Ella no constituye un elemento de colisión con la negociación colectiva y las libertades en general. Todo al revés, la restricción a los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, manejada por la Ley 3/2012, es la semilla de la desigualdad social denunciada por los críticos del “fundamentalismo del libre mercado”, en que hay la reducción del trabajador a la condición de ciudadano de segunda categoría, lo que compromete el ejercicio de la ciudadanía en la empresa¹²⁵ y el desarrollo socioeconómico preconizado por la Constitución Española, además desatiende al ideal de trabajo decente preconizado por la OIT.

A su vez, el fundamento del fallo de que la viabilidad de la empresa y del empleo configuran el contenido esencial del art. 38 CE acusa corrección, pues la conexión de estos dos objetivos se dirige mucho más al Estado como inversor en infraestructura y fiador de la igualdad entre los emprendedores y de servicios públicos que garanticen la capacidad para el trabajo (educación, salud y necesidades básicas). El ajuste aislado de precios debe ser descartado, a fin de cuentas, los economistas tradicionales hace años rechazan una visión compartimentada del proceso de desarrollo y acentúan la relevancia de una “estructura amplia de desarrollo” (James

¹²³ FELGUEROSO FERNANDÉZ, Florentino. Reforma de la negociación colectiva: ¿por qué y cómo? En *Relaciones laborales en la crisis. España 2011*. (PÉREZ INFANTE, J.I. et al) Madrid, Ediciones Cinca/Fundación Ortega-Marañón, 2012, p. 82.

¹²⁴ Miguel Malo Ocaña señala que la Ley 35/2010 hizo que las concentraciones a la contratación se concentrasen en dos colectivos: los jóvenes de 16 a 30 años con déficit de cualificación y mayores de 45 años, ambos parados de larga duración. Sin embargo, a su vez, “este colectivo es lo bastante amplio como para que las políticas de bonificación vuelvan a ser en exceso generalizadas absorbiendo un volumen de recursos considerable, con nulas perspectivas de impacto macroeconómico aunque sí pueda tener un cierto impacto aparente (que no necesariamente causal).” (MALO OCAÑA, Miguel A. Las políticas activas de mercado de trabajo en España en medio de la gran recesión. En *Relaciones laborales en la crisis. España 2011*. (PÉREZ INFANTE, J.I. et al) Madrid, Ediciones Cinca/Fundación Ortega-Marañón, 2012, p. 106)

¹²⁵ Esta conclusión puede ser extraída del sentido contrario a lo que antecedió la reforma analizada, pues la mejora de las condiciones contractuales en la empresa provoca, o así se lo espera, que el foco de atención se acerque más a reivindicar protagonismo del bloque de constitucionalidad personal que viene a conformar la ciudadanía en la empresa. (GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel. *Ciudadanía en la Empresa y Derechos Fundamentales Inespecíficos*. Murcia, Ediciones Laborum, 2011, p. 86)

Wolfensohn, Banco Mundial, 1999). Este mecanismo de ajuste de precios (reducción de salarios y derechos) solamente podría ser admitido en el marco de un conjunto de medidas que requiera sacrificios de todos los involucrados, como prueba respecto al test de proporcionalidad. De forma que parece equivocado el voto mayoritario al confirmar como constitucional el estímulo a la viabilidad empresarial por medio de la retracción de las garantías de la parte más débil del contrato de trabajo. El ajuste de precios promovido por la dilución del sistema de contención del poder empresarial de forma apodíctica cobrará efectos a largo plazo, a través de la temporalidad de las relaciones laborales instauradas e del incremento del poder unilateral del empresario. El nuevo modelo traspasa la esfera de lo *indecidible* y alimenta un ambiente favorable al ejercicio de “poderes salvajes”, lo que contradice el derecho a la dignidad humana y su incidencia sobre la libertad de empresa en el paradigma constitucional del Estado Democrático de Derecho.

CAPITULO III

La dignidad humana en el contrato de trabajo

“El antiguo dueño del dinero marcha adelante ahora como capitalista; lo sigue el propietario de la fuerza de trabajo como su trabajador. El primero con aires de importancia, sonrisa ansiosa y hambriento por negocios; el segundo tímido, contrariado, como alguien que vendió su propia piel y tan sólo espera a que sea removida”

(Karl Marx)¹

1. El concepto de dignidad humana en el contrato de trabajo por cuenta ajena

La doctrina denuncia a Kant por poner entre comillas la dignidad en el trabajo por cuenta ajena pues, en su obra “Los Principios Metafísicos del Derecho”, la primera parte de la “Metafísica de las Costumbres”, trata la relación del amo sobre los criados como un derecho personal-real. La categoría de *derecho de especie personal-real*, predicada por este autor como necesaria para completar la división de los derechos, encuentra apoyo en la práctica de la relación de los padres y hijos. Kant afirma: “cuando se trata del derecho de los padres sobre sus hijos, como parte de su casa, los padres no pueden prevalerse únicamente del deber de los hijos para hacerlos volver a su posesión cuando de ella se escapan, sino que están autorizados para cogerlos, para encerrarlos y dominarlos, como cosas (animales que se hubieran escapado de casa)”.² La situación de los criados ha sido tratada de forma asemejada a

¹ MARX, Karl. *O capital. Livro Primeiro*, Volume I, Parte Segunda. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira S/A, 1975, pp. 196/197.

² KANT, Inmanuel. *Principios Metafísicos del Derecho*. Disponible en <<http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/principiosMetafisicosKant.pdf>>. Acceso en 07.05.2015, p. 120.

de los niños en la medida, según el mismo autor, “*estos pueden ser reducidos al poder de aquel y reivindicados como una cosa exterior contra todo poseedor, aun antes de que sea necesario examinar las razones que pudieran haber tenido para escaparse, y el derecho que les asista*”.³

La teoría kantiana deriva de la mitigación de la libertad del criado en el decidir sobre su actuar⁴, en la prestación de los servicios bajo el poder de mando del amo, de forma continuada, aunque esta mitigación sea temporal y contractual. La sugerencia en crear una nueva categoría jurídica radica en los criterios del autor para la clasificación de los derechos, en los cuales la autonomía individual y la libertad son condicionantes para ser titular de derechos.

Habida cuenta una mejor comprensión de los escritos kantianos, importa traer a la superficie su texto intitulado “*Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la ilustración?*”, de 1784, en que aclara sobre la libertad en el actuar privado (profesional) y público (docto) del hombre. En este texto, Kant deja constancia de que, en el ámbito profesional privado, el hombre no es libre, pues debe obedecer a la guía ajena para que se cumplan los fines de su función. Por ejemplo, en el ejercicio de un puesto civil o función pública, no está permitido al funcionario razonar, sino que se tiene que obedecer, “*en tanto que esta parte de la máquina [funcionario] es considerada como miembro de la totalidad de un Estado o, incluso, de la sociedad cosmopolita*”.⁵ El hombre asume una actitud pasiva en el ejercicio de una función profesional. Todo lo contrario con lo que sucede cuando actúa como *docto*, supuesto en que éste expresa su

³ KANT, Immanuel. *Principios Metafísicos del Derecho*. Disponible en <<http://fama2.us.es/fde/oct/2006/principiosMetafisicosKant.pdf>>. Acceso en 07.05.2015, p. 123.

⁴ Nuria Belloso subraya que Kant acepta la idea del hombre tratado como cosa, cuando analiza las relaciones domésticas (mujer, hijos y siervos) por la mitigación de su libertad. “*Cuando se ocupa de los derechos de amo (patrón) sobre sus criados, Kant deja claro que se trata de la relación en la que una de las partes – el criado – por medio del contrato, da su libertad – y por consiguiente, limita su condición de persona -, para someterse a la dominación de otra (patrón): (...) La servidumbre pertenece entonces a lo suyo del dueño de la casa (...) porque sólo están en su poder por contrato por el que una parte renuncia a su entera libertad en beneficio del otro, por tanto, deja de ser persona (...)*”. (BELLOSO MARTÍN, Nuria. El principio de dignidad de la persona humana en la teoría kantiana: algunas contradicciones. En *Direitos Fundamentais & Justiça*, año 2, n. 4. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2008, p. 53.)

⁵ KANT, Immanuel. *Respuesta a la pregunta: ¿qué es la Ilustración?*. Disponible en <<http://pioneros.puj.edu.co/lecturas/interesados/QUE%20ES%20LA%20ILUSTRACION.pdf>>. Acceso en 15.3.2015, p. 2.

acción en el ámbito público y usa verdaderamente su entendimiento para criticar y razonar sobre ciertos órdenes y conceptos de la institución que representa. Si bien el contrato ha sido, en su día, el instrumento que ha liberado los individuos del viejo régimen basado sobre el *status*, permitiéndoles buscar libremente su propia realización, en el razonamiento kantiano este contrato no les concede plena capacidad⁶ en la relaciones privadas, o sea, no les permite decidir de por sí de forma libre porque esta prestación de servicios se concreta bajo el mando de otro.

Kant, no obstante, subraya que el uso de la libertad del amo no puede resbalar al abuso, o sea, no puede nunca producir un acto de propietario (*dominus servi*) o reducir el criado a la servidumbre. El uso abusivo de la libertad por el amo puede ser juzgada a igual por el criado.⁷ El excluyente de la obediencia no significa de por sí el reconocimiento de la titularidad de derechos al trabajador. La resistencia aquí admitida no está conformada en la ley o en derechos fundamentales vigentes, sino en el derecho natural, lo cual por tradición podría ser reclamado también en el caso de abuso en el ejercicio del poder del príncipe.

La contradicción en tomar un contrato como medio de renuncia completa de la libertad de una de las partes (criado) en provecho ajeno, dejando suspendida la calidad de persona de su signatario, y la ausencia del deber de observarlo también no escapan a la crítica kantiana. Por decir de otro modo, aunque en la expresión jurídica del contrato de trabajo, Kant visualice un derecho real para justificar la quiebra de libertad plena del criado en la prestación de servicios y la continuidad del vínculo aun cuando el criado no está bajo vigilancia del amo, el poder de mando (derecho personal-real) es limitado. El contrato, concluye él, debe tener una duración determinada y debe permitir que en su curso una de las partes contratantes pueda despedir a la otra.

La doctrina kantiana parece no poner inconvenientes en la contradicción entre la posibilidad de una persona poder consentir de forma válida con una obligación

⁶ La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. (KANT, Immanuel. *Respuesta a la pregunta: ¿qué es la Ilustración?*. Disponible en <<http://pioneros.puj.edu.co/lecturas/interesados/QUE%20ES%20LA%20ILUSTRACION.pdf>>. Acceso en 15.3.2015, p. 1)

⁷ “No solo el amo tiene derecho de juzgar de este uso, sino también el criado.” KANT, Immanuel. *Principios Metafísicos del Derecho*. (traducción de G. Lizarraga). Madrid, Librería de victoriano Suarez, 1873. (Disponible en <<http://fama2.us.es/fde/oct/2006/principiosMetafisicosKant.pdf>>. Acceso en 07.05.2015. p.122.

contractual y su condición de cosa por fuerza de este mismo contrato. Tampoco explica la ausencia de justificación jurídica para el ejercicio del poder potestativo del criado al romper el vínculo jurídico en el curso del contrato una vez que su condición jurídica equivale a la de una cosa. La contradicción parece residir en que Kant, cuya doctrina transita en la concepción individualista del Estado y sociedad, acude a una concepción orgánica para las relaciones privadas, acogiendo medidas en irremediable oposición.⁸

Kant ha elaborado su teoría influenciado por los sucesos de la Revolución Francesa, en el marco del nacimiento del constitucionalismo, en que el mercado⁹ y la opinión pública se contraponían al Estado, lo cual nada más era que un poder arbitrario y aquéllos espacios de libre circulación de ideas y personas, en que se afirmaban en el principio de la competitividad y del enfrentamiento. Su teoría define la afirmación del moderno individualismo y está basada en la autonomía moral del individuo que, “*como ser racional, debe ser norma de sí mismo, obrando de manera que el criterio de su propia conducta pueda elevarse a norma universal, y tratando en consecuencia a los otros individuos siempre como fines y nunca como medios*”.¹⁰ El principio de competitividad se escoraba en el principio de la abstracta igualdad y no se limitaba sólo a negar las desigualdades hereditarias o censitarias, sino que pretendía la igualdad integral de los hombres, incluso interiormente. El equívoco de esta concepción va a ser probado con el avance del capitalismo.

El concepto de dignidad elegido por la doctrina jurídica remonta al siglo XVIII, en que éste puede ser conceptualizado como el sujeto de ciertos estándares y valores

⁸ Los conceptos de sociedad individualista y orgánicos fueron extraídos de la obra de Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*. (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. (trad. Carlos Nelson Coutinho) Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 102.

⁹ “Desde una perspectiva *socioeconómica*, la lenta pero progresiva implantación de formas protocapitalistas, vinculadas al desarrollo del mundo urbano desde los siglos XII y XIII, y el creciente peso de la actividad mercantil y artesanal en unas sociedades todavía agrarias, irán definiendo los rasgos de la sociedad capitalista. Aquellas transformaciones económicas transcurrirán paralelas al proceso de expansión de la actividad económica de los europeos en otros mercados mundiales, bien ejerciendo unas relaciones de explotación sobre sus dependencias coloniales o bien en un plano más igualitario, en primera instancia, en otras áreas del globo, como expresión de la emergencia mundial de las potencias europeas.” (LOPEZ BARRIENTOS, Mario Estuardo. *Los escritos políticos de Immanuel Kant*. Disponible en <<http://www.uca.edu.sv/facultad/chn/c1170/mlopez2.html>. Acceso en 13.5.2015.)

¹⁰ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Editorial Trotta, 1998, p. 270.

fundamentales que se relacionan a la forma de vida social y personal, más adecuadas al desarrollo total de las facultades e habilidades del hombre. El individuo como ser racional sería capaz de encontrar estas formas a través de su propio raciocinio y, una vez que tuviese adquirido la libertad de pensamiento, capaz también de efectuar la acción que les transformase en realidad (racionalidad individualista). Ninguna autoridad externa podría faltar con respeto a estos patrones y valores. La sociedad liberal era el suelo fértil para la realización plena de los actos y productos del individuo, como expresión de su individualidad, en un ambiente de libre competencia. Así que, en un contexto de puritanismo radical, según Marcuse, el principio del individualismo pone el individuo en contra su sociedad.¹¹

La incidencia y desarrollo de las tecnologías promueve una gradual y definitiva transformación. Marcuse concibe la tecnología, como modo de producción y la totalidad de las herramientas, dispositivos e invenciones que caracterizan la era de la máquina, a la vez, una forma de organizar y perpetrar (o modificar) las relaciones sociales, una manifestación del pensamiento y de los patrones de comportamiento dominantes, una herramienta de control y dominación.¹² La expansión de la tecnología a disposición de las grandes empresas requiere eficiencia para poner fin a la escasez, lo que conduce a la unificación y simplificación integrales de las acciones y a la eliminación del desperdicio. Los desvíos son evitados por medio de una coordinación radical. El conjunto de circunstancias sociales y tecnológicas involucradas en este nuevo modelo, Marcuse llama “aparato”.

Bajo el impacto del aparato, emerge la racionalidad tecnológica que despegaba un modo de pensamiento novedoso que extrapola los sujetos y objetos de las grandes empresas, acogiendo incluso el protesta y la rebelión. Para mantener la eficiencia del aparato o del patrón de vida que el aparato ha permitido realizar, el individuo debe reaccionar en conformidad con las demandas objetivas del aparato, de forma que su libertad está confinada a la selección de los medios más adecuados para alcanzar una meta que no ha sido determinada por él. El desempeño individual es motivado, guiado y

¹¹ MARCUSE, Herbert. Tecnología, guerra e fascismo. En: *Tecnología, guerra e fascismo: coletanea de artigos de Herbert Marcuse*. São Paulo, Editora Unesp, 1999, p. 75.

¹² MARCUSE, Herbert. Tecnología, guerra e fascismo. En: *Tecnología, guerra e fascismo: coletanea de artigos de Herbert Marcuse*. São Paulo, Editora Unesp, 1999, p. 73.

medido por patrones externos al individuo, patrones que dicen respeto a tareas y funciones predeterminadas.¹³ En conclusión, el proceso capitalista de producción de bienes ha solapado la base sobre la cual se ha construido la racionalidad individualista. La minoridad del hombre se afirma no más por la religión sino por la tecnología, pues la racionalidad tecnológica reduce sobremanera el *sapere aude*.

Todo lo que caracteriza el trabajo en las fábricas del siglo XIX ha contaminado la vida cotidiana: la organización cronometrada del tiempo, la racionalización del día a día (eficiencia), su automatización, los cuales fueron agudizados con el secuestro de la conciencia práctica a través de la publicidad y del hiperconsumismo. En un capitalismo flexible y creciente, en que el modo de vida se basa en la producción, y “*por tanto envuelve la explotación creciente de los hombres y de los recursos naturales*”,¹⁴ la contradicción no reside exclusivamente en la contraposición de la concepción individualista para el Estado y orgánica para la empresa, del concepto de dignidad humana y contrato de trabajo subordinado; la contradicción, a lo que parece, pretende retomar conceptos antiguos de individualidad para aplicar en una sociedad espejada en un cambio de la racionalidad.

Kant¹⁵ ignoraba el concepto actual de individualidad bajo la racionalidad tecnológica denunciada por Marcuse. El constitucionalismo de posguerra, sin embargo, no la ignora sino que se ha formado en reacción a las arbitrariedades y violencias históricas pendientes de esta racionalidad. La reacción del constitucionalismo de posguerra tarda en ocupar los espacios de producción y la doctrina todavía intercede de forma bastante tímida en el poder de mando del empresario, pasando a lo largo o aconsejando “prudente reacción” a situaciones humillantes, vejatorias o opresoras en el

¹³ MARCUSE, Herbert. Tecnología, guerra e fascismo. En: *Tecnología, guerra e fascismo: coletanea de artigos de Herbert Marcuse*. São Paulo, Editora Unesp, 1999, p. 77-78.

¹⁴ GRUPO MARCUSE. *Sobre a miséria humana no meio publicitário: Por que o mundo agoniza em razão do nosso modo de vida*. São Paulo, Martins Fontes, 2012, p. 22, traducción libre.

¹⁵ Kant atribuye la incapacidad de razonar a la pereza y cobardía. “*La pereza y la cobardía son causa de que una tan gran parte de los hombres continúe a gusto en su estado de pupilo, a pesar de que hace tiempo la Naturaleza los liberó de ajena tutela (naturaliter majorenes); también lo son que se haga tan fácil para otros erigirse en tutores. ¡Es tan cómodo no estar emancipado!*” (KANT, Immanuel. *Respuesta a la pregunta: ¿qué es la Ilustración?*. Disponible en <<http://pioneros.puj.edu.co/lecturas/interesados/QUE%20ES%20LA%20ILUSTRACION.pdf>>. Acceso en 15.3.2015, p. 1)

trabajo, principalmente cuando implican la vida privada del trabajador. La dificultad puede radicar en la oscuridad de la ofensa a la dignidad humana frente a un poder de mando, en especial, cuando intermediada por los modelos o herramientas tecnológicas, por el modelo contractual de la relación jurídica o a través del diseño autoritario de la empresa, lo cual implica una exasperación de la jerarquía y del mando.

La revisión de las estrategias del poder empresarial, regresando hasta un punto de partida relevante en el recorrido de la historia occidental, es indispensable para clarificar los estrangulamientos de la dignidad en las opciones y procedimientos en vigencia en la forma de organización empresarial contemporánea. A fin de cuentas, nuestra herencia histórica cumple un papel esencial en la definición de nuestra identidad, una vez que somos, individual o colectivamente, determinados por ellas y por las actitudes que adoptamos en relación a ellas.¹⁶

2. Las formas de organización del trabajo: de la sociedad disciplinaria hasta la sociedad de control

2.1 - El modelo Panóptico: el “Ojo Irado”

Indiscutiblemente la sociedad contemporánea está sumergida en mecanismos panópticos del control social, o sea, en sistemas ópticos, cerrados, arquitectónicos y tecnológicos que iluminan todos los espacios sociales y convierten todo y todos en objetos de observación. La presente distopía tiene su origen en la proliferación de la arquitectura, psicología e ideología contenidas en un modelo de sociedad disciplinaria pensado para la reforma de individuos desajustados en el siglo XVIII.

¹⁶ LE GOFF, Jacques. *Para um novo conceito de Idade Média: tempo, trabalho e cultura no Ocidente*. Lisboa, Editorial Estampa. 1993, p. 103.

El Panóptico¹⁷ fue propuesto por Jeremy Bentham para sustituir el modelo penitenciario inglés, cuyas pésimas condiciones fueran objeto de denuncia por John Howard.¹⁸ Caracterizado por una indiscutible innovación arquitectónica, el panóptico permite la vigilancia individualizada y del grupo a la vez, promoviendo el control y el autodomínio del individuo a bajo coste. El nombre “*Panóptico*” ha sido elegido por su utilidad en expresar en una sola palabra su utilidad esencial, “que es *la facultad de ver con una mirada todo cuanto se hace en ella*”.¹⁹ La vigilancia en el Panóptico no se limita a un sentido vertical descendente, o sea, su eje no se restringe a la relación entre vigilante-vigilados. Ese modelo permite que la mirada se dirija igualmente hacia los auxiliares del vigía, evitando abusos y aquiescencias por su parte. El principio rector de las relaciones aquí construidas es el de la sospecha de todo y todos. ¡Nadie es de fiar! Por lo tanto, los principios del panóptico son la inspección centralizada, la vigilancia generalizada y una disposición espacial rigurosa.

Bentham ofrece el Panóptico como modelo universal para todas las formas de instituciones disciplinarias, como talleres para desocupados, casas de asistencia, hospitales, hospicios y escuelas, aunque su inspiración haya sido una unidad industrial

¹⁷ El Panóptico se configura en un edificio circular, compuesto por una torre central con celdas individuales a su alrededor, dispuestas en forma de un anillo. La torre central tiene grandes ventanas dirigidas hacia el interior del anillo. En la periferia, cada celda tiene una anchura igual a la del anillo y tiene dos ventanas, una dirigida hacia el interior y otra dirigida hacia el exterior, para permitir que la luz la traspase en toda su extensión, propiciando una perfecta visibilidad de su contenido y del sujeto cautivo por efecto del contraluz. Las celdas están aisladas entre sí por un espacio vacío y una proyección de las paredes laterales más allá de la puerta. En el interior de la torre se pone un vigía y en el interior de cada celda un individuo aislado. En la torre hay estores y divisorias perpendiculares que impiden la observación de los movimientos del vigía por los ocupantes de las celdas. La ausencia de puertas en la torre evita el control de los movimientos del vigía por intermedio del sonido o de la luz, sin perjudicar la visibilidad de los individuos sometidos al control. La torre está aislada por un foso, llamado “zona intermedia”, y para la comunicación entre la torre central y cada celda se utiliza un mecanismo individualizado hecho con tubos de acero.

¹⁸ Su obra se desarrolló bajo el título “*The state of prisons in England and Wales, with preliminary observations and an account of some foreign prisons and hospitals*”. El autor denuncia que el sistema penitenciario inglés que sufría con la superpoblación, suciedad, mala ventilación y pésimo estado de sanidad, las cuales resultaban en la corrupción del carácter del apenado. A todo eso se sumaban huidas frecuentes. En consecuencia, el gobierno inglés opta por la deportación de los condenados. En 1786, una orden del Consejo decide el envío de navíos a Australia. En 1787, once naves con 575 hombres, 192 mujeres y 18 niños son enviados para Botany Bay (PERROT, Michelle. O inspetor Bentham. *In: O Panoptico*. SILVA, Tomaz Tadeu (org.). 2ª ed., Belo Horizonte, Autêntica, 2008, p. 133).

¹⁹ BENTHAM, Jeremy. *Obras selectas de Jeremías Bentham*. Tomo IV. Principios de legislación; Panóptico. Buenos Aires, Rodamillans, Librería “El Foro”, 2005, p. 315.

acuñada de “Casa de Inspección”²⁰ o “Elaboratorio” que su hermano Samuel había creado en la ciudad rusa de Zadobras. Simon Werrett²¹ contextualiza el invento de Samuel dentro de un Estado ruso absolutista, en el cual se valora la actuación social similar a los moldes occidentales y con contornos teatrales, dentro de una sociedad fuertemente influenciada por la Iglesia Ortodoxa. El Panóptico (y toda su simbología)²² también configura la corporeidad de un Dios, pero de un dios artificial.

²⁰ Samuel era ingeniero naval y trabajaba para el príncipe Gregorii Potemkin en su hacienda en Crimea, Rusia meridional. Él estaba encargado de la construcción de una flota naval, superior a la de los turcos en el Mar Negro, como también de la manutención de varias unidades de producción agrícola y pecuaria, de una fábrica de cerveza y del ajardinamiento de toda zona. Según Simon Werrett, Potemkin quería ofrecer la utopía de un nuevo “Edén” a la reina Catalina en su visita a Krichev en 1787 y Samuel estaba a cargo de concretarlo. Teniendo en cuenta la baja cualificación de la mano de obra rusa, Samuel solicita el auxilio de su hermano Jeremy en la contratación de trabajadores ingleses. Samuel tenía dos problemas con la mano de obra disponible: él debería capacitar a los campesinos rusos locales para ese tipo de trabajo y controlar los trabajadores cualificados que había traído de Inglaterra. El mayor problema era justamente la indisciplina de la mano de obra inglesa, pues en la lista de faltas de aquellos capataces estaba la pereza, el robo, la pelea y la borrachera. Para un mejor control, Samuel crea un edificio circular con celdas individuales, en que el inspector se ubica en el círculo central y los trabajadores en las celdas. Su sistema permite que el inspector verifique a distancia los errores de cada trabajador a la vez que permite la vigilancia de varios de ellos y de los auxiliares, pero exige su aproximación y contacto con cada uno de los trabajadores en el acto de corrección. (WERRETT, Simon. Potemkin e o Panóptico: Samuel Bentham e a arquitetura do absolutismo na Rússia do século XVIII. En: (TADEU, Tomaz - org.). *O Panoptico*. SILVA. 2ª ed., Belo Horizonte, Autêntica, 2008, p.171-199; PERROT, Michele. O Inspetor Bentham. En: TADEU, Tomaz (org.). *O Panoptico*. SILVA. 2ª ed., Belo Horizonte, Autêntica, 2008, p. 139). Foucault menciona que: “Bentham ha contado que fue su hermano el que visitando la Escuela militar [de Paris] tuvo la idea del panóptico.”(VV.AA. El ojo del poder. En *El Panoptico*, 2ª. edición. BENTHAM, Jeremias. Madrid, Las ediciones de la Piqueta, 1989, p. 11).

²¹ La fuente de la inspiración de su *Elaboratorio* está en la asimetría de la visibilidad ofrecida a los creyentes en la estructura y los ritos de esta Iglesia. En cuanto para la Iglesia Católica el edificio inspira la idea de esfuerzo en seguir un camino para alcanzar a Dios, para la religión ortodoxa Dios está encarnado en el propio edificio de la iglesia. Como regla, la forma de la iglesia ortodoxa es la de una cruz dentro de un cuadrado, en cuyo centro se ubica una nave circular. Los fieles quedan sentados dentro del círculo, teniendo adelante un santuario de uso restringido a los sacerdotes para la realización de los actos religiosos, separado por el *iconostasis*. El *iconostasis* es una pared que va desde la parte septentrional a la meridional en un templo ortodoxo, y en la cual, en un orden específico, se colocan los iconos. Esta pared separa el santuario de la parte central del templo. En el iconostasio hay tres puertas. La puerta central, con dos hojas, recibe el nombre de puerta santa, y está prohibido que entre por ella nadie que no sea clérigo. A la derecha se encuentra la puerta meridional, llamada también puerta diaconal, y a la izquierda la puerta septentrional. La palabra proviene del griego εἰκονοστάσι(-ov). (Disponible en <<http://es.wikipedia.org/wiki/Iconostasio>>. Acceso el 21.04.2010.) El ritual más importante es el de la Eucaristía. En ese ritual, a los fieles se les obstaculiza el testigo ocular de las acciones de los sacerdotes, pues todo se pasa detrás de las puertas sagradas situadas en el *iconostasis*. Al otro lado de las puertas, los fieles esperan de pie rodeados por símbolos religiosos entre los cuales está “Cristo, el Ojo Irado”. Ese ritual refuerza la posición activa de los sacerdotes ante la pasividad de los fieles. Claramente tanto el ritual como la arquitectura referidos enseñan la omnisciencia y omnipotencia de Dios en oposición al desconocimiento e impotencia del creyente, idea reproducida secularmente en el Panóptico.

²² El propio Bentham presenta el Salmo 139 como leyenda de uno de sus numerosos esbozos. (MILLER, Jacques- Alain. A máquina panóptica de Jeremy Bentham. En: TADEU, Tomaz (org.). *O Panoptico*. 2ª ed., Belo Horizonte, Autêntica, 2008, p.90)

La asimetría del poder entre vigilantes y vigilados se expresa en el contraste de visibilidad y en la posición pasiva y sumisa de los individuos a ser disciplinados. En conclusión, la Casa de Inspección de Samuel “*proporcionaba a la nobleza rusa un medio secular de control de los campesinos y, a modo simultáneo, un espacio esclarecido y productivo, con referencia explícita a la arquitectura de las iglesias para tornar clara la importancia del gesto*”.²³ Su forma igualmente retrataba el régimen absolutista en vigor, en que el centro podría ser ocupado por el noble que allí encontraba el escenario perfecto para intercambiar papeles seculares y religiosos, esclarecidos y tradicionales, entre tantos. Como sustenta Werrett, el Panóptico supera la “*simple idea de arquitectura*” al hacer referencia a temas y preocupaciones comunes que organizaban el ambiente en que fue proyectado. Aquí la arquitectura juega el papel de autoridad y orden, configurando la expresión de una sociedad que actúa de modo disciplinario,²⁴ y su simbología se vincula a temas y preocupaciones contemporáneas de otros países.²⁵ De forma que no sorprende que, para los reformadores franceses de 1789, el modelo de Bentham fuera “*un tormento equivalente a todas las formas de tiranías juntas*” o “*la propia imagen del infierno*”.²⁶

Jeremy Bentham conforma la Casa de Inspección a su propia racionalidad de cuño universalista.²⁷ Él la presenta en Inglaterra como un modelo universal de

²³ Para mejor esclarecimiento del uso de la parodia religiosa en la cultura rusa, ver el texto de Simon Werrett. WERRETT, Simon. Potemkin e o Panóptico: Samuel Bentham e a arquitetura do absolutismo na Rússia do século XVIII. En *O Panoptico*. (TADEU, Tomaz – org.), 2ª ed., Belo horizonte, Autêntica, 2008, pp. 181-195.

²⁴ CORTES, José Mighel G. *La ciudad cautiva. Control y vigilancia en el espacio urbano*. Três Cantos (Madrid), Akal, D. L., 2010, p. 17. Según Foucault, “Desde finales del siglo XVIII la arquitectura comienza a estar ligada a los problemas de población, de salud, de urbanismo. Antes, el arte de construir respondía sobre todo a la necesidad de manifestar poder, la divinidad, la fuerza. El palacio y la iglesia constituían las grandes formas, a las que hay que añadir las plazas fuertes; se manifestaba el poder, se manifestaba el soberano, se manifestaba Dios. ... Pero a finales del siglo XVIII, aparecen nuevos problemas: se trata de servirse de la organización del espacio para fines económico-políticos.” (VV.AA. El ojo del poder. En *El Panoptico*, 2ª. Edición. (BENTHAM, Jeremias). Madrid, Las ediciones de la Piqueta, 1989, p. 11-12)

²⁵ Es irónico que una de las razones de prestigio de la arquitectura circular en el siglo XVIII sea precisamente el hecho de expresar cierta utopía política. (FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 179.)

²⁶ PERROT, Michele. O Inspetor Bentham. En: TADEU, Tomaz (org.). *O Panoptico*. SILVA. 2ª ed., Belo Horizonte, Autêntica, 2008, p. 149.

²⁷ Jeremy Bentham argumentaba que, en un mundo el en cual la naturaleza humana y las necesidades humanas eran esencialmente homogéneas, se podría pensar en un Derecho abstracto y

establecimiento disciplinario: “*sancionar al incorregible, encerrar al insano, reformar al malo, confinar al sospechoso, emplear al vago, mantener al desasistido, curar al enfermo, instruir a los que se dispongan en cualquier ramo de industria, o entrenar la raza ascendente en su camino a la educación*”.²⁸ Su invento atiende a la necesidad de aquella época, en que se toleraba cada vez menos a los improductivos, los mendigos y los vagos y en que se pretende reformar al delincuente a reducido coste económico para el Estado.

La innovación de su propuesta está en que ese modelo político-arquitectónico arroja luz y conocimiento a todos los espacios de los cautivos, justamente para un establecimiento (la cárcel) en que antes reinaba la oscuridad y la ignorancia. Él afirma que su modelo respeta la humanidad de los individuos sometidos en la medida en que se ocupa de su bienestar físico y moral²⁹ y de la vigilancia de la conducta de los carceleros. Además, ha reducido el riesgo de que el modelo panóptico se convierta en un espacio para abusos y actitudes despóticas, una vez que el Inspector central también es vigilado por las visitas de las autoridades y del público en general³⁰ y por las medidas económicas.

La asertiva de Bentham de que el grande mérito de su invento es la posibilidad del Inspector central “*de ver sin ser visto*”³¹ no se restringe a la simple idea de comodidad en el ejercicio del control. Él valora el efecto psicológico que su innovación ejerce sobre los individuos cuando enfatiza la desigualdad de poder entre las

descontextualizado (*Essay on the influence of time and place in matters of legislation*) y también en mecanismos tecnológicos de disciplina universales (El Panoptico).

²⁸ BENTHAM, Jeremy. O Panóptico ou a casa de inspeção. Carta I. En: TADEU, Tomaz (org.). *O Panoptico*. SILVA. 2ª ed., Belo Horizonte, Autêntica, 2008, p. 19

²⁹ Bentham se declara contrario a toda forma de suplicio y tortura física pues desconsideran la utilidad del cuerpo. Además establece una tasa a ser paga por el Inspector por cada preso que esté a su cargo, la cual queda retenida en caso de muerte. Su objetivo era la reforma del individuo que, caso de que sea exitosa, se convierte en una recompensa al Inspector. Bentham ve su proyecto como una alternativa más humana al sistema penitenciario vigente.

³⁰ Jeremy Bentham transforma el Panóptico en un grande teatro abierto al público. Para evitar la identificación de los presos que podrían salir de allí en dado plazo, recomienda el uso de máscaras que retraten la gravedad de sus actos. De ese modo pretende hacer del Panóptico también un símbolo vivo para no estimular la práctica del mal en la sociedad. “La máquina de ver era una especie de cámara oscura donde espiar a los individuos; ahora se convierte en un edificio transparente donde el ejercicio del poder es controlable por la sociedad entera.”(FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 211.)

³¹ BENTHAM, Jeremy. *Obras selectas de Jeremías Bentham*. Tomo IV. Principios de legislación; Panóptico. Buenos Aires, Rodamillans, Librería “El Foro”, 2005, p. 315.

partes involucradas. La persuasión del Panóptico está en el sentimiento permanente del sujeto de estar siendo inspeccionado, lo cual es generado por la gran probabilidad de que él esté realmente bajo inspección. La probabilidad es reforzada por la duda en relación a los actos de vigilancia del Inspector; o sea, el individuo sometido tiene a su lado el poder corporificado en una construcción, visible en toda su extensión, que, no obstante, no le permite verificar cualquier actuación del Inspector. El poder es a modo simultáneo visible y no verificable.³² Además la duda acompaña toda su jornada laboral y de descanso pues las faltas solamente son castigadas de forma acumulada y a posteriori: la sanción es aplicada con cierto retraso para que el Inspector reúna varias faltas y presente un informe detallado (con fecha, hora y falta) de todos los incumplimientos al sujeto.³³ Este procedimiento prorroga el poder ejercido en el tiempo y lo intensifica, pues el Inspector, que todo lo sabe, castiga cuando le apetece.

Bentham creía que la gran innovación recaía sobre su sistema óptico, que le permitía de esa manera ejercer bien y fácilmente el poder.³⁴ La transparencia ininterrumpida del individuo encerrado en el pequeño teatro y las tácticas del poder central retiran su poder individual de hacer el mal y “*casi el pensamiento de intentarlo*”.³⁵ Por consiguiente, el mérito del Panóptico es imponer una conducta a una multitud de personas utilizando tan sólo la posibilidad de ser visto. El sujeto es inducido a un estado consciente y permanente de visibilidad que garantiza el funcionamiento automático del poder.³⁶ El simbolismo contenido en la imagen de la torre de vigilancia

³² “Visible: el detenido tendrá sin cesar ante los ojos la elevada silueta de la torre central de donde es espiado. Inverificable: el detenido no debe saber jamás si en aquel momento se le mira; pero debe estar seguro de que siempre puede ser mirado.” (FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 205)

³³ “The inspector saw an infraction. He did not punish immediately, but waited. He saw a second infraction. At some point thereafter, he would confront the perpetrator with his Record book. ‘See here, your infractions, with the date and time. This is your punishment’. Once a punishment had been administered, and the prisoners saw that, should they misbehave, punishment was certain, they would no longer misbehave. There would no longer be any need for them to be watched. They would be reformed.” (SCHOFIELD, Philip. *Bentham. A guide for the perplexed*. London, New York, Continuum, 2009, p. 92.)

³⁴ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 10ª edição. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1979, p. 211.

³⁵ BENTHAM, Jeremy. Obras selectas de Jeremías Bentham. Tomo IV. Principios de legislación; Panóptico. Buenos Aires, Rodamillans, Librería “El Foro”, 2005, p. 315.

³⁶ Hacer que la vigilancia sea permanente en sus efectos, incluso si es discontinua en su acción. (FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 204)

impone singularmente la disciplina, no importa quién esté allí o, inclusive, si allí hay alguien.

Para mayor eficiencia de su invento, posteriormente Bentham sitúa a un grupo de individuos en cada celda. De ese modo, él pretendía alcanzar dos objetivos distintos: la prevención de la locura advenida del aislamiento y la construcción de un sistema de responsabilidad mutua. La formación de lazos de solidaridad es obstaculizada por la creación de un sistema de vigilancia y sospecha mutuas. La responsabilidad mutua crea la vigilancia recíproca de los habitantes de una misma celda que son incentivados a delatar las faltas de los otros para que no sean todos punidos. “*Así en este plan hay tantos inspectores cuantos camaradas*”.³⁷

Habida cuenta de la triple función del trabajo - función productiva, función simbólica y función de domesticación o disciplinaria-, Bentham preconiza el incentivo a la máxima actividad productiva como instrumento de reforma de los individuos a la vez que reduce los costes del Estado. Él procura ocupar todo el tiempo libre del individuo sometido con un tiempo de descanso mínimo, en el cual incluso el ocio se vincula a la actividad productiva³⁸. El trabajo, sin embargo, debe ser útil de forma que el preso lo reconozca como “*su consuelo y un placer*”.³⁹ El autor defiende que el horror de la prisión⁴⁰ debe recaer sobre la severidad de su disciplina, manifestada en un vestido

³⁷ BENTHAM, Jeremy. *Obras selectas de Jeremías Bentham*. Tomo IV. Principios de legislación; Panóptico. Buenos Aires, Rodamillans, Librería “El Foro”, 2005, p. 340.

³⁸ BENTHAM, Jeremy. O Panóptico ou a casa de inspeção. Carta I. En: TADEU, Tomaz (org.). *O Panoptico*. SILVA. 2ª ed., Belo horizonte, Autêntica, 2008, p. 94. El domingo sería ocupado con enseñanza moral y religiosa. (BENTHAM, Jeremy *Obras selectas de Jeremías Bentham*. Tomo IV. Principios de legislación; Panóptico. Buenos Aires, Rodamillans, Librería “El Foro”, 2005, p. 339).

³⁹ BENTHAM, Jeremy. *Obras selectas de Jeremías Bentham*. Tomo IV. Principios de legislación; Panóptico. Buenos Aires, Rodamillans, Librería “El Foro”, 2005, p. 334.

⁴⁰ La defensa por Bentham de la humanidad de su modelo que restringe cualesquiera prácticas de tortura o castigos físicos, además de buscar la reforma y reinserción productiva a la sociedad del individuo (desconsiderando los tintes intolerables de la desigualdad impuesta en el ambiente hostil creado artificialmente), no escapa de la crítica de ciertas ofensas a la dignidad humana de los sujetos. Como ejemplo de tratos indignos, verificase que Bentham admite experimentos de los más variados y actos humillantes a propósito. Por ejemplo, él admite que se hagan experimentos en relación a la dieta implementada, cuya base es la comida encontrada más barata, para ver si la dieta vegetariana es mejor o si es necesario comer una o más veces al día. “*Experiments might be made with the diet of the apprentices to see whether a vegetarian diet was more beneficial than one consisting of meat and vegetables, and whether it was better to have two or three meals per day.*” (SCHOFIELD, Philip. *Bentham. A guide for the perplexed*. London, New York, Continuum, 2009, p. 85) Él defiende la reducción drástica de la comida como forma de persuasión al trabajo. Él igualmente defiende el uso de un vestido humillante como uniforme para los presos. Como señal de humillación, sugiere que las

humillante, un alimento grosero⁴¹ y la privación de la libertad; y jamás sobre la idea del trabajo a ser desarrollado. Más que un sistema de asimetría de visibilidad, el panóptico instauro un ambiente completamente condicionado en que la disciplina del cuerpo del penado contribuye para llegar a su psicología.

Es interesante destacar que el modelo panóptico de Bentham fue abandonado por su autor en la medida en que a finales de su vida él se convierte en un demócrata republicano. No se sabe a ciencia cierta el origen de su cambio ideológico, si en su debate con el modelo francés revolucionario o si en su decepción con el gobierno inglés en razón del rechazo a la construcción de una unidad panóptica en su territorio. Lo cierto es que en 1809, Bentham concluye que el “*interés siniestro*”⁴² ha tomado cuerpo en Inglaterra y defiende el control de la autoridad pública por medio del sufragio universal y secreto. En su discurso, el Panóptico desaparece como artefacto y como metáfora. Ahora “*todos los espacios son visibles*”.⁴³ El Inspector central finalmente pierde su opacidad ante los ojos de los individuos a él sometidos, permitiendo más equilibrio en el ejercicio de poder.

2.2 - Los establecimientos disciplinarios

mangas del vestido y camisa tengan una longitud desigual para los dos brazos. Esto además sería de auxilio para reconocer un preso en fuga, pues sus brazos acusarían una diferencia muy visible de color. (BENTHAM, Jeremy. *Obras selectas de Jeremías Bentham*. Tomo IV. Principios de legislación; Panóptico. Buenos Aires, Rodamillans, Librería “El Foro”, 2005, p. 336.)

⁴¹ Bentham defiende que las condiciones de vida de los presos no pueden ser mejores que las de los pobres en general. Además, la comida debe ser resultado del esfuerzo, cuya cantidad y calidad son directamente proporcionales al trabajo desarrollado. Para aquéllos que rechacen el trabajo y la disciplina, habrá comida cada dos días (SCHOFIELD, Philip. *Bentham. A guide for the perplexed*. London, New York, Continuum, 2009, p. 85).

⁴² “Bentham apreció que los gobernantes, más que estar motivados por conseguir la mayor felicidad para el mayor número de sus súbditos, intentaban promover su propia felicidad por encima y a costa del bienestar de la comunidad. En un sentido moderno del término se añade un toque de manipulación de masas utilizando la mentira política para hacer creer a la sociedad civil que los intereses particulares de los gobernantes son los propios de la sociedad civil.” (SERQUERA, David. *Diccionario Político de La Republica Constitucional*. Disponible en [<http://republicaconstitucional.wordpress.com/2007/01/05/interes-siniestro/>]. Acceso en 12.04.2010).

⁴³ SCHOFIELD, Philip. *Bentham. A guide for the perplexed*. London, New York, Continuum, 2009, p. 93.

La genialidad de Bentham está en reconocer la vigilancia como un instrumento de poder.⁴⁴ Su utilización en los establecimientos disciplinarios marca el giro copernicano, definido por Foucault, en el modo de ejercicio del poder, pasando del modelo del poder soberano al del poder disciplinario. La vigilancia se despliega por toda la red social y, aliada a otros mecanismos de poder, altera el orden de poder transformando la organización social en su conjunto y creando el modelo de sociedad disciplinaria.

En el libro “*Vigilar y Castigar*”, Michel Foucault analiza el funcionamiento de las relaciones de poder en establecimientos disciplinarios variados: escuelas, fuerzas armadas, hospitales, fábricas y prisiones de la sociedad del siglo XVIII, en los cuales la vigilancia ejerce un papel importante. En esos espacios, el interés tiene su foco central fijado en la persona del individuo sometido, dejando al margen el motivo de su sumisión (si se trata de aprendizaje, trabajo, expiación, salud). La vigilancia se dirige a sus cuerpos y tiene por objetivo su ajuste, por medio del control y corrección, con la finalidad de propiciar su inserción social útil y productiva. El cambio del centro de atención es percibido incluso en los establecimientos carcelarios, pues la pena abandona su relación directa con el acto criminal y se debruza sobre la figura de su agente, que pasa a ser analizado.⁴⁵ El estudio de los desvíos del individuo, inspirado en el análisis de los criminales, se difunde por todo cuerpo social y se desprende de cualquier finalidad específica, pues a fin de cuentas el objetivo primero es la moralización de la persona. Con el cambio del objeto de atención, no importa el organismo que lo ejerza, pues la

⁴⁴ Bentham reconoce la necesidad de complementar la vigilancia con otras modalidades de incentivo para la normalización del individuo trabajador. Él defiende que para “*promover el espíritu del trabajo mediante todo un conjunto de penas y recompensas, entre las cuales el salario es solamente uno de los medios, destacar a los más productivos con todos recursos de una pedagogía infantil: condecoraciones y privilegios, concursos o premios; no tolerar nada que no sea útil, o sea, productivo y que no incremente la riqueza nacional, que es la creación del hombre y el triunfo de la industria sobre la pobreza humana*” (Théorie des peines, t. II, p. 250), PERROT En: TADEU, Tomaz (org.). *O Panoptico*. SILVA. 2ª ed., Belo horizonte, Autêntica, 2008, p. 161)

⁴⁵ Zygmunt Bauman relaciona el rol de la Ciencia en la comprensión de la Naturaleza, en que todo podría ser investigado de forma objetiva, como un aspecto precursor del racismo. La actividad científica era marcada por la tentativa de determinar el lugar exacto del hombre en la naturaleza por la observación, medida y comparación con los animales y el credo de la unidad entre el cuerpo y la mente. De ahí surgen la frenología (el arte de leer el carácter a partir de las medidas del cráneo) y la fisiognomía (leer el carácter a partir de la apariencia facial). BAUMAN, Z. *Modernidad y Holocausto*, 5ª ed., Madrid, Sequitur, 2010, p. 93.

estructura de poder de esas instituciones es exactamente la misma. Como reafirma Foucault, “no se puede decir que haya analogía, hay identidad”.⁴⁶

La disciplina, según Foucault, está compuesta por los métodos que permiten el control minucioso de las operaciones del cuerpo y garantizan la sujeción constante de sus fuerzas, de modo a imponer una relación de docilidad-utilidad.⁴⁷ Una vez que las sociedades disciplinarias tienen por finalidad el adiestramiento de los hombres y su transformación en cuerpos dóciles y alienados, ese nuevo poder se apoya más en los cuerpos y sus actos, con el objetivo de sacar de ahí, tiempo y trabajo. Aquí las reglas son la utilidad y el sometimiento de los individuos. “La disciplina aumenta las fuerzas del cuerpo (en términos económicos de utilidad) y disminuye esas mismas fuerzas (en términos políticos de obediencia)”.⁴⁸

Para cumplir con su función, los establecimientos disciplinarios utilizan instrumentos tecnológicos para la composición de las fuerzas, de modo que el espacio, las actividades y el tiempo son racionalizados,⁴⁹ con el fin de obtener un aparato eficiente. Todo eso con vistas a la nueva “economía del poder”, en la cual se ofrece de forma simultánea el crecimiento de las fuerzas dominadas y el incremento de la fuerza y eficacia de quién las domina.⁵⁰

El espacio, en general, es delimitado y cercado. El encierro pretende “proteger” a los individuos de la monotonía disciplinaria. En seguida, está la división espacial interna de acuerdo con criterios especializados de identificación o de actividad de cada individuo. La designación de un lugar singular, o sea, “la regla de los emplazamientos funcionales”, responde a la necesidad de vigilar los sujetos, de romper

⁴⁶ “Creo que es en el fondo la estructura de poder propia de estas instituciones la que es exactamente la misma. Y verdaderamente, no se puede decir que haya analogía, hay identidad. Es el mismo tipo de poder, se ejerce el mismo poder. Y está claro que este poder, que obedece a la misma estrategia, no persigue en último término el mismo objetivo”. (FOUCAULT, Michel. *Un dialogo sobre el poder y otras conversaciones*. Madrid, Alianza Editoriales. 1981, p. 65.)

⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 141. El nuevo modelo contraría los modelos anteriores que se apoyaba en los bienes y riquezas, o sea, en la tierra y sus productos, en la esclavitud (en que había una apropiación del individuo sometido); o en el modelo monástico (en que el trabajo tiene por finalidad garantizar renunciaciones con el aumento del dominio de cada cual sobre su propio cuerpo).

⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *idem*, p. 142.

⁴⁹ FOUCAULT, Michel. *ibidem*, pp. 139-174.

⁵⁰ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 10ª ed., Rio de Janeiro, Edições Graal. 1979, pp. 187/188.

las comunicaciones peligrosas y de crear un espacio útil. De modo que la disposición espacial facilita el control de la presencia o ausencia y de la actividad desarrollada por cada uno, de tres maneras: individualizada, de forma comparada a sus compañeros y de forma conjunta a la vez.

El “*principio de clausura no es ni constante, ni indispensable, ni suficiente*”,⁵¹ pues Foucault explica que el espacio es trabajado de una manera flexible y fina, dividiéndosele en tantas parcelas como cuerpos o elementos que haya a repartir. La unidad se establece por su posición en el orden, el cual es obtenida por la clasificación del individuo en el sistema (por su rango), y no por su territorio (unidad de dominación) o su local (unidad de residencia). La localización de cada sujeto es variable, una vez que los elementos son intercambiables, y mixta, pues además de un contexto real traduce la posición ocupada por el individuo en el contexto ideal de la organización. La localización no los implanta sino *los distribuye y los hace circular en un sistema de relaciones.*⁵²

La actividad es controlada por los horarios y por la garantía del empleo correcto del tiempo. La vigilancia de la actividad sigue las enseñanzas monásticas de control de los ritmos, de la ocupación y de sus ciclos de repetición del tiempo para que el tiempo sea realmente útil. Promuevese el uso del tiempo con buena calidad, sin impureza ni defecto.⁵³ Para eso el tiempo es dividido en periodos cada vez menores, de cuartos de hora a minutos y segundos. Cada acto es estudiado cuidadosamente para ser medido temporalmente y extraer de él la eficiencia máxima; o sea, para cada movimiento se determina la posición del cuerpo y de sus miembros, su amplitud, duración y orden de sucesión. La búsqueda de la mejor relación entre el gesto y la

⁵¹ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 146.

⁵² FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 149. “Al organizar las “celdas”, los “lugares”, y los “rangos”, fabrican las disciplinas espacios complejos: arquitectónicos, funcionales y jerárquicos a la vez. Son unos espacios que establecen la fijación y permiten la circulación; recortan segmentos individuales e instauran relaciones operatorias; marcan lugares e indican valores; garantizan la obediencia de los individuos pero también una mejor economía del tiempo y de los gestos. Son espacios mixtos: reales, ya que rigen la disposición de pabellones, de salas, de mobiliarios; pero ideales, ya que se proyectan sobre la ordenación de las caracterizaciones, de las estimaciones, de las jerarquías.” (FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, pp.151-152)

⁵³ “El tiempo medido y pagado debe ser también un tiempo sin impureza ni defecto, un tiempo de buena calidad, a lo largo de todo el cual permanezca el cuerpo aplicado a su ejercicio. La exactitud y la aplicación son, junto con la regularidad, las virtudes fundamentales del tiempo disciplinario.” (FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 155)

actitud global del cuerpo permite obtener la mejor condición de eficacia y rapidez de la actividad desarrollada. La utilización exhaustiva del tiempo está en sentido siempre creciente.

El control de la actividad y del tiempo es ejercido de forma ininterrumpida por los vigilantes que incrementan la presión sobre los individuos y buscan anular todo lo que les pueda perturbar o distraer. Los juegos y chistes entre los compañeros quedan prohibidos. Debe de haber una cuidadosa armonía entre el cuerpo y el objeto manipulado, pues los dos constituyen un complejo “cuerpo-arma”, “cuerpo-instrumento”, “cuerpo-máquina”. De manera que la construcción del reglamento disciplinario se confunde con la operación exigida. *“Y así aparece este carácter del poder disciplinario: tiene menos una función de extracción que de síntesis menos de extorsión que de vinculo coercitivo con el propio aparato de producción”*.⁵⁴ Los poderes de control y sancionador se confunden con el poder de mando. La sumisión está en la acción.

La sociedad disciplinaria plantea diversas indagaciones: *“¿Cómo capitalizar el tiempo de los individuos, acumularlo en cada uno de ellos, en sus cuerpos, en sus fuerzas o sus capacidades y de una manera que sea susceptible de utilización y de control?; ¿Cómo organizar duraciones provechosas?”*⁵⁵ entre otras. Para eso manejan cuatro procedimientos originarios de la organización militar: a) dividir la duración en segmentos, sucesivos o paralelos, cada uno de los cuales debe llegar a un término especificado; b) organizar estos trámites de acuerdo con un esquema analítico, en que se encadenan de forma sucesiva elementos tan simples como sea posible, combinándose según una complejidad creciente; c) finalizar estos segmentos temporales, fijarles un término marcado por una prueba que tiene por triple función indicar si el sujeto ha alcanzado el nivel estandarizado, garantizar la conformidad de su aprendizaje con el de los demás y diferenciar los dotes de cada individuo; d) disponer series de series, prescribir a cada una, según su nivel, su antigüedad y su grado, los ejercicios que le convienen, una vez que los ejercicios comunes tienen un papel diferenciador en que cada diferencia lleva consigo ejercicios específicos. Esos procedimientos exigen la creación de un programa de aprendizaje, con plazo definido de término, en que se

⁵⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 157.

⁵⁵ FOUCAULT, Michel. *Idem*, p. 161.

subdividen los grupos de individuos conforme el grado de dificultad, complejidad y conocimiento de cada uno. Además, ese conocimiento es transmitido de forma progresiva, es acumulado por medio de ejercicios⁵⁶ y comprobado periódicamente por pruebas, cuya superación exitosa es indispensable para acceder al nivel superior. De ese modo se configura una “historicidad evolutiva” en que la evolución temporal de las actividades es combinada a la acumulación del conocimiento de cada individuo. El objetivo es alcanzar una composición de las fuerzas productivas superior a la suma de las fuerzas singulares que la integran.⁵⁷

El cuerpo individual es un elemento articulado con los demás; como expresa Foucault, una pieza de una máquina multisegmentaria. Las series cronológicas de la disciplina deben formar un tiempo compuesto, en que el tiempo de unos, del que se extrae la cantidad máxima de fuerza, debe ajustarse al tiempo de los otros, obteniendo un resultado óptimo. En ese cuadro, hace falta un sistema preciso de mando. Los comandos son dados más con el uso de señales que de discursos, los cuales permiten una pronta reacción de los individuos sin ninguna posibilidad de cuestionamiento. Cualquier vacilación o duda son punibles.

El modelo militar penetra la sociedad civil en tiempos de paz y se convierte en un medio fundamental para prevenir la altercación civil. En el siglo XVIII, el sueño (pesadilla) de la sociedad perfecta se confunde con el de la sociedad militar: “*su referencia fundamental se hallaba no en el estado de naturaleza, sino en los engranajes cuidadosamente subordinados de una máquina, no en el contrato primitivo, sino en las coerciones permanentes, no en los derechos fundamentales, sino en la educación y formación indefinidamente progresivas, no en la voluntad general, sino en la docilidad automática*”.⁵⁸

⁵⁶ “El ejercicio es la técnica por la cual se imponen a los cuerpos tareas a la vez repetitivas y diferentes, pero siempre graduadas. ... El ejercicio permite una perpetua caracterización del individuo ya sea en relación con ese término, en relación con los demás individuos, o en relación con un tipo de trayecto.” (FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 165)

⁵⁷ “La disciplina no es ya simplemente un arte de distribuir cuerpos, de extraer de ellos y de acumular tiempo sino de componer unas fuerzas para obtener un aparato eficaz.” (FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p.16

⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 173.

2.2.1 - Los instrumentos del establecimiento disciplinario

La individualidad, tratada por la disciplina y fabricada a partir de los cuerpos de los sujetos, está dotada de cuatro características: “*es celular (por el juego de la distribución espacial), es orgánica (por el cifrado de las actividades), es genética (por la acumulación del tiempo), es combinatoria (por la composición de las fuerzas)*”.⁵⁹ Los individuos “encauzados” son al mismo tiempo objetos e instrumentos de poder. Para el éxito de ese emprendimiento, Foucault demuestra que los establecimientos disciplinarios manejan instrumentos simples: la vigilancia jerárquica, la sanción normalizadora y el examen.

2.2.1.a - La vigilancia jerárquica

La disciplina no es un poder triunfante en que la confianza de su superpotencia descansa en los excesos; todo lo contrario, “*es un poder modesto, suspicaz, que funciona según el modelo de una economía calculada pero permanente*”.⁶⁰ El cambio en la arquitectura de los edificios del siglo XVIII busca su mayor funcionalidad. En los edificios dirigidos a la normalización, la preocupación en la utilización de la mirada, de la constante vigilancia, emerge como uno de los instrumentos de poder (panoptismo).⁶¹

La fábrica adopta un modelo piramidal de la vigilancia jerárquica porque atiende a dos exigencias: la ordenación es completa, con la formación de una red sin lagunas, y es bastante discreta. Así el poder de vigilancia fabril se torna permanente, intenso y continuado a lo largo de todo proceso productivo. Pero el cambio fundamental

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *Idem*, p. 172.

⁶⁰ FOUCAULT, Michel. *Ibidem*, p. 175.

⁶¹ La constante vigilancia produce algo más que discapacitar la práctica del mal, en no quererlo. Como resume Michelle Perrot: “no poder es no querer”.(FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 10ª edição. Rio de Janeiro, Edições Graal. 1979, p. 217). “El panoptismo es el principio general de una nueva “anatomía política”, cuyo objeto y fin no es la relación de soberanía sino las relaciones de disciplina.” (FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p.1 92).

es que la mirada de los inspectores ya no viene desde el exterior, sino está en su interior, y además no recae solamente sobre la producción (índole, cantidad de materias primas, tipo de instrumentos utilizados, dimensiones y calidad de los productos), sino sobre “*la actividad de los hombres, su habilidad, su manera de trabajar, su rapidez, su celo, su conducta*”.⁶² Los operarios son controlados por los empleados encargados de la vigilancia que se dirigen a ellos de forma dura y con actitud de superioridad. Cuanto más grande es la complejidad de la fábrica y el número de trabajadores necesarios, más grande será la necesidad de especialización de esa función, con la creación de un cuerpo específico de empleados.

La vigilancia jerárquica también puede ser aparejada a la actividad que se va a desarrollar, como ocurría en los colegios, en que el alumno encargado de apuntar las faltas disciplinarias enseña a coger la pluma, guía la mano, corrige los errores, o el intendente, que vigila a los demás oficiales y a la actitud en general, también está encargado de acostumar a los recién llegados al estilo de los ejercicios de la escuela, etc.⁶³ La fuente del control no está en la cúspide, una vez que ésta mantiene una estrecha relación de apoyo y condicionamiento recíprocos con la base. El poder disciplinario funciona como una maquinaria en que el aparato entero lo produce y se organiza como un poder múltiple, automático y anónimo. Tal como la torre del Panóptico, el poder disciplinario compagina indiscreción y discreción. Pasa a ser indiscreto, ya que está por doquier y siempre alerta, sin dejar ninguna sombra o intervalo (incluso los encargados del control son controlados), y a la vez es discreto ya que su funcionamiento permanente es en buena medida silencioso. “*El poder disciplinario, gracias a ella [vigilancia jerarquizada], se convierte en un sistema “integrado” vinculado del interior a la economía y a los fines del dispositivo en que se ejerce*”.⁶⁴

2.2.1.b - La sanción normalizadora

⁶² FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 179.

⁶³ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 181.

⁶⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, pp. 181-182.

Según Michel Foucault, en toda sociedad disciplinar hay un pequeño mecanismo penal que no se confunde con el sistema penal judicial, por su objeto, finalidad y procedimiento. Esas organizaciones poseen leyes y delitos propios, con formas particulares de sanción y juzgado. Los actos dejados al margen por los grandes sistemas normativos, por su indiferencia, son aquí calificados y reprimidos. En el taller, escuela o cuartel, Foucault identifica toda una “*micropenalidad*” del tiempo (para los retrasos, ausencias, interrupciones de tareas, etc.), de la actividad (falta de atención, descuido, ausencia de celo), de la manera de ser (descortesía, desobediencia), de la palabra (charla, insolencia), del cuerpo (actitudes incorrectas, gestos impertinentes, suciedad) y de la sexualidad (falta de recato, indecencia) y procedimientos sutiles de punición que adoptan la forma del castigo físico leve a las privaciones menores y pequeñas humillaciones.

Todo lo que se aleja de la regla se convierte en desviaciones, y por lo tanto, en punible. La falta puede ser tanto un delito menor como una inaptitud para el cumplimiento de la tarea (en el plazo, forma o programa predeterminado). Son sancionables las fracciones más pequeñas de la conducta a la vez que se dona una función punitiva a los elementos en apariencia indiferentes del aparato disciplinario: “*que todo pueda servir para castigar la menor cosa; que cada sujeto se encuentre prendido en una universalidad castigable-castigante*”.⁶⁵

El castigo tiene como finalidad principal reducir las desviaciones al cumplimiento de las órdenes reglamentares y naturales. El orden reglamentar es definido por una ley, programa o reglamento y Foucault lo llama “artificial”. Éste se opone al orden natural, que es observable en los procesos naturales del aprendizaje, como su tiempo de ejercicio o nivel de aptitud. Los castigos presentan un carácter correctivo, y no represivo, y son isomorfos a la obligación incumplida. Siguen el orden del ejercicio y se manifiestan por el aprendizaje intensificado, multiplicado, varias veces repetido: “*Castigar es ejercitar*”.⁶⁶

⁶⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 183.

⁶⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 185.

La disciplina utiliza el castigo como un elemento del doble sistema de gratificación-sanción. Por ese artificio, establece la calificación y cuantificación de los comportamientos individuales según los valores del bien y del mal y alcanza el propio sujeto, o sea, va más allá de la valoración de los actos, permitiendo una jerarquización de los individuos buenos y malos. La distinción es explicitada a todos incluso por los rangos o puntuaciones atribuidos a cada individuo. Los rangos o sistema de puntuación clasifican y distinguen a los individuos a la vez que integran un sistema de recompensa y castigo, al permitir el ascenso y descenso, el avance y retroceso. Se trata de una “*microeconomía de una penalidad perpetua*” en que la disciplina, “*al sancionar los actos con exactitud, calibra los individuos “en verdad”; la penalidad que pone en práctica se integra en el ciclo de conocimiento de los individuos*”.⁶⁷

En razón de lo expuesto, Foucault concluye en que el observador no puede equivocarse por la reproducción de un pequeño tribunal en los establecimientos disciplinares, porque las disciplinas poseen un sistema punitivo distinto. La sanción normalizadora obliga a la homogeneidad, a la vez que individualiza y permite mensurar las desviaciones, diferencias y especialidades. La repercusión del sistema gratificación-sanción trasciende el sujeto con ella agraciado o castigado y alcanza a toda la comunidad por intermedio del ejemplo.

2.2.1.c - El examen

El examen, como herramienta de control, combina las técnicas de la vigilancia jerárquica y las de la sanción normalizadora. En él se reúne la superposición de las relaciones de poder y saber; permite la sanción sobre el individuo valorado, a la vez que ofrece el conocimiento al inspector sobre el perfil de ese mismo individuo. Cada individuo constituye un caso, objeto para un conocimiento y presa para un poder.⁶⁸ El examen es altamente ritualizado, pues allí vienen a unirse “*la ceremonia del*

⁶⁷ FOUCAULT, Michel. *Idem*, p. 186.

⁶⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 196.

poder y la forma de la experiencia, el despliegue de la fuerza y el establecimiento de la verdad".⁶⁹

El orden de visibilidad, encontrado antes en la sociedad de la soberanía, en que el poder monárquico se ejerce por la exposición del soberano por medio de la fuerza explicitada en los suplicios y en los trabajos forzados o en los relatos de las hazañas producidas; este orden se invierte en el poder disciplinario, en el cual se ejerce el poder de forma invisible y se torna visible el individuo sometido al análisis; en lugar de una epopeya se describe un dossier⁷⁰. La documentación producida revela la singularidad del individuo y posibilita igualmente su clasificación e identificación⁷¹ dentro del orden colectivo. El examen ilumina la importancia de la diferencia individual para el despliegue del poder disciplinario.

2.3 - La sociedad de control

A finales de la década de 1970, Foucault afirma que "*las sociedades disciplinarias son nuestro pasado inmediato*".⁷² Con esta aseveración pronosticara el

⁶⁹ FOUCAULT, Michel. *Idem*, p. 189.

⁷⁰ DREYFUS, Hubert. RABINOW, Paul. *Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995, p. 176. La transcripción de "*la existencias reales no es ya un procedimiento de heroicización; funciona como procedimiento de objetivación y de sometimiento*.(FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 196.)

⁷¹ "Gracias a todo este aparato de escritura que lo acompaña, el examen abre dos posibilidades que son correlativas: la constitución del individuo como objeto descriptible, analizable; en modo alguno, sin embargo, para reducirlo a rasgos "específicos" como hacen los naturalistas con los seres vivos, sino para mantenerlo en sus rasgos singulares, en su evolución particular, en sus aptitudes o capacidades propias, bajo la mirada de un saber permanente; y de otra parte la constitución de un sistema comparativo que permite la medida de fenómenos globales, la descripción de grupos, la caracterización de hechos colectivos, la estimación de las desviaciones de los individuos unos respecto de otros, y su distribución en una "población" (FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 195).

⁷² DELEUZE, Gilles. *Conversaciones: 1972-1990*, 3ª ed., Valencia, Pre-textos, 1999, p. 277. 'Control' es el nombre propuesto por Burroughs [William Seward Burroughs - 1914-1997] para designar el nuevo monstruo que Foucault reconoció como nuestro futuro inmediato." (*idem*, p. 277). Deleuze afirma que Foucault fue el primer a identificar ese cambio.

despunte de la sociedad de control, la cual es dibujada por Gilles Deleuze en el ensayo intitulado *Posdata sobre las sociedades de control* (1990).

En el capitalismo actual, disperso, volcado a los productos,⁷³ en el cual prevalece el trabajo inmaterial,⁷⁴ importa más la subjetividad de los trabajadores. Por tanto, la sociedad de control (y la empresa pós-taylorista) abandona el objetivo de moldear los cuerpos para asumir como reto la modulación de las mentes de los individuos. Como consecuencia, en cuanto el hombre de la disciplina era un productor discontinuo de energía, “*el hombre del control es más bien ondulatorio, en órbita sobre un haz continuo*”.⁷⁵

Saltase a la vista tres aspectos apuntados por Deleuze que revelan los cambios centrales del modelo de control, tomados en consideración respecto del modelo anterior: la vigilancia nómada, la sanción como sensación, el control continuado.

2.3.a - Vigilancia nómada

Para Foucault, la vigilancia es un aparato institucional dedicado a lograr el autodomínio del sujeto y su sujeción, un fenómeno a la vez individualizador y masificante, mientras se recaban todos los datos posibles que puedan hacerlo entrar en otro régimen de visibilidad. La vigilancia contemporánea, no obstante, se relaciona más a tecnologías que con instituciones.⁷⁶ El desarrollo tecnológico y la proliferación de aparatos de control públicos y privados resulta, por consiguiente, en la dispersión de la

⁷³ Las conquistas de mercado se hacen “por tema de control y no ya por formación de disciplina, por fijación de cotizaciones más aún que por baja de costes, por transformación del producto más que por especialización de producción” (DELEUZE, Gilles. *Conversaciones: 1972-1990*, 3ª ed. Valencia, Pre-textos, 1999, p. 278).

⁷⁴ LAZZARATO, Mauricio. *Trabalho imaterial: formas de vida e produção de subjetividade*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Lamparina Editora, 2013. pp. 64-68.

⁷⁵ DELEUZE, Gilles. *Conversaciones: 1972-1990*, 3ª ed. Valencia, Pre-textos, 1999, p. 278.

⁷⁶ ESTEBAN RODRÍGUEZ, Pablo. *¿Qué son las sociedades de control?* p. 2. Disponible en <<http://www.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/21.-Qué-son-las-sociedades-de-control.pdf>>. Acceso en 21.06.2014. Este modelo de vigilancia se ofrece como respuesta a la crisis humanitaria de los espacios de encierro, a guisa de ejemplo, la superpoblación de las cárceles.

vigilancia por doquier y la agudización del control. El paso de la vigilancia cerrada a la vigilancia genérica descrita en la distopía de los Estados totalitarios de George Orwell, en “1984”, está disponible para todos.

La gestión privada e individualizada de la seguridad pública⁷⁷ transforma a todos en Inspectores. La delación generalizada es promocionada como una acción noble y beneficiosa para el grupo social.⁷⁸ La incertidumbre de la inclusión accidental entre las categorías de riesgo o exclusión hace aflorar el delator en cada uno como única medida preventiva, pues, a fin de cuentas, se deben identificar los enemigos de la seguridad para no ser confundido con ellos.⁷⁹ El trabajo unísono y de común acuerdo entre lados antes opositores construye la vigilancia contemporánea que es implementada poco a poco, a modo consistente e inevitable.

Los riesgos a las libertades y a la democracia son relativizados y se verifica una epidemia de aparatos “vestibles” (móviles, tabletas, relojes y gafas inteligentes, por ejemplo), y de aplicativos en la red para la recogida de datos personales, muchos de contenido sensible (aplicativos para control de salud, financieros o de contenido social). El exceso de control externo al individuo es reforzado voluntariamente por su participación activa o, incluso, entusiástica.⁸⁰ En ese contexto, a la postre, el Panóptico se convierte de pesadilla en esperanza de nunca ser abandonado, expulsado o descartado.

⁷⁷ Las ciudades están sobrecargadas de aparatos electrónicos de vigilancia particular muchas veces conectados a ordenadores individuales por intermedio de la red.

⁷⁸ [...] “la delación deja de ser (como hasta hace muy poco) un acto oprobioso para quien la comete y se convierte en una acción noble y beneficiosa para el conjunto de la sociedad.”(CORTES, José Miguel G. *La ciudad cautiva. Control y vigilancia en el espacio urbano*. Trés Cantos (Madrid), Akal, D. L. 2010, p. 59.) Otros ejemplos encontrados en los Estados Unidos de America que menciona el autor, son páginas de internet en que están colgadas fotos de criminales sexuales por departamentos de seguridad americanos o simples carteles en estaciones de trenes en que se estimula la delación: “*If you saw something. Say something*”.

⁷⁹ “Necesitamos acusar para obtener nuestra absolución, excluir para evitar nuestra exclusión.” (BAUMAN, Zygmunt. *Vigilancia líquida*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2013, pp. 96-98.)

⁸⁰ “La burocracia se miniaturizó, es más flexible y la vigilancia se puede ejercer de manera discreta y hasta voluntaria por parte de sus víctimas(...). Mark Poster habla de un “Superpanóptico” que se extiende a lo largo y a lo ancho de la vida cotidiana de cualquiera, en la medida en que se abandona el encierro.” (ESTEBAN RODRÍGUEZ, Pablo. *¿Qué son las sociedades de control?* p. 2. Disponible en <<http://www.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/21.-Qué-son-las-sociedades-de-control.pdf>>. Acceso en 21.06.2014.) En consecuencia, proliferan estudios para compaginar la transparencia con la *privacy*, cuyo control sería *a posteriori*. (KAGAL, Lalana. SNEVIRATNE, Oshani. *Enabling Privacy through transparency*. Disponible en <<http://dig.csail.mit.edu/2014/Papers/PST-PETS/PETS.pdf>>. Acceso en 21.06.2014.)

Los espacios de control (“controlatorios”) no son variables e independientes, como los centros de encierros; ellos son variantes inseparables⁸¹. Las instituciones trabajan en red, y no de forma sistémica. Las fronteras entre los espacios públicos y privados se esfuman y la cifra o contraseña crece en importancia por permitir al sujeto acceder a determinada información, en determinado horario y lugar.⁸² El individuo, por consecuencia, está condenado al nomadismo.

En cuanto los espacios de encierro buscan moldear los individuos, los controles lo modulan, como un molde autodeformante en constante variación. El individuo se encuentra en permanente metaestabilidad. Como advierte Paul Virilio, la telepresencia deslocaliza la posición, niega el “aquí” en beneficio del “ahora”.⁸³

2.3.b - La sanción como sensación

El castigo tiene por objetivo reducir las desviaciones individuales y colectivas al cumplimiento de los órdenes reglamentares o naturales vigentes. En la sociedad soberana, se realizaba como un evento extraordinario en que el rey expresaba todo su dominio sobre la vida y la muerte de los ciudadanos. El castigo era cumplido por un verdugo frente a una muchedumbre. En la sociedad disciplinaria, el castigo asume la forma de una tecnología corriente, ejercida en determinado espacio y tiempo,

⁸¹ DELEUZE, Gilles. *Conversaciones: 1972-1990*, 3ª edición. Valencia, Pre-textos, 1999, p. 278.

⁸² “En cambio, en las sociedades de control, lo esencial ya no es una marca ni un número, sino una cifra: la cifra es una *contraseña (mot de passe)*, en tanto que las sociedades disciplinarias están reguladas mediante *con-signas (mots d'ordre)* (tanto desde el punto de vista de la integración como desde el punto de vista de la resistencia a la integración). El lenguaje numérico de control se compone de cifras que marcan o prohíben el acceso a la información. Ya no estamos ante el par “individuo-masa”. Los individuos han devenido “*individuales*” y las masas se han convertido en indicadores, datos, mercados o “*bancos*” (DELEUZE, Gilles. *Conversaciones: 1972-1990*, 3ª ed. Valencia, Pre-textos, 1999, p. 277) Este cambio queda bastante claro cuando en una situación de acoso moral, el trabajador que ocupa una posición de destaque en la empresa de repente es simplemente impedido de acceder a determinados datos o informes en su ordenador. El cuadro real y exterior de aparente continuidad de su condición laboral no refleja el radical cambio en la posición que ocupa en el organigrama de la empresa, el cual en ese caso se convierte antes de nada en un simple adorno.

⁸³ VIRILIO, Paul. *El ciber mundo, la política de lo peor*, 3ª ed., Madrid, Cátedra, 2005, p. 46.

para el condicionamiento de los cuerpos del individuo, ejemplo para los demás y movilidad en la clasificación (sistema de recompensa y castigo). La base de sus normas es el trabajo individual, el condicionamiento del cuerpo individual.

En la sociedad de control, el interés reposa sobre el control de la comunicación que incorpora a todos, del verdugo al individuo a ser normalizado, para la formación del conocimiento social general (*general intellect*).⁸⁴ En una comunidad de consumidores, de deseo y del goce de una vida plena de aventuras y oportunidades, el castigo es marcado por los medios de comunicación y se ocupa de la mente de los individuos.⁸⁵ Así como la obligación de consumir colma el espacio interno individual, o sea, el mensaje de la imposibilidad del individuo de vivir su propia vida de otra forma posible se presenta como un libre ejercicio de voluntad, el miedo a tener reducida la capacidad de consumo (castigo) también lo ocupa, produciendo el conformismo a la obligación de aceptar tareas indignas como única vía de supervivencia “digna”. “*Si las disciplinas moldeaban los cuerpos constituyendo hábitos principalmente en la memoria corporal, las sociedades de control modulan los cerebros y constituyen hábitos principalmente la memoria espiritual*”.⁸⁶

La constatación de que el capitalismo ha guardado como constante tres cuartas partes de la humanidad en extrema miseria permite que la normalización subjetiva sea realizada a diario por la “sensación” del castigo, a cargo de los medios de comunicación e información. En este gobierno del miedo, el castigo es reafirmado, exaltado bajo la condición de situación ejemplar para apaciguar la sensación de inseguridad de las calles, de la violencia del narcotráfico o del terrorismo, entre otros. La privacidad y las libertades, en las sociedades de control, pierden valor frente a los miedos por ella producidos y promocionados por los medios de comunicación. Y el

⁸⁴ LAZZARATO, Maurizio. NEGRI, Antonio. *Trabalho imaterial. Formas de vida e produção se subjetividade*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Lamparina Editora, 2013, pp 61-62.

⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona, Gedisa Editorial, 2008, p. 53-62.

⁸⁶ Lazzarato propone, entonces, situar las sociedades de control bajo el término de noopolítica (conjunto de las técnicas de control), cuya operatoria se basa más en grabar consignas variables en la memoria, a través de las tecnologías de información y comunicación, que en tallar consignas fijas en subjetividades encerradas.” (LAZZARATO *apud* ESTEBAN RODRÍGUEZ, Pablo. *¿Qué son las sociedades de control?*, p. 2. Disponible en <<http://www.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/21.-Qué-son-las-sociedades-de-control.pdf>>. Acceso en 21.06.2014. p. 6)

espacio de encierro por excelencia - la cárcel - se convierte simplemente en espacio de exclusión, sin ánimo de rehabilitación.⁸⁷

La “sensación” creada por el espectáculo del castigo inscribe la “sanción normalizadora” en el imaginario individual, en la mente del individuo con intención de condicionarle al consumo de los dispositivos ofrecidos a su combate, perpetuando el orden social dominante. La regulación punitiva de la sociedad se efectúa principalmente por medio de dispositivos panópticos cada vez más elaborados e invasivos. Como, por ejemplo, estos dispositivos, para los sectores empobrecidos del nuevo proletariado, están directamente integrados a los programas de protección y asistencia.⁸⁸

2.3.c - El control continuado

En la sociedad disciplinaria, el individuo siempre iniciaba un proceso dentro de cada establecimiento, pasando de uno a otro (de la casa a la escuela, de la escuela al cuartel, del cuartel a la fábrica, eventualmente al hospital o a la cárcel). Había el compromiso de las partes involucradas en la búsqueda por el desarrollo del individuo (sea, la salud, la disciplina, la enseñanza...), pues tanto el Inspector como el vigilado estaban encerrados con un proyecto a cumplir en un periodo de tiempo determinado. En la sociedad de control, no hay compromiso entre las partes en los espacios de convivencia, pues el individuo, así como el consumidor en su proceso de libre elección, es el único responsable por su futuro; futuro de efímeras y cambiantes promesas, en las que él jamás cumplirá la tarea.

⁸⁷ “La función de la cárcel es transformarse en un depósito de seres que sobran en el conjunto social.” (ESTEBAN RODRÍGUEZ, Pablo. *¿Qué son las sociedades de control?*, p. 2. Disponible en <<http://www.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/21.-Qué-son-las-sociedades-de-control.pdf>>. Acceso en 21.06.2014. p. 4).

⁸⁸⁸ ESTEBAN RODRÍGUEZ, Pablo. *¿Qué son las sociedades de control?*, p. 2. Disponible en <<http://www.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/21.-Qué-son-las-sociedades-de-control.pdf>>. Acceso en 21.06.2014. p. 4.

La sociedad de control “*modula y remodula de forma ininterrumpida, tanto el contenido del trabajo como las metas o las adquisiciones cognitivas del individuo*”.⁸⁹ Los controles son la modulación continuada y cambiante a ser observada por el individuo que sustituye el examen.⁹⁰ La “historicidad evolutiva”, tal como se ha constituido en la sociedad disciplinaria, se profundiza hoy como evidencia del progreso. Con las nuevas técnicas de sometimiento, la “dinámica” de las evoluciones continuadas reemplaza la “dinástica” de los acontecimientos solemnes del modelo de poder soberano.⁹¹ Si el examen es sustituido por el control continuado y la escuela por la “formación permanente”, ya no importa marcar el sujeto para ser moldeado en su individualidad con vistas a su articulación con la masa en la producción.

Por lo tanto, la diferencia en el rol de la historicidad evolutiva entre la sociedad disciplinaria y la actual corresponde a la finalidad de ambas. En el primer modelo de poder, la historicidad se evidenciaba como medio de conocimiento y poder en la búsqueda de la utilidad visada por la institución disciplinaria. Solo la ética del trabajo, el progreso del individuo en determinada área era su objetivo, del mismo modo que el conocimiento de la naturaleza (y uso) por el hombre se destinaba a obtener su libertad de los accidentes naturales y su felicidad. Actualmente, en la estética del consumo, el dominio del pensamiento tecnológico condiciona la historicidad evolutiva, la cual solamente pretende retroalimentar el progreso, sin finalidad específica, como un círculo vicioso, en que se asume como proceso automático e inacabado.⁹²

En conclusión, en cuanto la sociedad disciplinaria estuvo marcada por el capitalismo de concentración, dirigido a la producción de bienes y basado en la propiedad, la sociedad del control se caracteriza por un capitalismo disperso,⁹³ volcado

⁸⁹ ZARIFIAN, Philippe. Engajamento subjetivo, disciplina e controle. *En Novos estudos Cebrap*. Nº 64, nov. 2002, p.24.

⁹⁰ Deleuze ironiza: “Muchos jóvenes reclaman extrañamente ser 'motivados', piden más cursos, más formación permanente: a ellos corresponde descubrir para qué se los usa, como sus mayores descubrieron no sin esfuerzo la finalidad de las disciplinas” (DELEUZE, Gilles. *Conversaciones: 1972-1990*, 3ª edición. Valencia, Pre-textos, 1999, p. 280).

⁹¹ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 165

⁹² FERRY, Luc. La critique du monde de la technique chez Heidegger. *En Penser la technique*. (Thomas Ferenczi, org.) Paris, Édition Complexe, 2001, p. 55.

⁹³ En 1944, el dólar es la moneda-reserva mundial a paridad de U\$ 35 por onza troy de oro, en conformidad con el acuerdo de Bretton Woods. Sin embargo, en 1971 la administración Nixon adoptó

a la producción de servicios e interesado sobre todo en la especulación financiera, teniendo el dólar como moneda-reserva mundial. En esa realidad en que el mercado se conquista por el control, cuando se puede fijar los precios o transformar los productos, el departamento de ventas es efectivamente el alma de la empresa. El control es continuado e ilimitado, pero también de corto plazo y de rápida rotación. “*Ahora el instrumento de control social es el marketing*”.⁹⁴ El hombre no es más el hombre confinado sino el hombre endeudado.⁹⁵

3. La yuxtaposición de modelos: sociedad de la soberanía, sociedad disciplinaria y sociedad de control

La sucesión de un modelo social por otro no implica necesariamente el abandono de antiguas fórmulas de ejercicio del poder, sino su adaptación e incorporación con eficacia todavía más incrementada a la racionalidad del nuevo modelo. Para mejor explicar su punto de vista, Foucault describe la yuxtaposición de los procedimientos de combate a dos enfermedades con síntomas y consecuencias distintas: la lepra y la peste.⁹⁶ Para los leprosos el procedimiento de purificación y ordenación del

el sistema de cambios flotantes. De manera que hoy las tasas de cambio escapan al control de las autoridades nacionales o de agencias como la ONU para depender en exclusivo de los mercados. (AVELÁS NUNES, António José. *O Estado Capitalista e suas Máscaras*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 123/124; HARVEY, David. *A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 14ª edição. São Paulo, Loyola, 2005, p. 131.)

⁹⁴ DELEUZE, Gilles. *Conversaciones: 1972-1990*, 3ª edición. Valencia, Pre-textos, 1999, p. 279.

⁹⁵ DELEUZE, Gilles. *Idem*, p.280.

⁹⁶ En el enfrentamiento del epidemia de lepra, cuyo contagio es por contacto y se caracteriza por larga sobrevivencia al enfermo, el procedimiento adoptado era lo de la exclusión social de los infectados, con su confinamiento en sitios predeterminados, a fueras de la ciudad. Esa medida era suficiente como para alcanzar la purificación social y estancar la proliferación de la enfermedad. Cuando se trataba de epidemia de peste, cuyo óbito llega a corto plazo y el contagio se hace por contacto con personas u objetos, el procedimiento adoptado es disciplinar. En su estudio verifica el cierre de las personas con la división de la ciudad en secciones distintas en que establece el poder de un intendente. La calle está so inspección de un síndico, al cual incumbía la identificación de los residentes, sin cualquier excepción (nombre, sexo, edad) y su llamada individual diaria en cada residencia. Los habitantes deberían asomarse a la ventana para atestar su salud y vitalidad. Toda su actividad era registrada en informes enviados a los intendentes y magistrados. Allí se disponía todo: óbitos, enfermedades, quejas. Para cada zona había un médico responsable. Sin embargo ni los médicos ni los confesores o farmacéuticos podrían atender a los enfermos sin autorización de los intendentes y magistrados.

agrupamiento social consistía en el simple aislamiento de los enfermos a las afueras de la ciudad, el “exilio-clausura”. Para los acometidos de la peste, el procedimiento era una rigurosa vigilancia a diario de la salud y tránsito de los habitantes y de los profesionales involucrados en el tratamiento, que resultaba en informes administrativos a las autoridades. En la sociedad disciplinar los dos tipos de procedimientos se sobreponen, se hacen informes para identificar aquéllos que deben ser excluidos (“leprosos”) y los que deben ser normalizados (“acometidos de peste”), o sea mensurados, controlados y corregidos.⁹⁷ Esa forma de actuar seguramente incrementa la potencia del control.

La sociedad disciplinaria presenta un modelo de dominación distinto al de la sociedad de la soberanía. Entretanto, este mismo autor reconoce que el ejercicio del poder soberano sigue en la sociedad disciplinar, como ideología del derecho, y en sus códigos⁹⁸. La sociedad de control, por su vez, agrega la tecnología de los dos mecanismos anteriores y agudiza sus características cuando se desinteresa de las barreras arquitectónicas y el poder es enroscado al propio individuo sometido, alcanzando la normalización del conjunto de la sociedad.⁹⁹ Todos somos excluidos y normalizados a modo simultáneo por el acceso a determinados servicios como manera de promocionar el control dominante de la comunicación (y combatir intentos revolucionarios).

Pasados cinco días del inicio de la cuarentena, la casa era vaciada y purificada para que sus habitantes pudieran retornar e allí quedarse confinados y vigilados hacia el plazo final (FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, pp. 199-203).

⁹⁷ “De un lado, se “apestá” a los leprosos; se impone a los excluidos la táctica de las disciplinas individualizantes; y, de otra parte, la universalidad de los controles disciplinarios permite marcar quién es “leproso” y hacer jugar contra él los mecanismos dualistas de la exclusión. La división constante de lo normal y de lo anormal, a que todo individuo está sometido, prolonga hasta nosotros y aplicándolos a otros objetos distintos, la marcación binaria y el exilio del leproso; la existencia de todo un conjunto de técnicas y de instituciones que se atribuyen como tarea medir, controlar y corregir a los anormales, hace funcionar los dispositivos disciplinarios a que apelaba el miedo a la peste.” (FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 203)

⁹⁸ “Los poderes se ejercitan en las sociedades modernas a través, a partir y en el mismo juego de esta heterogeneidad entre un derecho público de la soberanía y una mecánica polimorfa de las disciplinas.” (FOUCAULT, Michel. *Microfísica del poder*. Madrid, Las Ediciones de la Piqueta, 1979, p. 150). Para mejor comprensión del tema ver también las paginas 149- 152.

⁹⁹ “El individuo normalizado no es solamente el que trabaja, está en un manicomio, una celda, la escuela, las fuerzas armadas, como señala Foucault, sino también el individuo, varón o mujer, en su casa, en el juego, en todas las actividades de la vida cotidiana”. POSTER, Mark. *apud* ESTEBAN RODRÍGUEZ, Pablo. *¿Qué son las sociedades de control?* p. 2. Disponible en <<http://www.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/21.-Qué-son-las-sociedades-de-control.pdf>>. Acceso en 21.06.2014. p. 2.

En resumen es interesante destacar como en el orden soberano la excelencia de las personas encargadas del poder (dignidad) estaba vinculado a su visibilidad, sea a modo de espectáculos, sea a modo de epopeyas; visibilidad que les aseguraba su individualización dentro del orden medieval. La individualización se intensificaba a medida que el individuo ascendía en el orden socio-político.

En el orden disciplinario todo pasa al revés. La visibilidad es inversamente proporcional al peso político del individuo. Los individuos sometidos son aquéllos a quién se pone en evidencia, en cuanto el opresor se oculta bajo cortinas,¹⁰⁰ para de ahí extraer relatos que no configuran hechos grandiosos sino que se pierden en detalles; relatos que no resaltan las hazañas sino las anormalidades, las desviaciones. Estar en un informe de una sociedad disciplinaria significa, por lo tanto, estar en una posición débil, similar a de un niño, enfermo o encarcelado. En esa sociedad, cuanto mayor es la visibilidad o individualización, mayor es el riesgo a la ofensa a la dignidad del hombre.

En la sociedad de control, en que la visibilidad de todos (y, a veces, para todos) forma parte de la propia organización social, la dignidad humana se vincula al control de los datos individuales y estadísticos y del tránsito de la comunicación. El derecho a la supresión y la autodeterminación informática son algunos de los reclamos que posibilitan al individuo obtener más opacidad y, por consecuencia, organizarse libremente.

Los dispositivos de la sociedad del control son encontrados en la empresa. Como se podrá claramente verificar por el análisis de los modelos de gestión de la mano de obra, la fluidez de la sociedad de control intensifica los mecanismos de vigilancia a servicio de la empresa. En el “centro de trabajo”, el control (así como las disciplinas) ha despegado con toda fuerza su papel de contraderecho, enfatizando el estado de permanente desequilibrio entre capital y trabajo, que ya cuenta con la imposibilidad de alternancia del poder. La empresa gestiona y controla su público interno y externo, como el Estado, sin pretensiones de reforma de los sujetos a ella sometidos, pues la

¹⁰⁰ En la obra 1984, George Orwell bien retrata esa situación cuando O'Brien tiene la posibilidad de apagar la telepantalla (*teidoatitalia*) que vigilaba el salón de su casa. Ese privilegio, aunque sea a corto plazo, es percibido con sorpresa por Winston Smith y Julia. “Julia lanzó una pequeña exclamación, un apagado grito de sorpresa. En medio a su pánico, a Winston le causó aquello una impresión tan fuerte que no pudo evitar estas palabras: - ¿Puedes cerrarlo? – Sí – dijo O'Brien -, podemos cerrarlos. Tenemos ese privilegio.” (ORWELL, George. Nineteen eighty-four/ 1984. Barcelona, Destino, 2008).

manipulación del trabajador se realiza por la metaestabilidad del contrato, por medio del discurso de la responsabilidad individual y de la construcción de su identidad, convirtiéndolo en un individuo dócil y útil únicamente por el plazo suficiente a la explotación máxima de su fuerza de trabajo.

4. Las formas de organización de la mano de obra

El desarrollo tecnológico en larga escala solamente fue posible por intermedio de la amplia utilización de establecimientos disciplinarios. Por el uso de la disciplina, el hombre alcanzó niveles de confort, velocidad de información y desplazamiento más allá de sus límites físicos, lo que refuerza el aspecto productivo del poder en la construcción de objetos, conocimiento y placer. Sin embargo, el conocimiento no siempre acarrea beneficios colectivos; también se incrementan los niveles de desigualdad social y degradación ambiental.

Las empresas conviven con igual paradoja en torno al desarrollo tecnológico. La informatización creciente permite la racionalización de la actividad del individuo y facilita su trabajo, posibilitando un mejor control de la calidad y del desperdicio. No obstante, esa misma tecnología informática consume plazas de trabajo, incrementa la velocidad de la fábrica y retira del trabajador el control del ritmo de la producción; o sea, se revela como una herramienta esencial en la expropiación del trabajador en cuanto al único bien del que es poseedor: el conocimiento sobre su trabajo.

Ejercer el control del sujeto, en todas sus formas de expresión (actividad, producción, comportamiento, conocimiento), con vistas a moldear su pleno ajuste a los objetivos de la fábrica con el mínimo de pérdidas, lograr obtener la sincronía perfecta en las actividades de grupo y a modo simultáneo aislar cada individuo a fin de obstaculizar cualquier formación de lazos horizontales solidarios, incrementar el ritmo de producción optimizando el tiempo de trabajo, todo ello sigue siendo sin duda los deseos del empresario moderno. El ideal del panoptismo, de concepción de cuerpos dóciles y mudos, hoy es solamente la superficie de la utopía empresarial, la empresa quiere

avanzar para apropiarse del alma, del sueño del trabajador; o sea, desea su total compromiso con el proceso productivo como si fuera el dueño del negocio. De esa forma, el trabajador es instigado a dedicarse a la producción como el mayor bien de su vida.

La evolución de los modelos de gestión de la mano de obra vigente a finales del siglo XIX y durante el siglo XX retratan de forma creciente y visible ese objetivo. La racionalización de la actividad productiva aporta como referencia inevitable a estudiosos como Taylor (taylorismo), Ford (fordismo) e Taiichi Ohono (toyotismo). Los tres estudiosos elegidos tienen sus nombres relacionados a los principales modelos de gestión de la mano de obra en la empresa. En todos los modelos, la racionalización y sistematización del poder de dirección busca un incremento de la producción y de la disciplina en la fábrica, usando herramientas simples, como las descritas por Michel Foucault, para la sociedad disciplinar, o de herramientas tecnológicas aplicadas en la sociedad de control, que aquí se manifiestan por intermedio de una forma peculiar de organización de la empresa, de un sistema de vigilancia y de la manipulación psicológica¹⁰¹.

4.1 – El taylorismo

Las primeras manufacturas crearon métodos empíricos de gestión del personal, ejerciendo el control por intermedio de pocos supervisores ubicados principalmente en las puertas del establecimiento, para el control del uso del material y de la calidad del producto. Los trabajadores con dominio de oficios más calificados

¹⁰¹ Para profundizar el tema de los modelos de organización de la mano de obra véase: COCCO, Giuseppe. MALDEOJO, Carlo Vercellone. *Los paradigmas sociales del posfordismo*. Disponible en <www2.cddc.vt.edu/digitalfordism/fordism_materials/cooco_vercellone.htm> . Acceso en 10.7.2005; WILLMOTT, H. La fuerza es la ignorancia, la esclavitud es la libertad: la gestión de la cultura en las organizaciones modernas. En *Vigilar y organizar. Una introducción a los Critical Management Studies*. Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2007; HELOANI, José Roberto. *Gestão e organização no capitalismo globalizado: história da manipulação psicológica no mundo do trabalho*. São Paulo, Editora Atlas, 2003; LIPIETZ, Alain O Mundo do pos-fordismo. En *Indicadores econômicos FEE*, v.24, n.4, fev. 1997; HIRATA, Helena. ZARIFIAN, Philippe. Força e fragilidade do modelo japonês. En *Estudos Avançados*, v.5, n.12, p.173-185, maio/ago. 1991.

controlaban el ritmo de la producción, interrumpiendo el trabajo cuando les apetecía y en algunos casos dictando el precio del servicio. El principal cuestionamiento de los empleadores iba en contra la pereza de los operarios: ¿Cómo hacerlos trabajar?¹⁰²

Como método de convencimiento de los nuevos trabajadores de la fábrica, Zygmunt Bauman revela la utilización de la ética del trabajo como discurso para imponer la razón moderna contra la irracional, ignorante, insensata e imperdonable resistencia al progreso de los artesanos acostumbrados a una vida sencilla. La ética del trabajo parte de dos premisas explícitas y de presunciones tácitas. La primera premisa afirma que si se quiere conseguir lo necesario para vivir y ser feliz, hay que hacer algo que los demás consideren valioso y digno de un pago. Nada es gratis. Como refuerzo, la segunda premisa afirma que está mal, que es necio y moralmente dañino, conformarse con lo ya conseguido y quedarse con menos en lugar de buscar más. Es irracional y inaceptable dejar de esforzarse después de haber alcanzado la satisfacción. El descanso objetiva solamente reunir fuerzas para seguir trabajando.

La primera presunción tácita es que la gente tiene una capacidad de trabajo que vender y puede ganarse la vida ofreciéndola para obtener a cambio lo que merece. El trabajo es el estado normal de los seres humanos. No trabajar es anormal. La segunda presunción sostiene que sólo el trabajo cuyo valor es reconocido por los demás tiene valor moral consagrado por la ética del trabajo.¹⁰³

¹⁰² Los empleadores adquirieron máquinas con la pretensión de vencer la resistencia operaria. La reacción de los operarios y trabajadores fue inmediata por intermedio de la inercia en el seno de la fábrica, con resultado de productos de baja calidad y alto coste, y a las afueras de sus puertas, por intermedio de solicitudes, carteles e interdicciones de los poderes públicos con el fin de que se garantizaran los puestos de trabajo. Como medida extremada, los trabajadores (mujeres y niños) optaron por la destrucción de las máquinas (luddismo) o por su aprensión temporal (luddismo simbólico), cuando no por incendiar todo el complejo fabril. El luddismo propiamente dicto, donde es el propio maquinario que está en juego, reduce en sí a poca cosa. [...] El luddismo es más importante en 1848, cuando asume facetas particularmente graves, al imagen de la duración de la crisis y de la esperanza despierta por la nueva República. En Lyon, Saint-Etienne, Reims, Elbeuf, Romilly, Lodève ..., arden las fábricas”(PERROT, Michelle. *Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros*, 3ª edição. São Paulo, Paz e Terra, 2001, p. 37). Según la misma autora, las primeras fábricas que utilizaron máquinas eran aquellas que utilizaban la mano de obra femenina e infantil, pues más sumisa. (PERROT, Michelle.VV.AA. El ojo del poder. En *El Panoptico*, 2ª. edición. (BENTHAM, Jeremias) Madrid, Las ediciones de la Piqueta, 1989, p. 25)

¹⁰³ BAUMAN, Zygmunt. *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona, Gedisa Editorial, 2008, pp. 17-71. Robert Castel presenta, también, las prácticas coercitivas para la construcción de la metamorfosis de la cuestión social. (CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*, 4ªedición, Petropolis,RJ, Editora Vozes, 1998).

Con fundamento en la ética del trabajo, en 1911, pasados años de investigación en fábricas, Taylor publica el libro *The principles of scientific management*. Influenciado por el positivismo y por la ciencia, establece leyes universales para la organización de las actividades de los trabajadores obreros, como por ejemplo “la ley de la fatiga”.¹⁰⁴ Todos los gestos de los trabajadores son cronometrados, apuntados y analizados. La finalidad es alcanzar la mayor producción, comprometiéndose la salud del trabajador a lo mínimo. Las innovaciones de ese modelo son principalmente dos: la institución de la figura del cronometrista y la remuneración por pieza, las cuales rompen la autonomía del trabajador y estimulan la producción para alcanzar el mínimo necesario a ser ganado.

En refuerzo a las diversas técnicas científicas de producción, Taylor presenta la finalidad común del capital y del trabajo; o sea, la prosperidad, como discurso de la manipulación subjetiva. La intensificación del uso de instrumentos de control disciplinario se justifica, pues ambos sujetos de la relación de trabajo se quedan fortalecidos con la mutua cooperación. La cooperación se convierte en eficiencia y perfeccionamiento personal y los mecanismos disciplinarios ganan en importancia con la necesidad de incremento del ritmo de trabajo del operario conforme sus habilidades. Para eso se crea una instancia clasificadora de habilidades y potencialidades de cada operario y la organización de un conjunto de conocimientos, almacenados en el departamento del planeamiento de organización y trabajo, destinado a seleccionar los candidatos y a articular las potencialidades individuales con el ritmo de la producción de forma propiciar su maximización.¹⁰⁵

En la búsqueda de la mayor eficiencia, Taylor propone un sistema de premios y recompensas económicos a los trabajadores cuando se alcanzan los patrones exigidos y un incentivo más cuando son superados, siguiendo los pasos del principio de utilitarismo de Jeremy Bentham. Esos procedimientos caracterizan la administración científica en la cual la responsabilidad por la ejecución del trabajo es traspasada completamente del trabajador para la dirección de la fábrica, con estricta separación entre la idea (planeamiento y organización del trabajo) y la práctica (su ejecución).

¹⁰⁴ La ley da fatiga defiende una vinculación inversa entre la carga suspendida y el período de tiempo en que es sostenida.

¹⁰⁵ HELOANI, José Roberto. *Gestão e organização no capitalismo globalizado: história da manipulação psicológica no mundo do trabalho*. São Paulo, Editora Atlas, 2003, p. 31.

El modelo de Taylor adopta los instrumentos de los establecimientos disciplinarios y concentra su atención en los cuerpos de los operarios, cuyo control se realiza por la vigilancia y evaluación presencial y directa de cada operario por su supervisor y por los cronometristas. Este modelo desconsidera la fatiga mental del trabajo y la descalificación profesional del trabajador, además de facilitar la degradación salarial por fuerza del aumento del contingente de mano de obra disponible y del incremento de la producción. En consecuencia crecen los movimientos colectivos, los cuales son duramente reprimidos por leyes y por el uso de la fuerza policial pública o privada.¹⁰⁶ De toda manera, su implantación a larga escala se consolida durante la Primer Guerra Mundial, con la adopción de la mano de obra femenina y ante la debilitación de alguna discusión a causa de las urgentes necesidades sociales.

4.2 – El fordismo

Henry Ford incorpora la mecanización a los principios del taylorismo e introduce lo que conocemos como fordismo: un proceso de trabajo basado en la cadena de producción semiautomatizada. La teoría de la eficiencia o los principios económicos del fordismo proclaman las siguientes leyes: a) de la intensificación, b) de la productividad y c) de la economicidad. La ley de la intensificación consiste en reducir el tiempo de la producción, con el empleo inmediato de los equipos y materias primas y la rápida colocación de los productos en el mercado. La ley de la productividad se traduce en la optimización de la capacidad productiva de cada trabajador en la línea de montaje, o sea, principalmente en la aceleración del trabajo al ritmo de la cinta automática. Y la economicidad tiene por objetivo reducir el volumen de materia en transformación, con la oferta y la venta de la mercancía antes del pago de los salarios y de las materias-primas. La novedad de ese modelo se dirige hacia dos aspectos fundamentales: el

¹⁰⁶ Michelle Perrot relata el aumento de los reclames colectivos en contra la disciplina del inicio del siglo XX en Francia: en 1907, los reglamentos y multas están en el ojo de los movimientos paredistas, hay un incremento de los incidentes con los agentes de fiscalización o vigilancia, los operarios requieren la retirada de las divisas morales plegadas en las paredes de las oficinas, no toleran palabras duras y la arbitrariedad. Quieren ser tratados con dignidad. (PERROT, Michelle. *Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros*, 3ª edição. São Paulo, Paz e Terra, 2001, p.73.)

relevante rol de la máquina (cinta automática) y el nuevo operario que expresa su opinión y es reconocido por la dirección entre la masa de trabajadores.

Es el momento del período llamado “modernismo heroico” en el que la creencia en la perfección de la racionalidad humana es reemplazada por el mito de la racionalidad incorporada a la máquina, en la tecnología, ganando cuerpo el discurso de construcción de una nueva sociedad, incluso por intermedio de la destrucción del viejo orden (“destrucción creativa” de Nietzsche). La fábrica de Ford perseguía reducir el desperdicio de tiempo a lo mínimo, lo que posibilitaba el incremento de la *plusvalía* relativa.¹⁰⁷ Los trabajadores eran posicionados conforme el orden de la operación; y el trabajo (piezas y herramientas) se les acercaba por la cinta automática. “*Ningún operario debe ser obligado a dar un paso más, nadie debe bajarse*”.¹⁰⁸

La individualización de la actividad y la concentración operaria resultaban en la posibilidad de resistencia o sabotaje de los trabajadores. Este mecanismo dificultaba la identificación del origen de los defectos, además de propiciar la influencia de los trabajadores en los ritmos de la producción por intermedio del aumento del absentismo, retrasos e inmovilizaciones técnicas en la línea de montaje. Con el objetivo de evitar la solidaridad horizontal, Ford mezcla en la línea de montaje trabajadores con idiomas distintos e instituye un Servicio Especial, compuesto por 3.600 hombres, con la función de espiar y cazar líderes obreros interna y externamente a las unidades de la *Ford Motor Company*.¹⁰⁹

Pero la marca más fuerte del fordismo era el día de ocho horas a cinco dólares. Ford percibe que la producción en masa significa un consumo en masa y pone en práctica el discurso de la comunión de intereses entre capital y trabajo. Con el

¹⁰⁷ La plusvalía absoluta es obtenida con la prórroga de la jornada de trabajo o reducción de la remuneración, lo que a corto plazo agota al trabajador (deteriora su capacidad y disminuye su utilidad). La plusvalía relativa es una forma más sofisticada de explotación. Ella conjuga dos procesos. Califica al trabajador e intensifica su actividad. El trabajo se convierte en una actividad más compleja de modo a que una hora de ejercicio de este trabajo corresponda a varias horas de un trabajo más sencillo, ejecutado por profesionales menos calificados. (BERNARDO, João. *Democracia totalitária: teoria e prática da empresa soberana*. São Paulo, Cortez, 2004). Sin majoración de la jornada, incrementa-se el tiempo de trabajo efectivo.

¹⁰⁸ Traducción libre. HELOANI, José Roberto. *Gestão e organização no capitalismo globalizado: história da manipulação psicológica no mundo do trabalho*. São Paulo, Editora Atlas, 2003, p. 56.

¹⁰⁹ HELOANI, José Roberto. *Gestão e organização no capitalismo globalizado: história da manipulação psicológica no mundo do trabalho*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 53.

consentimiento de los sindicatos, por intermedio de acuerdos colectivos, repasaba parte de la productividad a los operarios a cambio del compromiso con el ritmo de la producción. La remuneración de su operario (empleado del sexo masculino, con más de seis meses de trabajo y con el mínimo de 21 años de edad) era fija y correspondía al doble del valor pagado en el mercado en 1914. La limitación de la jornada tenía por objetivo propiciar tiempo para que sus subordinados actuaran como consumidores, principalmente de sus propios productos, contribuyendo a la formación de una nueva sociedad que surgía: la sociedad de consumo en masa.

Para asegurar un patrón estable de consumo necesario, Ford vigilaba las condiciones emocionales del trabajador, adentrándose en su vida privada. La vigilancia privada era realizada por inspectores domiciliarios, cuyo número alcanzó a 150, encargados de conocer las costumbres de sus empleados y verificar si seguían mereciendo la paga correspondiente.¹¹⁰ Ford entendía que su modo de tratar el operario era equitativo, pues la vigilancia se aumentaba en la misma medida en que se aumentaban los salarios.

La industria de Ford fue más lejos en el interés de moldear a los individuos y crea tres tipos de escuelas: *la escuela Ford*, para los hijos de los empleados, huérfanos e interesados, en que se pagaba una beca de 7,20 dólares semanales, *la escuela de servicio* para trabajadores extranjeros de las sucursales y *la escuela de aprendizaje* para formar herramienteros. Ford inaugura la “educación corporativa”: “Así, *no se producían solamente coches fiables en larga escala, pero además se garantizaba la oferta continuada de trabajadores disciplinados y dependientes económica y emocionalmente de la organización*”.¹¹¹

4.3 – El modelo toyotista

¹¹⁰ El concubinato era prohibido y cualquier desarmonía matrimonial o indicio de alcoholismo era sancionado con la rebaja salarial.

¹¹¹ HELOANI, José Roberto. *Gestão e organização no capitalismo globalizado: história da manipulação psicológica no mundo do trabalho*. São Paulo, Editora Atlas, 2003, p.53.

El modelo siguiente es el de la empresa flexible, basada en el toyotismo, que incorpora los modelos anteriores de forma sobrepuesta con la intensificación del control en la empresa por mecanismos psicológicos y tecnológicos.

El rasgo común a todos los modelos es la centralización del conocimiento y de la dirección de la mano de obra. La innovación en ese aspecto se concentra en el uso de la tecnología para mantener el ritmo de la producción y los nuevos espacios colectivos de trabajo con reflejo en la organización del cuerpo de personal destacado para el control de los trabajadores. Con la experiencia adquirida en el taylorismo - en el cual los trabajadores tenían sus gestos cronometrados y vigilados por personal especializado para asegurar que el trabajo se desarrollara en el “justo tiempo”-, y en el fordismo - en que el ritmo de producción se garantizaba por la cinta transportadora, lo que ya permitió la reducción del personal de control-; en el toyotismo, el control alcanza la subjetividad del trabajador y la reducción de la plantilla de controladores internos, que componen los niveles jerárquicos intermedios, se acentúa, pues el control de los trabajadores se realiza en espacios colectivos y por medios tecnológicos internos de información y comunicación.

En el modelo reinante, la ética del trabajo (que se armoniza con establecimientos disciplinarios en que se pretende moldear a la gente a un comportamiento monótono y rutinario) cede paso a la estética del consumo, en que la ausencia de rutina y un estado de elección permanente constituyen las virtudes esenciales y los requisitos indispensables de un auténtico consumidor.¹¹²

El control directo del empleado se establece en los espacios colectivos de trabajo. Los trabajadores son organizados en equipos de trabajo y allí deben desenvolver habilidades suficientes para ocupar cualquier función reclamada a su equipo (movilidad interna) con incorporación de trabajos de mantenimiento, lo que permite la absorción del absentismo por el resto de componentes del grupo y la utilización integral de la fuerza de trabajo, con reducción de costes.

¹¹² BAUMAN, Zygmunt. Trabajo, consumismo y nuevos pobres. Barcelona, Gedisa Editorial, 2008, p. 45.

Los diversos equipos de un mismo sector compiten entre sí y el equipo ganador “se lleva todo”, que en general son premios pecuniarios.¹¹³ Los equipos perdedores no obtienen nada o, en algunas hipótesis, se les impone una humillación o un castigo desmoralizante.¹¹⁴ La forma de organización de la mano de obra y del pago exige que los propios trabajadores vigilen a sus compañeros y se les reclame la productividad requerida para recibir la complementación remuneratoria ofrecida. Cuando uno no produce lo suficiente, sus compañeros, que formalmente no tienen poder de decisión sobre el destino del trabajador, adoptan comportamientos hostiles para que este rápidamente adquiera la velocidad y calidad de producción necesaria o voluntariamente se retire del equipo.

El control colectivo no acaba ahí. También se reproduce en una dimensión macro: o sea, en los “círculos de calidad”. En el nuevo modelo, la empresa establece espacios de participación (“Total Quality Management” - TQM),¹¹⁵ en que los trabajadores son obligados a debatir sobre el producto o forma de trabajo. Esos son los momentos destinados a la práctica y exhibición pública del compromiso con la empresa. El trabajador que no participa recibe el sello de “sospechoso”, pues aquél que no es participante no está bastante comprometido con la cultura de la organización.

El funcionamiento de los espacios colectivos (micro y macro) es estimulado por los principios de la cultura corporativa, en que se dicta cómo los empleados, llamados “colaboradores”, deben pensar y sentir acerca de lo que producen. Los colaboradores son estimulados a que se involucren en un proceso complejo de

¹¹³ “Esta clase de competencia interna lleva a lo que el economista Robert Frank llama ‘recompensas en las que el ganador se lleva todo: los premios sólo van a parar al equipo ganador, y no hay premios de consolación, o son muy pocos’”. (SENNETT, R. *La cultura del Nuevo Capitalismo*. Barcelona, Anagrama, 2006, p. 49)

¹¹⁴ En la jurisprudencia brasileña son innumerables las demandas que presentan la utilización de medidas motivadoras inmorales para castigar a equipos de trabajadores que no alcanzaran los niveles de productividad exigidos (niveles que en general son puesto a tope, al cual mismo el equipo ganador alcanza solamente un porcentual), tales como la obligación de vestir un disfraz y marchar por toda empresa, la obligación de poner un trofeo en forma de tortuga o cerdo sobre la mesa de trabajo, entre otros. Los casos fueran encontrados en todo el país, entre los cuales se puede ver las siguientes sentencias: TRT 01051-2004-022-03-00-1 (TRT 22ª Região); RO 1486/2001, TRT-PR-RO-05262/2001, RO 5262/2001, RT 6318/99 e RT 6318/99 (TRT 9ª Região); TRT RO-01797-2003-002-18-00-8 (TRT 18 Região).

¹¹⁵ Total Quality Management, “se puede definir como un método de dirección que busca el éxito a largo plazo gracias a la satisfacción del cliente. Se basa en la participación de todos los miembros de la organización en la mejora de los procesos, de los productos, de los servicios y de la cultura de su propia organización.” (BELZUNEGUI ERASO, Angel. *Teletrabajo: estrategias de flexibilidad*. Madrid, CES, 2002, p. 178)

“ingeniería social”, “un proceso que 'estructura situaciones laborales mediante la formación intensiva, la planificación, la educación permanente, y la utilización de diversas técnicas de gestión de recursos humanos'” (informalismo tecnocrático).¹¹⁶ Lo que refuerza la crítica de Auvergnon de que actualmente muchas empresas quieren imponer un nuevo tipo de conformismo social, moldeando trabajadores “correctos”, integrados y disponibles que incorporen el ritmo y colores de la empresa en su vida privada. La cultura de empresa y la responsabilidad social serían discursos para la absorción de la persona por su vida laboral,¹¹⁷ un proceso de fidelización.¹¹⁸ Por decirlo de otro modo, los trabajadores son incentivados a construir su identidad (proceso de autodefinición e individualización)¹¹⁹ con valores que interesan a la empresa como forma de compensar el mundo de incertidumbres e inseguridad en que se vive y terminan por asumir *obligaciones extras*.

Los estudios críticos de ese modelo atribuyen a la empresa rasgos totalitarios, en que los espacios de control se amplían y diluyen por toda la estructura organizacional. La utilización de las nuevas tecnologías de la información y

¹¹⁶ Este es el concepto de Heydebrand del “informalismo tecnocrático”, adoptado por Willmott (WILLMOTT, H. La fuerza es la ignorancia, la esclavitud es la libertad: la gestión de la cultura en las organizaciones modernas. En *Vigilar y organizar. Una introducción a los Critical Management Studies*. Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2007, p. 118.)

¹¹⁷ “... en realidad, actualmente muchas empresas no tiene como único objetivo la producción y la venta, sino que imponen, a su vez, un nuevo tipo de conformismo, un modelo de trabajador “correcto”, integrado, disponible, por el cual se considera normal llevarse a casa, al final de la jornada o al final de la semana, el trabajo no finalizado, de vestirse con los colores de la empresa, de vivir al ritmo de la empresa. El desarrollo de la ‘cultura de empresa’ y más recientemente de la temática de la ‘responsabilidad social de la empresa’(...) participan de la absorción de la persona asalariada por su vida laboral.” (AUVERGNON, P. Poder de dirección y respeto a la persona asalariada. En *Relaciones Laborales*, n. 19-20, año XXI, 2005, p. 35)

¹¹⁸ El proceso de fidelización del trabajador es “un proceso que asume un lado positivo, incentivado mediante la difusión de formas de participación y/o retribución ligada al rendimiento empresarial, pero también encuentra su lado negativo que se manifiesta a través de las obligaciones extra que asume el trabajador en virtud del nuevo look adoptado por la moderna empresa.” (LOY, G. El dominio ejercido sobre el trabajador. *Relaciones Laborales*, n. 19-20, año XXI, 2005, p. 68)

¹¹⁹ Manuel Castells distingue la identidad de los roles. Los roles “se definen por normas estructuradas por las instituciones y organizaciones de la sociedad”, por ejemplo el rol de trabajador, padre, marido, entre otros. Las identidades, por otro lado, “son fuentes de sentido para los propios actores y por ellos mismos son construidas mediante un proceso de individualización.” Las identidades establecen son fuentes de sentido más fuertes pues suponen “proceso de autodefinición e individualización”. (CASTELLS, M. *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. El poder de la identidad*, vol. 2. Alianza Editorial, Madrid, 1997, p. 28/29)

comunicación es un medio estratégico, pues la relación de mando jerárquico se establece directamente entre los trabajadores con la dirección o los niveles más altos por medio de mensajes en intranet, correos electrónicos e informes originados automáticamente por el software, entre otros; todo eso en tiempo real. La reducción de los niveles jerárquicos intermedios produce la disminución de la capacidad de interpretación y negociación de los trabajadores sobre pequeños problemas o dificultades en la ejecución de la prestación de servicios.¹²⁰ Además, la emisión de los órdenes por “*softwares*” o mensajes informáticos incrementa su ritmo de trabajo.¹²¹ Se confirma así la asertiva de Paul Virilio de que en la sociedad de control no importa el contenido de la información sino el vehículo y su velocidad.¹²²

De esta manera, este modelo gerencial “democrático” y “cercano” oculta en su interior un modelo totalitario con plena vigencia de la vigilancia panóptica, en su forma más intensa y difusa. Aquí todos vigilan a todos. La proximidad aparente entre los escalones, formalizada a través de los medios informáticos, no resulta en la igualdad entre las partes concernidas, pues todavía predomina una acentuada desigualdad social, en que el trabajador y los niveles más altos sienten cada vez menos conexión.¹²³ Luego, el alarde en torno a la autonomía de los trabajadores es compensado y controlado subrepticamente por el sometimiento de su “*conciencia práctica*”.

Giddens define la “conciencia práctica” como “*lo que los actores saben (creen) sobre las condiciones sociales, especialmente las condiciones que influyen en su*

¹²⁰ Deleuze destaca la importancia de las desviaciones y disfunciones en el funcionamiento de la burocracia y jerarquía. “La burocracia sólo existe gracias a la compartimentación de los despachos, y sólo funciona gracias a las “desviaciones de objetivo” y a los “disfuncionamientos” correspondientes. La jerarquía no sólo es piramidal, el despacho del jefe está tanto al final del pasillo como en lo alto del edificio. En resumen, diríase que la vida moderna no ha suprimido la segmentariedad, sino que, por el contrario, la ha especialmente endurecido.” (DELEUZE, Gilles. GUATTARI, Félix. *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*. Valencia, Pre-textos, 2002, p. 215)

¹²¹ “*En las instituciones peculiares de la vanguardia del capitalismo se emiten órdenes una y otra vez, a toda velocidad, constantemente; el margen para la interpretación es cada vez menor entre los trabajadores normales, mientras que el proceso de interpretación – el de dar sentido a estas organizaciones camaleónicas – se vuelve cada vez más difícil.*” SENNETT, R. *La cultura del Nuevo Capitalismo*. Barcelona, Anagrama, 2006, p. 65/66.

¹²² VIRILIO, Paul. *Velocidad y política*. Buenos Aires, La marca, 2006.

¹²³ “*(...)la desigualdad se traduce en distancia cuanto mayor es la distancia, es decir, cuanto menos se siente la conexión en ambos lados, mayor es la desigualdad social entre ellos.*” (SENNETT, R. *La cultura del Nuevo Capitalismo*. Barcelona, Anagrama, 2006, p. 52)

propia acción, pero que no pueden expresar discursivamente".¹²⁴ La conciencia práctica, condicionada por la racionalidad tecnológica, es secuestrada por un proceso llamado "informalismo tecnocrático"; proceso por lo cual los empleados son inducidos e incitados a se vincular a la producción con su propia identidad. La seducción del informalismo tecnocrático impone la autodisciplina a los trabajadores a través de sentimientos de "ansiedad, vergüenza y culpa, que aparecen cuando siente o creen que ponen en entredicho o no alcanzan los ensalzados valores de la empresa".¹²⁵

En la relación laboral, el poder empresarial es más fuerte y el trabajador está más instrumentalizado. Como resultado se verifica que el empresario logra dividir las responsabilidades por el éxito del emprendimiento, *pero "la autonomía de los empleados no resulta en cambios en el centro del poder de la organización"; "en ese centro, nada cambió"*.¹²⁶

4.4 – La empresa ubicua

El acceso casi universal y omnipresente de la computación móvil ("*anytime-anywhere computing*" o tecnología del instante) y del uso de entornos colaborativos en la práctica diaria individual produce una modificación sustancial en las relaciones laborales. El manejo de dispositivos móviles (teléfonos móviles, ordenadores portátiles, tabletas, entre otros) en las actividades profesionales y la disponibilidad de ficheros, datos y contactos en la nube acentúa el sentimiento del empleado de verse obligado a

¹²⁴ WILLMOTT, H. La fuerza es la ignorancia, la esclavitud es la libertad: la gestión de la cultura en las organizaciones modernas. *En Vigilar y organizar. Una introducción a los Critical Management Studies*. Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2007, p. 118.

¹²⁵ WILLMOTT, H. *Idem*, p. 118. El informalismo tecnocrático estimula la adhesión de los trabajadores a un proceso complejo de "ingeniería social" que estructura situaciones laborales mediante la formación intensiva, la planificación, la educación permanente, y la utilización de diversas técnicas de gestión de recursos humanos.(WILLMOTT, H.*Ibidem*, p. 118).

¹²⁶ PROSCURCIN, Pedro. O fim da subordinação clássica no direito do trabalho. *En Revista LTr*, vol. 65, nº 03, mar. São Paulo, LTr, 2001, p. 288.

responder de inmediato a las requisiciones de sus superiores o compañeros de trabajo: ser “disponible” (*on-call*) parece ser la respuesta para garantizar la plaza de trabajo o, en algún caso, la existencia del propio trabajo frente al efecto de ruptura promovido por las plataformas web en ciertos sectores de servicios (servicios de taxi, de turismo, de educación entre otros). La costumbre de verificar rutinariamente y varias veces al día los correos electrónicos o los dispositivos informáticos remite a patrones de adicción.

El nuevo contexto del trabajo bajo el uso de las nuevas tecnologías contribuye al fenecimiento de las fronteras entre en lo profesional y lo personal y refuerza el “imperativo tecnológico” o “imperativo móvil”. Este imperativo acuña la práctica empresarial en reclamar la prestación de cuentas al trabajador que rechaza el uso de los dispositivos móviles, especialmente cuando el empresario pone a su disposición el aparato. El empleado sufre sanciones si no utiliza, si lo apaga o si no está disponible por medio de las tecnologías del instante. Las faltas específicas del teletrabajador¹²⁷ se extienden a todos, con el gravamen de que el “teletrabajador móvil” no tiene por cierto cual es el periodo estipulado para su disponibilidad en favor de la empresa. Por consecuencia, la empresa ya no se preocupa tanto en identificar el encargado de la “guardia”, sino cuando la tarea exige su presencia, una vez que todos se comportan así a diario para actividades que son realizadas a modo de trabajo remoto (NTIC), y la vigilancia allende la jornada ordinaria cuenta con delatores ocultos (superiores, compañeros o clientes), despejados dentro y fuera de la empresa, lo que recrudece la sospecha y la presión psicológica en su medio.

La dificultad se intensifica además por la ausencia de personal intermedio, que eran los individuos que conocían, moldeaban o negociaban la ejecución de la prestación requerida. La ausencia de ese nivel intermedio deja al propio trabajador la decisión sobre la forma de ejecución de sus servicios. En algunos casos ni siquiera hay la identificación del encargado de cada equipo de trabajo, de manera que la jerarquía personal es horizontalizada. La proximidad virtual con los superiores no genera mayor democracia o autonomía, pues la gestión es objetivada en las plataformas web y *softwares* y la remuneración se hace por resultados.

¹²⁷ Algunas de las normas agregadas a el teletrabajo, cuyo incumplimiento deviene fuente de responsabilidad disciplinaria son: “1. obligación de estar localizable durante sus periodos estipulados en concepto de disponibilidad; 2. deberes de secreto, custodia y no concurrencia; y 3. utilización abusiva de los canales informáticos y telemáticos dispuestos por la empresa para realizar la prestación.” BELZUNEGUI ERASO, Angel. *Teletrabajo: estrategias de flexibilidad*. Madrid, CES, 2002, p. 168.)

La dirección por objetivos retoma la norma de productividad individualizada sin importar si la tarea está diseñada para ser realizada por equipo. La productividad es verificada por la estandarización de procedimientos incorporada al sistema informático en que se desarrolla la actividad de trabajo. El modelo tecnológico de gestión de la mano de obra conduce a la valorización de los beneficios frente a los riesgos o dificultades humanas.¹²⁸

Con el sistema de almacenamiento y tratamiento de datos, el supervisor puede en tiempo real obtener una estadística del rendimiento individual de los subordinados y producir informes semanales, con los cuales se adopta varias formas de sanción disciplinarias para los empleados con desempeño abajo del nivel predeterminado de rendimiento semanal. La evaluación tecnológica, por cifras y gráficos (con ares científicos), rechaza además cualquier análisis de contenido moral o ético del histórico, de la “narrativa laboral” individual, y reafirma la posibilidad de actos de discriminación y de sanción al más mínimo incumplimiento. La objetivación de los órdenes y del poder de control produce la “*adiaforización*”¹²⁹ – o sea, la acción o efecto de hacer con que el acto y el propósito de dicho acto se vuelvan moralmente neutros o irrelevantes - de las facultades empresariales. La reducción de la moralidad o ética en el ejercicio de las facultades empresariales atrae un modelo de gestión de la mano de obra basado en la “responsabilidad flotante” que fundamentó en Holocausto en la Segunda Grande Guerra, pues la carga de la decisión difumina la responsabilidad directa por los actos al recaer en la obediencia al sistema.

En ese nuevo escenario, la organización empresarial disipa las barreras del espacio y del tiempo. El desarrollo de la microelectrónica y de las telecomunicaciones dispensa la arquitectura del Panóptico y la necesidad de reunir los trabajadores en un edificio común. La larga escala del poder de vigilancia y control ha transformado la mayoría de los trabajadores en teletrabajadores móviles y el “*Total Quality Management*” - TQM se virtualiza en la web colaborativa y se transforma en algo permanente.

¹²⁸ Una vez más, el hombre debe adaptarse a la máquina, pues “la lista del ordenador es el final de cualquier diálogo”. (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*. Albacete, Editorial Bomarzo, 2009, p. 61).

¹²⁹ Esta palabra es un neologismo, acuñado por Zygmunt Bauman, retirado de la palabra griega “*adiasphoros*”, que se usaba en medicina para indicar algo neutral, que no hacia ni bien, ni mal. Este autor utilizó esa terminología en su obra *Modernidad y Holocausto*.

La información y tecnología en manos de particulares *sin fe ni ley*¹³⁰ facilitan actos ilícitos y alimenta el clima de permanente desconfianza entre los empresarios que contratan empresas de seguridad especializadas en su combate. No obstante, el riesgo no está solamente en el exterior. El uso continuado y difuminado de la red en los espacios laborales transforma a todos en *networked person*,¹³¹ lo que ocasiona igualmente una permanente apertura individualizada de los trabajadores hacia el exterior. Esa apertura, además de producir un continuo riesgo de “contaminación” del equipo de la empresa por virus informáticos, sabotaje por sobrecarga del sistema o la dedicación a temas particulares durante la jornada, puede ser el vehículo de difusión de datos sigilosos y sensibles de la empresa, de forma dolosa o no. El empresario intenta disminuir los riesgos a través de diferentes medios y recrudescen la vigilancia directa e indirecta del personal - por análisis de *Big Data*,¹³² los perfiles personales en las redes sociales, o registros en Internet - ´por todo ciclo contractual. Luego, crece la posibilidad de abuso de ambas partes.

Las tecnologías de la información y comunicación ayudarán el incremento de la precarización, del *outsourcing* y del trabajo autónomo cuando se ha derribado las barreras arquitectónicas, teniendo como consecuencia la fragmentación del proceso productivo y la revisión del Derecho del Trabajo. La pulverización de la actividad productiva en diferentes espacios físicos y modelos contractuales, a principio resultó en la reducción de la empresa, configurando una amenaza externa de quiebra de los estándares laborales locales y dificultades a la acción sindical. Las NTIC, en la Web 2.0, ahora reformulan la empresa de por sí y dirigen esta amenaza para el interior del grupo corporativo, con yuxtaposición del tiempo y espacio de la vida profesional y privada, lo que levanta obstáculos a la actuación colectiva o de la fiscalización. Por ende, las transformaciones promovidas por las NTIC siguen su camino revolucionario para reconfigurar nuestra concepción de sociedad, con la plena adaptación y reducción de los instrumentos tecnológicos hasta alcanzar formas “vestibles” y su creciente integración

¹³⁰ VIRILIO, Paul. *La bomba informática*. Madrid, Ed. Catedra, 1999, p. 74.

¹³¹ *Networked person* significa persona continuamente conectada en la red (RODOTÁ, Stefano. *Intervista su privacy e libertà*. Roma, Editori Laterza, 2005, p. 112).

¹³² El concepto de *Big Data* es variable, sin embargo, su centro gravitacional está en el tratamiento automatizado de datos a gran escala y a gran velocidad.

con la red mundial creó la Internet de las cosas, o sea, dispositivos que hablan entre sí sin la intervención humana.¹³³ Además, ciertas actividades típicas de trabajo humano subordinado por robots (robots en la industria automotora, para el cuidado de mayores), drones (dron fumigador, dron policía, dron mensajero, entre otros) o impresora 3 D (protésicos, artesanos, profesionales del diseño industrial, entre otros), lo que va a cobrar políticas públicas claras y nuevas análisis del Derecho.

La monitorización remota del trabajo y el teletrabajo móvil abandonan la videovigilancia para ocultarse en los propios dispositivos, retratados en sistemas de identidad digital - login, contraseñas, control biométrico, sea por las huellas digitales, iris o ritmo de teclear, entre otros. La invisibilidad de las herramientas de mando y control empresarial ponen en entredicho los indicios de laboralidad y conlleva a asertivas de que “*la descentralización y diversidad sustituyen a centralización y homogeneización*”.¹³⁴ Sin embargo, la transparencia y el acceso, que para muchas personas es signo de participación, libertad y seguridad, traen en si la semilla dañosa de la más completa ausencia de intimidad, lo que facilita la manipulación social y termina por restringir el ejercicio de libertades públicas. No se puede olvidar que “*la idea aparentemente respetuosa del bueno ciudadano que no tiene nada a ocultar, y que no debe temer el control, confina de inmediato el individuo en la condición de súbdito, de sospechoso*”.¹³⁵ Como advierte Rodotà, la fórmula del “*hombre di vidrio*” nace en la Alemania nazista y es típica de todos los totalitarismos. Ahora no es más la fábrica, escuela u hospital que se parecen a la cárcel. Toda sociedad se parece con ella.¹³⁶ Y, el propio individuo tiene un papel activo en la oferta de sus datos personales.¹³⁷

¹³³ La previsión (1991) de Mark Weiser de la ubicuidad de la computación se cumplió. (WEISER, Mark. *The computer for the 21st Century*. Disponible en <web.media.mit.edu/~anfchang/ti01/weiser-sciam91-ubicomp.pdf>. Acceso en 22.04.2014.) La Internet de las cosas ya ultrapasa el tránsito de datos entre personas en la red abierta. O sea, la crítica dirigida a las tecnologías de la computación, de que el manejo de los aparatos electrónicos quitaba la atención al usuario de la tarea que éste debe hacer, poco a poco fue superada por la facilidad de comunicación e información para y entre todos y todo.

¹³⁴ COLÀS NEILA, Eusebi, *Derechos fundamentales del trabajador en la era digital: una propuesta metodológica para su eficacia. Las comunicaciones electrónicas en la empresa como estudio de caso*. Albacete, Editorial Bomarzo, 2012, p. 64.

¹³⁵ RODOTÀ, Stefano. *Intervista su privacy e libertà*. Roma, Editori Laterza, 2005, p. 29.

¹³⁶ Solamente en la ciudad de Nueva York son más de 10.000 cámaras, cuyo número es ínfimo se comparado a Londres que posee 10.000 cámaras únicamente en su centro financiero. (LORT, Robert. *A Scouts Guide to Surveillance Cameras in New York*. Disponible en <

Por lo tanto el problema hoy consiste en construir un puente entre la libertad *de iure* y la libertad *de facto*, en transformar la “libertad negativa” en una “libertad positiva” volcada a establecer la agenda política para la elección de una opinión entre diversas otras que se han promovido.

5. La dignidad humana como límite al poder de control empresarial

La doctrina hoy relaciona la dignidad al derecho al trabajo, pero sobre todo en su aspecto condicionante para asegurar la supervivencia y la plena libertad del individuo. Dürig avala que “*la dignidad como tal queda igualmente comprometida cuando el hombre se ve obligado a subsistir bajo condiciones económicas que le degradan a la condición de objeto*”; no cabe aislar ‘el contenido ético-valorativo de la dignidad humana de la sustancia económica que resulta necesaria para toda realización de valores’.¹³⁸ Para Nuria Belloso, “*Ciertamente no se puede hablar de dignidad de la persona si esto no se materializa en sus propias condiciones de vida. ¿Cómo hablar de dignidad sin derecho a la salud, al trabajo, en fin, sin derechos que derivan de ese atributo que le es propio: la dignidad*”.¹³⁹ Y Christian Starck identifica

http://www.retortmag.com/content/id_articulos_nyscp.htm>. Acceso en 19.07.2005). Es el control de todos contra todos. Ver también BAUMAN, Zygmunt. *A vigilancia líquida*. Río de Janeiro: Zahar, 2013.

¹³⁷ Zygmunt Bauman denomina sociedad confesional la sociedad en que temas privados invaden el espacio público: “una sociedad hasta entonces inaudita e inconcebible en la cual se colocan micrófonos en los confesionarios, esas cajas de seguridad y depositarios epónimos del más secreto entre los secretos, la suerte de secreto que sólo se divulga ante Dios o sus mensajeros plenipotenciarios terrenales; una sociedad en la cual los parlantes conectados a esos micrófonos se cuelgan en las plazas públicas, lugares antes concebidos para esgrimir y discutir cuestiones de relevancia, apremio e interés generales.” BAUMAN, Zygmunt. *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*. Madrid: FCE, 2011, p. 116.

¹³⁸ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 44.

¹³⁹ BELLOSO MARTÍN, Nuria. El principio de dignidad de la persona humana en la teoría kantiana: algunas contradicciones. En *Direitos Fundamentais & Justiça*, año 2, n. 4. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2008, p. 56.

la situación de paro como una situación de indignidad.¹⁴⁰ La dignidad respecto al derecho al trabajo se extiende al entorno del trabajador, como a la garantía de la convivencia familiar, como ya ha decidido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el Caso Kaba, Sentencia de 11 de abril de 2000, a través del análisis del art. 10 del Reglamento 1612/68, consolidando el respeto a la libertad y dignidad del trabajador en la libre circulación por intermedio de condiciones óptimas de integración de la familia del trabajador comunitario en el Estado miembro de acogida.

La temática movilizada en este trabajo trata más bien de la dignidad en el curso del contrato de trabajo, cuando incide el poder de vigilancia y control del empleador. Kant, a principios del Estado moderno, reconoce el poder de mando del amo, asentado en el contrato, si bien ya rechazase los abusos y la reducción del criado a la servidumbre por fuerza contractual. Teniendo en cuenta la actualización del concepto de contrato, ni éste ni el poder de mando empresarial jamás pueden servir al menoscabo de la dignidad del trabajador. Con lo cual, Peter Häberle, con fundamento en la jurisprudencia laboral del Tribunal Constitucional federal alemán, ensalza la dignidad humana como criterio de delimitación de contenido en materia laboral, incluso de dimensión colectiva.¹⁴¹

La temática no corre en aguas tranquilas, pues, todavía hoy día, no son pocos los doctrinadores que filtran la incidencia de la dignidad en razón del modelo de producción o del ejercicio poder de mando empresarial, como por ejemplo, Christian Starck.¹⁴² Este autor, aunque reconozca la utopía de un concepto de dignidad jurídico constitucional que no incluya el actual mundo laboral tecnificado, admite que el trabajo intenso, molesto o duro del ser humano no conculca su dignidad. Este autor sostiene también que la dignidad de los trabajadores en la empresa privada no requiere de

¹⁴⁰ STARCK, C. La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho alemán. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDES SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 253.

¹⁴¹ HÄBERLE, Peter. La dignidad como fundamento de la comunidad estatal. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDES SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 197. Él alude también a la prioridad que adquiere el perfeccionamiento de la dignidad en la relación laboral cuando, por ejemplo, el empresario queda también obligado en sus deberes asistenciales.

¹⁴² STARCK, C. La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho alemán. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDES SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 253.

ninguna participación obligatoria del trabajador de forma empresarial o supraempresarial, sin restar importancia a las posturas éticas y políticas actuales referidas a los diferentes sistemas de participación del trabajador en la empresa. En el hilo del mismo razonamiento, en el Derecho español no son pocos los autores y los fallos que utilizan el principio de la buena fe contractual como fundamento para relativizar la dignidad del trabajador.

En el curso del Derecho alemán, es bastante interesante la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán relativa a la extensión del poder estatal sobre los individuos victimados por un acto terrorista, que con claridad sobresalta la dignidad individual por sobre el resultado de la acción estatal, optando por la tesis del liberalismo ético por encima de la de cuño utilitario. El debate ocurre por ocasión de la amenaza lanzada por un individuo, en un pequeño avión deportivo, de estrellarlo sobre el Banco Central Europeo, en Francfort, el 5 de enero de 2003, hecho que lleva el gobierno alemán a editar la Ley de Seguridad Aérea de 11 de enero de 2005, la cual permitía entre variadas medidas preventivas y represivas de las Fuerzas Armadas, como medida extrema, el derribo de la aeronave. Contra el art. 14.3 de la ley, seis ciudadanos formularon demanda de amparo en que alegaron, para justificar su legitimación, utilizar frecuentemente, por motivos privados y profesionales, el medio aéreo de transporte. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán declara la inconstitucionalidad de esta norma, al argumento de que lesiona a la dignidad humana. En su fundamento, afirma que el secuestro del avión convierte a las víctimas y tripulación que van dentro del avión en objeto de los secuestradores. Los individuos se ven desamparados, indefensos e imposibilitados de evitar el destino decidido sea por los secuestradores sea por el Estado. La inconstitucionalidad es declarada de forma contundente, cerrando cualquier posible argumentación ponderativa construida con la consideración utilitarista de que los que van en él morirán de todos modos. “*La vida humana y la dignidad de la persona gozan de la misma protección constitucional independiente de la duración de la existencia física del individuo*” (§ 132).¹⁴³

¹⁴³ RODRIGUES DE SANTIAGO, José María. Una cuestión de principios: La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 15 de febrero de 2006, sobre la Ley de Seguridad Aérea, que autorizaba a derribar el avión secuestrado para cometer un atentado terrorista. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 77, mayo-agosto, 2006, p. 265.

Para la corte germánica, la Constitución parte de la idea de que el individuo debe poder configurar libremente su vida, su personalidad y exigir de todos ser tratado como miembro de la sociedad con un valor propio, que excluye convertir el hombre en simple objeto del Estado. La firma de un contrato de trabajo o la compra de un billete aéreo en nada merma la dignidad humana de la tripulación o de los pasajeros, ni se puede suponer con estos actos un consentimiento tácito para el derribo del avión.

Del mismo modo, el hecho de que el individuo se encuentre en un avión secuestrado no le convierte en “parte de una arma”, lo que supuestamente autorizaría el Estado a tratarle y considerarle como tal; esta manera de ver las cosas pone al descubierto el tratamiento de las víctimas como cosas. Ni el uso político del secuestro configura un caso de necesidad que obligaría al individuo a sacrificar su vida en interés de la propia existencia del Estado, de la preservación de la comunidad jurídicamente constituida frente a la desaparición o destrucción, pues el contexto constitucional de este supuesto no trata de reacciones estatales frente a ataques dirigidos a su existencia y continuidad.

Por consiguiente, queda prohibida cualquier actuación estatal que cuestione la subjetividad de la persona, su estatus como sujeto de derechos. El Tribunal alude a que la dignidad humana veda que el Estado convierta al individuo en objeto de actuación estatal y simple medio para la salvación de otros. Así como las víctimas que están en tierra, las víctimas que están en el avión merecen el mismo trato y cuidado por parte del Estado respecto a su derecho a vida y dignidad humana.

La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán es bastante emblemática pues excluye cualquier relativización de la condición de sujeto de derechos también del trabajador bajo circunstancias extremadas y en prol de la colectividad. El trabajador, como cualquier persona, tiene derecho a poder configurar libremente su vida, desarrollar en libertad su personalidad y exigir de todos ser tratado como miembro de la sociedad con un valor propio. Si esta prohibición se dirige al Estado, por cierto, puede ser reclamada frente a los particulares, rechazando su menoscabo sea fundado en la autonomía privada, expresada en el acto de contratar, o en la supervivencia o finalidad de la empresa (productividad o competitividad).

El Tribunal Constitucional español, en la STC 192/2003, de 27 de octubre, ha construido su argumentación sobre el alcance del contrato de trabajo en la vida

privada del trabajador en que la dignidad humana aparece como elemento clave. Si bien el conflicto aparente descansa sobre un derecho laboral, cual sea, el derecho del trabajador en suspender la prestación de servicios durante el periodo de vacaciones para recuperarse física y mentalmente, el conflicto de fondo corresponde a la autonomía del trabajador en decidir su destino en este período y el poder de control empresarial. La obligación contractual laboral y la Ley no amparan la incursión del empresario sobre los actos del empleado dentro de este período porque concierne a su vida privada. El objetivo de reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral, no rebota la iniciativa del empleado disponer libremente del tiempo de sus vacaciones, incluso ofertando su fuerza de trabajo a tercero. La interferencia en la determinación libre del trabajador supondría un omnímodo control del empresario sobre su vida, reduciéndolo a un mero factor de producción.¹⁴⁴

La experiencia más larga de la jurisprudencia laboral española, en el sentido de poner coto a eventuales abusos empresariales en el curso del contrato de trabajo, se da a través de supuestos en que se discute los arts. 39.1 y 50.1 a) ET. Tomándose el análisis de la doctrina de suplicación sobre el art. 50.1 a), se extrae que la ofensa a la dignidad desborda a la simple modificación sustancial del contrato de trabajo. La transgresión ocurre cuando el cambio de funciones conlleve a una pérdida del respeto que el trabajador merece ante sus compañeros o jefes. *“En este sentido, se ha entendido que constituyen vejaciones a la dignidad todos aquellos supuestos que supongan una clara desproporción - objetiva, y no subjetiva – entre el cambio de funciones y las consecuencias que conlleva para la posición personal y profesional del trabajador en*

¹⁴⁴ *“La dignidad personal del trabajador se vería severamente limitada de aceptarse un tan omnímodo control como el que se permite en las Sentencias impugnadas sobre la persona y vida privada del trabajador por parte de la empresa para que presta servicios”* (STC 192/2003, FJ 7). Esta decisión remite a jurisprudencia asentada de la corte que conceptúa la dignidad humana (STC 192/2003, FJ 7) como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de «autodeterminación consciente y responsable de la propia vida» (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8), así como el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE).” Prosigue en alusión a la irrelevancia de la situación en que la persona se encuentre para que esté cubierta por la dignidad humana: *“Recordemos una vez más que 'la regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona»* [SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4, y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3 a)].

la empresa” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 21 de junio de 2001).¹⁴⁵

La hermenéutica de la suplicación considera la dignidad tanto como espacio de libertad para la búsqueda por el desarrollo personal del individuo, como la proyección de la función desempeñada por el trabajador sobre el organigrama de la empresa y su reflejo en las relaciones de éste con sus jefes y compañeros. En estos casos de movilidad funcional ilícita, la jurisprudencia tiende a entender que el trabajador debe impugnar la decisión empresarial ante el órgano jurisdiccional y requerir ante él la rescisión indemnizada de su contrato sobre la base de la decisión del empresario de modificar su profesionalidad de forma ilegítima antes que asegurar el derecho de resistencia al comando ilícito. Los efectos, no obstante, son más reducidos do que los de los casos en que el comando empresarial transgrede derechos fundamentales o importe en órdenes discriminatorias, cuya sanción es la nulidad.

Antonio Baylos acoge la composición entre el respeto a los derechos fundamentales extralaborales o laborales y los límites a los mismos impuestos por la peculiar situación de subordinación del trabajo por cuenta ajena de forma restricta. Según este autor, los derechos fundamentales de los trabajadores pueden conocer limitaciones que derivan del objeto del contrato de trabajo o de las necesidades organizativas de las empresas. Por objeto del contrato, él concibe las tareas expresamente contratadas que constituyen, en sí mismas, limitaciones a tales derechos. Como ejemplo, están las tareas de los empleados de tendencia fuerte. Las necesidades organizativas que autorizan la limitación arriba mencionada importan en una necesidad en términos estrictos, o sea, debe equivaler a una constatación de que no había otra forma de alcanzar el objetivo organizativo perseguido que a través del sacrificio del

¹⁴⁵ El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 15 de enero de 1987, verifica la ofensa a la dignidad en el supuesto de cambio de una empleada encargada de las tareas de limpieza del Gabinete de Ministro, con trato personal y directo con los altos cargos, vistiendo uniforme de falda, blusa y chaqueta, para la función de limpiar las restantes dependencias del Ministerio (mobiliario, pavimentos, sanitarios, cristales), vistiendo pantalón y blusa verde. La movilidad funcional, en la hipótesis, no ha respondido a una necesidad justificada, y la movilidad ha implicado en la ocupación de un puesto de trabajo sustancialmente inferior, si bien que formalmente igual. Para la corte, la manifestación concreta del incumplimiento empresarial es la diferencia notable de funciones y consideración social. Por fin, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la Sentencia de 27 de diciembre de 2005, afirma que la evolución de la jurisprudencia ha fijado el alcance del art. 50.1 a) ET más allá de los límites que establecen los arts. 17 o 20.3 ET, “*cuando se refieren a este concepto y extendiéndole a todo ataque al respeto que merece el trabajador ante los compañeros y ante sus jefes, como profesional, no pudiéndose situar en una posición en que provoque un descrédito en este aspecto.*”

derecho fundamental del trabajador. “*Estos límites son por el contrario los márgenes a los que se debe ajustar el poder de dirección empresarial, de manera que las instrucciones u órdenes que los extralimiten serán consideradas nulas, como las posibles consecuencias negativas para el trabajador por no obedecerlas*”¹⁴⁶.

El caso más rutinario, que puede ser a igual de agudo, de afronta a la dignidad en el contrato de trabajo remite al ejercicio del poder de vigilancia y control del empresario. El recorrido por las sociedades disciplinaria y de control, como de los modelos de gestión de la mano de obra, destapa el ejercicio de aquellos poderes con la finalidad tanto de embotar la subjetividad del trabajador como de sancionarlo. El derribo de las fronteras entre la vida profesional y privada, por las NTIC, hunde de raíz el desarrollo y la autonomía personal, comprometiendo incluso la convivencia familiar del trabajador.

El nuevo disfraz del control empresarial todavía está para ser descubierto. Su actuación sigue sin amarras jurídicas y es apenas confrontada por la jurisprudencia, que le cuesta a romper con su interpretación flexible del ejercicio del poder de dirección, y por los sindicatos que desconocen la extensión y repercusión de los nuevos mecanismos. De manera que cabe plantearse cuáles son los fundamentos y los límites del nuevo poder de control-dirección de la empresa ubicua. La realidad laboral compaginada con la racionalidad tecnológica reclama, por tanto, urgente intervención estatal y de los sindicatos en favor de los individuos trabajadores.

6. El fundamento jurídico del poder (de control) empresarial en la relación laboral

El poder del empresario reflejado en la libertad de empresa del art. 38 de la Constitución engloba los más variados aspectos organizativos de la producción y por consiguiente es estudiado por diversas ramas del pensamiento científico, tales como la

¹⁴⁶ BAYLOS GRAU, Antonio. La autotutela del trabajador frente a las extralimitaciones del poder de dirección del empresario. En: *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima*. (Coord. CABEZA PIREIRO, J. et al.) Granada, Comares, 2002, p. 43.

administración empresarial o sociología del trabajo, y del ordenamiento jurídico, tales como el derecho mercantil o derecho tributario. En el Derecho español, específicamente en lo que se refiere a las relaciones laborales, la libertad de empresa se identifica con el poder de dirección, que posibilita su configuración unitaria.¹⁴⁷ Ella se proyecta en el contrato de trabajo a través de las facultades y poderes que los ordenamientos reconocen al empresario, señaladamente los poderes de ordenación de las prestaciones laborales, de adaptación de la organización del trabajo a los requerimientos del mercado, de establecimiento de los medios de control y de reglas generales de conducta y disciplina laborales, de vigilancia y control de la ejecución del trabajo y de imposición de sanciones por las faltas e incumplimientos contractuales del trabajador¹⁴⁸. El poder de dirección es aquello ejercido en el marco de un contrato de trabajo subordinado y que tiene como objeto las condiciones de trabajo en general (art. 20 ET), englobando los poderes disciplinarios, de vigilancia y control.

El recorte legislativo adoptado por el ordenamiento para caracterizar la autonomía del Derecho del Trabajo frente al Derecho común, más específicamente la ajenidad y la subordinación, ponen en el centro de la relación laboral la actividad de dirección del empresario sobre la persona del trabajador y la organización productiva (art. 1 y 8 ET). El poder empresarial no es solamente un poder social y económico sino también técnico-jurídico, que se revela “a través del reconocimiento a un sujeto, en una relación de deuda y crédito, de poderes y facultades negadas al otro, reconducibles en sustancia al poder de imponer jurídicamente al otro las propias decisiones”¹⁴⁹. El Derecho, en ese caso, se limita a otorgar al poder social y económico una vestimenta jurídica aceptable – el contrato de trabajo-, la cual tampoco se muestra totalmente

¹⁴⁷ LOY, G. El dominio ejercido sobre el trabajador. *Relaciones Laborales*, n. 19-20, ano XXI, 2005, p. 59-83

“Poder directivo que sin exagerar puede definirse como una ‘figura inquietante’ en virtud de la naturaleza de los actos con los que el empresario cada vez determina el contenido de la prestación convenida y que, bien lejos de reducirse a un simple poder de pretender en función del interés a recibir, evoca una visión de la empresa como lugar de organización de la producción. En el interno de tal organización, el poder directivo se confunde con el poder más general de libre ejercicio de la libertad de empresa que se avala de instrumentos y técnicas transversales al mismo poder directivo. (LOY, G. El dominio ejercido sobre el trabajador. *Relaciones Laborales*, n. 19-20, ano XXI, 2005., p. 63)

¹⁴⁸ VALDÉS DAL-RE, F. Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia. *Relaciones laborales*, vol. 19, n. 22, 2003, p. 10.

¹⁴⁹ BAYLOS, A. Derecho del trabajo: modelo para armar, 1991, Madrid: Editorial Trota, p. 88.

ajustada, tal como el mito griego del “lecho de Procrusto”, pues presupone igualdad donde hay desigualdad originaria y status de total libertad donde hay *subjectionis*. Como advierte Román, “*desde sus orígenes mismos el Derecho del Trabajo y todas las instituciones jurídicas integradas en él estarán empapadas de un elevado grado de ambigüedad o de contradicción intrínseca*”¹⁵⁰.

La doctrina tradicional identifica el poder de dirección en la facultad del empresario de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución de la prestación, así como las que fueren necesarias para coordinar adecuadamente las prestaciones de todos los trabajadores. Las transformaciones sufridas por las organizaciones productivas y el fuerte desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación e información ocultan o incluso hacen desaparecer las expresiones más externas del ejercicio del poder en la empresa, haciendo creer que el trabajador ahora goza de autonomía en la ejecución de sus obligaciones y que el trabajo subordinado dejará de existir. La disminución del valor de esos factores como indicios de laboralidad, no obstante, pone de relieve otros aspectos que giran al derredor de la prestación de servicios, como la inserción del trabajador en la organización productiva, la ajenidad de los medios de producción y su incapacidad para decidir sobre el resultado del producto. La manutención de la economía de mercado ofrece pistas de que el empresario sigue ejerciendo su poder dentro de la organización productiva, de manera que a los *iustlaboralistas* ahora les es demandado un esfuerzo mayor para encontrar las nuevas huellas de la relación subordinada.

La desigualdad material acompaña al trabajador desde los momentos antecedentes a la celebración del contrato de trabajo: en el momento de la selección y contratación del trabajador. Esa desigualdad originaria encuentra su cúspide en el momento de la ejecución contractual, pues, con fundamento en la ajenidad de la prestación, el empresario puede no solamente imponer sus decisiones pero constantemente evaluar, vigilar y fiscalizar directa y indirectamente al trabajador en el ejercicio de la prestación de servicios. El ejercicio del poder de dirección, y en especial del poder de control, alcanza muchas veces espacios de la subjetividad del subordinado, su personalidad.

¹⁵⁰ ROMAN DE LA TORRE, M. D. Poder de dirección y contrato de trabajo. Grapheus, Valladolid, 1992, p. 51.

La evolución doctrinal, legislativa y jurisprudencial del Derecho del Trabajo persigue así tanto el alejamiento de la persona del trabajador a efecto de control y conocimiento injustificado del empresario como su consideración dentro del marco del objeto del contrato de trabajo, en la prestación de servicios. La doctrina inicialmente presentó la sujeción jurídica del trabajador al ejercicio del poder de dirección del empresario como expresión del ejercicio de su autonomía privada. “*La voluntaria colocación en situación de desigualdad, y el hecho de que por medio del contrato el trabajador se asegura un beneficio, parece justificación constitucional suficiente de la desigualdad*”¹⁵¹. Pero a lo largo de los hechos históricos, claramente, el instituto contractual fundado en la autonomía privada, pensada originalmente para partes libres e iguales materialmente, no se mostró suficiente para responder a abusos por parte del capital en una relación tan desigual. “*En el tiempo en que Marx escribía los Manuscritos Económicos y Filosóficos, la alienación de la clase operaria significaba inmediatamente un trabajo opresivo en un nivel casi animal*”¹⁵². La alienación era, en cierto modo, sinónimo de deshumanizar, sobresaliéndose la ausencia de libertad en la elección del modelo de prestación de servicios.

Como contrapunto a la debilidad del contrato, la teoría institucional parte del aspecto colectivo de la empresa, la cuál es una organización compleja, y afirma que el trabajador al insertarse voluntariamente *acepta el ordenamiento de la misma y la posición subordinada propia de la relación laboral*¹⁵³. Esa teoría tenía la virtud de acentuar los aspectos colectivos de la organización productiva que influyen en el contrato individual de trabajo y se proponía controlar o reducir la hegemonía empresarial vinculando sus decisiones a los intereses de la organización (derecho-función). Si efectivamente cumpliera el papel de control o límites a los poderes empresariales, pudiera haber la crítica de los liberales de que ese modelo desconoce el ejercicio del derecho de propiedad del empresario. Desafortunadamente, al final, la

¹⁵¹ CONDE MARTIN DE HIJAS, V. Libertad empresarial y principio de igualdad en el ejercicio de las facultades disciplinarias en la empresa. *Actualidad Laboral*, n. 4, 1996, p. 127.

¹⁵² “*No tempo em que Marx escrevia os Manuscritos Econômicos e Filosóficos, a alienação da classe operária significava imediatamente um trabalho opressivo em um nível quase animal. Com efeito a alienação era, em certo sentido, sinônimo de desumanidade*”.(ROSANVALLON, Pierre. *A nova questão social: repensando o Estado Providência*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998, p. 140/141, traducción libre)

¹⁵³ CONDE MARTIN DE HIJAS, V. Libertad empresarial y principio de igualdad en el ejercicio de las facultades disciplinarias en la empresa. *Actualidad Laboral*, n. 4, 1996, p. 127.

teoría institucionalista o comunitaria, elaborada en el marco de Estados totalitarios, nada más hace que enmascarar el interés del empresario, razón de las críticas de los marxistas de que esta teoría no permite la visibilidad del conflicto entre capital y trabajo.

En el Gobierno de Franco, esta teoría se armonizaba con el diseño de las relaciones laborales trasladada para la normativa española por el *Fuero del Trabajo* (1938), que se caracterizaba por el fuerte intervencionismo estatal¹⁵⁴ y restricción a la autonomía colectiva, en que el empresario era el señor absoluto de la dirección empresarial¹⁵⁵. Ese modelo socio-político reforzó la hegemonía empresarial, con una disciplina laboral severa y carente de instrumentos colectivos de defensa del trabajador, al cual sólo se permitía demandar individualmente delante la Magistratura Laboral que en general reafirmaba el cuadro de poder empresarial¹⁵⁶. Tal potestad era reforzada por el Reglamento de Régimen Interior dictado unilateralmente por el empleador – y obligatorio para las empresa con cincuenta o más trabajadores. La autonomía colectiva era severamente vigilada por los órganos administrativos y tenía zonas de actuación fuertemente reducidas por la ley. “*La verdadera justificación de tales limitaciones a la negociación colectiva resultaba ser el objetivo perseguido: legitimar las relaciones de poder existentes en la realidad*”¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Según el Ministro de Trabajo, la ley (*Fuero del Trabajo*) recogía “*todo el complejo de deberes y derechos en el que los empresarios y los trabajadores se mueven*” FERNANDEZ GOMEZ, J. A. Estado, Relaciones de Trabajo y organización de la producción durante el franquismo: del modelo “unitario” hacia la negociación colectiva. En *Estados y relaciones de trabajo en la Europa del siglo XX*. CASTILLO, S. PIGENET, M. SOUBIRAN-PAILLET, F. (coord.). Madrid, Fundación Largo Caballero, 2007, p. 271.

¹⁵⁵ Esa normativa reconocía poderes exclusivos y absolutos al empresario para organizar la producción, los cuales eran reforzados por una severa disciplina laboral, permitiéndose al empresario sancionar toda clase de negligencias, desobediencias y deslealtades, incluyendo la falta de rendimiento en el trabajo. FERNANDEZ GOMEZ, J. A. Estado, Relaciones de Trabajo y organización de la producción durante el franquismo: del modelo “unitario” hacia la negociación colectiva. En *Estados y relaciones de trabajo en la Europa del siglo XX*. CASTILLO, S. PIGENET, M. SOUBIRAN-PAILLET, F. (coord.). Madrid, Fundación Largo Caballero, 2007, p. 271. Ver también VALDES DAL-RE, F. Ideologías pluralistas y relaciones de trabajo. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 55, Madrid, 1979, p. 113.

¹⁵⁶ BABIANO, J. Franquismo, Estado y Trabajo (p. 251-264) y FERNANDEZ GOMEZ, J. A. Estado, Relaciones de Trabajo y organización de la producción durante el franquismo: del modelo “unitario” hacia la negociación colectiva (p. 265-283). Ambos en *Estados y relaciones de trabajo en la Europa del siglo XX*. CASTILLO, S. PIGENET, M. SOUBIRAN-PAILLET, F. (coord.). Madrid, Fundación Largo Caballero, 2007.

¹⁵⁷ VALDES DAL-RE, F. Ideologías pluralistas y relaciones de trabajo. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 55, Madrid, 1979, p. 113.

El nuevo paradigma jurídico-pluralista del orden constitucional español, inserto en una economía de mercado, no deja espacio para la visión comunitaria de la empresa: “Abandonada la idea de que se ejercen en función de un interés diferente del empresario, éste sólo puede ejercerlos haciendo valer su propio interés dentro del margen de crédito que le corresponda legítimamente en el contrato”¹⁵⁸. El contrato de trabajo se revela así como el instrumento para acreditar la relación entre empresario y trabajador.

El equilibrio entre las partes contratantes es tutelado por intermedio del propio contrato de trabajo, lo cual atrae la incidencia de las normas jurídicas y de las normas autónomas, con especial destaque a la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, de los principios generales de Derecho, como el principio de la buena fe contractual, y de instrumentos contractuales actualmente aplicados por otras ramas del derecho al contratante débil con fundamento en los arts. 9.2 y 51 CE¹⁵⁹.

Con la fractura del régimen fascista, el derecho español reacciona al intervencionismo estatal del periodo franquista con mirada sospechosa a toda forma de actuación legislativa. Ahora el ordenamiento sufre la influencia de líneas ideológicas en que se defienden el carácter excepcional de las intervenciones legislativas, llamadas solamente a corregir eventuales perturbaciones del mecanismo contractual. Esa línea ideológica resulta en la ausencia de una respuesta normativa adecuada en orden a la restricción de los poderes técnico-organizativos del empresario, lo cual aparentemente se presenta en la ley como “*padrone del tempo e dei movimenti del dipendente*”, la cual solamente encontrará restricciones en meados de los años 80, cuando el Tribunal Constitucional reconoce la aplicación de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en la empresa (STC 88/1985, de 19 de Julio, Sala primera). El Derecho español, de todos modos, se caracteriza por la ausencia casi total de reglas dirigidas

¹⁵⁸ ROMAN DE LA TORRE, M. D. Poder de dirección y contrato de trabajo. Grapheus, Valladolid, 1992, p. 40.

¹⁵⁹ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. Poder de dirección y derecho contractual. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R (coord.). *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*. Madrid, La ley, 2005. DEL REY GUANTER, S. La aplicación de los valores superiores de la Constitución española en el Derecho del Trabajo, en *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. I, Ministerio de Justicia, 1988, p. 422.

específicamente a la actividad de dirección del empresario, las cuales son identificadas en el art. 20.3, 20.4 y 18 ET y art. 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

El ejercicio del poder de dirección configura una relación de autoridad que persigue el trabajador durante toda ejecución de sus obligaciones contractuales, no tanto por su cantidad como más bien por su calidad. La indeterminación del objeto del contrato y la inserción en una organización colectiva permite al empleador manifestar órdenes que traspasan el simple acto de indicar formas para su cumplimiento. *“Órdenes respaldadas por un eficaz sistema sancionador y de controles que concibe la no ejecución de aquélla no como un mero incumplimiento, sino como una desobediencia a quien se supone es titular de la autoridad”*¹⁶⁰.

Sin embargo, la figura de autoridad no significa que el empresario no encuentre límites al ejercicio de su poder. El primero condicionante del poder empresarial está asentado en el mismo contrato laboral que define la actividad debida por el trabajador. La dificultad mayor está en la opacidad de los deberes profesionales contratados. Por cierto la identificación del perfil profesional da una pista de las obligaciones contratadas, sin embargo, su inserción en la organización productiva y a medida en que se realiza la actividad productiva, otras obligaciones durmientes o más opacas pueden salir a la luz por la mano de la buena fe contractual o simplemente por el discurso hegemónico y urgente de vencer la competitividad mundial.

Las dos partes contratante poseen el derecho a actuar con libertad. Sin embargo, el concepto de libertad debe incorporar un detalle más: el ejercicio de la libertad entre particulares supone no dañar el otro¹⁶¹. Los individuos pueden ejercer el derecho de resistencia al orden empresarial con igual peligro y riesgo acotado a su manifestación frente al Estado (al poner en entredicho la autoridad empresarial), salvo que en este caso el delito puede configurarse por fuerza de la violación de las libertades

¹⁶⁰ ROMAN DE LA TORRE, M. D. Poder de dirección y contrato de trabajo. Grapheus, Valladolid, 1992, p. 111.

¹⁶¹ Este concepto es retirado del art. 4 de la Declaración francesa de 89, según la cual la libertad es el “poder hacer todo aquello que no daña a los demás”, que, como afirma Bobbio, “es diferente de la definición corriente desde Hobbes a Montesquieu, según la cual la libertad consiste en hacer todo aquello que las leyes permiten, y de la de Kant, según la cual mi libertad se extiende hasta donde es compatible con la libertad de los demás.” (BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los Derechos*. Madrid: Sistema, D.L. 1991, p. 140).

constitucionales o incluso de los derechos delineados en el contrato. La ventaja aquí está en la posibilidad del trabajador contar con la intervención del propio Estado en su favor. Por tanto, el derecho de resistencia del trabajador es reforzado tanto en cantidad, por las normas contractuales, como en calidad, por la vigilancia estatal. La contestación, si bien pueda revertirse de un carácter individual, se presenta de forma más eficaz por medio de órganos de representación o colectivos obreros una vez que la contestación individual puede ser recortada por la buena fe contractual o eventual obligación de sigilo empresarial.

El ejercicio del poder de dirección solamente es legítimo cuando adopta por cauce el contrato de trabajo y deja al margen todas las manifestaciones que extrapolen esa relación y alcancen aspectos de la personalidad del trabajador. Este poder se reviste de una forma objetiva que lo conecta a un interés empresarial y económico con un sentido técnico funcional, lo cual “*excluye un ejercicio del poder de dirección caprichoso, desviado y fuera de toda racionalidad económica, al menos como prohibición de medidas injustificadas y arbitrarias que lesionen la igualdad y la dignidad humana*”¹⁶². Por lo tanto, se puede afirmar que el poder directivo es consustancial al empresario¹⁶³ y, por consiguiente, “*es intransferible e indisponible*”¹⁶⁴.

La delegación del ejercicio del poder de control inscrita en el art. 20.1 ET por supuesto se refiere a la delegación interna de poderes a un sujeto integrante del orden jerárquico de la organización productiva y no a terceros. Esta comprensión es reforzada por el reglamento relativo a la cesión ilícita prescrita en el art. 43.2 ET, compaginada con los arts. 1.2 y 8.2 ET. La única excepción expresa en la legislación española alcanza el trabajo realizado por las Empresas de Trabajo Temporal.¹⁶⁵ En ese supuesto el art. 6

¹⁶² RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. Poder de dirección y derecho contractual. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R (coord.). *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*. Madrid, La ley, 2005, p. 10/11.

¹⁶³ La subordinación y dirección son elementos esenciales para caracterización de la existencia de la relación laboral (art. 1.1, 1.2 y 8.2 ET) y permiten diferenciar supuestos de subcontratación y cesión ilícita de mano de obra (art. 42 y 43 ET).

¹⁶⁴ DEL REY GUANTER, S. Estatuto de los trabajadores. Comentado y con jurisprudencia. 2ª. Edición, Madrid, La Ley, 2007, p. 410.

¹⁶⁵ Cabe aquí resaltar que en el nuevo marco de la organización de trabajo, principalmente mediante la descentralización productiva y los efectos de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la subordinación jurídica a la cual está sometido el trabajador, la jurisprudencia viene abriendo las puertas a su flexibilización, al permitir el ejercicio del poder de control en contratos o subcontratos por la empresa principal en aspectos técnicos o poderes de control relativo a la verificación de la

de la Ley 14/1994, de 1 de junio, posibilita el ejercicio del poder de dirección de la empresa usuaria sobre los trabajadores de la empresa de trabajo temporal para ella cedidos.

Si bien el poder de dirección en el Derecho español pueda ser visto de forma unitaria, cada una de las facultades empresariales cumple una función específica y puede ser diferenciada por su objeto del poder de dirección en sentido estricto. En cuanto el poder de dirección se manifiesta en la potestad de dictar órdenes relativas al modo, lugar y tiempo de la prestación de servicios y a todas las actividades relacionadas a la disciplina y organización de la empresa, el poder de control y vigilancia permite al

prestación contratada (STCT de 9 de julio de 1981, Ar. 4850; STS 7 de marzo de 1988, Ar. 1863) o al adoptar un concepto subjetivo del art. 43 ET para evaluar la licitud de la cesión de trabajadores (TSJ Aragón AS\2002\3144, de 23 de octubre; TSJ Asturias AS\2005\624, de 10 de septiembre). El Tribunal supremo ya ha dicho que el ordenamiento jurídico español no contiene ninguna prohibición general al empresario a que integre su actividad productiva por la contratación externa (ST de 17 de diciembre de 2001, sentencia que tiene por antecedente la STS de 27.10.1994 (A/8531). De acuerdo con Perez de los Cobos, eso supone que, “*con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esa vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores.*” (Descentralización productiva y libertad de empresa. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (coord.) *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 202). La interpretación subjetiva de ese dispositivo solamente reconoce la ilicitud en la cesión de trabajadores cuando haya interés de fraudar la ley o sus derechos. En esa línea ya hay autores que defienden incluso el reconocimiento de la licitud en la cesión temporal de trabajadores por empresas en general para terceros cuando haya un interés empresarial en la cesión, admitiendo como regulares supuestos de “misión, comisión o destacamiento” de los trabajadores. Misión, comisión o destacamiento, está prevista en el ordenamiento italiano, y se define cuando el empresario cede temporalmente el trabajador a otro empresario y subsiste un interés objetivo de algún tipo del empresario “destacante” (formación del trabajador, control de la empresa favorecida, etc), que permita seguir calificándole de empleador del trabajador “destacado”. Ver el interesante estudio de RAMIREZ MARTINÉZ sobre el tema. (RAMIREZ MARTINÉZ, J. M. *Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores. Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*. Valencia, Tirant lo blanch, 2000, p. 109-131). Este nuevo enfoque pretende responder a las críticas hoy sufridas por la tesis contractual de que, dentro de la compleja estructura de las relaciones entre empresas y la exteriorización y las nuevas tecnologías de la comunicación e información, no explicaría las relaciones entre empresas que influyen directamente en las relaciones laborales y colectivas contemporáneas. Como destaca Mazeud: “*Il est une autre tendance. L’interlocuteur patronal peut se trouver enserré dans le tissu de structures complexes (groupes, donneurs d’ouvrage, réseaux). Le rôle du “chef” d’entreprise peut être réduit à celui d’exécutant. Il est alors mal aisé de remonter au véritable détenteur de pouvoir, dans un contexte de mondialisation des échanges et de logique financière.*” (MAZEAUD, A. *Droit du travail*. 4 a. édition, Paris, Monterstien, 2004, p. 79). Con lo cual, es común que el jefe de la empresa no detenga verdaderamente el poder de decisión y los trabajadores individual o colectivamente no encuentren la persona con quién dialogar sobre sus condiciones de trabajo. Los autores Wright y Lund describen las condiciones de trabajo de empleados en supuestos de externalización de la mano de obra, los cuales son sometidos a doble control de su actividad y ven su poder de discutir y negociar mejores condiciones seriamente restringido por el ordenamiento laboral americano y australiano. (WRIGHT, C. LUND, J. ‘Under de clock’: trade union responses to computerised control in US and Australian grocery warehousing. *New Tecnology, Work and Employment*, vol. 13, n. 1, march 1998). Luego, es importante reflexionar sobre los límites para se permitir la descentralización de la producción de manera y la extensión o límite de los poderes empresariales, en particular, del poder de vigilancia y control.

acreedor del contrato de trabajo verificar el efectivo y adecuado cumplimiento de la orden. El poder disciplinario, por su parte, complementa al primero, tomando al segundo como presupuesto, y acentúa el poder de mando empresarial cuando le posibilita imponer sanciones por el incumplimiento de las obligaciones obreras.

El esquema jurídico descrito ofrece un cuadro de total equivalencia entre las facultades que están rigurosamente delimitadas por el mismo instrumento: todas ellas derivan y convergen al contrato de trabajo y a las obligaciones contractuales allí fijadas. El problema surge cuando la ley autoriza (art. 18 e 24. ET) o la jurisprudencia admite el ejercicio del poder de control y vigilancia sobre aspectos que parecen alejados de la prestación de servicios pactada. De lo que la doctrina suele dividirse en dos tesis: aquéllos que establecen una doble dimensión,¹⁶⁶ de cuño contractual y extracontractual, a esas facultades, y otros que extienden el ámbito del poder contractual a aspectos organizativos de manera a incorporar todas esas manifestaciones en el poder de control.¹⁶⁷ En consiguiente, se puede obtener una figura correspondiente a un triángulo isósceles, cuando se admite que el ejercicio del poder de dirección involucra aspectos organizativos más generales que la estricta prestación individual, o una figura equivalente a una pirámide en que las zonas de poder están sobrepuestas y la base es ocupada por el poder de control y vigilancia. La solución reside, al final, en el tema del fundamento del poder empresarial, si su apoyo es contractual o institucional¹⁶⁸.

El grupo mayoritario admite la doble dimensión del poder de control, clasificando como extracontractuales las hipótesis en que se pretende la defensa del derecho a la propiedad y a la salud, que en el derecho español se reflejan explícitamente en el registro de la taquilla y efectos personales y en la verificación del estado de enfermedad del trabajador. “*Son controles, comúnmente conocidos en la dogmática italiana como “defensivos”, en los que aquello que se pretende es la tutela de ciertos*

¹⁶⁶ DOLORES ROMÁN, M. Poder de dirección y ... (p. 90), *apud* POQUET CATALÁ, Raquel. *El actual poder de dirección y control del empresario*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2013, p. 34.

¹⁶⁷ POQUET CATALÁ, Raquel. *El actual poder de dirección y control del empresario*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2013, p. 34.

¹⁶⁸ Como advierte Roman de la Torre, “*la íntima conexión del poder disciplinario con las exigencias de orden de la organización empresarial considerada en su conjunto problematiza incluso el tema de su fundamento, entre el apoyo contractual e institucional*” (ROMAN DE LA TORRE, M. D. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Grapheus, Valladolid, 1992, p. 120).

intereses que escapan al derecho de crédito empresarial derivado del contrato. La actividad de control no está sino dirigida a prevenir o descubrir conductas susceptibles de lesionar bienes de raíz constitucional (propiedad, la salud)”.¹⁶⁹

En innumerables circunstancias el poder de control alcanza comportamientos y actuaciones de los trabajadores que parecen ajenas a la valoración cuantitativa o cualitativa del cumplimiento de la prestación, las cuáles son legitimadas por una interpretación extensiva de la buena fe contractual, como veremos. La jurisprudencia es más garantista en lo que se refiere al control del poder disciplinario y más flexible en la interpretación de los patrones de conducta relativos a la prestación y ejecución del trabajo debido, *“al dilatar las obligaciones básicas del trabajador hacia aspectos que no se desprenden directamente de lo pactado, al fin social de la empresa, al desarrollo del interés de ésta de producir riqueza en condiciones de competitividad creciente o, en fin, a otras circunstancias igualmente relevantes, como la imagen o el buen nombre de la misma con posible repercusión en sus actividades”¹⁷⁰.*

Martínez Fons reconoce como característica definidora del poder de control y vigilancia su uso instrumental en relación a las potestades organizativas y disciplinarias, sin quitarle su autonomía¹⁷¹. Aunque la doctrina lo reconozca como *“presupuesto jurídico indispensable”¹⁷²* para el ejercicio o cumplimiento de las otras facultades, el ejercicio del poder de control no configura una fase previa al ejercicio de otros poderes. Si así fuera, el poder de control nada más sería que una fase específica de cada uno de ellos y por consiguiente debería adoptar las vestimentas, restricciones y contornos, de cada uno. Todo lo contrario, el anclaje del poder de control a las facultades de dirección y disciplinaria está en que el poder de control sirve a ese modelo económico de producción de manera que no actúa asentado en un poder genérico o extraño a la organización productiva. Pero de todos modos, el poder de control y vigilancia guarda su autonomía en relación a los otros poderes, o sea, no se confunde

¹⁶⁹ MARTINEZ FONS, D. *El poder de control del empresario en la relación laboral*. Madrid, CES, 2002, p. 35.

¹⁷⁰ BAYLOS, A. *Derecho del trabajo: modelo para armar*. Madrid: Editorial Trota, 1991, p. 92.

¹⁷¹ MARTINEZ FONS, D. *El poder de control del empresario en la relación laboral*. Madrid, CES, 2002, p. 40.

¹⁷² MARTINEZ FONS, D. *Idem*, p. 40.

con esos poderes, lo que se puede ver de forma clara en el hecho de que la conclusión obtenida por su intermedio no resulta necesariamente en una actuación del empresario.

Luego, partiendo de su contenido, se puede conceptuar el control como *“una tarea de verificación que se ejercita sobre la actividad desarrollada previamente por otro sujeto, necesariamente subordinado a quien es titular de la facultad de verificación, con la finalidad de comprobar que los actos controlados son conformes a los principios que disciplinan la actividad”*¹⁷³.

¹⁷³ MARTINEZ FONS, D. *Ibidem*, p. 21.

CAPITULO IV

La dignidad humana como límite al poder de control empresarial en la Web 2.0 y sobre el uso de las tecnologías móviles

“Ni dominantes ni dominados, ni víctima ni verdugo (mientras que “explotadores” y “explotados”, sí, eso existe, de una lado y de otro, porque no hay reversibilidad en la producción, pero justamente por eso: nada esencial pasa a ese nivel). Nada de posiciones antagonistas: el poder se consume según una seducción circular.”

(Baudrillard¹)

1. El poder de control de la organización productiva en la Web 2.0

En el centro de la sociedad de la información brilla con luz propia la web corporativa o Web 2.0 y las nuevas tecnologías de la información y comunicación (NTIC). La denominación “Web 2.0” hace referencia “a una serie de aplicaciones y páginas de Internet que, a través de sistemas de inteligencia colectiva, proporcionan servicios interactivos en red y que en su conjunto integran la segunda generación de la World Wide Web”.² Por tecnologías de la información y comunicación (TIC) se comprende de forma amplia los elementos y las tecnologías utilizadas para el tratamiento y la transmisión de la información relacionadas con la informática, las telecomunicaciones y la Internet; y las nuevas tecnologías de la información y comunicación (NTIC) hacen referencia a las más modernas técnicas de transmisión y tratamiento de información, en específico, las plataformas web – YouTube, Facebook, Twitter, Wikipedia, Dropbox, Google+ etc. Gran parte de los servicios ofertados en Internet orientan al ocio y a fomentar aspectos directamente relacionados con la vida personal o privada, tales como compartir fotografías, videos y música o expresar opiniones en breves palabras (140 caracteres, como ejemplo); sin embargo merece

¹ BAUDRILLARD, Jean. Olvidar a Foucault. Valencia, Pre-textos, 2001, p. 63.

² SIMÓN CASTELLANO, Pere. El régimen constitucional del derecho al olvido digital. Valencia, Tirant, 2012, p. 24.

destacada referencia el conjunto de artículos técnicos, libros y fotografías convertidos en bitácoras, que forman un precioso conjunto de datos del conocimiento y memoria colectivos. Con lo cual, la sociedad de la información se destaca por dos componentes: la información personal y el conocimiento.

El espacio empresarial se ha visto profundamente afectado por la evolución de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC y NTIC), pues a más de reemplazar la mano de obra³ y transformar las formas tradicionales de manifestación de los poderes empresariales, las nuevas tecnologías compaginadas con la Web 2.0 han fracturado las barreras del espacio-tiempo tanto para el público interno como externo a la organización productiva.

En la web, la mano empresarial alcanza consumidores en larga escala, para publicidad, venta y servicios, o sea, incrementa exponencialmente sus ingresos con la libre circulación de la información para sus intereses comerciales. Las herramientas tecnológicas a la vez promocionan la flexibilidad interna del contrato del trabajo, lo que ensancha un cuidado con la identidad digital, levantando las trabas para una respuesta inmediata al llamado de la empresa en un escenario de movilidad de sus trabajadores. La web colaborativa ha expandido la intangibilidad típica de las relaciones digitales a las relaciones privadas, inaugurando aun la posibilidad del trabajador de desarrollar las plataformas de la empresa y tornarse un emisor de información en larga escala de sus servicios, lo que reclama una formación específica para estas habilidades y sus respectivas responsabilidades. Por tanto, la Web colaborativa y las NTIC han permitido la extensión espacio-tiempo de toda organización de trabajo independiente de la calidad del interlocutor, pues tienen como público el conjunto de los integrantes de la organización productiva, desde la dirección hasta los trabajadores, como todos los terceros relacionados con la actividad empresarial, tales como proveedores, trabajadores autónomos, prestadores de servicios y los clientes.

Si el poder de control ya tenía de por sí un carácter insidioso cuando era parcial, discontinuado, visible y descentralizado, en que sus herramientas eran sencillas, como se ha afirmado y descrito en el capítulo antecedente, ahora, con las NTIC, este carácter se acentúa porque el control es potenciado cualitativa y cuantitativamente en su poder de recogida, almacenamiento de datos de interés empresarial y de los datos personales de trabajadores, y asume una faz objetiva, permanente, continua e invisible. La invisibilidad del poder de control tecnológico no le retira la virtualidad disuasoria, pues aunque la recogida y tratamiento de los datos sea sutil, su fuerza se manifiesta en los informes detallados de la actividad que pueden ser periódicos o en tiempo real.

³ “*Ce que veulent nos clients, c’est alléger la présence humaine là où elle n’est pas nécessaire*” (FERNANDEZ, M. PHILIPPIN, Y. RAMPAL, J.C. VEY, J.B. Le Big Bang du marché de la sécurité. En *Le nouvel économiste*, n. 1217 du 14 au 27 de mars 2003, p. 48)

Con lo cual, el poder tecnológico sigue con el uso de las herramientas de la sociedad disciplinaria - vigilancia, castigo y examen – para la sujeción subjetiva del trabajador, si bien el discurso corporativo haya cambiado y su finalidad no es moldear cuerpos y mentes, sino modularlos conforme la finalidad de la organización productiva que acompaña al trabajador, sin determinación de un espacio y tiempo concretos.

El nomadismo y permanencia del control, en un espacio virtualizado sin fronteras, combina fuerzas con la velocidad de la actualización de la información, que ahora se realiza al instante, en cuya carretera no hay zonas de descanso. Esto permite el conocimiento inmediato de la dirección de todo lo que pasa en la organización y con su personal. La importancia de la velocidad para el ejercicio del poder ha sido siempre manifiesta en la necesidad de controlar un territorio mediante mensajeros, medios de transporte y transmisión. Como dice Paul Virilio, toda sociedad es una sociedad de carrera (poder dromocrático). La sociedad moderna se comprende a la velocidad de la luz, al tiempo real que desterritorializa el tiempo. La instantaneidad aproxima al poder actual del poder divino, que es ubicuo e inmediato: “*un poder absoluto, control absoluto.*”⁴ Por consiguiente, el desarrollo informático agudiza la desigualdad de poder intrínseca al contrato de trabajo subordinado.

Los medios disponibles en el mercado para el control y vigilancia en la Web 2.0 priman por su diversidad. Ellos pueden ser físicos o virtuales. Los medios tangibles más conocidos son el ordenador, cámaras de seguridad o dispositivos móviles,⁵ que se pueden revestir de diversos tamaños y prescindir del cable para su acceso a la red mundial, y los medios intangibles pueden ser los *softwares* y las plataformas web. Ciertamente, en la actualidad, no pueden olvidarse otros medios igualmente rutinarios, como los instrumentos de control biométrico⁶ (los identificadores de voz, del iris, de la forma de la mano y especialmente de la huella dactilar), la radiofrecuencia y el GPS. Los diversos aparatos y sistemas, como regla general, se yuxtaponen en la empresa y hacen un radio X de todos los pasos del personal dentro de la organización.

⁴ VIRILIO, Paul. *El ciber mundo, la política de lo peor*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1997, p. 19.

⁵ Las cámaras de vigilancia ya pueden avisar automáticamente al vigilante en caso de atraco o intrusión, lo cual consulta las imágenes grabadas por medio de un ordenador conectado a internet. La expectativa es transmitir estas imágenes al móvil o Palm Pilot del vigilante (FERNANDEZ, M. PHILIPPIN, Y. RAMPAL, J.C. VEY, J.B. *Le Big Bang du marche de la securité*. 2003, p.45).

⁶En Francia la utilización de datos biométricos solamente está autorizada para sectores sensibles, como defensa, usinas con riesgo y laboratorios (FERNANDEZ, M. PHILIPPIN, Y. RAMPAL, J.C. VEY, J.B. *Le Big Bang du marche de la securité*. 2003, p. 45).

La facilidad en la utilización de estos aparatos incentiva la vigilancia de la competencia⁷ como herramienta de estrategia del negocio, lo que hace que las empresas cada vez más vigilen su propia información.⁸ El uso empresarial, por lo tanto, promueve cambios y beneficios a la organización; pero igualmente revela aspectos negativos con potencial riesgo a los derechos fundamentales de los trabajadores.

1.1 - Características del poder de control empresarial

La actividad de control del empresario está intrínsecamente vinculada a la libertad de empresa y se dirige a averiguar el cumplimiento laboral y de las reglas atinentes a la organización de la producción y que regulan las relaciones interpersonales. En el intento de iluminar los espacios y límites del ejercicio de este poder empresarial, pues su ejercicio puede invadir aspectos de la personalidad y características personales del trabajador para formar el juicio sobre la regularidad o no de la prestación contratada y de la conducta del trabajador subordinado, la doctrina establece ciertos criterios de clasificación.

En un breve recorrido sobre los criterios acreditados por la doctrina para clasificar el poder de control, verificamos que el control puede ser ejercitado en diversos momentos de la relación laboral, que tradicionalmente se identificaban con el tiempo y lugar del trabajo.⁹ El poder de control es clasificado en este aspecto como preventivo, simultáneo o sucesivo a la obligación debida. Los controles preventivos son legítimos cuando concurren circunstancias concretas en determinadas actividades que fundamenten dichos registros, no bastando meras sospechas con respecto a una conducta inidónea o irregular del trabajador, o cuando están previstos en la convención colectiva.¹⁰ Los controles (registros) pueden ocurrir en la suspensión o extinción del

⁷La proliferación de las NTIC inquieta a las empresas que con vistas a su protección embarcan en un “contra-ataque tecnológico sin fin” (FERNANDEZ, M. PHILIPPIN, Y. RAMPAL, J.C. VEY, J.B. Le Big Bang du marche de la securité. 2003, p. 45). En Francia el mercado de seguridad electrónica alcanzó la cifra de 125% de crecimiento de 1991 a 2003 y en 2001 pasó en importancia el mercado de personal de vigilancia (FERNANDEZ, M. PHILIPPIN, Y. RAMPAL, J.C. VEY, J.B. Le Big Bang du marche de la securité. En *Le nouvel economiste*, n. 1217 du 14 au 27 de mars 2003, p. 48).

⁸ Véase respecto las conductas abusivas de los trabajadores en RIBAS, J. Actos desleales de trabajadores usando sistemas informáticos e Internet. *Relaciones Laborales*, n. 21, año XX, 2004, p. 103-119.

⁹ El control está vinculado al horario del trabajador, o sea, si el trabajador necesita quedarse más allá del horario de trabajo, deberá recibir como horas extraordinarias.

¹⁰ “... la jurisprudencia ha admitido la legitimidad de los controles periódicos de carácter rutinario en supuestos en los

contrato de trabajo. La doctrina se divide sobre la necesidad del empleo de las garantías que prevé el art. 18 ET en el caso de extinción del contrato de trabajo.¹¹

El control puede ser clasificado en cuanto a su duración en control de operación o de funcionamiento. En el primer caso, el control se refiere a un acto que se cumple en un momento concreto o en un período de tiempo acotado. Y, en el segundo, se extiende al desarrollo de toda una actividad. Respecto a su objeto, el poder de control puede ser personal, o sea, sobre la persona del trabajador; real, es decir, sobre las herramientas y espacios de la producción; o mixto, cuando el control es ejercitado sobre los dos tipos de objetos a la vez.

El tema central de este estudio son los controles personales que son subdivididos en directos o intencionales, indirectos o difusos y ocultos. Los controles directos o intencionales son *“todas aquellas actividades de control realizadas con el propósito fundamental de recabar información laboral o extra laboral del trabajador, bien en el momento de ingreso al trabajo o bien en el curso de la relación laboral”*.¹² Esa especie de control se presta a valorar la aptitud profesional del trabajador o para comprobar su comportamiento contractual. Los controles indirectos o difusos son aquéllos ejercitados por exigencia de la actividad productiva y se refieren a *“los supuestos de control ejercido a través de sistemas equipos informáticos u otro tipo de mecanismo cuya finalidad sea la de satisfacer cualquier tipo de exigencia técnico-organizativa o de seguridad de la empresa diversa de la mera vigilancia del trabajador”*.¹³ Estos controles son presentados como una consecuencia meramente accidental de la utilización de aparatos.

Por fin, el control tiene como regla, con base en el principio del Estado democrático y de la buena fe contractual, su realización a la vista o con el previo conocimiento del trabajador de las medidas adoptadas y del objeto de verificación. En casos excepcionales, no obstante, la doctrina mayoritaria aduce que el empleador puede tomar medidas para realizar un control oculto, bajo fundadas sospechas; esta medida está justificada cuando la información a los trabajadores sobre el método de vigilancia puede perjudicar la prevención o detección del crimen o para perseguir faltas

que es muy difícil, dadas las características de las empresas: entrada y salida constante de personas, dificultades para controlar los stocks de la empresa, etc., ejercer una facultad de control selectiva (STSJ de Madrid, de 2 de abril de 1998, AS 1998, 1374)], singularmente cuando el convenio colectivo aplicable prevé este control de forma expresa (STSJ de Cataluña, de 18 de febrero de 2005 [JUR 205, 80154]).” (ARIAS DOMINGUEZ, Angel. RUBIO SANCHEZ, Francisco. El derecho de los trabajadores a la intimidad. Cuadernos de Aranzadi Social. Navarra, Ed. Aranzadi, 2006, p. 74)

¹¹ ARIAS DOMINGUEZ, Angel. RUBIO SANCHEZ, Francisco. El derecho de los trabajadores a la intimidad. Cuadernos de Aranzadi Social. Navarra, Ed. Aranzadi, 2006, p. 77.

¹² GOÑI SEIN, J. L. Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad. *Revista de Derecho Social*, núm. 32, 2005, p. 80.

¹³ GOÑI SEIN, J. L. Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad. *Revista de Derecho Social*, num. 32, 2005, p. 80.

o irregularidades laborales de todo tipo.¹⁴ La jurisprudencia, de todos modos, admite el control oculto apenas cuando él constituye la única forma de descubrir la conducta ilícita o irregular de un trabajador concreto y por un período de tiempo determinado. Para Martínez Fons, el control oculto únicamente debe ser considerado legítimo “*si existe una sospecha cierta acerca de incumplimientos graves que afecten a bienes de relevancia constitucional y que se produzcan con ocasión del desarrollo de la prestación el trabajador vigilado*”.¹⁵

Para el ejercicio del poder de control, el empresario debe tener las informaciones necesarias que permita realizar una valoración de la correspondencia del comportamiento del trabajador a los parámetros que le justifican esta facultad. A igual, la actividad de investigación debe ser adecuada a los elementos que permitan la verificación de lo que se pretende observar. Además, la apreciación de la legitimidad del control consistirá en la estimación de los riesgos que impone la efectiva investigación. Por decir, los sacrificios impuestos por el control no podrán restringirse únicamente a los intereses empresariales, sino que deberán tomar en consideración otros elementos, las circunstancias justificadoras del modo que se implementa el medio de control y al resultado que se obtiene con esta actividad. Las esferas de los bienes involucrados con su ejercicio no se confunden necesariamente.

De su lado, los elementos lógicos del control son: el fin, la estructura y el objeto.¹⁶ El fin dibuja el qué se pretende conocer con dicha actividad. La estructura comprende los elementos de juicio de la actividad controlada, que son inescindibles del fin tutelado. Y el objeto corresponde a la realidad sobre la que se proyecta la vigilancia.

Todos los tipos de control jurídico de la actividad del trabajador consisten en la comprobación fáctica de los hechos y conductas realizadas y su valoración positiva o negativa de conformidad. Los procedimientos de controles positivos o negativos pueden encerrar con un juicio sobre la actividad, tratándose de un control-juicio. En caso de valoración negativa ciertos procedimientos de control pueden proseguir con la directa imposición de una medida sancionadora como expresión de la voluntad del sujeto controlante.

¹⁴ FERNÁNDEZ VILLAZON, Luis Antonio. *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*. Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2003, p. 49.

¹⁵ MARTINEZ FONS, D. *El poder de control del empresario en la relación laboral*. Madrid, CES, 2002, p. 104. Gutiérrez Pérez, admite el poder de control oculto para el teletrabajador. GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel. *Ciudadanía en la Empresa y Derechos Fundamentales Inespecíficos*. Murcia Ediciones Laborum, 2011, p. 192.

¹⁶ MARTINEZ FONS, D. *El poder de control del empresario en la relación laboral*. Madrid, CES, 2002, p.50.

Según la teoría mayoritaria, el ejercicio de la facultad de vigilancia y control tiene contornos contractuales (o sea en el marco del poder de dirección derivado del contrato de trabajo¹⁷) y extracontractuales, que incorpora los ámbitos ajenos a la prestación laboral, y que pueden afectar a la esfera privada del trabajador, desde que contenidos en la tutela de la organización productiva. Estos controles tienen un ámbito de incidencia más reducido, pues ha de presumirse la irrelevancia de la vida privada del trabajador en el prestigio o interés empresarial. Para Martínez Fons, la justificación debe estar dentro de una expresa previsión legal como el art. 18 ET, o debe reposar en una regla dentro del marco de los controles “defensivos”; o sea, los controles dirigidos a prevenir o descubrir conductas susceptibles de lesionar bienes de raíz constitucional (propiedad, la salud¹⁸), por ejemplo, al admitirse que el poder del empresario alcance aspectos extralaborales para protección del patrimonio empresarial y de los integrantes de la empresa, incluso clientes. Según este autor, el control defensivo sitúa la legitimación a su ejercicio en una dimensión pública, fundada en la Ley, que reconoce e integra el conflicto entre los intereses en presencia, sin intensificar necesariamente la subordinación del trabajador. Los derechos fundamentales de los trabajadores encuentran así un recorte legislativo. Con lo cual, los registros del art. 18 ET tiene un carácter propio, autónomo y *ex lege*. Este poder autónomo de carácter legal se sitúa formalmente en la órbita del poder de control, pero no se confunde con éste. Las distintas manifestaciones del poder de control tienen una lógica y dinámica diferenciadas entre sí que permiten clasificarlos en facultades de control (art. 20 ET), que halla su fundamento en el contrato de trabajo, y los poderes de control (art. 18 ET), cuyo fundamento está en la ley y atiende a los distintos intereses productivos y organizativos del empresario.

Esta concepción fundamenta el cacheo y el registro de taquillas y efectos personales de los trabajadores, aunque la jurisprudencia y doctrina mayoritarias determinen que el registro solamente se haga en casos de sospecha fundamentada.¹⁹ Arias Dominguez y Rubio Sanchez

¹⁷ De forma restrictiva, cierta doctrina vincula el poder de vigilancia y control al poder de dirección, como una facultad más dentro del haz que conforman dicho poder. La legitimidad del poder de control, por esta teoría, está asentada en la legitimidad misma del orden emanado del empleador, si el empresario tiene legitimación para dar una orden determinada, puede verificar su cumplimiento y correcta ejecución. Esta tesis puede acoger también el poder del empresario sobre la organización de trabajo.

¹⁸ MARTINEZ FONS, D. *El poder de control del empresario en la relación laboral*. Madrid, CES, 2002, p. 35.

¹⁹ Gutiérrez Pérez, como Arias Dominguez y Rubio Sanchez, acoge el poder de control sobre la vida extralaboral del trabajador en caso de fundada sospecha. (GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel. *Ciudadanía en la Empresa y Derechos Fundamentales Inespecíficos*. Murcia Ediciones Laborum, 2011, p. 194); Fernandez Villazón lo admite por cuenta de la responsabilidad civil del empresario por los actos cometidos por sus trabajadores en el ejercicio de sus funciones, lo cual legitima su pretensión de adoptar medidas de vigilancia destinadas a evitar que sus empleados realicen en el ámbito empresarial conductas que perjudiquen a terceros o, simple y llanamente, supongan la comisión de un delito (FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A. *Las facultades empresariales de control de la actividad*

recomiendan “*acudir previamente a la averiguación de la verdad material subyacente que legitimaría el registro mediante medidas menos invasivas del derecho fundamental*” por respecto al principio de la proporcionalidad, o sea, “*tienen que concurrir circunstancias concretas que fundamenten dichos registros*”,²⁰ con que no bastan meras sospechas con respecto a una conducta inidónea o irregular del trabajador.²¹ En este caso, por supuesto, el control recae sobre la persona del trabajador y sobre su actividad.

Para Goñi Sein, el control sucede en una tríada de presupuestos: 1) el funcional, que entronca las obligaciones derivadas del contrato de trabajo o de la prestación laboral encomendada; 2) el temporal, que incide sobre los actos producidos durante la vigencia o actividad propia o vida del trabajador y c) el interesado, económico o no, cuya aplicación tiene en vista el patrono cuando puede ser perjudicado material o moralmente por la conducta. Con lo cual, los sucesos acontecidos fuera del trabajo no caen automáticamente fuera de la esfera de control del empresario, pues pueden derivarse de la especial naturaleza de algunas relaciones de trabajo (deportistas profesionales) o pueden ser cauces de posibles graves repercusiones en el reputación y prestigio empresarial. Para este autor, asumen significancia los comportamientos que lesionan claramente los intereses empresariales dignos igualmente de protección; es decir, aquellos que atentan directamente a los intereses de la empresa, como los actos de terrorismo contra sus instalaciones, o indirectamente, como las críticas abiertas y públicas al producto elaborado o a la actividad desarrollada por la empresa con voluntad de perjudicar.²² Debe haber una “*suerte de coherencia entre la conducta reprochable del trabajador, en su vida privada, y la misma actividad en la empresa*”.²³

El único denominador común entre el poder de control laboral y extralaboral está en aportar el respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales como límites externos a su

empresarial, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2003, p. 50);

²⁰ ARIAS DOMINGUEZ, Angel. RUBIO SANCHEZ, Francisco. El derecho de los trabajadores a la intimidad. Cuadernos de Aranzadi Social. Navarra, Ed. Aranzadi, 2006, pp. 73-74. La jurisprudencia ha admitido la legitimidad de los controles periódicos de carácter rutinario en supuestos en los que es muy difícil, dadas las características de las empresas: entrada y salida constante de personas, dificultades para controlar los stocks de la empresa, etc., ejercer una facultad de control selectiva (STSJ de Madrid, de 2 de abril de 1998, AS 1998, 1374), singularmente cuando el convenio colectivo aplicable prevé este control de forma expresa (STSJ de Cataluña, de 18 de febrero de 2005 [JUR 205, 80154]).”

²¹ Sin embargo, estos dos autores lo admiten como forma preventiva en determinadas actividades o cuando previsto en convención colectiva. (ARIAS DOMINGUEZ, Angel. RUBIO SANCHEZ, Francisco. El derecho de los trabajadores a la intimidad. Cuadernos de Aranzadi Social. Navarra, Ed. Aranzadi, 2006, p. 74.)

²² GOÑI SEIN, José Luis. El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial. Madrid, Civitas, 1998, pp. 266 y 272/273.

²³ GOÑI SEIN, José Luis. El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial. Madrid, Civitas, 1998, p. 273.

incidencia. Para Martínez Fons, a raíz de estas consideraciones gravitarán los principios para el trabajo de interpretación de los agentes jurídicos, con lo cual “*se impone [...] la interpretación fundamentada en el favor libertatis y absolutamente restrictiva de los términos del artículo 18 TRLET, acorde con su carácter extraño al poder empresarial*”.²⁴

A mi entender, el poder de control incardina la verificación de los actos relacionados a la correcta prestación laboral, la que se realiza conforme a las instrucciones del empresario, y a los actos que puedan tener repercusión negativa al legítimo interés empresarial, es decir, el interés en el mantenimiento y buen funcionamiento de la organización de la empresa que en ciertos casos puede exigir la recogida de informaciones fuera de la empresa o sobre el momento de la vida extralaboral del trabajador. La legitimidad del control extralaboral, sin embargo, encuentra su justificación en el marco del contrato, con lo cual debe estar asociado a la actividad laboral del trabajador o a conductas que puedan lesionar el interés empresarial legítimo, como ciertos ilícitos (difamación, calunia).

Los controles han sufrido ciertas mutaciones desde el inicio del desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación. Estos cambios no se han restringido a los medios para su ejercicio, sino que han provocado una profunda transformación en las relaciones laborales al permitir mayor flexibilidad interna y externa del contrato de trabajo, y en el funcionamiento de las facultades del poder de dirección. El uso de las NTIC en la empresa ha transmutado el poder de control en indirecto por defecto, el invisible o sutil, sin fronteras, continuo y al instante. Para mejor comprensión, se verá a reglón seguido, el análisis de dos realidades distintas y sucesivas, el poder de control por las TIC y por las NTIC.

1.2.a - El poder de control empresarial a través del uso de las TIC

Las TIC son la primera generación de la tecnología para el tratamiento y la transmisión de la información relacionada con la informática, las telecomunicaciones y la Internet. Las TIC utilizan como plataforma la Internet o *hardwares*, con la construcción de páginas estáticas y unidireccionales. Un ejemplo bastante paradigmático es el *software*, cuya funcionalidad en la

²⁴ MARTINEZ FONS, D. *El poder de control del empresario en la relación laboral*. Madrid, CES, 2002, p. 37. Para este autor el registro de la taquilla solamente es posible en caso de protección del patrimonio empresarial o de terceros. Razón por la cual, él califica de ilegítimos los eventuales registros relacionados con la garantía del cumplimiento de la prestación de los trabajadores, si tal fuera el caso (MARTINEZ FONS, D. *El poder de control del empresario en la relación laboral*. Madrid, CES, 2002, p. 37).

empresa será aquí analizada como medida de comparación con las características y retos encontrados en la Web 2.0, que será expuesta a reglón seguido.

En la empresa, los *softwares* cumplen un papel fundamental en la aceleración y reducción de costes de la producción, pero a modo simultáneo hunden raíces en un sistema rígido de control de los trabajadores. Su amplia capacidad de recabar y tratar la información en corto plazo de tiempo permite al empleador sobreponer a la cultura corporativa una capa de modelo objetivo de evaluación. A modo de ilustración, el estudio de Wright y Lund²⁵ ofrece la oportunidad para la observación del uso práctico de los sistemas de organización y control tecnológicos implementados en el sector de almacenes minoristas en Australia y Estados Unidos. En ese modelo objetivo de control, que se esconde bajo mecanismos relacionados estrechamente a la propia organización empresarial, predomina el autoritarismo y la baja confianza entre las partes involucradas.²⁶ Los autores cuentan que el sistema computarizado de control de los almacenes involucra varios elementos, que aquí son divididos en tres: elemento externo, elemento interno y elemento científico.

El elemento interno se compone de un banco de datos a tiempo real, conectado a la red interna (Intranet), de la utilización del escaneo de códigos de barras y de la subdivisión del almacén en zonas coordinadas. La información fluye por la empresa de forma continua y actualizada sobre los niveles de existencias de cada producto, los cuales son almacenados en un local específico. Además, el uso de la comunicación por radiofrecuencia en los almacenes permite a conexión también de los montacargas a la red de ordenadores. Por esa vía de comunicación, los operadores de montacargas pueden no solamente ser avisados del momento en que deben llevar un producto adicional a determinado sitio como transmiten su ubicación en la empresa a tiempo real, reduciendo la cantidad de tiempo de espera entre pedidos e incrementando su productividad.

A su vez, el elemento externo vincula el inventario al procesamiento de los pedidos de los consumidores. El pedido del consumidor vía *modem* da marcha a la verificación de las existencias disponibles y a la organización de la formas más eficientes para su direccionamiento al recolector responsable. Simultáneamente una lista de sellos adhesivos es producida con las actividades detalladas del orden en que los productos deben ser recogidos, la cantidad del producto requerido y su localización.

²⁵ WRIGHT, C. LUND, J. 'Under de clock': trade union responses to computerised control in US and Australian grocery warehousing. *New Technology, Work and Employment*, vol. 13, n. 1, march 1998.

²⁶ Interesa aquí explicitar la opinión de Wright e Lund: "While many writers have stressed the emancipatory and skill-enhancing potential of workplace computerisation, where these technologies poroveide employers with the opportunity for much closer control over the labour process and significant cost savings, authoritarian or 'low trust' approaches to employment are just, if not more, likely to predominate." (WRIGHT, C. LUND, J. 'Under de clock': trade union responses to computerised control in US and Australian grocery warehousing. *New Technology, Work and Employment*, vol. 13, n. 1, march 1998, p. 4.)

Por ende, hay el elemento científico que se ocupa del desarrollo de los conocidos “estándares de normas de trabajo” (“*engineered work standards*”). El estándar de normas del trabajo engloba la creación de tiempos patrones para cada función de forma individualizada, utilizando técnicas tradicionales de medida del trabajo (estudios de tiempo con cronómetro y controles de movimientos avanzados),²⁷ crea una biblioteca de los “tiempos ideales” para, por ejemplo, la selección de los productos, para el desplazamiento de un lado a otro del pasillo, que es almacenada en el banco de datos.

Con fundamento en todos esos elementos, se inicia el “*clock-in*” entre la empresa y el trabajador. El trabajador cuando recibe el pedido, pulsando o escaneando su número de identificación, da arranque al reloj que cronometra el tiempo llevado entre coger el pedido, recoger el producto y entregárselo al sector específico. Cuando el trabajador retorna a la mesa de trabajo para dar cumplimiento a otro pedido, se identifica y el reloj para en relación a la actividad anterior y recomienza en relación al nuevo pedido. El tiempo completo para la realización de la actividad es recabado en el banco de datos junto al número de identificación del trabajador y el tiempo permitido por las normas de trabajo. Los datos son tratados y generan un informe con la puntuación del rendimiento de cada uno de los trabajadores. Con ese sistema de almacenamiento y tratamiento de datos, el supervisor puede en tiempo real obtener una estadística del rendimiento individual de los subordinados. Asimismo, esos datos pueden ser accedidos por otros usuarios de la red interna de ordenadores y producen informes semanales, con los cuales se adopta varias formas de sanción disciplinaria para los empleados con desempeño por debajo del nivel predeterminado de rendimiento semanal. En Estados Unidos, las sanciones revisten variadas formas, desde la advertencia verbal y escrita hasta la suspensión de pago y el despido. El empleado puede igualmente ser obligado a someterse a varias formas de capacitación. En algunos almacenes, ese sistema contempla también el pago de premios como incentivo a que el trabajador produzca por arriba de las líneas estándares.

Los problemas creados por la implementación de ese sistema están en el empeoramiento de las condiciones de trabajo de los recolectores. Detrás del acentuado incremento del rendimiento de los empleados - en Estados Unidos después de su implementación la productividad aumentó 30% y en Australia en un año la producción aumentó de 35% a 75%-, hubo el incremento de los problemas de salud y seguridad. Estudios del instituto norteamericano que se ocupa de la salud y seguridad (*United States National Institute for Occupational Safety and Health* – NIOSH) señalaron que el trabajo de los operadores de almacenes tiene alta demanda psicológica, cuyo nivel

²⁷ “*Stopwatch time studies and predetermied motion time systems*”.

no permite su manutención por largos períodos. Los accidentes de trabajo y enfermedades entre esos trabajadores fue alta, especialmente en lo que se refiere a problemas de espaldas con proporción de 3 de cada 10 empleados dentro de un año.

Además, los empleados se sentían bajo una vigilancia excesiva, como si estuvieran “bajo en reloj” (“*under the clock*”) desde el momento de la entrada hasta la salida de la empresa, con sus actitudes diseñadas por el mecanismo de retroalimentación del sistema en un cuadro de rendimiento que aparece en la pantalla cuando es designada otra tarea. Uno de los empleados ofrece el siguiente testigo: “... *con el sistema RF en mi montacargas, yo debo seguir su orientación toda la jornada. Él me dice donde irme y donde no irme y marca el tiempo. Si no me preocupó con eso y no cumplo con las expectativas patronales, queda el informe y eso me preocupa. Uno siempre está preocupándose con eso. Era lo que estaba diciendo allí. Esta siempre en tu cabeza.*”²⁸ Fundamentados en la información, los supervisores aplican sistemas informales de “premios y castigo” (“*carrots and sticks*”) en que ofrecen actividades confinadas a espacios reducidos o designan las mejores tareas a los mejores trabajadores en contraposición a métodos intimidatorios dirigidos a los trabajadores con bajo rendimiento. Como resultado, los trabajadores describen su tarea como de alta demanda, baja autonomía, alto índice de stress psicológico y disminución de la satisfacción en el trabajo.²⁹

Esa especie de control evolucionó en algunos almacenes minoristas británicos para la informatización integral de las órdenes. Los trabajadores reciben los órdenes directamente de un ordenador que llevan acoplado a su brazo cuando escanean el producto. Según el sindicato GMB del Reino Unido, esos almacenes “*se asemejaban a granjas de cría intensiva*”, pues “*la única función del trabajador es hacer lo que le ordena el ordenador. (...) No se tolera ningún desvío de este programa.*”³⁰ Resumidamente: “*estos mecanismos para despachar productos alimenticios a supermercados y tiendas han hecho de los trabajadores auxiliares del ordenador en lugar de a la inversa*”.³¹

²⁸ “... *with that RF unit on my forklift, I've got to let that run me all day. It tells me where to go and where not to go and it runs by time. If I don't worry about it and don't run to standard, I get in the shit so them that worries me. You're always worrying about it. That's what I was saying there. It's always in the back of your mind.*” (WRIGHT, C. LUND, J. ‘Under de clock’: trade union responses to computerised control in US and Australian grocery warehousing. *New Tecnology, Work and Employment*, vol. 13, n. 1, march 1998, p. 6)

²⁹ WRIGHT, C. LUND, J. ‘Under de clock’: trade union responses to computerised control in US and Australian grocery warehousing. *New Tecnology, Work and Employment*, vol. 13, n. 1, march 1998, p. 6.

³⁰ BIBBY, A. Te están siguiendo. Disponible en <<http://www.andrewbibby.com/pdf/Surveillance-es.pdf>> Acceso en 20.8.2009, p. 12.

³¹ BIBBY, A. Te están siguiendo. Disponible en <<http://www.andrewbibby.com/pdf/Surveillance-es.pdf>> Acceso en

La Organización Mundial de la Salud, en 1990, ya ponía sobre la mesa el incremento de las enfermedades psicosomáticas y de trastornos de la salud mental, relacionados con el trabajo, ocasionados por el uso de las nuevas tecnologías y de los cambios en el sistema de trabajo por ella provocados. Arrancando de este marco temporal, las capacidades y sistemas informáticos utilizados por la empresa evolucionaron de forma variada, entre los cuales se puede indicar, a modo ejemplar, la captación de imágenes y sonidos por las cámaras de vídeo, los sistemas de acceso y localización en la empresa (RFI, edificios inteligentes), los controles sobre el correo electrónico puesto por la empresa a disposición del trabajador, los controles sobre las páginas web visitadas por el trabajador durante su prestación de servicios, los controles ordenados a verificar la utilización del PC que el trabajador usa como su herramienta de trabajo y, en fin, los controles sobre el uso del teléfono para conocer la frecuencia de las llamadas de sus trabajadores, el número de destino, la fecha, hora y duración, que en los supuestos específicos del *telemarketing* incluyen el contenido de las conversaciones mantenidas por este medio. Otro dispositivo con clara aptitud para la vigilancia son los drones robóticos dotados de cámaras de filmación.³² Su manejo para fines de control empresarial aun es incipiente pero seguramente podrá crecer principalmente para la vigilancia en áreas o estructuras de difícil acceso, como por ejemplo, se puede pensar en el uso del dron de forma complementaria a la actividad de un trabajador en el rescate de una persona o para revisar el trabajo desarrollado en el tendido eléctrico. Además, puede volcarse para la vigilancia de grandes áreas, como agricultura, fronteras y de vías férreas.

Estos sistemas facilitan al empresario una información abundante desde su ordenador, que le permite obtener un conocimiento bastante exacto de cuanto está sucediendo en la organización. La información de acceso, por ejemplo, queda oportunamente registrada en el ordenador a partir del cual se instrumenta el sistema, y así se puede verificar con precisión de minutos la hora de la entrada y salida del trabajador a su lugar de prestación de servicios, como también el número de veces y espacio de tiempo en el cual se ha ausentado e, incluso, el motivo de

20.8.2009, p. 12.

³²El uso de drones robóticos está permitido por la Agencia Española de Seguridad Aérea, aunque no esté aprobada la reglamentación definitiva, en zonas no pobladas y al espacio aéreo no controlado, siendo autorizado su uso en trabajos aéreos como: actividades de investigación y desarrollo, tratamientos aéreos, fitosanitarios y otros que supongan esparcir sustancias en el suelo o la atmósfera, incluyendo actividades de lanzamiento de productos para extinción de incendios, levantamientos aéreos, observación y vigilancia aérea incluyendo filmación y actividades de vigilancia de incendios forestales, publicidad aérea, emisiones de radio y TV, operaciones de emergencia, búsqueda y salvamento, y otro tipo de trabajos especiales no incluidos en la lista anterior. En los espacios completamente cerrados, como un pabellón industrial, es posible su utilización pues no están sometidos a la jurisdicción de la AESA. (Disponible en <www.seguridadaerea.gob.es/lang_castellano/cia_empresas/trabajos/rpas/faq/default.aspx#01> . Acceso en 30.08.2015). Su uso ya está al día para hacer filmaciones, revisar el tendido eléctrico o realizar pequeñas tareas, como el dron fumigador (RAMÓN PECO. ¿Buscas trabajo? Piensa en los drones. El País, 22.06.2015. Disponible en <www.tecnologia.elpais.com/tecnologia/2015/06/16/actualidad/1434472507_701480.html> Acceso en 29.08.2015)

la propia ausencia, al permitir constatar cuantas veces el trabajador ha accedido a la cafetería, cuarto de baño o al local destinado a la representación unitaria o sindical. La información sobre el PC permite conocer las páginas Web visitadas, los programas utilizados, el contenido de los archivos abiertos, el número de pulsaciones operadas en el teclado, el tiempo durante el cual el equipo ha permanecido apagado o suspendido y la mirada del trabajador en el monitor. El conjunto de datos recabados de la persona del trabajador equivale a ponérselo en un escáner y, además de permitir un retrato extremadamente detallado, pretende afirmar previsiones futuras, como por ejemplo, los estudios destinados a apurar indicadores de dolencia mental con base en el número y cantidad de los errores cometidos por la persona en la pulsación del teclado.

En España, los casos emblemáticos, que han influenciado a la jurisprudencia, se refieren a los medios audiovisuales de control de la mano de obra: las SSTC 98/2000, de 10 de abril, y 186/2000, de 10 de julio.³³ Las dos decisiones que inauguraran al tema desde luego identificarán el excesivo grado de invasión a la esfera personal del trabajador por estos medios, vinculando su uso a la potencial lesión al derecho a la intimidad. En conclusión, el Tribunal Constitucional ha establecido como regla la restricción del uso de las grabaciones o, en caso de indiscutible necesidad, ha creado unos límites y exigencias específicos para el ejercicio del poder de control empresarial, tomando por base el uso de cámaras de vigilancia.

Si bien la corte constitucional ha tomado en consideración cierto carácter pernicioso del poder de control tecnológico por su posibilidad de ataque a la intimidad, el enfrentamiento del tema limitado a su ofensa dificulta o no alcanza a tratar ciertos rasgos de los medios tecnológicos en que no cabría identificar un espacio de intimidad, como por ejemplo la intensificación de la producción en ritmos insoportables, el sentimiento de vigilancia permanente y detallada, la ausencia de espacios de discusión sobre la producción, la influencia en el comportamiento individual, la alienación del trabajador, el autoritarismo etc. Todavía, hay la necesidad de reflexión del tema bajo otros derechos fundamentales y, en especial, bajo el derecho a la dignidad humana, en conformidad con la línea ya demarcada por el legislador en el art. 20.3 ET, pues las NTIC han profundizado los factores de riesgos psicosociales, posibilitando configurar una verdadera situación de “acoso” al trabajador.

³³ Merece especial atención la STC 186/2000, FJ 6, en que el Tribunal Constitucional estableció tres requisitos para la averiguación de la legitimidad del ejercicio del poder de control: “*si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y finalmente, si la misma es ponderada y equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes y valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).*”

1.2.b - El poder de control empresarial a través del uso de las NTIC

La Web 2.0 o web colaborativa arroja como precitado un poder de monitorización más completo, ubicuo, sutil y disperso, pues es construida por sistemas de inteligencia colectiva y servicios interactivos en red. La web colaborativa tiene tres características: a) la web es la plataforma, b) la información es lo que mueve la Internet, c) y su arquitectura es participativa, o sea, la innovación surge de características distribuidas por desarrolladores independientes, en que los *softwares* no son definitivos, pues son servicios en beta perpetuo, evolucionando por la propia interacción con el usuario.³⁴ El internauta, al navegar en la red por defecto, deja un rastro que facilitará su futura navegación.³⁵ Las huellas de navegación generan perfiles de uso aprovechable y económicamente rentables que permiten rápidamente reunir la información individualizada o trazar estudios de mercado para ofertar publicidad no al género internauta sino a un sujeto concreto. Además, la estrategia de viralidad³⁶, sea por la notificación a los amigos o por la copia del dato o información en el archivo histórico o memoria caché del buscador, es fundamental para diseminar información.

Aunque las posibilidades técnicas permitan adoptar sistemas garantizadores de la privacidad del usuario (*privacy by design*), el aliento de la Internet está en la libre circulación de información, la cual es fomentada por la oferta de servicios “gratuitos” en que el pago se hace con los datos personales o del conjunto de los contactos del interesado (*pay for privacy*). La arquitectura y el sistema operacional vigente en la Web 2.0 generan un alto riesgo a la privacidad de los individuos, pues: 1) ella genera una falsa percepción de privacidad; 2) las reglas para el uso del entorno no las define el usuario, pues son fijadas por el proveedor de los servicios; 3) la información personal que se ofrece es relevante y puede no ser ni anónima ni masiva; 4) el usuario,

³⁴MARTINEZ MARTINEZ, Ricard. Protección de datos personales y redes sociales: un cambio de paradigma. En *Derecho y redes sociales*, 2ª edición. (RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTINEZ MARTINEZ, Ricard – ed.). Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2013, pp. 88/89.

³⁵Las opciones de navegación suponen por defecto la configuración de visibilidad o privacidad y el usuario motu proprio debe restringir la visibilidad de su perfil. El internauta podrá esquivarse de dejar un rastro si toma medidas en concreto para navegar de forma anónima. Este modelo de navegación apenas conocido por la minoría, no encuentra amplia divulgación. A modo mayoritario, las personas acceden en dejar las huellas por comodidad en futuras búsquedas. Además no hay el sistema no esclarece el usuario de forma accesible y suficiente sobre los riesgos y las consecuencias de mantener la visibilidad de su perfil. Aunque haya tecnología a permitir el diseño de los sistemas de información y aplicación para la Web 2.0 garantes de la privacidad (*privacy by design*) o tecnologías garantes de la privacidad, su despliegue encuentra resistencia.

³⁶La estrategia de viralidad utiliza la notificación a “nuestros amigos” todo lo que hacemos y nos gusta lo cual facilita las estrategias publicitarias, o se acude a los propios usuarios para que difundan publicidad a sus “amigos” a cambio de premios. Además, aunque desaparezca el sitio web donde se encontraba la información o cuando ésta se elimina, si la información no se borra del archivo histórico o memoria caché del buscador permanecerá disponible durante un periodo tras su supresión en el origen.

como sujeto activo, puede asumir una conducta con repercusión en los derechos de los demás; 5) las relaciones sociales no se dan en un contexto neutro (como la vía pública), sino que están sometidas a un soporte técnico que registra y trata las sesiones y los datos de los perfiles.

La arquitectura de la Internet, con la recogida intensa de datos y su tratamiento, ha incluido la monitorización como una práctica frecuente: empresas y proveedores analizan el correo de sus usuarios para prevenir virus y "spam"; algunos programas instalan código adicional espía con propósitos comerciales; los administradores de sistemas vigilan el tráfico en sus redes para comprobar que todo funciona; y las empresas usan cada vez más estos programas para saber a qué se dedican sus trabajadores.³⁷ Además, diversas plataformas permiten que la monitorización del acceso y alteración de archivos o datos de la empresa se realice a distancia, sea en la nube, que corresponde a servicios de almacenamiento de datos situados en máquinas de proveedores externos a la empresa, como también por cualquier dispositivo móvil, de propiedad de la empresa o no, desde que el usuario tenga autorización de acceso y haga la debida autenticación (claves, contraseñas, etc). Los servicios de manutención y medidas de seguridad informática, como regla general, son también realizados de forma remota.

En este escenario, las tendencias tecnológicas valoradas por la empresa contemporánea son el Big Data (11% de las empresas), la movilidad (25%) y los entornos colaborativos (18,5%).³⁸ El Big Data consiste en los sistemas que facilitan la toma de conclusiones para mejora del servicio a través del tratamiento masivo de datos digitales, personales u objetivos, estructurados o no estructurados a gran velocidad. Por movilidad, debe entenderse, de forma amplia, no solamente disponer de algunas funciones en los aparatos móviles, sino que éstos sean el medio de trabajo por doquier. Los entornos colaborativos se refieren a la universalización de herramientas como *Facebook*, *Twitter*, *Whatsapp* y *Dropbox*, extendiendo las intranets tradicionales para poder disponer en las mismas de las funcionalidades de redes sociales estándar. Estas tecnologías mejoran la productividad, que debe traducirse en más ventas, reducción del coste de gestión interna y la facilidad de extensión de la actividad de la empresa en otros territorios.

El uso de los aparatos "vestibles", como tabletas, teléfonos móviles, relojes electrónicos, ordenadores portables, aparatos que son trasladados del centro de trabajo para el domicilio del trabajador (*homeworking*) y le acompañan incluso en tiempo de ocio, agravan la quiebra de la

³⁷ MOLIST, Mercè. *Crecen los productos para espionaje de empleados*. Disponible en [<http://www.vsantivirus.com/mm-espionaje-empleos.htm>]. Acceso en 25-01-2010.

³⁸ *Big Data, movilidad y entorno colaborativos, las tendencias del 2015*. Disponible en <<http://www.computerworld.es/negocio/big-data-movilidad-y-entornos-colaborativos-las-tendencias-del-2015>>. Acceso en 05.07.2015.

dicotomía público-privado. Los empleados que antes encontraban en la seducción de la cultura corporativa la justificación para la disciplina de sus mentes y cuerpos conforme el interés empresarial, percibiendo su rendimiento y utilidad a la empresa como su propia responsabilidad, viviendo sentimientos de ansiedad, vergüenza y culpa cuando sienten o creen que no han acogido integralmente los valores de la empresa (informalismo tecnocrático³⁹), ahora se deparan con este discurso subliminar en el marco de sus relaciones privadas. Por añadidura, los trabajadores se sienten obligados a cuidar de la seguridad de los equipos y a resolver los temas laborales, aun cuando la actividad contractual está suspendida (periodos de reposo legal), con el envío de mensajes instantáneos y correos electrónicos a clientes, compañeros o superiores desde el teléfono móvil, tableta o portable. Esta conducta en la actualidad se ha convertido en un comportamiento patrón y ha llevado a los servicios destinados a las empresas a adoptar una tecnología basada en la utilización de soluciones de consumo (no profesionales) para uso profesional (*consumerización*)⁴⁰.

Cuando no están en contacto directo con amigos virtuales, los trabajadores pueden estar alimentando las redes sociales con comentarios pertinentes o no al trabajo. El uso de las nuevas tecnologías para información y comunicación se ha incorporado a la actividad rutinaria de las personas en las sociedades occidentales, en que el compromiso y la necesidad individual en su manejo alcanzan patrones de adicción. La práctica empresarial, en este contexto, recoge los datos personales de los candidatos a empleo, de los trabajadores para efecto sancionador o de progresión y de los representantes sindicales para efectos disuasorios en su ejercicio de la libertad sindical en las redes sociales e Internet. Por consiguiente, la facilidad del uso de dispositivos vestibles han creado un hábito en el usuario en convivir y disponer de datos personales en un espacio de libre acceso, lo que distorsiona su percepción de lo que sea vida privada y espacio público, pero que tiene como resultado la interferencia ajena (empresarial) en espacios privados y, por consecuencia, puede poner coto a decisiones sobre el libre desarrollo individual, lo que enmarca un claro campo de

³⁹El informalismo tecnocrático, conceptualizado por Heydebrand, es “*un proceso que 'estructura situaciones laborales mediante la formación intensiva, la planificación, la educación permanente, y la utilización de diversas técnicas de gestión de recursos humanos'*”. (WILLMOTT, H. La fuerza es la ignorancia, la esclavitud es la libertad: la gestión de la cultura en las organizaciones modernas. En *Vigilar y organizar. Una introducción a los Critical Management Studies*. Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2007, p. 118.) El autor sigue la explicación sobre los efectos de la cultura corporativa sobre los empleados en los siguientes términos: “... mediante la absorción de los valores de la cultura corporativa se anima a los empleados a que perciban su rendimiento y utilidad a la empresa como su propia responsabilidad”(…)“se induce e incita a los empleados a que se vinculen con su propia identidad mediante la conciencia o el saber de sí mismos (Foucault, 1982; Knights y Willmott, 1989).” ... “En la medida en que los empleados están expuestos a la seducción del informalismo tecnocrático, van disciplinándose a sí mismo con sentimientos de ansiedad, vergüenza y culpa, que aparecen cuando sienten o creen que ponen en entredicho o no alcanzan los ensalzados valores de la empresa.” (*idem*, p. 118).

⁴⁰ *Big Data, movilidad y entorno colaborativos, las tendencias del 2015*. Disponible en <<http://www.computerworld.es/negocio/big-data-movilidad-y-entornos-colaborativos-las-tendencias-del-2015>>. Acceso en 05.07.2015.

lesión a la dignidad humana.

El manejo por la empresa del Big Data, de dispositivos móviles y de los entornos colaborativos genera un abanico de interrogantes.⁴¹ Este análisis arranca de la contextualización del problema del ejercicio del poder de control en el uso de la Web 2.0 por dispositivos móviles, partiendo del individuo (Identidad digital) hacia su entorno (*Big Data* y redes sociales). El recorte del tema alojado en torno a la dignidad humana necesita un breve recorrido por conceptos jurídicos relacionados a la intimidad (intimidad y protección de los datos personales) y libertades (libertad de expresión), con objetivo de verificar los espacios vacíos que requieren su incidencia. Si lo más perturbador no es identificar el mundo actual como con el mundo relatado en la obra “1984”, de George Orwell, sino constatar que nos hemos enamorado de este mundo en conexión permanente, lo más necesario será recuperar la autonomía y autoconsciencia perdidas.

1.3 - Identidad Digital

El concepto de persona y de identidad es la base para definir la responsabilidad individual y la privacidad. La identidad, desde un punto de vista socio-psicológico, configura una realidad física, de manera que está asociada a las características físicas del cuerpo que la lleva, y es una configuración que cambia dinámicamente y que refleja la historia de las interacciones entre un individuo y su entorno; por esta razón, describirla es una tarea privada y puede ser interminable si se quiere profundizar en la propia descripción. La identidad se caracteriza por ser permanente, aunque en constante evolución y cambios en su historia. Ella representa una unidad en su diversidad, con lo cual, por decirlo de otro modo, las varias facetas de su titular contribuyen para definir una identidad única. Desde un punto de vista procesal, la identidad “*es una colección de características formalizadas, que permiten la identificación y la autenticación necesarias para las relaciones sociales y económicas, así como para tratar con las autoridades*”.⁴² En el entorno físico, hay una

⁴¹Entre algunos de los interrogantes más comunes tenemos: ¿el trabajador está obligado practicar actos laborales fuera de la empresa y de la jornada laboral?; ¿cuál es su margen de decisión en “desconectarse” de la empresa?; ¿cuáles son los datos que pueden ser recabados por la empresa en la gestión de la mano de obra?; ¿cuáles son los límites, criterios y datos que pueden ser tratados por la empresa?; ¿quién debe hacer cargo del pago por el uso de los servicios de telecomunicaciones cuando el aparato es de propiedad del trabajador y también sirve a usos privados?; ¿cómo hacer la distinción entre datos personales y corporativos en los dispositivos móviles de propiedad del trabajador?; ¿cómo la empresa puede cuidar de la seguridad en sus sistemas informáticos?; entre varios, y además, ¿cuál es la extensión del poder de control empresarial en este espacio virtual, móvil y permanente?

⁴² BOGDANOWICZ, Marc. BESLAY, Laurent. *Ciberseguridad y futuro de la identidad*. Disponible en <<http://vlex.com/vid/ciberseuridad-futuro-identidad-112090.html>> . Acceso en 27.8.2015.

considerable interacción entre las dos facetas de la identidad, en contra de lo que pasa en un mundo digitalizado. El debilitamiento de estas interrelaciones en el mundo digitalizado indica la necesidad de redimensionar la comprensión del concepto de identidad como también de sus nuevas amenazas.

La persona digital es construida por la actuación directa del individuo, más o menos consciente de sus implicaciones, en la red mundial y es resultado de tres fuerzas en permanente tensión: identidad, privacidad y cumplimiento de la ley. La persona digital se configura por la proyección de los derechos de la personalidad en la Web 2.0, mediante la acción de los usuarios y su interacción entre sí y con los proveedores de servicios. La identidad digital, por lo tanto, es el conjunto de los datos que diferencian de forma suficiente un individuo del resto de personas o entidades en la Internet. A modo ejemplar se puede indicar el nombre y los apellidos, el nombre del padre y de la madre, los códigos de identificación que se nos asignan o, en caso de máquinas, la dirección de IP o el nombre de dominio en Internet, el puerto TCP o UDP⁴³ y otras redes. En este entorno colaborativo asume relevancia la dirección del correo electrónico, que se ha convertido en la principal identidad digital que se utiliza en Internet, y los certificados digitales X.509 de identidad, las identidades digitales nacionales (DNI electrónico) y datos biométricos. Determinados servicios por su uso y dispersión se trasmudan en identidad personal, justificando la portabilidad de la identidad, antes de carácter corporativo, como es el caso de la identidad correspondiente al número de teléfono móvil. Además, algunos protocolos de Internet⁴⁴ (de seguridad o confirmación de la identidad digital) igualmente se incorporan a los datos correspondientes a la identidad digital, como son los *token* y los datos biométricos, pues cada vez más resulta necesario emplear mecanismos robustos de autenticación para acceder a datos, gestionarlos o bien para consentir de forma expresa a terceros para que les apliquen a finalidades concretas.

La identidad digital comprende, por supuesto, dos aspectos: se trata de una versión digitalizada de la identidad procesal y es un medio omnipresente de asociación directa entre datos e individuos, que “*crea nuevos 'modelos contextuales' de los individuos mediante la recogida, almacenamiento y análisis de los datos digitales sobre ellos*”,⁴⁵ o sea, la digitalización ofrece la

⁴³Los puertos se asocian a aplicaciones concretas, y para las aplicaciones más utilizadas su identidad digital es asignada y gestionada por la IANA (www.iana.org), de forma coordinada con la Internet Engineering Task Force.

⁴⁴El uso de los dispositivos informáticos o de la Web 2.0 está permitido por medio de la confirmación de la identidad digital a través del uso de protocolos de Internet, como son la contraseña, criptografía (*token*), datos biométricos del usuario o la dirección MAC de la tarjeta de red del dispositivo que se conecta a la red (red de empresa o doméstica).

⁴⁵BOGDANOWICZ, Marc. BESLAY, Laurent. *Ciberseguridad y futuro de la identidad*. Disponible en <<http://vlex.com/vid/ciberseuridad-futuro-identidad-112090.html>> . Acceso en 27.8.2015, p. 4. “*En efecto, nuestras actividades en línea son observadas y captadas, almacenadas y cruzadas por las empresas de 'creación de perfil'*. Adicionalmente, las medidas de registro que incluyen contraseñas de paso se usan a menudo para iniciar y reforzar el perfil recogiendo e incorporando datos, contraseñas y comportamientos a un perfil digital” (*idem*, p. 5).

oportunidad de usar el comportamiento como un dato de identificación. Nuestras actividades en línea, compaginadas a las medidas de registros, en un proceso que genera efectos de retroalimentación sobre las identidades digitales emergentes, son observadas, captadas, almacenadas y cruzadas por las empresas de 'creación de perfil' para producir un "perfil digital".

La identidad digital puede ser personal, corporativa o de cliente.⁴⁶ La identidad digital personal es aquella que identifica el usuario de forma autónoma, sin conexión a organización ninguna. La identidad corporativa vincula el individuo con una organización pública o privada mediante una relación jurídica de pertenencia o vinculación y es de uso obligatorio dentro de la corporación. Frecuentemente es construida sobre el documento de acreditación de la identidad física personal (tarjeta de trabajador o profesional) y se identifica como una herramienta de trabajo y de imagen institucional de la entidad. Otro ejemplo es el certificado de sede electrónica de Administración regulada en el art. 17 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso de los ciudadanos a los servicios públicos y en la página web corporativa de sociedad de capital. Por fin, la identidad digital de cliente es aquella que vincula la persona con una organización pública o privada con la que se establece una relación de negocio con vocación de permanencia, como sucede con los conocidos y difuminados programas de fidelización. Son identificación, obligatoria o voluntaria, que tiene por finalidad ofrecer al cliente servicios más personalizados, descuentos o regalos en caso de determinado volumen de consumo.

En la Web 2.0, en especial en las redes sociales, los propios usuarios aparecen como emisores o garantes de su propia identidad, divulgando un conjunto de datos personales que permiten que terceras personas les reconozcan. Son las "*identidades de primera parte*", esto es, "*identidades autogeneradas y gestionadas por los propios usuarios, con criterios extrajurídicos, como la conveniencia o el seudónimo, en el proceso de su persona digital*".⁴⁷ En estos sistemas, la gestión de todo el ciclo de vida de la identidad es de responsabilidad del usuario que asume también mayor control sobre la divulgación de sus datos personales, configurando un nuevo paradigma de privacidad, por decir, un nuevo modelo de privacidad bajo un verdadero control del usuario.

La identidad digital es un artefacto humano que tiene como propiedades específicas ser esencialmente social, subjetiva, valiosa, referencial, compuesta, consecencial, dinámica,

El proceso genera efectos de retroalimentación sobre las identidades digitales emergentes.

⁴⁶ALAMILLO DOMINGO, Ignacio. La identidad digital en la red. En *Derecho y redes sociales*, 2ª edición. (RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTINEZ MARTINEZ, Ricard – ed.). Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2013, pp. 40-41.

⁴⁷ALAMILLO DOMINGO, Ignacio. La identidad digital en la red. En *Derecho y redes sociales*, 2ª edición. (RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTINEZ MARTINEZ, Ricard – ed.). Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2013, p. 46.

contextual y potencialmente equívoca. La identidad es referencial porque no se encuentra necesariamente ligada a una persona física, sino que se trata de una referencia a una persona. De manera que es procedimiento común que una misma persona desarrolle diversos perfiles propios (o que terceros desarrollen perfiles sobre la persona). Con lo cual, la identidad digital es compuesta, pues contiene informaciones que pueden ser suministradas de forma voluntaria por el usuario al tiempo de informaciones construidas por terceros. De todos modos, el conjunto de atributos que identifican a una persona deben referirse a ella de forma fiable, aunque la identidad digital sea potencialmente equívoca. La identidad se relaciona a las acciones pasadas y la decisión de intercambiarlas puede conllevar a consecuencias positivas o negativas. El riesgo es más acentuado en su manejo sin la concienciación por el usuario acerca de la dificultad de hacer desaparecer un contenido de la red mundial. La identidad digital se encuentra, en cambio, en modificación permanente y puede tornar obsoleto cualquier fichero con datos de identidad en un momento determinado. Es importante notar que la autorización a que las personas tengan diferentes identidades les permite mantener segregadas dichas identidades entre sí (*identidad parcial*⁴⁸), lo que les concede más autonomía, pues una información puede ser dañina en un contexto erróneo o irrelevante en dicho contexto.

La identidad digital no se confunde con la identidad virtual. Las identidades virtuales surgen como reacción a la multiplicación de los procesos de registro en la red para evitar que se obtenga el perfil personal. La identidad virtual se caracteriza por: 1. ser una identidad procesal construida principalmente como una huella digital, 2. poder apoyarse en algunos aspectos del mundo físico, permaneciendo muy independiente, 3. poder crearse mediante software para ofrecer servicios personalizados a los clientes, 4. ofrecer la oportunidad de poseer múltiples identidades, 5. tener la posibilidad de interactuar enormemente con el mundo físico. “Las identidades virtuales surgen aparentemente 'de la nada' y pueden durar sólo poco tiempo, contradiciendo claramente los criterios de permanencia y de realidad física”.⁴⁹ Estas identidades pueden ser imaginarias y pueden desaparecer también con igual rapidez y sin dejar huella. Pueden ser un modo de proteger la privacidad; pero a la vez un modo de eludir el control gubernamental o la vigilancia, lo que preocupa a los organismos responsables del cumplimiento de las leyes. Además, ellas no están protegidas por la Directiva de Protección de Datos de la Unión Europea porque no configuran informaciones que se puede asociar a un individuo identificable. Como consecuencia, los individuos

⁴⁸La identidad parcial se refiere a un subtipo de identidad que sirva para identificar a un individuo en diferentes contextos o roles, como por ejemplo, cuando al usuario se permite mantener desconectadas informaciones laborales de las informaciones relacionadas a los servicios bancarios o administrador tributario.

⁴⁹ (BOGDANOWICZ, Marc. BESLAY, Laurent. *Ciberseguridad y futuro de la identidad*. Disponible en <<http://vlex.com/vid/ciberseguridad-futuro-identidad-112090.html>> . Acceso en 27.8.2015, pp. 8-9)

virtuales pueden no tener derechos de privacidad.⁵⁰

La identidad digital en la Web 2.0 rompe o por lo menos debilita la vinculación de la identidad socio-psicológica y la procesal. El debilitamiento configura nuevas formas de amenazas a la identidad, tales como la crisis de identidad (el robo de la identidad digital,⁵¹ el anonimato) y el cambio progresivo de nuestra forma de identificar los individuos, tanto por la digitalización de las características relacionadas con la identidad como por la construcción de identidades virtuales variadas en la red mundial, y en particular en las redes sociales. Ante la dificultad y las limitaciones en cuanto a la conveniencia de crear y asignar códigos de identificación universal a los ciudadanos, las empresas han encontrado un mecanismo para la solución a la obligación, en conformidad con el art. 2.1 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre (Medidas de Impulso a la Sociedad de la Información), de facilitar a sus usuarios un medio de interlocución telemática para la contratación electrónica de servicios, suministros y bienes, consultas de datos de cliente, presentación de quejas incidencias, sugerencias y reclamaciones y para el ejercicio de sus derechos ARCO, cual sea, la “federación de identidades”.

La federación de identidades configura “*un entorno tecnológico, organizativo y jurídico que permite compartir la identidad y la autenticación de los usuarios entre varios sistemas, basados en normas de confianza mutua*”.⁵² La gestión federada de identidad se concreta por acuerdos estándares y tecnologías que hacen que las identidades y las atribuciones sean transportables entre dominios autónomos de seguridad, mediante el uso de aserciones o alegaciones de identidad. La información, si bien es local, puede enlazarse y emplearse de forma global. La gestión suele empezar dentro de una organización como un problema de autenticación única de un servicio web para expandirse a otras organizaciones, de organización a grupo u organización a persona, y viceversa. Este sistema de gestión se está convirtiendo rápidamente en una pieza fundamental de identificación en entornos ubicuos y dispositivos móviles, pues facilita la creación

⁵⁰ (BOGDANOWICZ, Marc. BESLAY, Laurent. *Ciberseguridad y futuro de la identidad*. Disponible en <<http://vlex.com/vid/ciberseuridad-futuro-identidad-112090.html>> . Acceso en 27.8.2015, pp. 8-9)

⁵¹El robo de identidad es facilitado en el ciberespacio porque los registros digitales pueden copiarse perfectamente y no dejan pruebas inmediatas del delito. Este delito es agravado cuando se refiere a datos biométricos, los cuales son características que el individuo no puede modificar o sustituir. (BOGDANOWICZ, Marc. BESLAY, Laurent. *Ciberseguridad y futuro de la identidad*. Disponible en <<http://vlex.com/vid/ciberseuridad-futuro-identidad-112090.html>> . Acceso en 27.8.2015, p. 6)

⁵² ALAMILLO DOMINGO, Ignacio. La identidad digital en la red. En *Derecho y redes sociales*, 2ª edición. (RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTINEZ MARTINEZ, Ricard – ed.). Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2013, p. 53. La identificación es el proceso que permite el reconocimiento de un usuario por parte de un sistema de tratamiento de datos automatizado. La autenticación es el acto de verificar la identidad que declara un individuo, una estación o un punto de origen (BOGDANOWICZ, Marc. BESLAY, Laurent. *Ciberseguridad y futuro de la identidad*. Disponible en <<http://vlex.com/vid/ciberseuridad-futuro-identidad-112090.html>> . Acceso en 27.8.2015, p. 5).

de redes virtuales de organizaciones y participantes que comparten una única autenticación e inicio de sesión. “*El impacto de estos estándares de federación de identidad va a ser muy alto en todos los sectores, de forma asociada a las aplicaciones de base de los usuarios y, en especial, de los que emplean sistemas de integración de aplicaciones empresarial para sus procesos de gestión*”.⁵³

Un sistema de gestión de identidad construido sobre la base de unas buenas prácticas en materia de petición y gestión de información, tiene su arquitectura basada en un sistema cuyo cometido puede alcanzarse sin pretender identificar el usuario más de lo debido y permitiéndole tener un efectivo control sobre el manejo y la gestión de su propia información. La exigencia de aportación de información en exceso, con la consecuente facilidad en identificarlo, genera una pérdida de confianza, interfiriendo en los comportamientos y manifestaciones. De esta situación puede derivarse una abstención frente a la participación, tendente al aislamiento o la reducción de las posibilidades de interacción dentro de la sociedad en la que se desarrolla. Razón por la cual, el diseño de los sistemas de gestión de identidad y capacidades de forma coherente con los derechos fundamentales, en especial al derecho a la protección de datos personales, viene dado por las 7 leyes o principios de la identidad:⁵⁴ 1) principio del control y consentimiento del usuario, 2) principio de la divulgación mínima para uso restringido, 3) principio de justificación de los terceros (limitación de acceso a terceros), 4) principio de identidad dirigida, 5) principio del pluralismo de tecnologías y operadores (sistema universal de identidad), 6) principio de integración humana (integrar el usuario humano como un componente del sistema mediante mecanismos de comunicación hombre-máquina) y 7) principio de experiencia consistente en todos los contextos (aunque separados y múltiples).

Por fin, si bien la identidad digital y la firma electrónica son elementos de capacitación de las personas en el ámbito electrónico, los dos conceptos no se confunden. La firma electrónica incorpora otras condiciones y atribuciones concomitantes de la persona, como su capacidad profesional o laboral y su capacidad de representación de personas físicas o jurídicas, mediante la inclusión de los apoderamientos y las facultades sobre los representados. La firma electrónica está regulada por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre.

⁵³ ALAMILLO DOMINGO, Ignacio. La identidad digital en la red. En *Derecho y redes sociales*, 2ª edición. (RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTINEZ MARTINEZ, Ricard – ed.). Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2013, p. 54.

⁵⁴ ALAMILLO DOMINGO, Ignacio. La identidad digital en la red. En *Derecho y redes sociales*, 2ª edición. (RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTINEZ MARTINEZ, Ricard – ed.). Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2013, p. 58.

1.4 - *El Big Data*

El concepto de Big Data es variable; sin embargo, su centro gravitacional está en el tratamiento automatizado de datos a gran escala y a gran velocidad. Este concepto hace referencia a la acumulación masiva de datos y a los procedimientos usados para identificar patrones recurrentes dentro de esos datos que superan los límites y capacidades de ser tratados de manera convencional. El Big Data se diferencia de las aplicaciones analíticas y de gestión tradicionales por los tres “Vs”: Volumen, Variedad y Velocidad.⁵⁵ El concepto de volumen es muy variable y cada día que pasa eleva lo que podemos considerar grandes volúmenes de datos, de Terabytes o Petabytes. La variedad hace referencia a la inclusión de otros tipos de fuentes de datos diferentes a las que se utilizan de forma tradicional, como por ejemplo, la información obtenida en diferentes Redes Sociales, en el número cada vez mayor de dispositivos electrónicos conectados, los sensores que permiten conocer los movimientos y hábitos de vida, la información externa de diversas fuentes, entre otras. Por último, el concepto de la velocidad toma en consideración la rapidez con que los datos se reciben, se procesan y se toman decisiones a partir de ellos, de preferencia en tiempo real, lo cual es imprescindible para sistemas de detección del fraude o la realización de oferta personalizadas a los clientes. Este concepto engloba infraestructuras, tecnologías y servicios que han sido creados específicamente para dar solución al procesamiento de enormes conjuntos de datos. El tratamiento masivo de datos se presenta bastante útil para diversos sectores, como por ejemplo, para el sector de salud, por el análisis de datos de enfermedades infecciosas, sector de seguridad, como en la lucha contra el crimen organizado, pero también sirve para un simple seguimiento a la población o para espionaje.

Los datos e informaciones almacenados, tratados y analizados pueden ser objetivos y subjetivos, estructurados, no estructurados o semi-estructurados, y son tratados con el objetivo de permitir tomar conclusiones que mejoren el servicio tanto del proveedor virtual como de las empresas usuarias u órganos públicos. La información estructurada es la que ha pasado por numerosos filtros de calidad para poder garantizar que la información de salida tiene una precisión y una exactitud determinada. Como ejemplo, son los datos provenientes de transacciones y de datos con formato concreto. La información semiestructurada o sin ninguna estructuración, es la que puede referirse a datos relacionados a tendencias de consumo, comentarios, navegación, mensajes en redes sociales, señales de móvil, archivos de audio, sensores, imágenes digitales, datos de

⁵⁵ LÓPEZ LÓPEZ, Jose Carlos. *La moda del Big Data: ¿En qué consiste en realidad?* Disponible en <www.eleconomista.es/tecnologia/noticias/5578707/02/14/La-moda-del-Big-Data-En-que-consiste-en-realidad.html#.Kku8IrjK4S46FUP> . Acceso en 30.8.2015.

formularios, emails, datos de encuestas, logs, etc., lo que demanda una tecnología diferente para tomar decisiones basadas en información que tiene importantes grados de inexactitud.

Los datos e informaciones del Big Data pueden provenir de sensores, micrófonos, cámaras, escáneres médicos, imágenes, o de la red. Los datos recogidos por el *Big Data* pueden ser aquellos presentados voluntariamente por el usuario o por terceros a un determinado proveedor, los cuales pueden ser cedidos a otros proveedores de servicios, con o sin la debida información y consentimiento del usuario en cuanto a la cesión, como los datos obtenidos de forma oculta (*cookies*⁵⁶) en el ejercicio de la navegación o el uso de los aparatos. Estos datos son producidos con o sin necesidad de la interpretación humana, como por ejemplo, en la tecnología de reconocimiento facial o de voz, la lectura e interpretación de los datos se hace en exclusiva por las máquinas, como también lo hace toda la tecnología de Internet de las cosas. Los datos, además, pueden estar disponibles en la red mundial, en páginas y plataformas web, como pueden ser recogidos directamente en los terminales de los destinatarios.

Los datos en la red mundial se caracterizan por su persistencia, facilidad en ser reproducidos y copiados, accesibilidad y “scalability”, o sea, su alta capacidad de adaptación a la demanda, procesando las informaciones a medida en que son disponibles. Los datos, cuando disponibles en Internet, son conservados de forma permanente, nada será borrado, salvo por iniciativa de establecer una política pública de contención. La dificultad en borrar los datos o actualizarlos debidamente debe tomar en consideración la costumbre de su duplicación intencional, por medio de *back up* o del uso de la función de compartida. Por lo que se afirma que “*una vez que*

⁵⁶Los *cookies* sirven para ayudar, agilizar o regular la transmisión de una comunicación en la red, por decir, registrar el inicio y término de la sesión en cierta página web, la autenticación del usuario, para registrar el historial de búsquedas en Internet, facilitando la navegación del usuario, etc. Los *cookies* se clasifican en dos categorías: 1. *cookies* de sesión o *cookies* persistentes y *cookies* de terceros. El *cookie* de sesión es un *cookie* que se elimina automáticamente cuando el usuario cierra el navegador mientras que un *cookie* persistente permanece almacenado en el terminal del usuario hasta una fecha de expiración determinada en el tiempo (minutos, días o años en el futuro). El *cookie* de tercero se define teniendo en cuenta únicamente la estructura de la dirección de Internet (URL) que aparece en la barra de direcciones del navegador, o sea, son los *cookies* creados por sitios web que pertenecen a un dominio diferente del dominio del sitio de internet que visita el usuario, independiente que dicha entidad sea un responsable del tratamiento de datos diferente o no. En algunos casos los *cookies* pueden estar exentos del consentimiento, como cuando son utilizados para finalidades específicas indicadas en el Dictamen 4/2012, del 7 de junio, del G29, por decir: a) *cookies* de entrada del usuario (identificador de sesión) para la duración de la sesión o *cookies* persistentes limitados a unas horas en ciertos casos; b) *cookies* de autenticación utilizados para prestar servicios autenticados da la duración de una sesión; c) *cookies* de seguridad, centrados en el usuario que se utilizan para detectar abusos de autenticación para una duración limitada y persistente; d) *cookies* de sesión de reproductor de multimedia, tales como *flash player cookies*; e) *cookies* de sesión para equilibrar la carga, para la duración de la sesión; f) *cookies* persistentes de personalización de la interfaz de usuario, para la duración de una sesión; g) *cookies* de terceros para compartir contenidos sociales por los miembros conectados a una red social, salvo para los casos en que su uso tenga fines distintos de la prestación de una funcionalidad explícitamente solicitada por sus propios miembros, en especial cuando implican el rastreo de usuarios a través de sitios web (Resumen y directrices).

*uno o algo entra en la Internet, ya no hay salida”.*⁵⁷

El cruce de los datos personales obtenidos, incluso los irrelevantes y aislados, desplegados por la red mundial, permite la formación detallada de perfiles individuales, con la finalidad de facilitar la publicidad personalizada y los estudios de mercado. Este nivel de detalle ponen en riesgo el anonimato,⁵⁸ permite actos de discriminación⁵⁹ y contribuye a la formación de una sociedad con rasgos totalitarios. El usuario como regla no es informado sobre el tratamiento de sus datos y tampoco sobre los sistemas de navegación y los programas de uso del *hardware*. Con lo cual, la monitorización intensiva de la red, con la recogida indiscriminada de datos personales, facilitan la reconstrucción de perfiles minuciosos de la persona involucrada, posibilitando relacionarse hábitos, datos familiares, convicciones religiosas o ideológicas como también la orientación sexual.

El nuevo paradigma inaugurado por las NTIC pone en jaque la normativa jurídica en vigor, pues ella reúne informaciones personales que antes componían espacios separados (vida pública y privada), así como conceptos sobre pasado y presente, memoria y olvido, con tal intensidad cualitativa, cuantitativa y velocidad, desborda el simple incómodo individual de las partes involucradas. Esta capacidad pone a prueba la autonomía individual en decidir cómo portarse en la construcción de su presente, mirando hacia el futuro.

1.5 - Entornos colaborativos y redes sociales

Los entornos colaborativos son todas las plataformas Web 2.0 o aplicaciones móviles que permiten compartir informaciones, documentos, imágenes, mensajes de forma abierta o a un

⁵⁷ “The Internet consists of millions of interconnected computers; once data gets out, there is no getting it back” (ABELSON, Hal. LEDEEN, Ken. LEWIS, Harry. *Blow to bits: your life, liberty, and hapiness after the digital explosion*. Addison-Wesley Profesional, 2008. [Disponible en <<http://proquest.safaribooksonline.com/9780136071433>> . Acceso en 02.12.2009, pp. 11-12). Las víctimas viven un esfuerzo diario en remover informaciones fuera de contexto o falsas de los registros, las cuales parecen nunca irse.

⁵⁸El anonimato es una característica básica del comportamiento y un derecho legal cuando su finalidad está para garantizar derechos básicos de privacidad. El almacenamiento y creación de perfiles de las conductas de la gente en la red, o el cruce de datos individuales con tecnologías de geolocalización, amenazan fuertemente el anonimato (BOGDANOWICZ, Marc. BESLAY, Laurent. *Ciberseguridad y futuro de la identidad*. Disponible en <<http://vlex.com/vid/ciberseuridad-futuro-identidad-112090.html>> . Acceso en 27.8.2015, p. 6).

⁵⁹ La amplia posibilidad ofertada al empresario de retomar las informaciones personales recogidas cuando sea necesario adoptar una decisión sobre el trabajador, facilita algunas de las más deleznable discriminaciones reprobadas por el ordenamiento jurídico (TASCON LÓPEZ, Rodrigo. *El tratamiento por la Empresa de Datos Personales de los Trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*. Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2005, p. 136).

colectivo determinado, en tiempo real, tales como *Facebook*, *LinkedIn*, *Whatsapp* y *Dropbox*⁶⁰ entre varios. Para describir la variedad de los entornos serán tomadas referidas plataformas a guisa de ejemplo.

Facebook y *LinkedIn* son redes sociales *on line*. El *Whatsapp* es una aplicación de mensajería instantánea de pago para teléfonos inteligentes que ha surgido con la finalidad de compartir mensajes de contenido variado, tales como texto, *links*, audio, video y fotografías. Él complementa servicios de correo electrónico, servidos de mensajes cortos o sistema de mensajería multimedia. Y *Dropbox* es un servicio de alojamiento de archivos multiplataforma en la nube (red mundial) que permite el acceso por el usuario por cualquier dispositivo informático, móvil o no. Además, el *Dropbox* permite que un mismo fichero sea compartido por un grupo de personas, registrando y notificando todas las alteraciones en tiempo real. Estas nuevas herramientas comportan un nuevo concepto de comunicación y participación, donde el poder de dirección en un único sentido cede el paso a la multidireccionalidad y a la interactividad. Los entornos colaborativos son nuevas herramientas que incrementan la productividad en la empresa, innovando el proceso productivo, las relaciones laborales y los instrumentos de comunicación en los sentidos verticales (entre los diversos grados de jerarquía), horizontales (entre los trabajadores) y externos (entre el sindicato y sus representados o entre los trabajadores y clientes).

Para empezar el análisis, partimos de las redes sociales. Las redes sociales en la Web 2.0 son servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil, desde el que hacer públicos datos e información personal, y que permiten interactuar con otros usuarios y localizarlos en función de las características publicadas en sus perfiles. Ellas permiten a los individuos construir un perfil público o semipúblico dentro de un sistema limitado, articular una lista de otros usuarios del sistema con los que poder compartir información y visualizar las listas de otros usuarios del sistema. Los usuarios de las redes sociales *on line* son, en general, personas interesadas en ceder y compartir datos en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. Su clave de éxito está en su modelo de crecimiento, que se basa fundamentalmente en la técnica popularmente conocida como “boca a boca” o proceso viral, en el que el número inicial de participantes invita a sus conocidos, mediante correo electrónico, a unirse al sitio web, y en la oferta de aplicaciones y funcionalidades diversas, entre otras: actualizaciones automáticas de la libreta de direcciones de las cuentas de correo electrónico, definición de la privacidad del perfil, la capacidad de crear nuevos contactos mediante servicios de presentación y otras formas de conexión social. Estas aplicaciones se fundamentan en tres variables conocidas como “las 3 Cs”

⁶⁰ Las plataformas arriba mencionadas han sido elegidas de manera aleatoria por su popularidad, sin cualquier valoración de su mayor eficacia en relación a las plataformas de la competencia o de especial riesgo a los usuarios.

(comunicación, comunidad y cooperación). Las redes sociales tienen por objetivo igualmente que sus miembros utilicen el medio *on line* para promover actos de socialización o solidaridad, como convocar actos y acciones *off line*, proporcionar recomendaciones de ocio, gastronómicas, organizar grandes grupos de compras para obtener mayores descuentos, entre otras.

Para darse de alta, el usuario debe rellenar una multitud de campos con sus datos personales para generar un perfil que permita su identificación y la conexión con otros usuarios que tengan interés o preferencias comunes. Los perfiles son indexados automáticamente, a través de una autorización entre las plataformas, por buscadores como Google. De este modo, cualquier persona, pertenezca o no a la red social en la que se configuró su perfil personal, podrá acceder a los datos básicos de un usuario, salvo si el individuo expresamente se ha opuesto a la referida indexación.

La red es un sistema abierto que se va erigiendo con la información añadida por cada usuario a su perfil. El usuario en su conducta activa consiente con la recogida y tratamiento de los datos. En el día de hoy estas plataformas móviles siguen estrategias SoLoMo (social/local/móvil); por decir, recogen de forma intensiva los datos de ubicación del usuario como una parte de su información social. Las redes sociales configuran un ejemplo más en la Web 2.0, en la que “*la Internet deja de ser un foco de información para convertirse en un espacio virtual retroalimentado en el que los usuarios consumen, pero también aportan información*”.⁶¹ Son los usuarios los que aquí crean una gran base de datos personales y sensibles, propios o ajenos.

Las redes sociales se clasifican en tres tipos: redes sociales de comunicación, redes sociales especializadas y redes sociales profesionales. El primer tipo es lo más conocido (*Facebook*, *Tuenti*, *Google +*). Ellas permiten al usuario libremente o mediante invitación darse de alta en el servicio, encontrar conocidos e invitarles a formar parte de su comunidad. Además proponen la vinculación con contactos de segundo o tercer grado o gente que pertenece a los mismos grupos que el usuario (colegio, empresa, ...). Los usuarios son estimulados a actuar bajo sus emociones, por la publicación de pensamientos, fotografías, vídeos, comentarios, opiniones diversas que pueden revelar datos sensibles, como origen, religión y orientación ideológica y sexual. El segundo tipo, trata de las redes con un eje temático que objetivan unir a colectivos con los mismos intereses (fotografías, viajes ...). Como ejemplo, puede mencionarse las redes como *Micueva* para niños, *Virtualtourist* o *Minube* para viajeros. El último tipo configura una categoría propia que permite a los individuos buscar nuevas oportunidades de empleo y hacer “*networking*” con compañeros de trabajo o con profesionales del sector mediante contactos comunes de confianza (a modo ejemplar,

⁶¹ORTIZ LÓPEZ, Paula. Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal. En *Derecho y redes sociales*, 2ª edición. (RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTINEZ MARTINEZ, Ricard – ed.). Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2013, p. 23.

LinkedIn, Xing). Aunque sean abiertas, estas redes tienen un tipo de público más especializado y su modelo de financiación está basado en la venta de servicios premium y en la realización de campañas de publicidad personalizadas. En 2011, 51% de los usuarios de Internet en España participaban de este tipo de red.

Hay, asimismo, otro tipo de plataforma que, sin ser red social *on line*, comparte alguna de sus características. El caso más emblemático es de *Twitter*, una red abierta de microblogging que permite compartir información entre usuarios de todo el mundo. Ella permite estar informado al instante y da voz a los usuarios, con fines múltiples. En muchas ocasiones los usuarios se han anticipado en la publicación de noticias por los medios de comunicación tradicional, lo que le ha definido como un medio de comunicación y de periodismo ciudadano. Por cierto, esta plataforma no exige o cuida en verificar la veracidad de la información publicada, como tampoco exige al usuario que proceda a la debida verificación de la corrección del mensaje. Con lo cual, aquí también el marco básico es la emoción de los usuarios que debe ser traducida en 140 caracteres. En esta modalidad pueden ser incluidos el Pinterest o Instagram, en que se publican imágenes.

El uso de las redes sociales rompe con los tradicionales esquemas jurídicos en que había clara identificación del emisor y receptor, pues el efecto viral permite que una foto, vídeo u opinión divulgada en la página del perfil personal sea copiado y reproducido casi de inmediato, transformando cualquier individuo en emisor de información.

Un estudio realizado, en 2012, por *Useful Social Media* junto con *Hootsuite* concluye que el 58% de las compañías encuestadas usan los medios sociales para ofrecer a sus clientes un servicio de atención, el 65% de ellas la usan para poder gestionar directamente su reputación y un 41% para crear un compromiso con sus empleados. Solamente el 27% usan estos medios para el comercio o venta *on line*.⁶² Un tercio de las empresas reconocen la práctica de recogida de datos en las redes sociales para decidir la contratación de un trabajador y los fallos judiciales indican su uso para sancionar el trabajador.

El servicio de mensajería instantánea (*Whatsapp*) igualmente se ha difundido en las empresas. La instantaneidad del mensaje, asociado a la posibilidad de con un único acto informar a todo un grupo de personas previamente seleccionadas, por cierto impulsa la productividad individual y colectiva. Para dar arranque a este servicio, igualmente se necesita el aporte de datos personales, en especial del número de teléfono para identificación del usuario. Si la persona lo

⁶² Disponible en <<http://usefulsocialmedia.com/starteofCSM.php>>. Acceso en 13.8.2015. Véase el análisis del estudio en CHAVELI DONET, Eduard. Redes sociales, empresa y publicidad. En *Derecho y redes sociales*, 2ª edición. (RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTINEZ MARTINEZ, Ricard – ed.). Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2013, p. 303.

desea, puede también publicar una fotografía individual, acrecer un saludo o mensaje personal a su perfil e indicar a cada momento su estado *online* u *offline* y los momentos de su vida (ocio, trabajo o estudio). Este servicio ofrece la posibilidad de que el usuario sepa de inmediato si el dispositivo del receptor del mensaje lo ha recibido y si lo ha leído. En caso de grupos, basta con pinchar en el mensaje para que la plataforma informe de manera actualizada quienes y cuantos lo han leído. Este servicio ha revolucionado el modo de relacionarse de las personas ya habituadas al uso de chats en el ordenador o tabletas, pues ha transferido esta aplicación al teléfono móvil, o sea, al bolsillo.

El uso masivo de mensajes ha atrofiado el uso del teléfono como medio de comunicación. La comodidad en enviar un mensaje sin cuestionar sobre la disponibilidad del receptor y la apertura para que el diálogo se realice de forma continua o intercalada, conforme la disponibilidad de los participantes, han creado situaciones cómicas o incómodas que requieren el conocimiento y uso de un código de ética de las tecnologías en la web colaborativa: el Netiquette o “*Network etiqueta*”. Entre las reglas de etiqueta está “*Respete el tiempo y el ancho de banda de otras personas; respete la privacidad de terceras personas, hacer un grupo contra una persona está mal; no abuse de su poder; sea objetivo sobre temas cuyo bien primordial no afecte el general.*”⁶³ Aún tenemos un largo camino para ajustar el uso de esta tecnología en la vida personal y profesional, pues su uso abusivo también puede ser factor de reducción de la productividad por el secuestro de la atención del trabajador o por el estrés originado de la intercomunicación intensa y permanente predicadas por el estado *on line*, en que la posibilidad de desconexión voluntaria del aparato por el trabajador es mitigada.

Finalmente, el uso de los entornos colaborativos para el almacenamiento de datos y archivos en la red mundial, como Dropbox, propone sustituir el uso de ciertos dispositivos móviles, como por ejemplo el USB. Al permitir que el individuo mantenga un fichero en la nube de datos con archivos actualizados y con la facilidad de compartirlos, esta herramienta ha ampliado el espacio empresarial de desarrollo de las actividades con mayor control y seguridad⁶⁴ en el manejo

⁶³ Según la Wikipedia, “*Netiquette se utiliza para referirse al conjunto de normas de comportamiento general en Internet. La netiqueta no es más que una adaptación de las reglas de etiqueta del mundo real al virtual.*” Son 10 reglas: *Regla 1: Nunca olvide que la persona que lee el mensaje es otro ser humano con sentimientos que pueden ser lastimados. Regla 2: Adhiérase a los mismos estándares de comportamiento en línea que usted sigue en la vida real. Regla 3: Escribir todo en mayúsculas se considera como gritar y además, dificulta la lectura. Regla 4: Respete el tiempo y el ancho de banda de otras personas. Regla 5: Muestre el lado bueno de sí mismo mientras se mantenga en línea. Regla 6: Comparta con la comunidad. Regla 7: Ayude a mantener los debates en un ambiente sano y educativo. Regla 8: Respete la privacidad de terceras personas, hacer un grupo contra una persona está mal. Regla 9: No abuse de su poder. Regla 10: Sea objetivo sobre temas cuyo bien primordial no afecte el general.* Disponible en <es.m.wikipedia.org>. Acceso en 06.09.2015.

⁶⁴ Hay diversos modelos de plataforma que prometen una mayor o menor privacidad en los datos a través del uso de la criptografía directamente por el personal del usuario o apenas por el personal de la plataforma.

de los archivos, pues su uso dispensa la costumbre en hacer copias de los archivos en los dispositivos móviles de los trabajadores. Las agencias gubernamentales de inteligencia buscan por convenios o por la Ley el acceso a los archivos almacenados, lo que deja en abierto los datos de los usuarios y los archivos. Este entorno virtualiza parte del espacio empresarial sin retirar ningún elemento de la vigilancia empresarial tecnológica, incluso del seguimiento de los momentos de acceso, pues estos entornos registran el acceso y la alteración de forma individualizada por informes y notificaciones regulares a los administradores del grupo. La capacidad de esta plataforma web de compaginada al poder de monitorización del uso de la red corporativa incrementan los mecanismos de seguridad en la empresa, objetivan los informes de la actividad del trabajador *online* y centralizan el poder de control empresarial. El problema para la empresa radica en los riesgos de seguridad con el uso de la identidad digital en la plataforma web, lo que le retira el poder de control tecnológico directo sobre el acceso y alteración en la web. Además, el uso de este entorno incrementa la dependencia empresarial en el correcto funcionamiento de la Internet para fuera de sus muros. Estas hipótesis deben ser consideradas en un eventual protocolo empresarial de uso de este entorno colaborativo, con la imposición de oferta del contenido informativo por parte de la empresa al trabajador para su uso correcto, y también en la evaluación del resultado de la actividad de los trabajadores.

1.6 - Privacy by design (PbD) y tecnologías garantes de la Privacidad (PET)

El uso de la tecnología se agudizó de manera integral e invisible al mundo en que vivimos porque los dispositivos son baratos, adaptables en su forma y de baja potencia y los sistemas informáticos (*softwares* y aplicaciones) son adecuados a la aplicación ubicua de la red. Por lo tanto, convivimos a diario con varios dispositivos tecnológicos sin darnos cuenta de su presencia. Y cuando las cosas desaparecen en el medio, o sea, cuando nosotros las aprendemos lo suficiente para no poner atención en su uso, somos libres para usarlas sin pensar - sin actuar de forma consciente - y mirar hacia nuevos retos. La proliferación de aparatos tecnológicos ocultos en diversos bienes utilizados a diario (Internet e Internet de las cosas), que se mezclan al medio ambiente, y el modelo de recogida y tratamiento intenso de información por sus plataformas, iluminan todos los espacios y momentos del día del individuo y ofrecen una comunicación constante. En consecuencia, el individuo en la sociedad de control tiene dificultades para aislarse. La simple presencia de varios dispositivos en un mismo lugar con capacidad para sentir la proximidad de las personas, conectados a red de alta velocidad, tiene una gran potencia para crear

espacios totalitarios, como predice el idealizador de la ubicuidad informática Mark Weiser.⁶⁵ Esos aparatos y sus plataformas móviles (Web 2.0), acreditadas como la respuesta humanitaria a la crisis de los espacios de encierro, permiten por otro lado la universalización del seguimiento del individuo, convirtiéndonos a todos de forma homogénea en sujetos vigilados.⁶⁶

La *Privacy by design* (PbD) viene en sentido opuesto a esta ola, siendo una filosofía promovida por la Dra. Ann Cavoukian, Comisionada de Privacidad de Ontario (Canadá), para la construcción de sistemas de información, procesos de negocio y sistemas físicos respetuosos con la privacidad (años 90). La *Privacy by design* requiere que la tecnología considere desde el principio la privacidad del usuario. Un sistema construido siguiendo la filosofía *Privacy by design* tiene como principios: 1) ser proactivo, no reactivo; ser preventivo, no remediador; 2) la privacidad por defecto; 3) privacidad embebida en el diseño; 4) funcionalidad completa (suma positiva, no cero); 5) protección extremo a extremo en el ciclo de vida; 6) visibilidad y transparencia; y 7) respeto por la privacidad del usuario.⁶⁷ Estos principios son aplicados en sistemas de información y aplicaciones, en las prácticas de negocio y procesos y en el diseño de redes de comunicaciones y sistemas físicos. El sistema PbD supone que la navegación por defecto tenga la configuración de visibilidad o privacidad completamente restrictivas, siendo el usuario quien voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias debe decidir aumentar la visibilidad de sus datos.

Para aplicar la filosofía PbD en la construcción de un sistema informático, hay que estudiar cuidadosamente las implicaciones y la respuesta a cinco preguntas: ¿Qué?, ¿quién?, ¿cuánto?, ¿para qué? y ¿cuándo? El “qué” toma en consideración cual será exactamente la información privada a manejarse. El “quién” trata de las personas o aplicaciones que tendrán acceso a la información del individuo. El “cuánto” analiza la medida, con que granularidad y en que modalidad necesitan acceder. El “para qué” se conecta a la finalidad o propósito con que se va a realizar el acceso. Y el “cuándo” verifica el período de tiempo que debe permanecer accedida la información y cuando pierde vigencia.⁶⁸ El *European Data Protección Supervisor* (EDSP)

⁶⁵ WEISER, Mark. The computer for the 21st Century. Disponible en <web.media.mit.edu/~anfchang/ti01/weiser-sciam91-ubicomp.pdf>. Acceso en 22.04.2014.

⁶⁶ El conocimiento ajeno de los hábitos alimentarios, del ocio o de la vestimenta, mediante tarjetas de fidelidad, red sociales, móviles y transponder, ya son una realidad por doquier. Para mejor información sobre la extensión del control por empresas particulares ver ABELSON, Hal. VV.AA. *Blown to bits: your life, liberty and happiness after the digital explosion*. Addison-Wesley Profesional. 2008 Disponible en <http://proquest.safaribooksonline.com/9780136071433> . Acceso en 02.12.2009.

⁶⁷ MEGÍAS TEROL, Javier. Privacy by design, construcción de redes sociales garantes de la privacidad. En *Derecho y redes sociales*, 2ª edición. Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2013, pp. 66/67.

⁶⁸ Este análisis presenta similitudes a la aplicación del principio de proporcionalidad en caso de conflicto de derechos

recomienda el uso de la filosofía de *Privacy by Design* y sugiere la adopción de esquemas de certificación de la privacidad y de los datos personales. Estos principios se deben aplicar de forma especialmente vigorosa a la información protegida por la normativa de protección de datos de carácter personal.

Hay también la alternativa de lograr el mismo objetivo mediante el uso de las tecnologías garantes de la privacidad o PET (*Privacy-enhancing Technologies*). Las PET transforman tecnologías invasivas en tecnologías garantes de la privacidad sin que sea necesario renunciar a funcionalidad o seguridad de la plataforma o aplicación móvil. Estas tecnologías que permiten minimizar el uso de datos personales, maximizar la seguridad de la información y dar el control a los individuos sobre la misma. Como ejemplo, hay los sistemas de identificación contextuales que sólo ofrecen la información mínima necesaria para el contexto en que se solicita, la anonimización de las comunicaciones, técnicas P2DM (*privacy-preserving data mining*⁶⁹), entre otros.

El primer paso para evaluar los requisitos de privacidad de cualquier sistema pasa por la identificar los procesos y funcionalidades que serán ofrecidos. El PIA (Privacy Impact Assessment) “*es un estudio que describe los flujos de información privada dentro de un sistema o proyecto y analiza los posibles impactos de dichos procesos en la privacidad de sus usuarios*”.⁷⁰ Su objetivo último es identificar y recomendar alternativas para gestionar, minimizar o erradicar los impactos en la privacidad de los usuarios del sistema. Habitualmente sus puntos comunes incluyen: información del sistema o proyecto sobre su alcance, propósito y funcionalidades principales, el marco normativo o legal, el análisis exhaustivo de toda información personal que será recogida y almacenada dentro del sistema, la motivación de recogida, el uso de la información (en los flujos de procesos internos y externos del sistema, actores y roles, fronteras de confianza, flujos de datos y contenido de los mismos, puntos de entrada de información privada y puntos potenciales de salida de información privada), compartición interna y externa, políticas de uso y de privacidad, seguridad de la información, registros y ficheros, retención y destrucción.

La senda de recogida de datos por defecto en la navegación en red y en el uso de las redes sociales, por supuesto, ha sido elegida por el mercado de bienes y servicios tecnológicos. El interés financiero, comercial y del mercado en este modelo es indiscutible. Para los defensores del

fundamentales, en especial las tres últimas preguntas: cuánto, para qué y cuándo. Su conocimiento puede ser útil en la verificación de la extensión de la ofensa o abuso de los sistemas informáticos en términos técnicos por expertos.

⁶⁹Técnicas que no revelan datos el usuario para la realización de la minería de datos.

⁷⁰MEGÍAS TEROL, Javier. *Privacy by design, construcción de redes sociales garantes de la privacidad*. En *Derecho y redes sociales*, 2ª edición. Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2013, p. 69.

modelo vigente, la inclusión de medidas de seguridad basadas en tecnologías supone automáticamente sacrificar el control o las funcionalidades de una aplicación a cambio de un aumento de privacidad. Para los defensores de la política de privacidad, los modelos que siguen la filosofía de la *Privacy by design* (PbD) o de la PET (*Privacy-enhancing Technologies*) son viables, con reducido coste en el control y funcionalidades de sistema.

1.6 - Movilidad: Aparatos de tecnología móvil y el sistema BYOD

Por fin, identificada la persona digital del trabajador y los entornos colaborativos a que está sometido, importa ahora analizar los instrumentos que le permiten desarrollar la actividad productiva de forma nómada: los dispositivos móviles (“*anytime-anywhere computing*” o tecnología al instante). El uso de los dispositivos móviles resulta muy cómodo para los trabajadores, al flexibilizar su contrato de trabajo sin comprometer su acceso a los archivos de la empresa y a las plataformas web de uso profesional, así como comunicarse interna y externamente en el marco laboral. Para las organizaciones productivas, es bastante útil disponer de una administración continua de aplicaciones, que les permiten acompañar los pasos del trabajador por doquier, que impulsan sus políticas de productividad, realizan actualizaciones y generan informes al instante.

Los aparatos móviles están plenamente integrados en nuestra vida diaria, con formatos ergonómicos (teclado plegables, *smartphones*) o vestibles (*wearables*). Los aparatos vestibles son los dispositivos electrónico que llevamos puestos, la mayoría de ellos en modo de accesorio, y que permiten su utilización con naturalidad, o sea, no requieren la sustancial modificación de nuestra conducta ordinaria para su utilización. La crítica dirigida a las tecnologías de la computación, de que el manejo de los aparatos electrónicos quitaba la atención al usuario⁷¹ de la tarea que éste debe hacer, poco a poco fue superada por la facilidad de comunicación e información proporcionada para y entre todos. La tecnología evoluciona, además, con el objetivo de liberarnos del uso de las manos, la interactividad con los dispositivos pasará de los comandos táctiles, de voz o por la mirada a alcanzar la comunicación con el pensamiento, más conocido como interacción cerebro-ordenador, que hoy en día conlleva ponernos una serie de electrodos en la cabeza. La creciente integración

⁷¹ Una tendencia relacionada a los vestibles son los “chips implantables” que se implantan en el cuerpo y pueden medir los niveles neurológicos o bioquímicos de la sangre, para el análisis de nuestro nivel de actividad, las fases de sueño, el ritmo cardíaco o los niveles de azúcar, respectivamente. Estos chips en general son conectados al teléfono móvil vía *Bluetooth*. Otra tecnología ya disponible son las gafas inteligentes, cuyo objetivo es crear una realidad aumentada, en que el individuo interactúa con un entorno compuesto por el espacio físico y virtual a la vez.

entre todos estos aparatos con la red ha posibilitado la creación de la Internet de las cosas, o sea, de los dispositivos que hablan entre sí sin la intervención humana, incrementando la ubicuidad de la computación.⁷²

En la empresa, los dispositivos más utilizados son el USB, los ordenadores portables, las tabletas, ipods y los teléfonos inteligentes (*smartphones*). Estos aparatos que, a principio eran ofertados por la empresa al trabajador (COPE - *corporately owned, personally enabled*⁷³), hoy pueden ser reemplazados por aparatos de propiedad del trabajador (BYOD - *bring your own device*⁷⁴). Según estimativas de Dell,⁷⁵ más de la mitad de los empleados en todo el planeta llevan un dispositivo móvil al trabajo. Los teléfonos móviles⁷⁶ ocupan protagonismo con 3.600 millones de usuarios entre la mitad de la población mundial del año de 2015. El teléfono inteligente, que reúne todas las aplicaciones más utilizadas (navegación, mensajería, registro audiovisual, calendario, reloj), se convierte de una metáfora de la globalización⁷⁷ - representa comunicación constante y la

⁷² WEISER, Mark. The computer for the 21st Century. Disponible en <web.media.mit.edu/~anfchang/ti01/weiser-sciam91-ubicomp.pdf>. Acceso en 22.04.2014.

⁷³ Traducción: “De propiedad de la empresa, de uso personal”.

⁷⁴ Traducción: “Trae tu propio dispositivo”.

⁷⁵ *Más de la mitad de los empleados en todo el planeta llevan un dispositivo móvil al trabajo.* Disponible en <<http://www.computerworld.es/tendencia/mas-de-la-mitad-de-los-empleados-en-todo-el-planeta-llevan-un-dispositivo-movil-al-trabajo>>. Acceso en 05.07.2015.

⁷⁶ El teléfono móvil es usado como alarma despertador, espejo, periódico, guía en el coche, publicidad, entretenimiento o dispositivo de comunicación de voz o de texto (correo electrónico, mensajes, *Whatsapp*), entre otras funciones. “A la gente le chifla ahora su móvil, depende de él, una adicción que nos enclaustra en una burbuja de silencio, de apartamento monacal, de ensimismamiento. Incluso se ha inventado una palabra (nomofobia) para designar el pánicos qu sentimos a salir de casa sin el móvil en el bolsillo. Usamos la pantalla de nuestro smpartphone y su auricular para filtrar el mundo exterior, un tamiz a nuestra medida.” (MUNÓZ, Ramon. *El artillugio más popular de la historia.* <http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2015/08/20/actualidad/1440070380_536541.html>. Acceso en 25.08.2015) Los teléfonos móviles tal como los conocemos cambiarán para convertirse verdaderamente en dispositivos inteligentes, con la posibilidad también de ser sustituidos por los dispositivos de realidad aumentada (Google Glass) o de realidad virtual (Oculus Rift, Hololens de Microsoft), e incluso por la estimulación directa de la retina.

⁷⁷ “El teléfono móvil simboliza lo que muchos denominan la globalización. Representa unas nuevas tecnologías que incluyen el ordenador, la red de Internet y la ingeniería genética. El teléfono móvil representa comunicación constante, casi instantánea y muy barata entre cualquier punto del planeta, y permite que las cosas que pasan en cualquier parte del globo se sepan inmediatamente en todo el mundo. El teléfono móvil representa la producción transnacional: la empresa que los produce puede tener capital finés, utilizar tecnología norteamericana, producir cada una de las partes que constituyen el aparato en docenas de países contratando a trabajadores que hablan docenas de lenguas diferentes, montar los aparatos en Helsinki y vender el producto final en todos los países del mundo. La mundialización de los procesos productivos hace que el planeta entero se esté convirtiendo en un único mercado en el que los capitales, las tecnologías, los trabajadores y los productos saltan de un país a otro aparentemente sin posibilidad de ser detenidos.” (XAVIER SALA *apud* BLANCH RIBAS, Josep M. Trabajar en la sociedad informacional. En: Teoría de las relaciones laborales. Desafíos. 2006, p. 54. Disponible en <https://ficheros-historico.s3.amazonaws.com/1_3/Im_1_3_305897_in1.pdf?AWSAccessKeyId=1V02D0W3KSR4KHZ90B82&Expi>

producción transnacional – y asume el carácter de “*un complejo gestor y organizador que va desde la agenda personal a la gestión domótica en la llamada Internet de los objetos pasando o la adopción de decisiones basadas en servicios de valor añadido como la geolocalización*”.⁷⁸ Las promesas son de que los “*smartphones*”, en el futuro, sean modificados para tener un mejor conocimiento del contexto en el que nos encontramos y de nuestra personalidad para, identificando nuestras necesidades, convertirse en un verdadero asistente.⁷⁹

La reducción del tamaño y del coste de los aparatos móviles, como también el incremento de su tecnología, ha logrado ampliar los espacios físicos de incidencia de la empresa ubicua, originando nuevas formas de prestación de servicios, como el *homeworking*, y nuevas formas de contrato de trabajo, como el contrato de cero horas. La interactividad e inmediatez promovida por estas herramientas dan nuevo significado a los actos y relaciones, pues en su contexto para la empresa importa más la entrega instantánea del mensaje que verdaderamente su contenido (“efecto sideración”⁸⁰). En esta realidad, el acto ofensivo y el fallo técnico asumen un carácter indiscernible.

Estas innovaciones gozan de una doble cara. A la vez que ofrecen flexibilidad y facilidades tanto a los trabajadores como a las empresas, incrementando el ingreso de todos, estas herramientas restablecen un servilismo doméstico,⁸¹ conviértenos a todos en encarcelados virtuales. Lo cierto es que la fusión de la vida profesional y privada, aquí también a cambio de ingresos o regalos produce mudanzas de hondo calado en la autoconsciencia con repercusión en los hábitos individuales y convivencia familiar, como también en la percepción del lugar que cada uno ocupa en el mundo, en menoscabo a la autonomía en el presente y a las expectativas futuras. Además, el

re=1442275930&Signature=QwfHjE%2Fshlmsk86MwIeNYpNJfmA%3D>. Acceso en 14.9.2015.)

⁷⁸ MARTINEZ MARTINEZ, Ricard. Protección de datos personales y redes sociales: un cambio de paradigma. En *Derecho y redes sociales*, 2ª edición. (RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTINEZ MARTINEZ, Ricard – ed.). Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2013, p. 87.

⁷⁹ “*Aunque los llamemos smartphones, los móviles de hoy no son muy inteligentes: tienen un conocimiento muy limitado o nulo sobre quiénes somos, cómo nos sentimos, o qué estamos haciendo entre otras cosas. Sin embargo, en el futuro nuestros móviles cada vez van a estar dotados de una inteligencia mayor; de manera que tendrán un mejor conocimiento del contexto en el que nos encontramos, nuestros gustos y necesidades, para así poder convertirse, eventualmente, en verdaderos asistentes.*” (<http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2015/08/18/actualidad/1439918462_506077.html>. Acceso en 25.08.2015)

⁸⁰ Según Paul Virilio, “*Imágenes y mensajes numéricos importan menos que su entrega instantánea, 'el efecto de sideración' prevalece siempre sobre la consideración del contenido informativo*” (VIRILIO, Paul. *La bomba informática*. Madrid: Ed. Catedra, 1999, p. 157).

⁸¹ “... *contrato de cero horas acompañados de la oferta de un teléfono móvil: ¡cuano la empresa os necesita, os llama y acudís corriendo! Reinención de un servilismo doméstico, de igual naturaleza, al fin y al cabo, que el del encarcelamiento electrónico de los delincuentes, en el circuito cerrado de una comisaría de policía...*” (VIRILIO, Paul. *La bomba informática*. Madrid: Ed. Catedra, 1999, p. 78).

nomadismo y la inmediatez producidos por las NTIC amenazan con poner bajo tierra antiguos criterios y límites al ejercicio del poder de control, como el lugar y tiempo de su ejercicio por convertirlos en parámetros de reducida importancia.⁸² Esto es más claro en los supuestos de pérdida o robo del dispositivo, pues como regla las empresas mayores mantienen un sistema de seguridad, con personal propio, a disposición de la corporación en las 24 horas del día, incluso en días de reposo, permitiendo que la empresa sea accionada para de forma remota borrar los datos personales o localizar el aparato.

La adopción de esta práctica por la empresa comporta un análisis de gestión de riesgos, pues habrá grande flujo de información empresarial en diversos dispositivos, con lo cual lo primero será identificar y clasificar la información con el objetivo de establecer, por ejemplo, cuáles son los datos más sensibles que requieren mayores niveles de protección, qué información será accesible a los dispositivos personales o de fuera de la red de la empresa y a qué información se debe restringir el acceso. El segundo punto de relieve es establecer políticas para la gestión y dispositivos, donde se determina qué tipo de dispositivos y aplicaciones es posible utilizar y su manejo. Por ejemplo, la firma norteamericana de abogados *Dowling Aaron, Adcock*, que gestionan documentos de clientes, recomienda que las políticas BYOD contengan orientaciones sobre el uso de código de acceso de los dispositivos, con un mínimo de cinco dígitos cada cinco minutos de inactividad de la pantalla, adopten medidas capaces de borrar totalmente un dispositivo perdido o robado y borrar selectivamente dispositivos (contactos, email y calendario corporativos) cuando los empleados abandonen la compañía, asegurar que los empleados han actualizado el software antivirus, la prohibición de llevar documentos corporativos en los teléfonos y tabletas BYOD y el bloqueo del almacenamiento de documentos adjuntos en los correos.⁸³ *“Estas nuevas formas de manejar la información hacen que las organizaciones presten mucha más atención a la forma en que los usuarios se conectan a las redes de la empresa para manipular la información. Es decir, buscan garantizar la seguridad, los altos niveles de rendimiento y el control adecuado para los diferentes tipos de dispositivos que se podrían conectar para compartir información.”*⁸⁴ Las empresas deben

⁸² Eusebi Colàs Neila así cuidadosamente lo demuestra en lo relativo al uso del correo electrónico de la empresa. (COLÀS NEILA, Eusebi, *Derechos fundamentales del trabajador en la era digital: una propuesta metodológica para su eficacia. Las comunicaciones electrónicas en la empresa como estudio de caso*. Albacete, Editorial Bomarzo, 2012, pp. 180/186)

⁸³ El CIO debe resolver el problema de privacidad de BYOD. En *Industria y utilities*, 28.06.2013. Disponible en <<http://www.ciospain.es/industria-y-utilities/el-cio-debe-resolver-el-problema-de-privacidad-de-BYOD.htm>> Acceso en 05.07.2015.

⁸⁴ No cuidar para hacer el manejo de la información de la empresa de forma cifrada (2/3 de los encuestados - Argentina); el descuido en temas de seguridad informática, como mantener actualizados los sistemas de *firewall* o antivirus, DLP, VPN, IDS, IPS, el robo o pérdida de los dispositivos con informaciones sigilosas de la empresa. (GUTIÉRREZ

adoptar 8 lineamientos de seguridad: 1) asegurar las redes de acceso, 2) gestionar los roles, 3) elegir dispositivos, 4) proteger contra códigos maliciosos, 5) proteger las conexiones Wifi, 6) monitorear el tráfico BYOD, 7) redactar una política de seguridad y 8) concienciar a los empleados de los riesgos a los cuales pueden verse expuestos y cuáles son los cuidados que deben tener al ingresar dispositivos ajenos a la empresa.⁸⁵

El fenómeno BYOD puede, empero, encontrar resistencia en la cultura y en las normas. Entre los europeos su incorporación se ha ralentizado por la expectativa de los trabajadores de que las empresas suministren los dispositivos móviles o por problemas legales, como reglas de privacidad o cultura de separación de vida y trabajo.⁸⁶ Sin embargo, a la mayoría de los jóvenes trabajadores (52%) les gusta manejar su propio dispositivo en el trabajo, lo que consideran un privilegio, cuando no “*un derecho*”.⁸⁷ Desde la perspectiva del usuario, el principal combustible de este fenómeno es la capacidad de poder acceder a sus aplicaciones preferidas en cualquier momento, sobre todo a las redes sociales (un 35% no podrían pasar un día sin acceder a ellas), correo electrónico (43%), los SMS (47%) y los servicios de chat o mensajería instantánea (33%).⁸⁸

AMAYA, H. C. *Retos de seguridad para las empresas a partir de BYOD*, Buenos Aires, ESET, octubre de 2012, Disponible en www.vlex.com. Acceso en 15.7.2015, p. 7)

⁸⁵GUTIÉRREZ AMAYA, H. C. *Retos de seguridad para las empresas a partir de BYOD*, Buenos Aires, ESET, octubre de 2012, Disponible en www.vlex.com. Acceso en 15.7.2015, p. 14.

La gestión de los dispositivos móviles en el ámbito de las empresas - MDM (*Mobile Device Management*) – puede revestir en una plataforma que garantiza el uso seguro de los equipos, tanto propios de la empresa como aportados por sus trabajadores. Su cometido es: rastrear equipos conectados, gestionar la descarga de aplicaciones, optimizar el funcionamiento de los dispositivos móviles, reduciendo costes y tiempos de configuración, controlar y proteger los datos, delimitar el alcance de la navegación y usos de las aplicaciones, monitorizar el funcionamiento de la red móvil, detectar fallos y repararlos, administrar contraseñas, bloquear funciones, como son la cámara, el micrófono, el USB o los ajustes de los dispositivos, borrar datos de los dispositivos en caso de pérdida o robo. (¿Qué es el MDM y la política BYOD en las empresas? Disponible en <<http://www.doonamis.es/que-es-mdm-byod-empresas/>> Acceso en 05.07.2015.)

⁸⁶“El ministro de relaciones laborales alemán Andrea Nahles ha llamado a una 'regulación anti-stress' que prohibiría a las empresas contactar a sus empleados fuera de horas de trabajo. Las empresas no pueden ya contactar a sus empleados cuando están en vacaciones. Una cultura de país de horas fijas de trabajo genera mucha demanda de BYOD.” (*Más de la mitad de los empleados en todo el planeta llevan un dispositivo móvil al trabajo*. Disponible en <<http://www.computerworld.es/tendencia/mas-de-la-mitad-de-los-empleados-en-todo-el-planeta-llevan-un-dispositivo-movil-al-trabajo>>. Acceso en 05.07.2015.)

⁸⁷En encuesta realizada en 15 países (entre ellos España) a 3.800 trabajadores entre 20 y 29 años destaca que el 36% de los encuestados ha infringido o infringiría la política de seguridad de su empresa si se produjera una prohibición de uso de sus dispositivos personales. (Los jóvenes imponen sus dispositivos privados para trabajar. Disponible en <http://www.pactual.com/articulo/actualidad/noticias/11205/los_jovenes_imponen_sus_dispositivos_privados_para_trabajar.html>. Acceso en 15.07.2015). En la encuesta ESET de 2012, el 58,3% de los encuestados indicó que utilizaban dispositivos personales en sus tareas laborales, los cuales se convierten en un herramienta importante. (*Retos de seguridad para las empresas a partir de BYOD*, Buenos Aires, ESET, octubre de 2012, Disponible en www.vlex.com. Acceso en 15.7.2015, p. 5)

⁸⁸ Los jóvenes imponen sus dispositivos privados para trabajar. Disponible en <http://www.pactual.com/articulo/actualidad/noticias/11205/los_jovenes_imponen_sus_dispositivos_privados_para_trabajar.html>. Acceso en 15.07.2015.

Ambas partes del contrato de trabajo se arriesgan más ante el fenómeno BYOD, siendo directamente proporcional el aumento del riesgo de seguridad empresarial al proceso de conformismo y fidelización del trabajador. Con lo cual, aunque el empresario tenga reducido su poder de control sobre el acceso a la Internet, correo electrónico personal y servicios de mensajerías para fines particulares y mayor dificultad para separar los archivos personales de los profesionales en caso de cese laboral, las encuestas demuestran que el uso de dispositivos BYOD no compromete la productividad. En realidad, pasa lo contrario, estos dispositivos adquieren un rasgo más laboral que privado, pues las actividades más frecuentes⁸⁹ son revisar el correo electrónico corporativo (78,9%), realizar tareas laborales (77,8%) contra el 55% de actividades personales y el 26,7% de las transacciones bancarias.

2. El derecho a la intimidad y a la protección de datos como límites al poder de control tecnológico: el actual estado de la técnica

El carácter constante de la observación y la intensidad de una vigilancia tecnificada que lo capta todo de forma permanente introduce un cambio cualitativo de las condiciones de trabajo. Como afirma Aurelio Desdentado y Ana Belén Muñoz, *“Este tipo de vigilancia crea estrés, perjudica la espontaneidad en las relaciones personales en el trabajo, puede producir ansiedad perturbaciones psicológicas, genera un clima intimidatorio y hostil, y, al hacer más eficiente el control empresarial, reprime las pequeñas pausas, fuerza los ritmos de trabajo e incrementa la explotación.”*⁹⁰ Si este carácter se difumina por todos los espacios sociales, físicos o virtuales, la persona del trabajador ya no tiene salida. Al revés de encontrar espacios de ciudadanía en la empresa, va a encontrar la empresa en los espacios de ciudadanía.

Indudablemente, la elección del paradigma económico del mercado de trabajo exige que el Estado actúe en la garantía y protección de la libertad de empresa, en que el incremento de la productividad cumple un papel fundamental, pero no se puede olvidar que al tratarse de trabajo subordinado, la ponderación de los intereses en conflicto debe buscar el respeto a la dignidad humana y a las libertades del individuo que acompaña la fuerza de trabajo contratada. Por

⁸⁹ Los datos corresponden al uso de BYOD en Argentina. (*Retos de seguridad para las empresas a partir de BYOD*, Buenos Aires, ESET, octubre de 2012, Disponible en www.vlex.com. Acceso en 15.7.2015, p. 5)

⁹⁰ DESDENTADO BONETE, A. MUÑOZ RUIZ, A. B. *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*. Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 56.

consiguiente, si no todo trabajo intenso, molesto o duro del ser humano contraviene su dignidad,⁹¹ las condiciones de trabajo con rigor excesivo o que ocupen todos los momentos de vida, desbordando la línea divisoria entre el ser humano y un objeto o instrumento con vocación a la producción, encienden la luz roja al ejercicio del poder del empresario.

La primera señal de restricción al uso del control tecnológico ha sido planteada por la doctrina basada en el derecho de intimidad de la persona del trabajador, cuyo acentuado riesgo se ha evidenciado de inmediato por el carácter insidioso del poder de control. Este aspecto de las tecnologías, iluminado por la línea jurisprudencial y argumentativa, se ha robustecido por el uso doble como herramienta de trabajo y de control, lo que ha permitido sustituir diversos niveles intermediarios de mando por informes detallados y al instante, en que el ordenador se convierte en instrumento de socialización del trabajo. Si los indicios visibles de laboralidad abandonan el poder de dirección cuando están objetivados y retardan su manifestación, el ejercicio del poder de control a su vez pasa a ser más visible, a través de informes automatizados. El Inspector tecnológico no deja dudas de que todo lo ve. El retrato de la auditoría desvela su ejercicio oculto y continuado respecto de todo acto realizado por el trabajador a lo largo de la jornada, sin consideración de su contenido laboral o no, pues incluso las omisiones y pausas en la actividad está allí registradas y tratadas, razón por la cual el primer aspecto de la personalidad del trabajador que va a sufrir las consecuencias será su intimidad.

Sin embargo, así como en las sociedades disciplinarias, la finalidad de la vigilancia tecnológica en los controlatorios no termina con la simple mirada y verificación. Como la vigilancia sigue siempre un parámetro comparativo, su objetivo es condicionar el individuo a actuar de determinada manera y no pensar o “querer hacer el mal”. Con lo cual, el problema mayor del control tecnológico y permanente es la intensidad con que sus herramientas pueden condicionar y conformar el individuo a la producción. El condicionamiento se inicia por la reducción de las posibilidades de acción que deben estar necesariamente previstas por el sistema, se puede influir en el orden de los pasos dados, como también definir el ritmo a ser realizado. Tal injerencia en la autonomía e individualidad no conculcan necesariamente la dignidad humana, salvo en casos en que el nivel de exigencia embote por completo el poder de reflexión, de pausas o iniciativas del

⁹¹ La referencia aquí es a la afirmativa de Starck: “De hecho, un concepto de dignidad jurídico constitucional que no incluya el actual mundo laboral tecnificado, queda en la utopía, sin un efecto de protección en la vida real. Por tanto, aunque no se pueda entender que el trabajo intenso, molesto o duro del ser humano contraviene su dignidad, es cierto, por contra, que la dignidad puede quedar afectada por la falta de trabajo, esto es, por la situación del trabajador en paro.” (STARCK, C. La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho alemán. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDES SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008, p. 253).

trabajador, como parece haber ocurrido con la empresa analizada por Wright y Lund.⁹² La lesión a la dignidad humana puede verse reflejada los altos niveles de riesgos psicosociales en el trabajo o en los números de trabajadores con baja por incapacidad.

La intimidación, expresa o sutil, desde el nivel mental del trabajador se da por el miedo o por la seducción. Esta intimidación mina de raíz el discurso corporativo democrático o de mayor autonomía al trabajador, pues la flexibilidad horaria y locativa, acompañada del control virtual y a distancia, permite que la empresa colonice todos los espacios de la vida del trabajador. Como por ejemplo, el condicionamiento del usuario de las NTIC en ofertar por defecto sus los datos e informaciones personales produce el menoscabo del derecho a la intimidad como uno de los vértices básicos de la democracia, contribuyendo para debilitar la importancia del consentimiento consciente para el manejo de información personal. Esta nueva era colaborativa o interactiva, por repetir la idea de Goñi Sein, “*es de todo punto diversa al mundo cerrado y sustraído a la publicidad, que preconiza el derecho a la intimidad en su vertiente negativa, por lo que su reivindicación y defensa en el mundo digital ha perdido gran parte de su sentido*”.⁹³ Luego, el respeto a la intimidad del trabajador en la empresa desaparece bajo la arquitectura de las NTIC y esto revela ser un factor determinante del comportamiento de los trabajadores y de sus expectativas de privacidad y ejercicio de libertades en la Web 2.0.

La relación laboral fundada en la NTIC, no obstante, requiere el análisis de los riesgos de los derechos fundamentales ante el poder de control empresarial allende la garantía de la intimidad, pues debe tratar de analizar los derechos de personalidad en la identidad digital, la memoria individual y la construcción de la identidad personal o la posibilidad de control sobre los dispositivos móviles (efectos personales). La clave de bóveda alojada en el consentimiento del individuo como medida para identificar lo íntimo y los datos personales no responde de forma suficiente al desequilibrio de fuerzas generado por la costumbres en el uso los dispositivos móviles y por la arquitectura de la Web colaborativa en favor del empresario. De manera que, la dignidad humana surge como barrera, cuando no como criterio interpretativo, indispensable para delimitar el contenido esencial del ejercicio de la libertad de empresa, en su vertiente relacionada al control de la mano de obra.

⁹² WRIGHT, C. LUND, J. ‘Under de clock’: trade union responses to computerised control in US and Australian grocery warehousing. *New Technology, Work and Employment*, vol. 13, n. 1, march 1998.

⁹³ GOÑI SEIN, José Luis. Los límites de las potestades empresariales vs. Derecho a la intimidad de las personas trabajadores em el entorno de las TIC. El control empresarial em el espacio virtual. Problemática de las redes sociales. En *Actum*, n. 95, p. 8.

2.1 - El derecho a la intimidad en la empresa

La creación de la Web 2.0 ha llevado a muchos a declarar el fin de la intimidad o por lo menos la pérdida de su virtualidad.⁹⁴ Efectivamente el nuevo contexto social impone un profundo cambio de significado y extensión al concepto del derecho a la intimidad para que pueda mantener su objetivo original de tutela de un espacio reservado a todo individuo. Del derecho a aislarse,⁹⁵ a no tener interferencia externa, “*la intimidad se transforma en el derecho de poder controlar toda información personal recogida por otro (STC 202/1999, de 8 de noviembre), no simplemente por vigilar, pero sobretodo para que yo pueda gozar de una serie de bienes y servicios, ser inmerso en el flujo de las relaciones económicas e sociales*”.⁹⁶

Por tanto, el derecho a la intimidad o la *privacy* en sentido estricto se relacionan con el derecho a la libre construcción de la personalidad, por un consenso libre e informado,⁹⁷ y con la exigencia de escoger su modo de vida de forma coherente con sus propios principios. El Tribunal Constitucional español tiene afirmado que “*el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad es la facultad de exclusión de los demás de abstenerse de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos*” (STC 142/1993, de 22 de abril). Por conocimiento no intrusivo se comprende aquél con finalidad legítima, como en la hipótesis en que ampare la persecución y castigo de un delito (STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 12). La divulgación legítima de los datos ocurre cuando haya interés público o actual suficiente a su justificación. El respeto a la intimidad puede ser ejercido frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares.⁹⁸

⁹⁴GOÑI SEIN, José Luis. Los límites de las potestades empresariales vs. Derecho a la intimidad de las personas trabajadoras en el entorno de las TIC. El control empresarial en el espacio virtual. Problemática de las redes sociales. En *Actum*, n. 95, p. 8.

⁹⁵El derecho a la intimidad inicia su trayectoria en 1890, cuando Louis Brandeis, entonces abogado y después juez de la Corte Suprema americana, publica un artículo en “*Havard Law Review*”, “*The Right do Privacy*”. Este estudio ha sido escrito para responder a la preocupación de su amigo Samuel Warren, abogado de Boston, que se ha molestado con una prensa social, no picor o difamatoria, pero que se ocupaba de la actividad social de su mujer, y decide demandar judicialmente. La *privacy* aparece como el derecho a ser dejado sólo, no necesariamente ser sólo.

⁹⁶RODOTÁ, Stefano. Entrevista su *privacy* e libertad. Roma, Editori Laterza, 2005, p. 18. El derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personal (STEDH de 10 de octubre de 2006, caso L. L. c. Francia, y STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 2 a).

⁹⁷“*Senza il consenso libero e informato del paziente il medico non può avviare nessuna terapia, né compiere nessun intervento.*” (RODOTÁ, Stefano. Entrevista su *privacy* e libertad. Roma, Editori Laterza, 2005, p. 77)

⁹⁸ARIAS DOMINGUEZ, Angel. RUBIO SANCHEZ, Francisco. El derecho de los trabajadores a la intimidad. Cuadernos de Aranzadi Social. Navarra, Ed. Aranzadi, 2006, p. 49.

La privacidad, como una herramienta esencial para el desarrollo de un ambiente democrático, es reconocida por los usuarios en Internet, que la ven como uno de los aspectos más importantes para asegurar su confianza en la red. La normativa europea del Parlamento y del Consejo la concretan en las Directivas 2002/68/CE y 2009/136/CE. El último documento ha sido transpuesto al ordenamiento español, en el 31 de marzo de 2012, con la publicación del Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo. En el ordenamiento español, regulan la intimidad en la Web 2.0, las Leyes Orgánicas 1/1982, de 5 de mayo (LOPDH) y 15/1999, de 13 de diciembre (Ley de Protección de Datos de Carácter Personal-LOPD), 34/2002, de 11 de julio (Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico - LSSI-CE), 56/2007, de 28 de diciembre (Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información) y Ley 59/2003, de 19 de diciembre (Ley de la Firma Electrónica).

La intimidad puede ser diferenciada según dos criterios: uno formal y otro material. El criterio formal o subjetivo, considera como íntimo toda información o dato que una persona decide excluir del conocimiento de los demás (SSTC 115/2000, 134/1999, 83/2002 y 196/2004). El criterio material u objetivo identifica lo íntimo en conformidad con las pautas culturales y usos sociales, así le considerando lo que es reservado o ajeno al interés de los demás. Este criterio, además de ser una construcción histórica, en una sociedad multicultural permite la coexistencia de pautas culturales distintas, cuyo estándar de protección normalmente está asentado en la pauta mayoritaria, “*sin perjuicio de introducir tratamientos individualizados para las minorías*”.⁹⁹ Las pautas culturales y usos sociales permiten distinguir 5 ámbitos de intimidad:¹⁰⁰ a) corporal, b) sexual, c) familiar, d) ideológica y e) económica y patrimonial.

Empero la intimidad sea identificada como una facultad negativa, o sea, la facultad de exclusión del conocimiento los demás y de sus injerencias sobre aspectos relacionados a la persona, su vida privada o familiar, la vertiente activa del derecho a la intimidad, traducida en las facultades de gobierno o de control de los datos relativos a la propia persona, crece. Según la Ley Orgánica

⁹⁹DESDENTADO BONETE, A. MUÑOZ RUIZ, A. B. *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*. Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 43.

¹⁰⁰ El ámbito corporal de la intimidad se proyecta sobre las zonas del cuerpo que se quiere mantener veladas por razones de pudor, los análisis sobre elementos del cuerpos y los datos de salud. El ámbito sexual cubre las prácticas sexuales, orientación sexual y la información de los actos relacionados al sexo, rechazando agresiones de este carácter. El ámbito familiar acoge las condiciones y organización de la vida familiar, como también los sentimientos o expresión de afectos que se quieran mantener reservados. El ámbito ideológico afecta a los pensamientos o las convicciones religiosas, políticas y filosóficas. Por fin, el ámbito económico y patrimonial corresponde a la intimidad solamente en caso de que su conocimiento permite reconstruir la vida íntima de los afectados. Se puede también reconocer un ámbito medioambiental de la intimidad, cuando se protege la intimidad de la acción agresiva de elementos externos, como el la STC 119/2001 que se dice que “*una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario.*”

1/1982, de 5 de mayo (LOPDH), art. 2.1 y art. 2.2, el derecho a la intimidad quedará delimitado por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí y su familia pero no hay intromisión ilegítima cuando expresamente autorizada por la ley o cuando el titular del derecho hubiera otorgado al efecto su consentimiento expreso, con la salvedad de que se trata de un derecho intrínsecamente irrenunciable (art. 1. LOPDH).¹⁰¹ Claramente, esta vertiente hace hincapié en el criterio subjetivo de la intimidad, pues pone en relieve el margen de disposición del titular sobre sus datos e informaciones privados. Por decir, a par del criterio objetivo, el criterio subjetivo flexibiliza el ámbito de protección de este derecho por iniciativa de su titular que puede retirar del espacio de lo íntimo lo que él decide voluntariamente exhibir en público. Este criterio, por tanto, autoriza el titular de este derecho fundamental a “*bajar las barreras de la protección de su intimidad*”.¹⁰²

La posibilidad de observación autoriza la distinción de grados de intimidad en la vida privada, en contraposición al espacio público. El espacio de lo íntimo es aquél que no puede ser observado pero puede expresarse; de lo privado es el ámbito observable aunque se mantenga o se quiera mantener fuera de la observación; y de lo público es espacio de que se dispone para que pueda ser observado. Esta clasificación debilita el sentido locativo de la intimidad, pues considera que los actos desarrollados a la vista del público, que se quiera mantener fuera de la observación, también deben gozar de la protección legal. Por ejemplo, puede pensarse en la hipótesis de una persona que haga visitas regulares a un amigo en la cárcel o en una casa para tratamiento de la salud mental. Aunque realice este acto con regularidad y lo haga en un espacio público (la calle), claramente que este dato configura un aspecto de su vida privada, no permitiendo la intromisión o divulgación indebida por terceros. A modo resumido, lo íntimo no puede ser observado pero puede expresarse; lo privado es observable aunque se mantenga o se quiera mantener fuera de la observación; y lo público se dispone para que pueda ser observado.¹⁰³ Con lo cual, la simple posibilidad de la observación es un factor insuficiente para autorizar la recogida y tratamiento de los datos. Luego, el trazo común entre lo íntimo y lo privado es la ausencia de consentimiento para la observación, injerencia o difusión, aunque el último sea observable.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo. En *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*. CASAS BAAMONDE, M. E. DURAN LÓPEZ, F. CRUZ VILLALÓN, J. (coord.) Madrid, La Ley, 2006, p. 618.

¹⁰² POQUET CATALÁ, Raquel. *El actual poder de dirección y control del empresario*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2013, p. 70.

¹⁰³ POQUET CATALÁ, Raquel. *El actual poder de dirección y control del empresario*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2013, p. 70; DESDENTADO BONETE, A. MUÑOZ RUIZ, A. B. *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*. Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 44.

Esta doctrina ciertamente radica en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya percepción de la vulneración al derecho a la vida privada ha sido construida en la sentencia de 20 de diciembre de 2005, *Wisse contra Francia*. Esta decisión ha afirmado la complejidad de elementos a tomar en consideración para determinar el ámbito de la vida privada a ser protegido de eventuales medidas tomadas por la autoridad pública fuera de su domicilio o de sus locales privados. El TEDH ha afirmado que el registro sistemático o permanente de las actividades, aunque de dominio público, puede significar la ofensa al artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La captación secreta de conversaciones o imágenes por medio de aparatos de grabación de audio y vídeo entra en el campo de aplicación de aquella norma (STEDH de 25.9.2001, *P.G y J.H. contra Reino Unido*; STEDH de 5.11.02, *Allan contra Reino Unido*; STEDH 27.4.2004, *Doerga contra Holanda* y la STEDH 20.12.2005, *Wisse contra Francia*). En cualquier hipótesis, la medida impugnada debe estar prevista por la ley, cuya base legal debe ser accesible y previsible. Una norma es “previsible” si está formulada con la suficiente precisión como para permitir a la persona afectada, si es necesario con el consejo adecuado, regular su conducta.¹⁰⁴ “*Implica que debe existir una medida de protección legal en la legislación interna contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas en los derechos protegidos por el apartado*” (STEDH DE 24.4.90, *Kruslin contra Francia y Huvig contra Francia*). El ejercicio en secreto de las medidas incrementa los riesgos de arbitrariedad. La legislación debe ser suficientemente clara en sus términos como para dar a los ciudadanos una indicación adecuada de las circunstancias y las condiciones en las que las autoridades públicas están facultadas para acudir a la injerencia en el derecho al respeto de la vida privada.

Esta doctrina jurisprudencial se aplica igualmente a los secretos de las comunicaciones, lo cual retira el acceso de la autoridad pública a todas las comunicaciones del individuo, sean o no íntimas o privadas. El Tribunal Supremo, por aplicación del principio de proporcionalidad, estima que la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación para intervenir en las comunicaciones de una o varias personas debe ir precedida de la existencia de indicios racionales suficientes de la existencia de un delito y de criminalidad contra personas determinadas. Los supuestos para su incidencia son excepcionales, por delitos graves, en los que concurren claros indicios de la existencia del delito y de las personas criminalmente responsables del mismo, sin que pueda basarse su adopción en meras sospechas o conjeturas. El tiempo de duración de la escucha

¹⁰⁴ Sin embargo la exigencia de previsibilidad no puede significar que una persona deba ser capaz de prever cuándo las autoridades podrán interceptar sus comunicaciones para que pueda adaptar su conducta a ello. (CORTÉS LÓPEZ, María José. *Grabación de Conversaciones y Secreto de las Comunicaciones: Estudio de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 22 de Septiembre de 2014*, p. 5. Disponible en <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/grabación-conversaciones-secreto-comunicaciones-569327131>>. Acceso en 17.8.2015)

será lo imprescindible. Por fin, el secreto de las comunicaciones protege una conversación por aparatos tecnológicos como también una conversación oral en espacios privados (STS 173/1998, de 10 de febrero) y su vulneración habrá de ponderarse en relación con el cúmulo de circunstancias concurrentes. Por ejemplo, si la persona que escucha directamente (sin aparatos) la conversación lo hace escondido en algún lugar desde el que no puede ser vista por el interlocutor, dicha escucha podrá constituir una violación del derecho a la intimidad¹⁰⁵ (SAP Guipúzcoa, secc 2ª, 17.09.2000) o en caso de la audición de la conversación que se mantenía a través de radioteléfono que se encontraba en disposición de ser escuchado por cualquier persona que se encontrara en las inmediaciones no supone una lesión al derecho a la intimidad (STS 591/2002, de 1 de abril).

Los medios tecnológicos, no obstante, se han visto bajo sospecha al verificar su alto grado de nocividad por su aguda opacidad, capacidad invasiva y granularidad, como también por la permanencia de los datos, lo que interfiere de manera decisiva en los hábitos y el comportamiento del trabajador, lo que ha contribuido a la formación de una jurisprudencia más garantista. El control laboral por los medios tecnológicos ha invadido la empresa por medio de los aparatos audiovisuales. Las SSTC 98/2000 y 186/2000,¹⁰⁶ amén de la jurisprudencia del TEDH, no dejan margen a dudas de que el derecho a la vida privada o intimidad igualmente se despliega en la relación laboral y en el ambiente de trabajo. La STC 98/2000 reconoce que en el centro de trabajo se pueden operar actuaciones lesivas a la intimidad personal, señalando que el problema no consiste solamente en el uso de medios audiovisuales, sino que también a otros elementos, como el carácter no discriminado y masivo de la instalación, su visibilidad o carácter subrepticio y la finalidad real perseguida. Esta decisión ha considerado la grabación indiscriminada de las conversaciones entre trabajadores y clientes como lesiva porque permite captar comentario privados que son ajenos por completo al interés empresarial, lo cual está vinculado al cumplimiento de las obligaciones por el trabajador.

El derecho a la intimidad en el ambiente laboral se concreta de dos maneras: en el derecho a la intimidad personal y en el derecho a la intimidad profesional. Mientras la intimidad personal preserva fundamentalmente posibles intromisiones del empresario en la esfera estrictamente privada del trabajador en su consideración de ciudadano, la segunda supone la intromisión e inspección sobre cuestiones estrictamente laborales (art. 20.3 ET). Por ello, afirman

¹⁰⁵ Aquí son tomados ejemplos de supuestos en que se trató el tema por el rasgo del derecho a la intimidad, aunque su comprensión también se aplique al derecho al secreto de las comunicaciones.

¹⁰⁶ La STC 98/2000 estima como excesiva (ilícita) la instalación de micrófonos en un casino con la finalidad de controlar, de forma indiscriminada e continua, las conversaciones entre los empleados y los clientes en las zonas particularmente sensibles de la ruleta francesa y de la caja. La STC 186/2000 confirma la licitud de la vigilancia mediante un circuito cerrado de televisión que enfocaba desde el techo únicamente a las tres cajas registradores en que se habían detectado irregularidades y al mostrador de paso de las mercancía, una vez que había un descuadre llamativo en los rendimientos de una sección y ha sido por un período corto.

Arias Dominguez y Rubio Sanchez, *“este último espectro de intimidad goza de menores garantías formales y materiales de protección que el primero, en la medida en que aquí sí existen, al menos a priori, más razones de legitimidad para la intromisión que en el primer aspecto”*.¹⁰⁷

La intervención en la intimidad o en el secreto de las comunicaciones del trabajador puede derivar del ejercicio del poder de control en el curso de una relación laboral, con lo cual está fundada en el art. 20.3 del ET. Esta norma adolece de imprecisión e imprevisibilidad, en contradicción a la jurisprudencia del TEDH, una vez que establece como única barrera a los medios de control el respeto a la dignidad humana, concepto de acusada indeterminación y apertura. Claramente, esta normativa no establece parámetros suficientes para evaluar la legitimidad (accesibilidad y previsibilidad) de los momentos y situaciones en que se opera la vigilancia, razón por la cual la STC 186/2000 en su día realizó la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto (intimidad y libertad de empresa) de acuerdo con el principio de proporcionalidad, verificando si la medida cumplía los tres requisitos: 1) juicio de idoneidad, 2) juicio de necesidad y 3) juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de idoneidad observa si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto. El juicio de necesidad, reclama el análisis comparativo, o sea, si la medida puede ser sustituida de forma suficiente por otra medida más moderada para consecución de su propósito. Y el último juicio, verifica si la medida es ponderada o equilibrada, calibrando los beneficios o ventajas para el interés general y los perjuicios sobre los bienes o valores en conflicto.

El Tribunal Supremo, a su vez, ha unificado la doctrina en la STS de 26 de septiembre de 2007, señalando que el empresario puede controlar en principio el uso que el trabajador realice en el ordenador bajo el art. 20.3 ET, siendo necesario que el empresario establezca, previamente, las reglas sobre el uso del ordenador e informe a los trabajadores de la existencia de controles y de las medidas aplicables. Esta doctrina ha sido revisada, con claro retroceso en el ámbito de la intimidad por este Tribunal, en la STS de 6 de octubre de 2011, que, contrariamente a la doctrina del TEDH, aduce que la sola existencia de una prohibición expresa de utilización de las TIC puestas a disposición por la empresa para finalidades extralaborales, incluye la existencia de posibles controles posteriores sin que sea necesario poner en conocimiento del trabajador este extremo.

La dificultad de plantear recursos para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo y los contornos fijados por el Tribunal Constitucional no fueron eficaces para impedir la persistencia de cierta doctrina de suplicación que justifica el debilitamiento del derecho a la intimidad personal del trabajador en el criterio locativo y en el legítimo interés empresarial (a modo

¹⁰⁷ ARIAS DOMINGUEZ, Angel. RUBIO SANCHEZ, Francisco. El derecho de los trabajadores a la intimidad. Cuadernos de Aranzadi Social. Navarra, Ed. Aranzadi, 2006, P. 49

ejemplar: STSJ Madrid 28-6-2005, AS 2080; STSJ Extremadura 1-122009, AS 467). Aurelio Desdentado y Ana Belén Muñoz afirman que la aplicación de criterios restrictivos en la ponderación de la medida se va imponiendo en su idoneidad técnica y en el interés empresarial. Las barreras preventivas a la violación de la intimidad, tales como la información de los trabajadores y la comunicación al comité de empresa (art. 64.1.2 ET), de igual modo, como regla, ceden paso al “justificado temor” del empresario de que el conocimiento de la existencia del sistema de filmación frustraría la finalidad perseguida, confirmando el uso de cámaras ocultas,¹⁰⁸ en conformidad con la STC 186/2000.¹⁰⁹ Con lo cual, esta doctrina promueve la defunción de la existencia de un espacio reservado o privado en la empresa, aunque todavía remanezcan argumentos centrados en la justificación general de la medida como forma de control empresarial.

2.1.a - El derecho a la intimidad y la identidad personal: la tensión entre la memoria y el olvido

La vertiente activa del derecho a la intimidad relaciona el cuidado con los datos e informaciones personales al desarrollo individual. El control de los datos personales que asume importancia como piedra fundante de la identidad del individuo, pues esta es dinámica y es resultado de la historia personal y de su construcción dentro del grupo, de manera relacional. “*Si nosotros somos lo que recordamos*”, la arquitectura de la Internet entronca de forma permanente la tensión entre memoria y olvido y puede comprometer el desarrollo personal.

La memoria y el olvido generan una discusión que pasa por dos puntos de interés en este estudio: a) la construcción de la identidad, b) la relación entre memorias colectivas y memorias pasadas. Para algunos la memoria y el olvido están estrechamente conectados a la posibilidad de construcción de un nuevo inicio o una nueva manera de verse a sí mismo. Esta referencia está inscrita en el estudio de Pagallo y Durante¹¹⁰ que identifican la memoria que interesa ser mantenida en contraposición a aquélla a ser descartada.

En el inicio del trabajo de los autores arriba referidos, la reflexión se centra en la concepción de que el pasado tiene una vertiente positiva y otra negativa. La naturaleza negativa del

¹⁰⁸ DESDENTADO BONETE, A. MUÑOZ RUIZ, A. B. *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*. Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 25

¹⁰⁹ STSJ Asturias 22-3-2002 (AS 632); La Rioja 30-5-2002 (AS 2207); Comunidad Valenciana 14-1-2004 (AS 1476); Madrid 28-6-2005 (AS 2080), entre otras.

¹¹⁰ (PAGALLO, U. durante, M. Legal Memories and the Right to Be Forgotten. En *Protection of Information and the Right to Privacy – A New Equilibrium?* A.A.V.V. (Luciano Floridi, editor). New York, Springer, 2014, pp. 17- 30)

pasado considera lo que se ha perdido para siempre, lo que irremediamente se ha apagado por la acción del tiempo. A su vez, la naturaleza positiva arroja luces al pasado como algo que se mantiene, una vez que no se puede pretender que no ha pasado nada. Los autores, tomando por base la teoría de Paul Ricoeur (*La marqué du passé*, 1998), afirman que el pasado tiene tres características: a) no es algo inmutable que puede ser reconstituido integralmente; b) la distinción entre el pasado que ya no existe y aquél cuya existencia es importante en el arranque de las relaciones con el pasado, habida cuenta que los individuos pueden mantener o apagar las huellas de este pasado; c) y, por una interpretación de la teoría analítica de Heidegger, él se afirma como una teoría de poderes y contrapoderes.

Como el pasado no es algo inmutable a ser simplemente quitado o borrado, sino cargado de incompletud, cuyo significado está abierto a la revisión o re-elaboración, no basta con borrar las memorias inconvenientes. Si una memoria correcta es crucial al futuro, pues la representación del pasado provoca estremecimientos en nuestra percepción del futuro, la intención última del individuo debería ser - en lugar de apagarle - darle un nuevo significado. Este re-significado, sin embargo, no es algo individual o privado, sino que necesita de puntos de vista variados como referencia, pues el acto de recordar es realizado con ayuda del colectivo, no es un soliloquio. O sea, el recuerdo del individuo necesita que terceros accedan y conozcan su pasado. El pasado, por lo tanto, debe ser la base que permite al individuo construir a diario su identidad personal y a la comunidad, en la que participa, la construcción de la conciencia colectiva, una vez que, como advierte Nietzsche (1874), es difícil erigir nuestro futuro en una serie de borrados y removimientos.

Pagallo y Durante aluden a que el conocimiento, memorias y significados del pasado son sociales y públicos, lo que conlleva al análisis del efecto de la memoria. El poder de reconstrucción del pasado individual se relaciona al poder que otros tiene de acceder y conocer este pasado (teoría de poder y contrapoder de Heidegger), una vez que compartir conocimiento es un punto nodal para la formación y comprensión del sentido del mundo. Como por ejemplo en Estados Unidos, el deber de recordar en algunos casos representa una forma de Justicia, con la finalidad pedagógica de imponer una barrera a la reproducción del crimen al quitar la memoria de las víctimas. Por este motivo, el poder individual, cuando está enlazado a lo de los demás, obliga a que el individuo tome en consideración estas limitaciones, como condiciones previas de contrapoder, lo que vacía el discurso de que la memoria es algo individual y disponible para borrar, desindexar u olvidar. La idea de que el individuo es dueño de su pasado, como si el pasado fuera un ser, un trazado o un conjunto de datos que estaría por completo a la disposición del individuo, por tanto, se esfuma.

La memoria personal se apoya en marcos sociales y señales externos como el habla,

escrita, señales, ritos, momentos, como también organismos para compartir el tiempo y lugar. Por consecuencia, cuando la persona describe su presente con la reconstrucción selectiva del pasado, ella define y negocia su cualidad de partícipe de la comunidad con el objetivo de hacer su presente coherente con el grupo. El nuevo sentido del pasado debe ser comprensible bajo la luz del marco conceptual en que cada comunidad construye su conjunto propio de memorias colectivas. El presente de la comunidad y de la cultura, por lo tanto, no es el punto cronológico mediano entre el pasado y el futuro, sino que es la tensión entre el legado del pasado y un conjunto de expectativas futuras¹¹¹ que dan sentido a la dinámica de la conciencia histórica. Amén de esta tensión, toda persona que pretende olvidar, borrar o desindexar su memoria pasada reafirma el poder que el futuro ejerce sobre el pasado, pues pretende tornar consistente su historia pasada con sus expectativas futuras. El rol de la memoria, luego, requiere una apertura del presente para un futuro no escrito y concierne a las nociones de falta e incumplimientos, pues el trayecto del pasado para el futuro se contrapone al movimiento reverso, en que el futuro afecta el pasado. En este diálogo, el perdón puede ser más efectivo que el olvido, pues la noción filosófica del perdón libera el presente del peso del pasado y abre en el futuro una nueva oportunidad.

Por fin, los autores ponen en relieve que el olvido puede ser selectivo y apoyarse en una colección estratégica de memorias. Así Paul Ricouer reconoce dos niveles diferentes para el olvido: el nivel de “vida” y el nivel de “coherencia narrativa”. Como sería intolerable para toda conciencia recordárselo todo y soportar el enorme peso del pasado, para una coherencia narrativa, todas las personas omiten algunos eventos, episodios o incidentes que son seleccionados por la vertiente elegida por el narrador para retratar la trama. Desde una perspectiva evolutiva y pragmática, en el acto de olvidar, más que de recordar, el individuo y la comunidad deben seleccionar lo que es significativo, importante o útil al presente. Los dos condicionantes dibujados por la *Cour de Cassation*¹¹² francesa para exceptuar la incidencia del derecho al olvido sirven de base para aclarar los conceptos anteriores. La corte francesa excluye del derecho de olvido las hipótesis en: 1. que se trate de la primera divulgación de hechos que dieron lugar a un procedimiento penal, 2. que los hechos expuestos presenten un interés contemporáneo y presente en el momento de la divulgación, buscando objetivar los datos que acumulan importancia, utilidad y significado en la composición de la “coherencia narrativa” colectiva. Este equilibrio es necesario para un efecto saludable en los seres humanos.

¹¹¹ Por legado del pasado se entiende las experiencias vividas y sus huellas, y, a su vez, por conjunto de expectativas futuras se considera todas las anticipaciones, como los deseos, miedos o planes que proyecta la persona hacia el futuro.

¹¹² Sentencia de la Cour de cassation, chambre civile 1, de 20 de noviembre DE 1990, número 89-12580, caso Mme. Monanges c. Kern.

La reflexión de Paul Ricoeur invita a ampliar las perspectivas para insertar las memorias del sujeto en el movimiento de intercambio con las expectativas futuras y la presencia en el presente, por decir de otro modo, debemos pensar en cómo la memoria y el pasado están conectados al presente y futuro. La Internet tiene como característica la permanencia de los datos, la cual es estimulada por la duplicación y viralidad de la información en ella contenida. La necesidad de contrastar la memoria y olvido parecen intensificarse pues los datos son recolectados sin orden cronológico y sin el filtro de la coherencia narrativa, con lo cual ellos parecen constantemente disfrazados de presente y significado, lo que puede comprometer la percepción de su importancia o utilidad. Además, los datos son alimentados por fuentes públicas y particulares - pues en la web colaborativa los usuarios actúan como emisores de la información -, fuentes anónimas, identificadas o identificables, fuentes subjetivas (con análisis de los datos por una persona) u objetivas (automatizadas), lo que seguramente va a repercutir sobre la idoneidad del dato recogido.

A modo de ilustración es pertinente analizar en el caso de Stacey Snyder, una estudiante americana que ha publicado en su perfil de Myspace una fotografía en que aparecía con un sombrero pirata mientras bebía en una taza de plástico, bajo el título "*Drunken Pirate*".¹¹³ Esta fotografía le ha costado la graduación para dar clases por la *Conestoga Valley High*. La decisión de la facultad ha sido confirmada por un juez federal norteamericano una vez que no ha sido reconocida la protección de la enmienda sobre libertad de expresión en esta publicación. El fallo no ha sido acompañado de la prueba de que la inscripción "*Drunke Pirate*" efectivamente fuera cierta en su caso, o sea, de que Stacey estaba borracha, pues es perfectamente posible que la fotografía se hubiera hecho publicada en el marco de un contexto de fiesta y bromas con amigos o conocidos. Esta decisión igualmente hizo un juicio de valor homogeneizante que desconsidera las opciones individuales cuanto a la conducta a tomar en la vida privada. Por fin, la inquietud con la decisión también reposa en el interrogante sobre el nivel de relevancia, importancia y utilidad de la información contenida en esta imagen para la carrera profesional docente pretendida por Stacey. Por lo que parece, el mero dado a conocer de una información remite a una "necesaria" reacción por aquél que la conoce.

Para tomar otro ejemplo, es necesario analizar en específico el acto de dar a "Me gusta" en Facebook. La originalidad de Facebook ha sido justamente proporcionar la facilidad de interactividad por su botón "Me gusta". Al pulsar este botón el usuario presumidamente se pone de acuerdo con el comentario, dato o imagen a que se refiere. Sin embargo, no siempre es así. La persona actúa en la red a modo similar de su acción en el entorno físico dentro de los instrumentos

¹¹³SIMÓN CASTELLANO, Pere. El régimen constitucional del derecho al olvido digital. Valencia, Tirant, 2012, p. 42.

ofrecidos por la plataforma, por consiguiente este acto puede significar también que la persona ha leído o visto el dato mencionado. Puede también ser una señal de comprensión o solidaridad con el dolor o tristeza expreso por el emisor del mensaje. O, también, puede significar que la persona comparte la preocupación sobre el tema aportado por el emisor. A conclusión, los significados son variados. Con lo cual, no se puede deducir que el dar a “Me gusta” necesariamente expresa una opinión idéntica a la expresada por su emisor.

En este paso, parece equivocado sancionar el trabajador por el hecho, a guisa ejemplar, de dar “Me gusta” en un comentario crítico o ácido relacionado al dueño de la empresa por un compañero de trabajo después de una jornada difícil. Aun cuando los indicios apuntan a que el dar a “Me gusta” significa que el individuo está de acuerdo con la información, esta actitud debe ser acogida bajo el paraguas de la libertad de expresión, con lo cual no puede ser sancionada, como será analizado más adelante.

La desconsideración del riesgo de descontextualización¹¹⁴ del dato, sea porque no se sabe su objetivo o porque está desactualizado, pueden interferir en la “coherencia narrativa” y en la identidad personal. Esta posibilidad suele pasar con frecuencia en relación a imágenes o comentarios¹¹⁵ en las redes sociales y plataformas para videos (*Youtube*), conduciendo a errores que pueden repercutir negativamente en el contrato de trabajo e, incluso, en la sanción disciplinaria del trabajador. Razón por la cual, la gran capacidad de la Internet en salvar, recabar y tratar los datos personales del empleado debe hacer saltar la alarma de la necesidad de clasificar los datos en relevantes y no relevantes, o sea, en el contexto de la red mundial de larga accesibilidad a los datos personales emerge con fuerza la conclusión de que esta disponibilidad no configura aptitud al tratamiento por la empresa. Antes todo lo contrario, en la recogida de datos en la Web 2.0 previamente debe formarse un juicio de valor respecto al significado, importancia y utilidad del dato o información personal para la trama y el interés corporativos. Para en un segundo momento, verificar la idoneidad de la fuente, la actualidad del dato y la corrección de su sentido, lo que debe ser comprobado por otros medios. A estos aspectos se añade el contexto cultural en que se ha producido el mensaje en el momento de determinar si hubo incumplimiento laboral, pues, en la

¹¹⁴ El fácil acceso a una información fuera de contexto y eternizada genera distorsiones perjudiciales a los individuos, la recogida y el tratamiento indiscriminado de datos establece un modelo social autoritario que se reproduce en espacios públicos y privados, entre otras cuestiones. Estas características ha llevado al Director de la Agencia Madrileña de Protección de Datos a reconocer un efecto “*Hotel California*” en la red, “*you may enter, but you may never leave*”. (ARENAS RAMIRO, Mónica. La validez del consentimiento en las redes sociales on line. En *Derecho y redes sociales*, 2ª edición. Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2013, p. 173). Por medida informativa, cumple decir que la agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid ha sido suprimida el 1 de enero de 2013, con la derogación de la Ley 8/2001, de 13 de julio.

¹¹⁵ Los comentarios en Internet muchas veces necesitan hacer hincapié en dibujos con expresiones faciales o gestos que expresen emociones (emoticones) o GIFS para confirmar la intención del mensaje.

sociedad en red, la comunicación trasciende las fronteras. Razón por la cual el dato o información debe ser analizado conforme la mentalidad del pueblo en un territorio dado, de modo que la estructura cognitiva de la cultura en que efectivamente se ubica el trabajador influencia la interpretación del sentido del comentario o imágenes divulgadas y objeto de análisis. A fin de cuentas, quién y cómo somos, como también lo que expresamos, puede ser percibido de forma distinta en otro lugar; “*es una cuestión de 'otherness'*”.¹¹⁶

2.1.b – El derecho a la intimidad: Responsabilidad por la información y el ejercicio de la libertad de expresión de los usuarios de la Web 2.0

La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, regula aspectos jurídicos de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Esta normativa dicta, en sus art. 14 y 15, que los prestadores de servicios de alojamiento web no tienen una obligación general de supervisar los datos que transmiten o alojan, pero en caso de que tenga un conocimiento efectivo de la ilicitud de la información contenida y se omitan, entonces, serán responsables. Esta normativa ha sido traspasada al ordenamiento español por la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), que en su art. 16 establece que la responsabilidad por la difusión de informaciones puede ser atribuida a los prestadores de servicios de alojamiento web si estos tienen un conocimiento efectivo de que la actividad o información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización. En este caso, los prestadores de servicios deben actuar con diligencia para retirarlos o hacer imposible el acceso a ellos.

El conocimiento por el prestador de servicios de la ilicitud se da por cualquier instrumento apto a alcanzarlo, o sea, puede ser obtenido a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate mediante o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera (STS 773/2009, de 9 de diciembre, FJ 4), no restringiéndose a los casos de que un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando que se imposibilite el acceso a los mismos o su retirada. A los motores de búsqueda también se les aplica la LSSICE, que son denominados por la ley como “prestadores de servicios de intermediación”, que indexan y pueden responder por los daños derivados de la función “autocompletar la búsqueda”.

¹¹⁶SAURA, Nuria. La protección de la libertad de expresión en Internet: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, En Cibermedios.indb, de 06.05.2014, p. 201. Disponible en <www.vlex.com> . Acceso en 07.09.2015.

Importa destacar que la función de autocompletar la búsqueda se refiere a las sugerencias de términos para completar una búsqueda que propone el propio buscador, que no responden necesariamente a los contenidos disponibles en la red, sino que son retiradas de lo que otros usuarios hayan tecleado con anterioridad.

El usuario de la Internet es responsable por los comentarios que ha realizado, de igual forma que lo que sucede con otros medios de difusión de información. La responsabilidad ciudadana por la información se refiere a todo lo publicado, incluso a lo que afecte a terceros. Claramente el usuario de la red no tiene la formación periodística que le ponga trabas en su actuar – como la necesidad de ser norteado por la buena fe y de que la información sea contrastada y fiable -, con lo cual, como regla, su acción virtual es cercada de afecto, pasión o emoción, tanto en la emisión como en la recepción de la información. Estas características son tomadas en cuenta por los arquitectos de la red y de las plataformas web, pues, con similitud a lo que pasa con la comunicación realizada por los medios tradicionales - en que los usuarios son conscientes de la orientación política e ideológica y por esta razón otorgan a unos medios mayor credibilidad que a otros -, la información que proviene de una “amistad” o persona conocida va a gozar de mayor confianza y veracidad que depende del grado de confianza que le inspira la persona que la hace llegar. Luego, el impulso a manifestar opiniones o reproducir informaciones movido por la emoción produce beneficios financieros y mercadológicos.

La proximidad entre los participantes del diálogo virtual es largamente utilizada en favor de los intereses empresariales en el marco del contrato de trabajo, como un efecto indirecto y no contabilizado de los intereses empresariales declarados para actuar en la web, tales como gestionar la reputación corporativa en la red (65%), crear un compromiso con sus empleados (41%), o realizar ventas *online* (27%) entre otros.¹¹⁷ La viralidad¹¹⁸ de las noticias corporativas difundidas por los empleados se yuxtapone a la información publicitaria difundida de la manera tradicional, su carga afectiva hace con que tenga mayor posibilidad de repercusión entre los “amigos”. El acto de dar a “Me gusta” o compartir la información puede ser dimensionado de manera automatizada por la plataforma web, siendo que la compartida tiene un efecto viral mucho más grande que el “Me gusta” al permitir su visualización en el muro del perfil e indicar un mayor compromiso del que la ha compartido. De ese modo, la reproducción de noticias, marketing o comentarios por los trabajadores en sus perfiles personales puede ser tan eficiente (o más) que la de la publicidad

¹¹⁷ Datos recogidos de la encuesta realizada por *Useful Social Media* junto con *Hootsuite*. (Disponible en <<http://usefulsocialmedia.com/starteofCSM.php>>. Acceso en 13.8.2015).

¹¹⁸ Por “viralidad” se comprende la amplia capacidad de rápidamente ser copiada, compartida y despegar en la red mundial de los ordenadores.

tradicional. Con lo cual, no interesa a la empresa reprimir la práctica de socializar informaciones corporativas, salvo cuando el contenido es contrario a sus intereses.

Hay que encontrar, por tanto, un punto mediano entre los intereses individuales de los trabajadores y los intereses empresariales cuando el trabajador actúa como emisor de la información. Lo primero será considerar que el comentario más agudo o crítico, con palabras poco corteses, emana de un estímulo comprendido en el sistema de funcionamiento de la plataforma web. Esta característica debe ser valorada en cada caso en el análisis de eventual intención lesiva del trabajador. O sea, la manifestación pasional del trabajador en la red social “es parte del juego virtual” y el empresario ha sido consciente de dicha característica desde el principio, sometiéndose al riesgo de una intervención en su contra. Con lo cual, el hecho de que la crítica haya sido expresada en público no autoriza, singularmente, a sancionar el empleado por ultrapasar ciertos límites de la cortesía o de la conveniencia en su forma de referirse a la empresa, sus productos y sus representantes.

La libertad de expresión, según el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es un derecho que “*comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.*” Por configurar una condición para el buen funcionamiento de la democracia, las limitaciones a su ejercicio serán admisibles siempre y cuando respeten las condiciones establecidas en el art. 10.2 del Convenio. Conforme el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una medida limitativa de la libertad de expresión debe cumplir una serie de condiciones: la medida ha de estar prevista por la ley, debe perseguir un fin legítimo, ser necesaria en una sociedad democrática y estar dentro del margen de apreciación del Estado permitido (STEDH *Sunday Times v The United Kingdom*, de 26 de abril de 1979, § 65). La necesidad de la medida limitativa está presente cuando existe “una necesidad social imperiosa” (STEDH *Feldek c. Eslovaquie*, de 12 de junio de 2001, § 73). Además, la medida debe ser proporcional a los fines perseguidos, o sea, la limitación a la libertad de expresión debe configurar una ventaja que compensa los sacrificios que está implica a sus titulares y para la sociedad en general, y sus motivos deben ser relevantes y suficientes. Estos condicionantes también se aplican a la comunicación por Internet, que, sin embargo, se diferencia de la prensa impresa, dada su capacidad de almacenar y transmitir informaciones que pueden necesitar medidas tecnológicas específicas para proteger los derechos (STEDH *Ashby Donald et autres c. France*, de 10 de enero de 2013, § 34 y STEDH *Editorial Board of Provoye Delo and Shetekel v. Ukraine*, de 21 de junio de 2012).

A modo comparativo es interesante poner en relieve los principios, conforme la doctrina del TEDH, para el ejercicio responsable de la libertad de información (STEDH *Novaya Gazeta and*

Borodyanskiy v. Russia, de 28 de marzo de 2013, § 37,40) y los principios básicos de la libertad de expresión aplicada a terceros, políticos o particulares, en la red (STEDH *Lewandowska-Malec v. Poland*, de 18 de diciembre de 2012). Para el periodista, el TEDH estima que se admite un grado de exageración y provocación, pero esta licencia no ampara una libertad de expresión ilimitada a la prensa. El periodismo responsable comporta un ejercicio del derecho a la libertad de información basada en la buena fé y en una información contrastada y fiable, que conlleva deberes y responsabilidades derivados de la ética periodística. En el caso de una publicación ciudadana en Internet, los principios son: a) los límites de la crítica admisible para un político actuando en una función pública, en especial aquel elegido democráticamente, son más amplios que respecto a un particular; b) los representantes políticos están sometidos al escrutinio tanto por los periodistas como por el público en general y deben mostrar un mayor grado de tolerancia respecto a las críticas por sus manifestaciones públicas; c) sólo por motivos especialmente relevantes se justifican las restricciones al discurso político. Como conclusión, el TEDH señala que permitir restricciones en el discurso político de los individuos, puede afectar a la libertad de expresión en el Estado.¹¹⁹

El Tribunal Constitucional, a su vez, en varias ocasiones ha hecho constar que la libertad de expresión, en términos inequívocos, no se limita a la que pudiera calificarse como “cortesana”, sino que acoge también a la crítica severa, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia, y el espíritu de apertura sin los cuales no existe sociedad democrática (STC 174/2006, de 05 de junio, FJ 4). Dentro del derecho a la crítica cabe igualmente cualquier opinión por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso aquellas que ataquen al propio sistema democrático, pues la Constitución también protege a quienes lo niegan (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2). En este caso, por ejemplo, no cabe sancionar un trabajador de una empresa de ventas de productos en general por la apología al no consumismo, aunque contradiga los intereses de su empleador y de forma remota el modelo capitalista, de libre mercado y libertad de empresa. En la misma línea argumentativa, aun cuando los indicios apuntan a que el dar a “Me gusta” significa que el individuo está de acuerdo con la información, esta actitud debe ser acogida bajo el paraguas de la libertad de expresión en el contrato de trabajo. Así lo ha decidido el Tribunal de apelación de Richmond frente a una denuncia presentada por varios empleados del sheriff de Hampton que habían sido despedidos por dar “Me gusta” en la página de campaña del rival de su jefe.¹²⁰

¹¹⁹SAURA, Nuria. La protección de la libertad de expresión en Internet: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, En *Cibermedios.indb*, de 06.05.2014, pp. 202/203. Disponible en <www.vlex.com> . Acceso en 07.09.2015

¹²⁰ Dar a “Me gusta” en Facebook es un acto de libertad de expresión. En ABC, 20.09.2013. Disponible en

El pluralismo propio de una sociedad democrática, además, comporta que se pueda utilizar sin miedo a sanciones la información previamente publicada, indicando la fuente. Conforme la doctrina del reportaje neutral, los periodistas tienen la libertad de divulgar declaraciones de terceros. El Tribunal Constitucional ha señalado que “*en aquellas ocasiones en las que el medio de comunicación social no hace sino reproducir lo que un tercero ha dicho o escrito, divulgando lo que así ha transcrito, no sólo actúa como soporte y medio de difusión de las opiniones o informaciones transmitidas por este tercero, a cuya responsabilidad deben imputarse por entero, sino que, además, el medio de comunicación ejerce su derecho a comunicar libremente información veraz con tal reproducción de las declaraciones de otro*” (STC 134/1999, de 15 de julio de 1999, FJ 4). Esta exención de la responsabilidad debe ser aplicada a los particulares por fuerza del art. 23.2 de la Directiva 95/46/CE, que prevé que el responsable del tratamiento podrá ser eximido parcial o totalmente de la responsabilidad si se demuestra que no se le puede imputar el hecho que ha provocado el daño. Las causas de exención son: la culpa exclusiva del interesado, la intervención exclusiva de un tercero, el ejercicio legítimo de un derecho, el estado de necesidad y el consentimiento de la víctima. Por decirlo de otro modo, la simple reproducción de un comentario o información, citando la fuente, no convierte al ciudadano en emisor de la información una vez que al decidir reproducir la información ajena, su comportamiento no hace presumir que se pone de acuerdo con ella, o sea, no es necesario que expresamente contraste su opinión. Considerando la arquitectura de la Internet que impulsa el acto de socializar iniciativas y compartir informaciones personales y las que se consideran interesantes, en una sociedad que valora el pluralismo se impone la aplicación de la “doctrina del reportaje neutral” igualmente a los particulares.

En el laudo arbitral del caso Firestone-Bridgestone.net, el *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN¹²¹) ha asentado que “*Internet es un medio eficaz en las transacciones y comunicaciones comerciales, pero también un instrumento a través del cual, igualmente, verter críticas a las empresas o manifestar opiniones (de modo que) constituye un*

<www.abc.es>. Acceso en 7.09.2015.

¹²¹ La gestión de los nombres de dominio está encargada a la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN). Esta institución, creada en 1999, goza de un sistema de resolución de conflictos en casos de *cybersquatting*, o sea, cuando se procede al registro de un nombre idéntico o similar de una marca, sin usarlo y con el único objetivo de venderlo con posterioridad al legítimo propietario de ésta, o cuando proceden al registro de la misma dirección en la web (*business competitors*), o proceden al registro del nombre de dominio con el objetivo principal de dañar la imagen de la persona o compañía afectada, utilizando la web como foro de expresión de opiniones desfavorables, entre otros (SÁNCHEZ TORRES, Esther. El ejercicio de la libertad de expresión de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías. En: *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*. (DEL REY GUANTER [dir.] LUQUE PARRA, M. [coord.]). Madrid, La Ley, 2005, p. 142.)

*vehículo ideal para este tipo de actividades o conductas*¹²² y ha reconocido como justificado el uso de dominio idéntico o similar al de la empresa para el ejercicio de la crítica a la misma, si desprovisto de intencionalidad mercantil. Al tomar este camino, la repercusión pública de una crítica realizada por el trabajador a través las redes sociales o web-sites no puede ser considerada como un elemento más desde el que concluir la inexistencia de ánimo constructivo, tampoco el uso de un perfil individual en la red que sea similar al de la empresa para ejercer la crítica será indicativo de ausencia de buena fe. Con lo cual, la única posibilidad de reclamación de responsabilidades vendrá del uso ilegítimo de la libertad de expresión, o sea, en contra de la buena fe, que llevará necesariamente a un análisis del contenidos de las expresiones vertidas, desde el que deducir su carácter ofensivo, o constituya un ilícito penal.

2.2 - El derecho a la protección de datos en la empresa

El derecho personal a controlar los datos relativos a la propia persona está bajo la garantía de los derechos a la protección de datos y a la libertad informática. Ambos derechos se refieren a un abanico más amplio de acción que los del derecho a la intimidad, pues de conformidad con el Tribunal Constitucional (STC 292/2000, 30 de noviembre), *“el derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de los datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado”* (FJ 6). En consecuencia, el objeto del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, incluso a *“aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos”* (FJ 6). La libertad informática, a su vez, es *“el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención”* (FJ 5). Estos derechos atribuyen al individuo la titularidad para disponer y controlar el uso de sus informaciones íntimas y familiares, lo que conlleva el individuo a la

¹²² SÁNCHEZ TORRES, Esther. El ejercicio de la libertad de expresión de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías. En: *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*. (DEL REY GUANTER [dir.] LUQUE PARRA, M. [coord.]). Madrid, La Ley, 2005, p. 145.

condición de dueño de sus datos.

El derecho a la protección de datos personales surgió en la Recomendación 509 de la Asamblea General del Consejo de Europa sobre los Derechos Humanos en 1968. En 1981, el Consejo de Europa ha regulado el derecho a la protección de los individuos frente a la informática mediante el Convenio 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal que se aplica al procesamiento automático de datos personales tanto en el sector público como en el sector privado. En 24 de octubre de 1995, el Parlamento Europeo ha aprobado la Directiva 95/46/CE, que reglamenta la protección de las personas físicas en lo relativo al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos. Este derecho, sin embargo, ha sido considerado autónomo, como un verdadero derecho fundamental, por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de Niza), en el 7 de diciembre de 2000, que en su artículo 8 declara que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. Además, el tratamiento de los datos personales viene cubierto por la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio. El traspaso al ordenamiento español ha originado la Ley 15/1999, Ley de Protección de Datos de Carácter Personal.

Este derecho atribuye a su titular un abanico de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos que extrapolan la intimidad para garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales. Los deberes de hacer dirigidos a terceros son: *“el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos”* (STC 254/1993, 20 de julio, FJ. 7; STC 292/2000, 30 de noviembre, FJ. 6). El derecho a la protección de datos otorga a su titular la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, incluso por un tercero, con la imposición de que el titular sepa en todo momento quién dispone de esos datos personales y a que uso los está sometiendo, así como opóngase a esa posesión y uso (STC 96/2012, de 7 de mayo de 2012, FJ. 7). Por tanto, el sistema de protección de datos personales se ampara en el consentimiento, información y los conocidos derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición).¹²³

El derecho a la protección de datos clasifica los datos en personales ordinarios y sensibles. Los datos ordinarios se relacionan con cualquier información concerniente a una persona física identificada o que pueda ser identificada a través de medios que puedan ser razonablemente

¹²³ Por ejemplo, el art. 21.1 de la Ley 34/2002 predica una autorización expresa para el tratamiento de datos con fines comerciales, y donde se establece la obligación de informar y ofrecer un procedimiento sencillo y gratuito para oponerse ulteriormente al tratamiento de los datos.

utilizados. Puede ser el nombre y los apellidos, la fecha de nacimiento, la dirección postal o de correo electrónico, el número de teléfono, el DNI, la matrícula del coche, la certificación digital, la dirección de IP y muchos otros. Los datos sensibles previstos en la Ley 15/1999 (art. 7) son aquellos que reciben especial protección y se refieren a la ideología, religión, creencias, afiliación sindical, origen racial y étnico, a la salud y a la vida sexual, o sea, datos que pueden originar un comportamiento discriminatorio por terceros.¹²⁴ El tratamiento automatizado de estos datos requiere expreso consentimiento del interesado. Las imágenes en Internet no son consideradas datos sensibles, salvo cuando se las utilizan claramente para revelar datos sensibles sobre las personas.¹²⁵ Hay una tercera categoría de datos sensibles, los denominados datos “supersensibles” o “sensibilísimos”, en relación a los cuales tampoco el interesado tiene la facultad de ejercicio de los derechos ARCO. Los datos supersensibles son esencialmente los datos personales clasificables desde el punto de vista material como datos ordinarios y sensibles que son almacenados y tratados en archivos destinados a finalidades de orden particular y de valor preeminente, como archivos destinados a la protección del orden público, de la seguridad nacional y de la intimidad en materia sanitaria.¹²⁶ La computación en la nube y el depósito en ella de una gran cantidad de información, incluso personal, han permitido que un dato aislado y carente en sí mismo de interés pueda cobrar un nuevo valor de referencia unido a otro grupo de datos personales, por lo que se afirma que ya no existe ningún dato “sin interés”,¹²⁷ pues su tratamiento puede tener gran impacto financiero o alcanzar datos sensibles.

Al firmar un contrato de trabajo, los trabajadores ponen al conocimiento del empresario una multitud de datos personales, sensibles o no, que pueden incluso referirse a terceros (estado civil, dependientes), por fuerza del contrato de trabajo (art. 6.2 LOPD), de leyes diversas (Ley de Seguridad Social, normas tributarias) o convenios (hipoteca bancaria). El uso de las nuevas

¹²⁴En la 31 Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad, celebrada el 5 de noviembre de 2009, ha sido elaborada la Resolución de Madrid. La Resolución define los datos sensibles (ítem 13) como aquellos datos de carácter personal que afecten a la esfera más íntima del interesado o cuya utilización pueda dar origen a una discriminación ilegal o arbitraria o conllevar un riesgo grave para el interesado. En particular serán considerados sensibles aquellos datos de carácter personal que puedan revelar aspectos como el origen racial o étnico, las opiniones políticas o las convicciones religiosas o filosóficas, así como los datos relativos a la salud o a la sexualidad. Las autoridades allí reunidas han definido los 7 principios básicos para el ejercicio de la protección de los datos personales: a) el principio de lealtad y legalidad, b) el principio de finalidad, c) el principio de proporcionalidad, d) el principio de calidad, e) el principio de transparencia, f) el principio de responsabilidad y g) el principio general de legitimación.

¹²⁵ Dictámen 5/2009, del G29, p. 8.

¹²⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*. Albacete, Editorial Bomarzo, 2009, p. 47, nota 127.

¹²⁷NEGRO ALVARADO, Dante Mauricio. *Hacia un marco normativo en las Américas en materia de protección de datos personales*, p. 2. Disponible en <vlex.com>. Acceso en 17.8.2015.

tecnologías en las decisiones empresariales provocan la impresión de una mayor objetividad, y de mayor justeza, pues su producto configura una prueba más segura y fiable, en cuanto que la observación de profesionales produce una prueba aleatoria, intermitente y subjetiva, sujeta a errores de percepción y al riesgo de manipulación (STSJ Islas Baleares 4-9-2009, AS 1514). Por incontables veces los trabajadores son rehenes de decisiones empresariales adoptadas con base en el tratamiento automatizado de sus datos personales o profesionales, como por ejemplo la evaluación estadística generada por ordenadores sobre el resultado de la producción y actividad laboral de los empleados.

El exponencial poder empresarial de recombinar los datos personales debe ser contrapuesto por la atención al derecho a la información del trabajador para que pueda ampliamente ejercer los derechos ARCO frente a su empleador, el responsable del fichero (STC 292/2000, de 30 de noviembre). Según la LOPD, los datos recogidos por la empresa deberán explicitar su finalidad (art. 4.2), tener plazo máximo de permanencia (art. 4.5) y tener sus criterios de valoración y el programa utilizado en el tratamiento de los datos debidamente informados al afectado para que pueda impugnar dichas “decisiones privadas (art. 13.2), entre otros aspectos. Sin embargo es evidente que los trabajadores no dominan los diferentes elementos del proceso de datos, y no pueden controlar las pérdidas y la descontextualización, las informaciones erróneas o descontroladas, la manipulación del programa y de su contenido o cualquier alteración en la finalidad, con lo cual estos derechos, en la práctica, se transforman en papel mojado. Para restablecer el equilibrio entre las partes contratantes, resulta imprescindible la participación del sindicato para regular el uso y tratamiento de los datos personales por la empresa, sin perjuicio de la consulta a los representantes de los trabajadores (art. 64. ET). Los miembros del sindicato y los representantes del personal deben ser capacitados con conocimientos técnicos para evaluar la extensión del control derivado del tratamiento de datos.¹²⁸

La negociación colectiva deberá regular las conductas legítimas y prohibidas, los datos básicos necesarios a cumplir el objetivo con el tratamiento de los datos. Como por ejemplo, tomar en consideración la interdicción al empresario a tomar una decisión privada con base únicamente en un tratamiento de datos destinados a valorar el comportamiento del empleado y cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus

¹²⁸ En estudios realizados en empresas que implementan nuevas tecnologías, en el Estados Unidos y Australia, los sindicatos inicialmente acordaron con los nuevos mecanismos tecnológicos a cambio del incremento de la remuneración y por no tener en sus cuadros personal con conocimientos técnicos para evaluar la extensión del control adoptado (WRIGHT, C. LUND, J. ‘Under de clock’: trade union responses to computerised control in US and Australian grocery warehousing. *New Technology, Work and Employment*, vol. 13, n. 1, march 1998.).

características o personalidad (art. 13.2 de Ley Orgánica n. 18/1999).¹²⁹ Es importante también definir la cantidad de los datos recogidos, para evitar el “peso” de una memoria de vida (absoluta), con la recaudación de todos los datos relevantes o no, y que desborden a la selección de los eventos y datos necesarios para la construcción de la “coherencia narrativa” en conformidad con el objetivo empresarial. El Grupo de trabajo sobre protección de datos, creado al amparo de lo que dispone el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, ha fijado que el tratamiento de datos frutos de la actividad de control deberá ser adecuado, pertinente y no excesivo con relación a los fines para los que se recaben.¹³⁰ Por ejemplo, se puede pensar en la verificación del rendimiento a lo largo de una jornada de trabajo para identificar los puntos máximos de desarrollo y los mínimos, con la finalidad de incrementar los puntos bajos u homogeneizar el nivel de producción. Por el contrario, estos datos no serán de todo necesarios ni relevantes al análisis de la producción mensual del conjunto de trabajadores para efectuar el pago del premio por el resultado de la actividad.

Esta distinción es importante y debe auxiliar en la medida para definir el nivel de invasión de la intimidad de los trabajadores. Por decirse de otro modo, la capacidad de recogida de datos y de tratamiento por la empresa aisladamente no puede calibrar el ejercicio del poder de control. Al contrario, el almacenamiento y tratamiento serán legítimos y proporcionales en la estricta medida de la finalidad para la cual han sido tratados. Esta finalidad tiene conexión obligatoria con la actividad productiva, rechazándose cualquier fichero con la finalidad exclusiva de tratamiento de datos personales.

Con lo cual, para la adopción del control tecnológico conforme a los derechos fundamentales y el respeto a la dignidad humana, el primer paso será retomar el diálogo entre el capital y el trabajo y negociar las reglas del juego cuando de informática se trata: “todo lo cual *debe pasar por entender cómo aun cuando la recogida y tratamiento de datos personales crea una nueva obligación para los trabajadores y, en consecuencia, la balanza del equilibrio-sinalagma contractual queda alterada a favor del empresario, lo cierto es que el contrapeso del reequilibrio contractual deberá estar y pasar necesariamente por la conservación o creación, en su caso, de 'nuevos espacios de autonomía y de intimidad' en la empresa que se sustraigan al potencial lesivo*

¹²⁹ Según Fernandez Villazon, son muchas las decisiones empresariales (movilidad funcional y geográfica, ascensos, aumentos salariales, control de la productividad, etc) las que pueden ser adoptadas con base en un tratamiento de datos personales del trabajador que establezca “una definición de sus características o personalidad. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A. *Las facultades empresariales de control de la actividad empresarial*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2003, p. 122.

¹³⁰ COLÀS NEILA, Eusebi, *Derechos fundamentales del trabajador en la era digital: una propuesta metodológica para su eficacia. Las comunicaciones electrónicas en la empresa como estudio de caso*. Albacete, Editorial Bomarzo, 2012, p. 169.

de la telemática.¹³¹

2.2.a - El consentimiento para el tratamiento de los datos personales en la empresa ubicua

La pieza angular de la protección de datos personales es la exigencia de consentimiento de su titular, persona física, que no se confunde con la simple información y, salvo algunas excepciones taxativas, debe otorgarse de una manera inequívoca, como lo afirma el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: “*el reconocimiento de haber sido informado de que se va a producir alguna clase de publicación no es lo mismo que dar un consentimiento inequívoco a una clase específica de publicación detallada*” y “*tampoco puede describirse como una 'manifestación libre y específica' de la voluntad del interesado*”.¹³² El consentimiento debe ser libre, informado, específico, inequívoco y previo.¹³³ Por libre, se considera el consentimiento otorgado al margen de cualquier presión o coacción física o psíquica conforme la normativa civil. El consentimiento informado corresponde con la obligación de informar al afectado, en el momento de la recogida de sus datos, “*de los extremos esenciales relacionados con el tratamiento, recabando a tal efecto su consentimiento en relación con los aspectos específica e inequívocamente hechos constar en la mencionada información*” (Informe jurídico 93/2008 de la AEPD, sobre Formas de obtener el consentimiento mediante web. Consentimientos tácitos). El consentimiento es específico cuando los datos se tratan para una finalidad determinada que debe corresponder a aquella para la cual el titular de los mismos consiente. El consentimiento inequívoco es aquel otorgado sin dejar lugar a duda o equivocación. Y, si bien no aparezca expresamente en la definición de la LOPD, claramente el consentimiento debe prestarse con carácter preferente para poder tratar los datos personales. De estas características parece excluirse la posibilidad de un consentimiento tácito; empero, dicha posibilidad es algo admitido por la opinión mayoritaria pues de la normativa existente no se desprende como obligatoria forma alguna de prestar el consentimiento.

La AEPD se ha manifestado a favor de la aceptación del consentimiento tácito¹³⁴ dentro

¹³¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*. Albacete, Editorial Bomarzo, 2009, p. 62.

¹³² STJUE de 9 de noviembre de 2010, asunto *Volker und Markus SgBR* (asuntos acumulados C92/09 y C93/09).

¹³³ ARENAS RAMIRO, Mónica. La validez del consentimiento en las redes sociales on line. En *Derecho y redes sociales*, 2ª edición. Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2013, pp. 167/171.

¹³⁴ Informe Jurídico 0361/2010. En todo caso la AEPD indica que para el consentimiento tácito sea considerado válido,

del escenario en que puede prestarse por actos reiterados del afectado que revelen que el mismo ha dado el consentimiento con dichos actos presuntos o incluso, por su silencio.¹³⁵ La AEPD firma su orientación en que la LOPD, cuando ha querido que el consentimiento fuera expreso, lo ha puesto de manifiesto, como en el caso de los datos sensibles.¹³⁶ Resalta, no obstante, ser exigible que los responsables del tratamiento de datos tomen todas las cautelas posibles, analizando casos concretos, para entender que se ha producido y otorgado dicho consentimiento.

El proceso de revisión de la normativa europea sobre protección de datos personales podría resolver en definitiva la cuestión; sin embargo, los términos de los actuales proyectos existentes carecen de claridad. Allí se recomienda que el consentimiento sea válido sólo cuando se base en manifestaciones o acciones que expresen asenso, de modo que la simple inacción es insuficiente; es necesario algún tipo de acción para crear el consentimiento sin especificar su forma. Lo que puede ayudar en el enfrentamiento del tema, es la determinación de que este consentimiento se enmarque en un “contexto adecuado”, observando las circunstancias que rodean su prestación.¹³⁷

El contrato de trabajo se presenta como una de las hipótesis de consentimiento implícito al almacenamiento y tratamiento de los datos personales de las partes, siempre que sean necesarios para el mantenimiento o cumplimiento del contrato (art. 6.2 LOPD). Esta presunción no alcanza a los datos especialmente protegidos, es decir, algunos datos sensibles como la ideología, afiliación sindical, religión y creencias, que requieren el consentimiento escrito del interesado.¹³⁸ La recogida y el tratamiento deben cumplimentar las exigencias derivadas de los principios de finalidad, pertenencia y proporcionalidad.

La licitud de la transmisión de los datos de los trabajadores igualmente es acreditada al legítimo interés empresarial, como ha decidido el TSJ de Madrid, cuando una empresa del sector telemarketing ha cedido el nombre, apellidos y DNI de sus trabajadores a la entidad aseguradora de automóviles, que le había contratado los servicios en que precisa el acceso por el trabajador de

será preciso otorgar al afectado un plazo prudencial para que pueda claramente tener conocimiento de que su omisión de oponerse al tratamiento implica un consentimiento al mismo (Informe Jurídico 2000/0000, sobre *Caracteres del consentimiento definido por la LOPD* (nivel 4) y el Informe Jurídico 93/2008, sobre *Formas de obtener el consentimiento mediante web. Consentimientos tácitos.*).

¹³⁵ Este silencio es llamado como “silencio positivo” (SAN de 14 de abril de 2000).

¹³⁶ SAN de 20 de septiembre de 2006 y en la de 1 de febrero de 2006.

¹³⁷ Los proyectos hacen lucir la complejidad de las prácticas de recogida de datos, la cual llega en muchos casos a sobrepasar la capacidad o la voluntad de la persona para tomar decisiones de control sobre sus datos.

¹³⁸ GOÑI SEIN, José Luis. Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumento informáticos, de comunicación y archivo de datos. En *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*. ALARCÓN CARACUEL. ESTEBAN LEGARRETA, coord.) Albacete, Editorial Bomarzo, 2004, pp. 59/60.

telemarketing a datos sensibles de la empresa cliente y por seguridad, habida cuenta la necesidad de que la empresa cliente supiera quien iba a utilizar y entrar en sus sistemas, asignando claves de usuario de forma personalizada. El Tribunal ha desestimado la necesidad de consentimiento del interesado una vez que los datos personales se refieren a las partes de un contrato de trabajo o precontrato de una relación negocial o laboral (STSJ de Madrid, 30 de junio de 2008).

Susana Rodríguez Escanciano, contrariando la doctrina mayoritaria, afirma que la exigencia de consentimiento pretende concienciar al demandante de empleo o al trabajador sobre la utilización de la información que accede a suministrar. Para ella, “[...] conforme acertadamente matiza el art. 5 LOPD, el principio de autodeterminación exige la aquiescencia del interesado para toda recogida de datos personales tendente a alimentar un fichero automatizado cuando la fuente de información será el propio afectado, quedando abierta a ejercitar el derecho de oposición al tratamiento de sus datos “cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal (art. 6.4 LOPD). [...] el responsable del fichero quedaría eximido de tal obligación cuando el contenido de la misma pueda ser claramente deducido de las circunstancias presentes en la recaudación de los datos o de la naturaleza de éstos (art. 5.3 LOPD)”¹³⁹

En el momento de la contratación, según esta autora, deben quedar claros: a) la inclusión de los extremos suministrados en un fichero automatizado, b) su finalidad, c) el destinatario, d) el carácter obligatorio o no de las respuestas a las preguntas planteadas y las consecuencias tanto de la obtención de los datos como de la negativa a suministrarlos, e) la posibilidad de que los trabajadores o, ante previsión en convención colectiva, sus representantes ejerciten los derechos esenciales reconocidos en la materia, f) y, la identidad y dirección del responsable del fichero. Con lo cual, no le parece adecuado presumir su conocimiento o posibilidad de deducción. Además, para ella, la doctrina del consentimiento informado no es suficiente protección para los trabajadores y mucho menos para los demandantes a empleo, que en algunos momentos – período de prueba, ascensos, movilidad geográfica, selección de afectados por un expediente de regulación de empleo entre otros - pueden llevar a limitar la libertad de elección del trabajador.¹⁴⁰

La crítica es pertinente, pues el consentimiento cumple la función pedagógica de alerta al trabajador respecto de los riesgos en la recaudación y tratamiento de sus datos personales. Sin embargo, disiento de la autora porque la ley así lo autoriza (art. 6.2 LOPD) y porque la libertad para

¹³⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*. Albacete, Editorial Bomarzo, 2009, p. 30.

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*. Albacete, Editorial Bomarzo, 2009, p. 30.

el ejercicio del consentimiento informado en la relación de trabajo es mera ficción. Raras son las veces en que el trabajador individualmente tendrá información y formación suficientes para poder confrontar el empleador cuanto a la cualidad, cantidad o finalidad de los datos recogidos. El desequilibrio entre las partes impone que esta tarea esté a cargo del legislador o de la normativa autónoma. Habida cuenta que un contrato de trabajo configura una medida limitadora del derecho a la protección de los datos y a libertad informática, con vistas al respeto a la dignidad humana, el balance debe estar previsto en la Ley, por lo menos, en lo que concierne a los datos básicos que el trabajador está obligado a suministrar. Estos datos podrían ser complementados por otros datos personales a través de previsión expresa en negociación colectiva o de la autorización mediante la concordancia del representante del personal. En cualquier hipótesis de cesión de los datos a terceros, incluso por fuerza de un contrato de prestación de servicios, los trabajadores deben siempre ser informados de los datos cedidos, la duración y el responsable por el fichero del cesionario.

El representante de los trabajadores igualmente puede ocupar el rol de titular del fichero, cuando son ellos quienes lleven a cabo directamente un tratamiento de datos, o bien de terceros a quienes se podrán comunicar los datos para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario (art. 11 LOPD). No obstante, el representante podrá adquirir una importancia mayor, si considerado como interesado a la hora de hacer efectivos los derechos ARCO de los trabajadores.¹⁴¹

El uso de los entornos colaborativos en las plataformas web por las empresas, obliga a analizar el consentimiento para el almacenamiento y tratamiento de los datos en las páginas web y redes sociales. Las personas físicas usuarias de las plataformas web, en cuanto titulares de los datos tratados por los proveedores de dichos servicios, son consideradas afectadas o interesadas (art. 1 LOPD). Los proveedores de las páginas web o de una red social igualmente necesitan del consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los usuarios, lo que se hace al instante en que éstos van a darse de alta en la plataforma, en regla con la marcación de una casilla.¹⁴² El

¹⁴¹ VALVERDE ASECIO, Antonio José. El derecho a la protección de datos en la relación laboral. En: *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*. (DEL REY GUANTER [dir.] LUQUE PARRA, M. [coord.]). Madrid, La Ley, 2005, p. 363.

¹⁴² Se admite como forma válida de prestar el consentimiento, la marcación de una casilla en una página web de Internet o en una red social on line (ARENAS RAMIRO, Mónica. La validez del consentimiento en las redes sociales on line. En *Derecho y redes sociales*, 2ª edición. Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2013, p. 172). El G 29 considera que en lugar de un consentimiento explícito se debería exigir un consentimiento inequívoco que abarcara el explícito y el derivado de acciones inequívocas, ofreciendo un mayor flexibilidad a los responsables. De todas maneras, el G 29 rechaza la inacción o silencio como consentimiento tácito (Dictamen 15/2011, del G 29, pp. 11-12, 27 y 41), pues señala que *el hecho de no pulsar no puede considerarse un consentimiento inequívoco*, si bien *el silencio o la inacción de una parte es intrínsecamente equívoco*. Respaldando la necesidad de un consentimiento explícito o actividad necesaria para configurar el consentimiento, debe ser referido el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 14 de enero de 2011, sobre la Comunicación de la Comisión sobre “Un enfoque

problema reside en que las redes sociales no explican de forma clara que el pago del contrato son los datos personales del usuario, aquí incluidos los datos básicos de formación de su perfil individual como también el de sus amigos y actividad en la red. Los riesgos de la difusión de información personal y la ausencia de precisión al indicar los datos básicos y los datos complementarios también se presentan en las redes sociales que, en su omisión, por decir lo mínimo, impulsan al usuario a contribuir con la oferta máxima de sus datos. Estas redes, si bien permiten que el titular tome la iniciativa en restringir el acceso a sus datos, optan por un modelo con estándares lesivos a la privacidad de los datos personales, beneficiándose del pánico tecnológico que puede acometer el usuario ante la necesidad de alterar este modelo. Además, el consentimiento para tratar los datos no es renovado a cada acto de su titular, lo que podría ayudar en el cuidado individual en cuanto a la extensión de la divulgación de los datos a cada iniciativa.

La vulneración a los derechos de protección de datos en las redes sociales, además, ocurre por la autorización para la indexación automática de los perfiles por buscadores como Google. Razón por la cual la AEPD ha tutelado el derecho a oponerse a la indexación de datos personales en los buscadores. Esta cuestión ha sido presentada por la Audiencia Nacional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que estimó la consulta para fijar la competencia de la Justicia española para la solución de la demanda y la incidencia de las normas de protección a la privacidad para los usuarios residentes en el territorio español.¹⁴³ La cesión a terceros de los datos de los usuarios para utilización en una página web que, al considerarse un tratamiento de datos personales en el sentido del art. 3, apartado I, de la Directiva 95/46/CE, presupone el consentimiento del titular (STEDH *Lindqvist*, de 6 de noviembre de 2003). En este caso, en sentido contrario, se puede entender que la recogida de datos en la web para el tratamiento automatizado en la empresa igualmente requiere el consentimiento inequívoco del titular, lo que no se puede intuir del consentimiento ofertado a la red social o página web o por fuerza del contrato de trabajo, una vez que sus finalidades son distintas.

Por fin, la red social plantea un riesgo a más que se refiere a la publicación de los datos personales por terceros. Según la RLOPD, art. 5.1.r), tercero es *“la persona física o jurídica, pública o privada u órgano administrativo distinta del afectado o interesado, del responsable del*

global sobre la protección de los datos personales en la Unión Europea” y la Propuesta de Reglamento, Considerando 25.

¹⁴³ La recomendación 19 del Memorandum de Montevideo recomienda a los servicios que proveen las redes sociales no permitir la recopilación, difusión, publicación o transmisión a terceros de datos personales, sin el consentimiento explícito de la persona concernida. Asimismo, recomienda la restricción del uso de la información recogida con finalidad diferente de la que motivó su tratamiento, y en especial a la creación de perfiles de comportamiento (ARENAS RAMIRO, Mónica. La validez del consentimiento en las redes sociales on line. En *Derecho y redes sociales*, 2ª edición. (RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTINEZ MARTINEZ, Ricard – ed.). Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2013, p. 181).

tratamiento, del responsable del fichero, del encargado del tratamiento y de las personas autorizadas para tratar los datos bajo la autoridad directa del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento. Podrán ser también terceros los entes sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados.” En la hipótesis de cargar los datos de terceros en Internet, los individuos son considerados responsables del tratamiento del fichero, pues aquí no se aplica la exención doméstica¹⁴⁴ prevista en el art. 6.4 LOPD. El consentimiento tácito, por tanto, encuentra trabas ante la posibilidad del usuario ser emisor de la información en las redes sociales. En este caso, por ejemplo, en la hipótesis de que un tercero aparezca en una fotografía junto al usuario de la red, claramente no conlleva a afirmarse que él ha dado su consentimiento por aparecer en la fotografía, y mucho menos de que es consciente del tratamiento que el citado usuario está realizando con su imagen.

Salta a la vista, por tanto, la nocividad de la presunción del consentimiento sea por fuerza de un contrato de trabajo sea por fuerza de un contrato de prestación de servicios en las redes sociales, pues en ambos casos no se puede asumir la efectiva libertad del trabajador en ejercer un consentimiento informado e inequívoco, necesario a la protección de su dignidad humana.¹⁴⁵ Ambos modelos tienen en común los vacíos legislativos que transfieren la carga de toda decisión al individuo, con la excusa del empoderamiento individual, sin que éste goce de una situación de equilibrio con la parte contratante, pues en las redes sociales el usuario no conoce previamente el grado de extensión de la cesión de sus datos y en el segundo, el trabajador no tiene la información necesaria y espacios de debate para frenar los excesos. La omisión de la Ley refuerza “la ley del más fuerte”.

En las decisiones sobre la pertinencia o proporcionalidad de una medida de control, al trabajador o a su representante debe ser garantizado el acceso a la información veraz sobre los aspectos operativos y técnicos de la empresa. El derecho a la información no puede limitarse al conocimiento en cuanto a la naturaleza o extensión de la medida de control. Su acceso al flujo de informaciones dentro de la empresa es indispensable para que, individual o colectivamente, pueda formar una opinión fundamentada sobre los hechos en discusión y percibir la eventual vulneración de sus derechos. Esto quiere decir que el trabajador tiene derecho a la información desde el primer momento en que se estudia la implementación de un procedimiento automatizado de control. Esta

¹⁴⁴ En el momento de la recogida, los usuarios de las redes sociales on line pueden estar cubiertos por la exención doméstica, pero no a la hora de publicar los datos personales de terceros, pues están realizando una cesión de dichos datos (Dictamen 1/2010, adoptado el 16 de febrero, del G29, sobre los *Conceptos de Responsable del tratamiento y encargado del tratamiento* {00264/10/ES. WP 169}, p. 3).

¹⁴⁵ En este sentido: ARENAS RAMIRO, Mónica. La validez del consentimiento en las redes sociales on line. En *Derecho y redes sociales*, 2ª edición. Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2013, p. 173.

información debe ser veraz y completa, lo que significa que él tiene asegurado su derecho a la no desinformación, o sea, no le puede ser ofrecida una información mentirosa o incompleta, con la finalidad de fundamentar el consentimiento consciente e informado para el suministro de los datos. Este derecho a la información es fundamental para el ejercicio de la libertad de conciencia y de pensamiento, que estimulan la garantía intransigente de la pluralidad en la sociedad y, en el marco de la relación de trabajo subordinada, la protección de los trabajadores ante los poderes privados del empleador, a través de la transparencia del poder de vigilancia y control empresarial con vistas a determinar la responsabilidad del empresario por eventual exceso.¹⁴⁶

Por ende, es importante identificar que el ajuste del tratamiento de los datos de los trabajadores a los principios de finalidad, pertenencia y proporcionalidad retira la posibilidad de que el empleador utilice el Big Data, con sus datos no estructurados disponibles en la red, para temas laborales. De igual modo que “la lista del ordenador es el término del diálogo”, los informes producidos al efectos de comparación de la productividad individual deben partir de la realidad concreta de la empresa en cuestión, pues todo análisis del ambiente de trabajo debe llevar en consideración el entorno en que se realiza. Con lo cual, con base en la LOPD, el empresario no está legitimado a utilizar el Big Data para regular, analizar o tomar las decisiones en la organización productiva en lo que respeta a sus subordinados.

2.2.b - Datos públicos y datos privados

La dispersión del emisor de la información, por el efecto viral de la web colaborativa ha dificultado el control de los datos personales por el usuario y por las autoridades públicas. Se considera que en caso de que los datos recogidos en una página web o perfil, hayan sido divulgados por el propio interesado, esta iniciativa equivale a su consentimiento y tiene por consecuencia desprenderlos de las garantías de intimidad. Con lo cual, importa analizar el criterio para clasificar el dato personal publicado con perfil público - si público o privado -, arrancando de los conceptos jurídicos de información y fuentes públicas.

Por información pública se comprende, a modo superficial, toda información abierta,

¹⁴⁶ Esta asertiva toma como base la lección de Ferrajoli que comprende el derecho a la información y a la no desinformación como un derecho básico a la formación plural de la sociedad, basado “en la *transparencia de los poderes públicos al control popular sobre su ejercicio, hasta la representatividad y la responsabilidad de los elegidos ante los electores*”. (FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Minima Trotta, 2011, p. 81)

que está a disposición de cualquier persona en espacios públicos. La concepción generalista conlleva erróneamente a concluir que toda y cualquier información colgada en Internet sin restricciones de privacidad por parte de su titular asumiría un carácter público. Por ejemplo, los portales generalistas que ponen a disposición del usuario un correo electrónico gratuito – Hotmail, Yahoo!, Gmail, etc. - en el estado de la técnica permiten a terceros acceder al servidor del dominio y consultar la información personal del titular del correo electrónico, del mismo modo que los perfiles en las redes sociales, que por defecto son abiertos a la consulta de terceros, contendrían información pública.

Sin embargo, la idea de publicidad de la información está vinculada a dos aspectos primordiales: estar comprendida en una de fuente de acceso público y ser información de interés público, en conjunto o en su momento. La fuente de acceso público comprende un conjunto de ficheros y medios variables, en conformidad con el ordenamiento en que se analiza el problema. A modo ejemplar, en los Estados Unidos de América,¹⁴⁷ la política criminal defiende que la ciudadanía debe poder obtener la información necesaria para tomar decisiones acertadas en los más diversos órdenes: ejecutivos, empresariales, familiares o doméstico. En su territorio, la información sobre los antecedentes penales del individuo es accesible a cualquier persona que disponga del tiempo y recursos para encontrarla, independientemente de que la finalidad del acceso sea obtener suficientes datos para formar correctamente una opinión sobre el futuro empleado. El Tribunal Supremo ha asentado una doctrina favorable a ese procedimiento con base en la libertad de expresión y de prensa y por identificar la publicidad de los antecedentes penales con la cultura del *common law*, que trata los archivos de los tribunales como fuentes públicas de información. En el ordenamiento español, con tradición civilista, incide la protección de la vida privada, con lo cual el art. 3.j) de la LOPD define las fuentes de acceso público, o sea, aquellas consultables por cualquier persona como el censo promocional, los repertorios telefónicos, las listas de personas pertenecientes a grupo profesionales, los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación. Si bien que tengan la consideración de fuentes públicas, los datos personales que allí se contienen no deben verse expuestos a un tratamiento excesivo, habida cuenta de que la Directiva 95/46/CE igualmente predica el equilibrio entre el derecho a la información producida por el sector público y la protección de datos.

En el ordenamiento español la restricción del tratamiento de datos en el sector público es evidente pues, no toda información derivada de la actuación de una institución pública e inserta en una fuente pública manifiesta de por sí que haya un interés legítimo en su divulgación masiva en

¹⁴⁷ SIMÓN CASTELLANO, Pere. El régimen constitucional del derecho al olvido digital. Valencia, Tirant lo Blach, 2012, p. 104.

Internet. Lo pronto, no todas las resoluciones judiciales, salvo las sentencias del Tribunal Constitucional, tienen la consideración de fuentes públicas en cualquier medio. Las resoluciones judiciales de las instancias ordinarias publicadas en los boletines oficiales en papel sufren un proceso de anonimización para su tratamiento automatizado, poniendo trabas a las capacidades de los buscadores para encontrar datos personales, o son sometidas a herramientas tecnológicas de privacidad como el *Robots Exclusion Protocol*.¹⁴⁸ Todos los datos personales deben ser anonimizados, incluso los datos de identidad digital, como la dirección de correo electrónico, la dirección de IP (ambos de acuerdo con el Informe 327/2003 de la AEPD)¹⁴⁹ y, en la eventualidad, el perfil de la red social. La excepción a ese procedimiento suele ocurrir en determinados supuestos en los que la trascendencia pública¹⁵⁰ de las partes procesales justificaría el conocimiento de ciertos datos personales que las resoluciones judiciales contienen. En este caso, el interés legítimo justificaría la amplia divulgación de la información de carácter personal.

La medida para publicar en fuentes públicas, por tanto, debe ser siempre la ponderación del derecho a la protección de datos con el derecho de acceso a la información administrativa y la publicación no debe realizarse si deriva que el segundo puede ser igualmente efectivo o compatible con una menor afectación del primero – por ejemplo, con la disociación de los datos.¹⁵¹ Antes de divulgar una información sobre una persona física, las instituciones están obligadas a ponderar el interés del Estado en garantizar la transparencia de sus acciones y, por la otra, la lesión de los

¹⁴⁸Las sentencias son anonimizadas y depositadas en el fondo documental del CENDOJ (art. 266.1 LOPJ). El proceso de anonimización digital (sustitución u ocultación de los datos personales) no excluye la consulta a los registros físicos del fondo documental del CENDOJ por terceros interesados. Para su acceso, éstos deben comprobar, por escrito, la existencia de un interés legítimo y directo, con una conexión de carácter concreto y singular con el asunto del que se pretende obtener la información, ya sea con el objeto del proceso o con alguno de los actos procesales a través del cual el proceso se ha desarrollado. El Secretario de la Oficina será el responsable de evaluar si queda suficientemente acreditada la condición d tercero interesado. Cuando las personas afectadas por las resoluciones judiciales son personajes de trascendencia públicos los medios de comunicación tradicionales deben ser considerados interesados. Conforme el art. 2.3.f) del Reglamento 3/2010, la divulgación en los medios de comunicación social o en los medios especializados en información jurídica de actualidad, de las resoluciones judiciales son permitidas, desde que anonimizadas y siempre que predomine un interés en informar sobre la actualidad jurídica.

¹⁴⁹ SIMÓN CASTELLANO, Pere. El régimen constitucional del derecho al olvido digital. Valencia, Tirant lo Blach, 2012, p. 94. El correo electrónico tiene la consideración de dato personal porque en la mayoría de casos permite identificar a su titular rápidamente, ya que contiene información relevante sobre el mismo – nombre, apellidos, empresa donde trabaja, país, etc. Tal como la dirección IP que configura el número que el ordenador utiliza para conectarse con los demás en Internet, que sumado a otros datos permite identificar a su titular.

¹⁵⁰“Una hipótesis en la que los datos personales son relevantes sería un supuesto en el que un diputado es condenado por el Tribunal Supremo, por ejemplo, por prevaricación. Parece coherente que entonces, la ciudadanía tiene el derecho d conocer la sentencia concreta y completa, porque sólo con ese conocimiento es posible la formación de una opinión libre sobre un caso que es de interés público, general y cívico” (SIMÓN CASTELLANO, Pere. El régimen constitucional del derecho al olvido digital. Valencia, Tirant lo Blach, 2012, p. 82).

¹⁵¹ SIMÓN CASTELLANO, Pere. El régimen constitucional del derecho al olvido digital. Valencia, Tirant lo Blach, 2012, p. 153.

derechos de vida privada y protección de datos (STJUE de 9 de noviembre de 2010, § 85). Por ende, el Estado debe comprobar si existen otras vías menos lesivas para este último, a la vez que no se limiten los propósitos que se persiguen con la publicidad.

En Reino Unido, país de sistema jurídico de *common law*, la comisión de quejas sobre la prensa ha dictado que la información publicada en Twitter tiene la consideración de información pública, con lo cual los medios de comunicación tradicionales, con posterioridad a la publicación realizada por los particulares, pueden hacerse eco o citar la información del Twitter en sus ediciones, sin que en este caso se suponga la violación de las normas de publicidad.¹⁵² En España, el Twitter y la Internet no entran en el grupo de fuentes públicas, retirándose la posibilidad de que lo consideren como fuentes de información pública. Esta conclusión en nada merma la libertad de información, pues el objetivo de informar el público puede ser debidamente logrado por la doctrina de la información neutral arriba referida. Además, el dato del particular emisor de la información en Internet debe estar cubierto por el derecho a la protección de datos, pues este derecho engloba tanto los datos relacionados a la intimidad como los datos públicos. La aquiescencia para participar de una red social, aunque en un modo abierto y de acceso público no transmuta esta fuente de información en una fuente de acceso público, como tampoco no transfiere a terceros el consentimiento para el tratamiento de los datos allí contenidos. Con lo cual, en caso de ausencia de expreso consentimiento del trabajador, el sector de recursos humanos de las empresas no puede valerse del seguimiento de las identidades digitales (perfiles en redes sociales) para decidir sobre aspectos laborales.

3. El derecho a la dignidad humana del trabajador como límite al poder de control en la empresa ubicua: el uso de los entornos colaborativos y tecnologías móviles

*“La adopción de nuevas tecnologías con frecuencia supone una intrínseca extensión de la posibilidad de control por parte del empresario, control que, en algunos casos, es innato a las nuevas modalidades de proceso productivo siendo prácticamente inevitable”.*¹⁵³ Las nuevas tecnologías tienen la doble función de ser la plataforma de trabajo y de control de la actividad del trabajador a la vez, puesto que el aparato informático (ordenador) comporta de por sí el registro de

¹⁵² SIMÓN CASTELLANO, Pere. El régimen constitucional del derecho al olvido digital. Valencia, Tirant lo Blach, 2012, p. 48.

¹⁵³ LOY, G. El dominio ejercido sobre el trabajador. *Relaciones Laborales*, n. 19-20, año XXI, 2005, p. 66.

los datos relativos a la eficiencia y la asiduidad del trabajo. En la actualidad es la propia ejecución y el cumplimiento de los operarios los que quedan sometidos al empresario, aumentando tanto la concentración para alcanzar determinada cantidad y calidad, como la presión. El control tecnológico, en su verticalidad, minora la posibilidad de iniciativa del trabajador, atrapada en secuencias de trabajo densas y estrictas, y, en su horizontalidad, estimula la vigilancia entre los compañeros de trabajo, cuyas repercusiones inmediatas son el incremento de la competencia y la ruptura de los lazos de solidaridad interna.

La revolución tecnológica en la empresa ha ocultado o incluso hecho desaparecer las manifestaciones más externas del ejercicio del poder de dirección empresarial, haciendo creer que el trabajador ahora goza de autonomía en la ejecución de sus obligaciones y que el trabajo subordinado dejará de existir. La disminución del valor de estos factores como indicios de laboralidad ha puesto de relieve otros aspectos que giran al derredor de la prestación de servicios, como la inserción del trabajador en la organización productiva, la ajenidad de los medios de producción y su incapacidad para decidir sobre el resultado del producto. Cierta doctrina, por su vez, abandonando las señales exteriores y mirando hacia la intensidad y extensión de las luces que el uso de las nuevas tecnologías hace incidir sobre la organización, ha identificado un nuevo modelo de subordinación: la **subordinación informática**. En esta forma de subordinación los antiguos factores de lugar, tiempo y presencia en la empresa abren paso a la dependencia tecnológica, en la cual es protagonista *“la presencia virtual del trabajador en la empresa”*, que *“va seguida de un control permanente por parte del empresario, convirtiéndose el programa informático en la materialización organizada y planificada de las ordenes e instrucciones del empresario”*.¹⁵⁴ Este modo de subordinación es la clave de bóveda en el uso de las NTIC en la empresa, pues los espacios empresariales están esparcidos en plataformas web y la naturaleza de los dispositivos móviles para su acceso (COPE o BYOD) son irrelevantes en la verificación del cumplimiento de la actividad subordinada.

En el control virtual y al instante de la actividad desarrollada por las NTIC, los elementos de la confianza, que eran considerados factores determinantes en cuanto al desarrollo y

¹⁵⁴ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel. *Ciudadanía en la Empresa y Derechos Fundamentales Inespecíficos*. Murcia Ediciones Laborum, 2011, p. 72. Perez de los Cobos identifica algunos indicios de la dependencia tecnológica para el teletrabajador: a) el software utilizado para dirigir y controlar el trabajo realizado, pues dicho programa puede encarnar ahora el poder de dirección y control empresariales; b) la facultad empresarial de sustituir o modificar el software con el que el trabajador viene realizando su prestación, así como el hecho de que haya sido el empresario el que ha instruído al trabajador sobre la utilización del mismo; c) que el trabajo sea *on line* (conectado) u *off line* (desconectado) en que hay indicios de dependencia en el modo y la intensidad de la comunicación existente entre la empresa y el trabajador; d) el modo en el que se ejerce el control sobre el trabajo realizado y la intensidad del mismo, de modo que un control posterior pero exhaustivo, sirviéndose de los datos registrados por un ordenador. (PEREZ DE LOS COBOS, Francisco. La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica. En *Relaciones laborales*, nº 10, mayo, 2005, p. 25)

extinción del contrato de trabajo, se objetivan a través de la verificación automatizada de los resultados y de la actividad del trabajador. Goñi Sein afirma que el modelo tecnológico de producción autoriza al empresario comprobar si el uso de las plataformas y dispositivos se ajusta o no al fin profesional. Él toma como algo asumible la lesión a la intimidad del trabajador, pues en la actividad de verificación el empresario necesita hacer una exploración del caudal informativo profesional e íntimo que el trabajador deja en su navegación en la red o en el uso del ordenador. Como conclusión, este autor termina por afirmar que el ordenamiento no ha querido desconocer al empresario el poder de acceder a los datos personales de los trabajadores en el ejercicio del control del exacto cumplimiento de las obligaciones laborales, lo que resulta en que *“lo que no es lícito conocer en general, puede serlo en el caso del empleado que maneja medios informáticos en la medida en que el control se revela inexorable”*.¹⁵⁵

La posibilidad de elaborar informes detallados de la actividad y comportamiento del trabajador al instante implica una transparencia casi completa del sujeto. En palabras de Gaeta, las TIC comportan *“un control minuto a minuto, que parece contribuir a que la vida laboral- y asimismo el resto del tiempo existencial – se desarrolle transparentemente casi como en la pecera de peces rojos”*.¹⁵⁶ Las NTIC han posibilitado un paso más en el control, caracterizando una verdadera invasión de la intimidad, pues actúan sobre todas las facetas del individuo y sobre todos los espacios de su existencia, influyendo sobre su manera de relacionarse socialmente o en sus expectativas futuras. Este control *“convierte en hechos públicos determinados datos productivos o de comportamiento en la empresa que hasta el momento permanecían en una relativa intimidad”*,¹⁵⁷ sirviendo como una poderosa herramienta de acoso moral¹⁵⁸ de los trabajadores

¹⁵⁵ GOÑI SEIN, José Luis. Los límites de las potestades empresariales vs. Derecho a la intimidad de las personas trabajadoras en el entorno de las TIC. El control empresarial en el espacio virtual. Problemática de las redes sociales. En *Actum*, n. 95, p. 8.

¹⁵⁶ GAETA, Lorenzo. La dignidad del trabajador y las “perturbaciones” de la innovación. En: *Autoridad y democracia en la empresa*. APARICIO, Joaquín. BAYLOS, Antonio (coord.). Madrid, Trotta, 1992, p. 68.

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*. Albacete, Editorial Bomarzo, 2009, p. 68.

¹⁵⁸ *“En cuanto a la existencia de una situación de acoso o “mobbing” en el trabajo, cabe señalar que esta Sala en Sentencia de fecha 12 de septiembre de 2002 (Recurso de suplicación nº 3806/2002, AS 2002\2603), seguida por la 18 de julio de 2.003 (rec. 3706/03) señala que “en el ámbito especializado -médico y jurídico- se define el acoso laboral -«mobbing»- como conducta abusiva o violencia psicológica a la que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicósomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido. Se trata de forma de estrés laboral que se caracteriza por tener su origen -más que en el trabajo- en las relaciones interpersonales que se producen en el seno de la Empresa.” (STSJ Galicia, de 11 de octubre de 2013, FJ. 4.f)*

menos productivos.

Martínez Fons pone en evidencia que la forma de dirección y de control desarrollados a distancia por el ordenador (TIC) transforma la actividad de control de elemento eventual en elemento integrante de la ejecución de la actividad de trabajo, de una actividad puntual a una actividad ininterrumpida en la empresa. Para frenar la ganancia empresarial en controlar todos los aspectos relacionados con el trabajador, este autor defiende la “despersonalización” de la actividad de control, acentuando el componente de subordinación técnica y funcional. De manera que, para él, conculca la dignidad humana, y los derechos fundamentales en particular, el control que sobrepasa la actividad por sí misma, o sea, las que permitan acentuar la subordinación de forma tendente a sujetar a la persona misma del trabajador. Por consecuencia, concluye *“se rechaza la integración de cualquier forma de control que exceda de la estricta evaluación del cumplimiento de la obligación empresarial; y, en particular, aquéllas que pudieran identificarse con 'controles de actividad', entendiéndose por tales, los que se ejercen sobre el comportamiento de la persona del trabajador”*.¹⁵⁹

Las líneas se tornan aún más borrosas cuando contrastadas con los espacios de incidencia del poder de control que, según la teoría mayoritaria, tiene contornos contractuales y extracontractuales o defensivos. El problema está en que el control permanente de la presencia virtual del empleado en las plataformas web, además de ser insidioso y convertir el control empresarial de ininterrumpido en la empresa (TIC) para permanente en la vida (NTIC), al no tener un diseño favorable a la privacidad del usuario intencionalmente mezcla aspectos laborales y extralaborales de la persona del trabajador, pues, aunque se desarrolle virtualmente, acaba por hacer registro del espacio físico, como por ejemplo de la geolocalización, horario de acceso, modelo de dispositivo o duración de la actividad. Las huellas de navegación, estimadas como un daño colateral para la funcionalidad de los sistemas, como regla desborda al interés empresarial, una vez que su finalidad es diversa: ofrecer datos para el estudio del mercado. En ciertas hipótesis, la verificación del uso correcto de los dispositivos móviles puede amplificar el control empresarial a espacios virtuales y físicos pertenecientes a la intimidad del trabajador, cuya legitimidad debe verificarse caso a caso en conformidad con las actividades laborales contratadas.

El diseño de los sistemas informáticos lesivos a la privacidad del usuario tiene en mira reducir la posibilidad del anonimato virtual, que es considerado un estímulo a la práctica de crímenes, discursos de odio, *ciberbullying* u ofensas en general, temas que también pueden afectar a la empresa. Como por ejemplo, en el despido procedente del trabajador, tratada por la STSJ de Castilla y León, de 21 de abril de 2010 que había vertido amenazas sobre uno de los Directivos de

¹⁵⁹ MARTINEZ FONS, D. *El poder de control del empresario en la relación laboral*. Madrid, CES, 2002, p. 33.

la empresa a través de un blog. En este caso la posibilidad de identificar al trabajador ha sido indispensable para buscar su responsabilidad.

Sin embargo, la identificación por defecto del usuario en las plataformas web puede tener un efecto disuasorio a la expresión de la libertad de expresión interna de los representantes de los trabajadores (del TSJ de Murcia, de 14 de marzo de 2012¹⁶⁰), o de eventuales denuncias de irregularidades de la conducta empresarial (efecto Snowden), como en el caso *STEDH Nagla v. Latvia*, 16 de junio de 2013.¹⁶¹ El anonimato parece no tener cabida frente a la empresa en la relación laboral, pero la transparencia completa por defecto es excesiva y afecta negativamente el gozo de libertades fundamentales de los trabajadores. A modo ejemplar, se puede recordar el caso ocurrido con la policía del País Vasco, en que los Sindicatos mayoritarios solicitaron la cesación de la toma de fotografías y de las filmaciones constantes e ininterrumpidas de los participantes de los piquetes en la huelga, en lo que no han sido atendidos, y que fue considerada excesiva por el Tribunal Constitucional con apoyo en la libertad sindical y de huelga (STC 37/1998, de 17 de febrero, FJ. 9¹⁶²), pues para este supuesto en su momento tampoco había normativa ordinaria a respecto.

¹⁶⁰ En esta sentencia, el Tribunal de Murcia ha declarado la nulidad del despido de la representante de una sección sindical, al considerar que los comentarios realizados en Facebook, si bien estuviera en un lenguaje inadecuado, están protegidos por el derecho a la libertad de expresión.

¹⁶¹ En este caso “una periodista de un programa de investigación televisivo recibió una serie de correos electrónicos de una fuente anónima, en los cuales se advertía de un fallo en la base de datos del Servicio Estatal de Hacienda. La periodista contrastó la veracidad de los datos y advirtió el fallo de seguridad. La fuente alegaba en base a estos datos que no se habían aplicado las medidas de austeridad a algunos altos cargos del Estado. La periodista informó en su programa televisivo acerca de este fallo de seguridad, que afectaba a informaciones financieras y datos personales tanto de altos cargos como de particulares. La fuente anónima publicó en Twitter datos referentes a sueldos pagados en instituciones públicas, con algunos nombres de altos cargos. A raíz de estas publicaciones, se abrió una investigación criminal por la filtración de datos y se solicitó a la periodista poder acceder a la correspondencia email con la fuente anónima. La periodista, acogiéndose a su derecho a no desvelar las fuentes de la información, se negó a desvelar la identidad o cualquier dato que pudiera identificar a esta fuente. Sin embargo, a través de la IP se identificó la fuente anónima. A pesar de ello, se realizó un registro autorizado judicialmente en el domicilio de la periodista y se confiscó un ordenador portátil personal, así como otros sistemas de almacenaje de información electrónicos.” (SAURA, Nuria. La protección de la libertad de expresión en Internet: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, En *Cibermedios.indb*, de 06.05.2014, pp. 194/195. Disponible en <www.vlex.com> . Acceso en 07.09.2015)

¹⁶² “Ciertamente, la filmación no produjo una ablación total del derecho de huelga, sino una simple restricción de su ejercicio. No obstante, atendiendo a las circunstancias del caso y teniendo en cuenta que en estos supuestos, en los que un derecho fundamental cuyo ejercicio no está constitucionalmente supeditado a ninguna comunicación previa se ve limitado por una actuación policial preventiva, rige el criterio interpretativo de favor libertatis (STC 66/1995, fundamento jurídico 3º), debe concluirse que la captación ininterrumpida de imágenes fue una medida desproporcionada para conseguir la finalidad que se pretendía con la misma. Así parece aceptarlo la Sentencia del Juzgado de lo Social cuando habla del “excesivo celo y rigor” y de la “clara desconfianza” hacia los piquetes que manifiesta la adopción de esta medida, que desconoce “su razón de ser (...) y (...) sus límites”. Pero ni esta Sentencia, ni tampoco la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, realizaron una adecuada ponderación entre el derecho de huelga y la necesidad de prevenir situaciones de desorden y contrarias a otros derechos y libertades, toda vez que, como se viene razonando, existían medidas menos restrictivas para el derecho fundamental de huelga y a la vez idóneas para asegurar la evitación de desórdenes y el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos.”

El libre acceso de los datos en la red mundial al público ha conllevado, en un primer momento a configurar de forma equivocada que las informaciones allí contenidas tendrían ordinariamente un carácter público y, por consecuencia, estarían a la libre disposición de cualquier persona o ente para el tratamiento conforme su interés particular. De forma difundida, el perfil en redes sociales ha alcanzado más protagonismo que el *curriculum vitae* en la contratación de candidatos a empleo o en decisiones empresariales. El uso torticero de las NTIC, con extensa invasión de espacios de privacidad, produce consecuencias similares a las concepciones comunitarias de la empresa, con el gravamen de que tampoco abre intervalos al trabajador fuera del establecimiento empresarial. Por decirlo de otro modo, la monitorización permanente de las informaciones de carácter personal en la Internet y entornos colaborativos estimula la identificación del trabajador con los valores y objetivos de la dirección, produciendo una sujeción completa a la disciplina empresarial y una compenetración total del trabajador con el ideario de la empresa. Si el trabajador es la expresión personalizada de la empresa en todo momento de su vida, debe moldear su existencia en conformidad con la organización corporativa, con lo cual, por la vía de la ética, se restablece la fidelidad del trabajador como un deber laboral.

El desafío es abrir caudales de desahogo del trabajador y montar las barreras a los excesos en el control empresarial tecnológico, pues el conformismo con el control indirecto, como un efecto insoslayable del diseño de las tecnologías o de la capacidad de estos medios, retrata la “*adiaforización*” de las facultades empresariales. Esta práctica sin causa justificada hunde la dignidad humana del trabajador y compromete el desarrollo de su existencia. Para retomar de los límites del poder de control empresarial en los sistemas tecnológicos serán necesarios seis pasos.

El primer paso será reducir el grado de intrusión a la privacidad contenido en el diseño de los sistemas informáticos, tomándoles como fruto de una elección deliberada, que pueden ser sustituidos por modelos PbD o ser restringidos por modelos PET. Su arranque puede derivar de la iniciativa empresarial como de la provocación de los representantes del personal o sindicatos.

El segundo paso será trazar con claridad las fronteras entre los controles del resultado de la actividad laboral y los controles de actividad, sin desconocer que el comportamiento del trabajador influye en los ritmos de la producción y, por consiguiente, en el resultado contratado. El factor de equilibrio está, entre otros, en la cantidad y calidad de los datos personales recogidos por fuerza de la verificación del cumplimiento de los resultados y su necesidad para la referida verificación. Los parámetros dictaminados por la STC 186/2000 para la averiguación de la legitimidad del ejercicio del poder de control, cual sea el juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, cobran protagonismo en el equilibrio de fuerzas entre las partes contratantes. Por recordar, el juicio de idoneidad analiza “*si tal medida es susceptible de*

conseguir el objetivo propuesto”, el juicio de necesidad verifica “si además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, observa “si la misma es ponderada y equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes y valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)” (STC 186/2000).

El tercer paso, será incluir aspectos de la dignidad humana, no relacionados necesariamente a la intimidad o a la protección de los datos personales, para limitar el poder de control empresarial. Tanto Martínez Fons como Goñi Sein coinciden en que la orientación del tema alojado sobre las expectativas de intimidad muestra debilidad y refleja escasa capacidad para trazar las fronteras del poder de control con base y sobre el uso de las tecnologías de la información y comunicación, apoyando su enfrentamiento en las garantías relacionadas al derecho a la protección de datos personales.¹⁶³ Martínez Fons lo explica del siguiente modo: *“Sin embargo, ello no significa que no deba tomarse en consideración la intimidad entendida en términos de control constante y absoluto sobre la persona misma del trabajador; ahora bien, tal valor inspirará la concreta aplicación del sistema de control introducido en un momento posterior; esto es, en la reconstrucción que pretenda hacerse de la conducta del trabajador sobre la base de los datos obtenidos. En definitiva, debe arrancarse de un principio de legitimidad del control que se efectúa a través de medios informáticos y, por consiguiente, de la recogida de datos que éstos facilitan. Y, en consecuencia, será sobre el interés de los trabajadores en los datos de ellos obtenidos que habrá que evaluar la legalidad del control empresarial”.*¹⁶⁴ La legitimidad del ejercicio del poder de control que se afirma en el tratamiento de estos datos estará en el respeto a las garantías de protección de los datos personales y en los derechos ARCO.

Ciertamente, los derechos a la intimidad y a la protección de datos ejercen un rol fundamental en la defensa de la persona del trabajador frente al poder de control empresarial. La intimidad además ha sufrido un cambio importante para mantener su actualidad, lo que le aproxima mucho más al concepto de dignidad humana, una vez que hoy se toma la garantía de lo íntimo y

¹⁶³ *“En nuestra opinión, la principal dificultad se halla en el escollo que representa la proyección de un concepto de intimidad que si bien resulta determinante en la adopción de otros medios de control, se manifiesta claramente inapropiado, con carácter general, a las características del control practicado a través de sistemas informáticos.” (MARTINEZ FONS, D. El poder de control del empresario en la relación laboral. Madrid, CES, 2002, p. 194); “No cabe delimitar el ámbito de control empresarial solo desde la perspectiva de la intimidad, porque dicho control tecnológico no es practicable sin un acceso a los comportamientos del empleado y otros motivos ya expuestos. El control comporta de forma inescindible la injerencia sobre la persona del trabajador” (GOÑI SEIN, José Luis. Los límites de las potestades empresariales vs. Derecho a la intimidad de las personas trabajadoras en el entorno de las TIC. El control empresarial en el espacio virtual. Problemática de las redes sociales. En Actum, n. 95, p. 13).*

¹⁶⁴ MARTINEZ FONS, D. *El poder de control del empresario en la relación laboral*. Madrid, CES, 2002, p. 197.

privado como medida indispensable a la libertad del desarrollo personal. No obstante, estos derechos tampoco responden por completo a los conflictos entre capital y trabajo originado por el uso de las NTIC.

El reconocimiento de la dignidad humana, como un derecho a ser preservado en la empresa es un punto de inflexión importante, pues, aunque reconozca que el trabajador es instrumentalizado para la producción, permite hacer el recorte necesario para minimizar a lo máximo el grado de instrumentalización cuando no haya norma específica a su garantía, o sea, retira desde luego toda y cualquier instrumentalización que no sea estrictamente necesaria al desarrollo de la actividad productiva, matizándola de acuerdo con las pautas culturales y los usos sociales. La necesidad de afirmar la bilateralidad del contrato de trabajo como la gran medida del ejercicio de los poderes empresariales (y en especial del poder de control) y del ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, refuerza la posición jurídica del trabajador como parte del contrato de trabajo. En palabras de Gutiérrez Pérez, “*se tratará, en definitiva, de reconsiderar al trabajador en la estructura del contrato de trabajo, reforzándose la posición del trabajador, ya no sólo como productor, sino como ser humano*”.¹⁶⁵

El cuarto paso surge de la necesidad del respeto a la transparencia informativa a través de protocolos empresariales de uso laboral de estos instrumentos. Es cierto que la dependencia tecnológica de la sociedad hace no necesaria la previsión contractual del uso de los entornos colaborativos para alojamiento de archivos o servicios de mensajería al instante y dispositivos móviles para proceder al estricto control empresarial del cumplimiento de la obligación contratada en momentos o lugares extralaborales. El uso laboral de estos instrumentos atrae la incidencia del art. 20 ET, con lo cual el derecho de intimidad del trabajador sufrirá apenas las restricciones pertinentes a la intimidad profesional. Sin embargo, el lazo no es tan evidente cuando se trata de los entornos colaborativos de convivencia, que interfieren en los modelos de relaciones sociales y en la identidad (historia y memoria) del trabajador, como son las redes sociales. De manera que, si la actividad de control se basa en dos elementos esenciales - la presencia de parámetros previamente establecidos y conocidos por ambas partes y el juicio de adecuación del objeto controlado a los parámetros sobre los que se realiza la verificación -,¹⁶⁶ la necesidad de la previsión expresa de la extensión vertical y horizontal del poder de control en este espacio virtual es reforzada, pues el abanico comportamental inaugurado al darse de alta en la red deja margen a dudas.

¹⁶⁵ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel. *Ciudadanía en la Empresa y Derechos Fundamentales Inespecíficos*. Murcia, Ediciones Laborum, 2011, p. 82.

¹⁶⁶ MARTINEZ FONS, D. El poder de control del empresario en la relación laboral. Madrid, CES, 2002, p. 21.

Además, la previsión expresa satisface mejor los criterios establecidos por el TEDH para garantía del art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (STEDH DE 24.4.90, *Kruslin contra Francia y Huvig contra Francia*). Por esta decisión, para la vigilancia realizada en espacios públicos debe estar prevista por la ley (art. 20 ET), cuya base legal debe ser accesible y previsible. Para cumplir con la previsibilidad del art. 20 ET, la norma contractual debe ser formulada con la suficiente precisión como para permitir a la persona afectada, si es necesario con el consejo adecuado, regular su conducta.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue el mismo paso y obliga a la empresa a adoptar protocolos de transparencia informativa, por lo que habrá de “*establecer previamente las reglas de uso de los medios informáticos, con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos*” (STS 26 de septiembre de 2007), bien como medidas de garantías represiva o preventivas.

A guisa de ejemplo, los tres motivos principales que han conducido al despido procedente han sido el uso de las redes sociales en horario laboral, los comentarios y contenidos subidos y relacionados con el trabajo y la actividad *online* en períodos de baja laboral. Entre los innúmeros los casos de despidos por comentarios o actividad *online* están: STSJ de la Rioja, de 23 de mayo de 2011; STSJ de Asturias, de 11 de noviembre de 2011 y STSJ de la Comunidad Valenciana, de 12 de febrero de 2013; SSTSJ de Madrid, de 23 de enero de 2012 y 28 de mayo de 2012; STJS de Galicia de 16 de noviembre de 2012. La costumbre generalizada del uso de una única red social con fines e interlocutores de lazos sociales diversos, como para ocio y labor, fines particulares y profesionales torna grises las zonas limítrofes entre la vida profesional y privada. La aceptación por la empresa del uso conjugado impondrá, como reverso de la moneda, la tolerancia con unos comentarios o imágenes inconvenientes a la empresa, tal cual se pasa con la tolerancia a los usos moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a sus trabajadores. Cuando antes había una expectativa general de confidencialidad en el uso de estos medios para fines privados, ahora hay una expectativa de intimidad en los perfiles de las redes sociales, aunque entre los contactos haya compañeros de trabajo, supervisores o clientes, o cuando menos de consideración del carácter emocional y pasional de la utilización de la red social.

La aplicación de la tolerancia en el uso de los entornos colaborativos resultará en la revisión de la jurisprudencia, pues reclamará que se adopten criterios más restrictivos en el análisis de despidos improcedentes o en la configuración de las faltas laborales. Por consecuencia, cualquier manifestación, incluso crítica, realizada en una red social vocacionada al ocio, aunque abierta, no podría ser sancionada por el empleador, salvo si confirmada por otros medios la intención dolosa de

la conducta del trabajador. Un hilo argumentativo asemejado está presente en dos juzgados del TSJ de Madrid, SSTSJ de 28 de abril de 2011 y 30 de marzo de 2012. El primero declara la improcedencia del despido del trabajador que visitaba webs con fines particulares durante la jornada laboral, al entender que su conducta no revestía gravedad suficiente y la empresa no le había advertido previamente de las restricciones. El segundo, considera que la publicación esporádica de una anécdota sobre un cliente en la red social no es grave lo suficientemente grave como para despedir al trabajador. El uso lúdico de la Internet, en especial de las redes sociales, en el horario de trabajo, al contrario de lo que se presume, refuerza la productividad, pues, conforme un estudio elabora por la consulta global AT Kearney,¹⁶⁷ los trabajadores son más felices porque al utilizarlos descansan de la rutina, rinden mejor durante su turno y pueden atender sus relaciones personales y familiares en el momento que lo desean. Sin embargo, es utilizada como excusa para librarse de trabajadores inconvenientes o indeseables.

De manera que, si la empresa decide adoptar el uso obligatorio de las redes sociales como herramienta de trabajo, su primera obligación será orientar el trabajador para que en el cumplimiento de la obligación laboral de darse alta en la red social *online* debe venir acompañada con normas de conducta en que sea claro que este perfil y esta plataforma constituye una herramienta de trabajo, tal como una tarjeta de identificación digital. Lo recomendable es la construcción de este perfil profesional con datos básicos de la identidad corporativa (correo electrónico, teléfono, dirección corporativos). Será legítima, en este caso, la intervención empresarial en la imagen del perfil por aplicación analógica la doctrina de la suplicación respecto de la imagen e indumentaria de los trabajadores (STS de 23 de enero de 2001, RJ 2001, 2063). Este perfil puede ser construido con el uso de un seudónimo o con una denominación que identificara el trabajador a su función y empleador.¹⁶⁸ La configuración de un perfil de esta naturaleza le convierte en una herramienta de trabajo, cuya vigilancia y control serían autorizados por ley (art. 20 ET). Este perfil corporativo virtual es contabilizado como “capital” de la empresa, pues la expresión “*patrimonio de la empresa*” debe entenderse de forma genérica, incluso amplia, entendiéndose no sólo el conjunto de los bienes presentes en el centro de trabajo que sirven directa o indirectamente a

¹⁶⁷ SANZ, Elena. *¿Es malo usar Facebook y Twitter en horas de trabajo?* Disponible en www.muyinteresante.es/curiosidades/preguntas-respuestas/ies-mas-usar-facebook-y-twitter-en-horas-de-trabajo. Acceso en 7.09.2015.

¹⁶⁸ Facebook ha instituido una “política del nombre real” en que ha bloqueado perfiles con seudónimos y los ha alterado unilateralmente, lo que ha sido objeto de rechazo de la comunidad LGBT, en especial de los drag queens estadounidenses. Su comportamiento no ha sido aislado y ha impulsado la migración de un gran número de personas para la red Ello, una red social que se compromete a no divulgar o comercializar los datos personales de sus usuarios, en la cual para darse de alta es necesaria una invitación. Además, esta política fue desestimada por las cortes alemanas que determinaron al Facebook la aceptación de seudónimos, conforme a la ley alemana de privacidad. Disponible en wikipedia. Acceso en 04.09.2015.

la realización de la actividad de la misma, sino también los bienes que, por su incorporeidad, son menos tangibles: probidad, confianza, seriedad, etc., pero igualmente dignos de protección, especialmente a estos efectos. En este caso, la empresa tiene derecho a escrutar el perfil del trabajador y exigir la baja del perfil en caso de cese del contrato de trabajo. Para este efecto, es imprescindible la información del uso estrictamente laboral del perfil corporativo, con antelación.

El protocolo de uso de las redes sociales *online* podrá indicar la proporción de tiempo de la jornada laboral que se considera razonable para dedicarse a ellas, la importancia de no divulgar imágenes con espacios o documentos confidenciales, contraseñas, comportamientos inadecuados en la empresa, insultos o críticas que provoquen la vejación de los miembros de la organización o vulneren el honor de la empresa y sus representantes etc., como también no colgar imágenes de terceros sin la debida autorización, una vez que pueden perjudicar el desarrollo de la actividad productiva o la reputación de la empresa. Debe también informar sobre los cuidados en divulgar información en la red mundial, con indicación de los pasos para restricción de la privacidad de los datos en los perfiles personales. Aquí también serán consideradas legítimas las manifestaciones sociales y personales del trabajador en su actuar, como felicitaciones a compañeros de trabajo, que serán consideradas licencias comportamentales.

La ausencia de protocolo de uso de los medios informáticos nómades y de los entornos colaborativos, aunque no sea un interdicto permanente al control empresarial, configura la presunción en favor del derecho a la intimidad o dignidad humana. El incumplimiento laboral grave o muy grave apurado en una red social particular destinada al ocio igualmente puede ser cauce de un despido disciplinario. Sin embargo, los supuestos de aplicación serán más restrictivos, pues el empresario no podrá auditar la conducta del trabajador en espacios extraños o desvinculados a la relación de trabajo u organización productiva (art. 20 ET). Por consecuencia, este supuesto debe ser depurado por los principios adoptados al ejercicio del poder de control extracontractual del art. 18 ET, en que prevalece la libertad del individual, cuya restricción solamente será aceptable cuando se compruebe el respeto al principio de proporcionalidad. La sanción disciplinaria será legítima solamente cuando se compruebe la repercusión negativa a un legítimo interés empresarial. A guisa de ejemplo, si comprobado que el trabajador ha divulgado informaciones sigilosas o puesto en riesgo la seguridad de sus compañeros de trabajo (STSJ de Andalucía, de 10 de noviembre de 2011¹⁶⁹) o que él ha actuado en desconformidad con las normas de la seguridad social, como para

¹⁶⁹ “ Igualmente procedente resultó el despido de una trabajadora, tal y como declaró la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 10 de noviembre de 2011, por colgar en la red social Facebook fotos del centro de trabajo, en una actitud incorrecta, y mostrando la ubicación y modelo de la caja fuerte. (VALERO MOLDES, Fabián. *La actividad en las redes sociales como causa de despido*. Disponible en http://www.elderecho.com/laboral/actividad-redes-sociales-causa-despido_11_570430002.html. Acceso en

comprobar la corrección de la baja por incapacidad temporal (STS 14 de junio de 2013¹⁷⁰). En caso de que la conducta incumplidora o desleal sea restricta al interés empresarial, las faltas verificadas en el perfil solamente podrán ser admitidas en caso de que pueda ser confirmada de modo fehaciente por otras pruebas. La importancia de este cuidado está en la potencial posibilidad de descontextualización de la información en la red, pues el usuario no precisa tener cuidado con la actualidad y veracidad de los datos e informaciones divulgados en su perfil personal; todo lo contrario de lo que se espera de un perfil profesional. En caso de duda, la interpretación predica en favor de la libertad del trabajador una vez que el principio de proporcionalidad impone la limitación a lo mínimo del ejercicio de los derechos fundamentales del individuo en una red social *online* particular.

La tolerancia de la empresa para el uso laboral de entornos colaborativos particulares del trabajador tampoco atrae el poder de control del art. 20 ET. La posibilidad de control empresarial del contenido de este perfil individual - imagen, comentarios, frecuencia- es reducida a las hipótesis del art. 18 ET o lo que es a igual, la libertad de expresión del trabajador en conexión con aspectos de la empresa o del trabajo en estos entornos permanecerá íntegra, o sea, no será más estricta debido a la iniciativa del trabajador en hacer un uso laboral de la red social. El empleador tampoco podrá regular la conducta del trabajador en caso del término de la relación laboral, como el uso de una red social particular rebota todas las cláusulas de exclusividad relacionadas a los contactos formados por fuerza de la relación laboral, pues todos estos pasan a integrar la identidad digital del empleado.

Para las empresas de tendencia, el poder de seguimiento virtual es más amplio, pues la Internet y red social trascienden más allá del círculo familiar o de amistades y puede afectar la correcta ejecución de la concreta prestación.¹⁷¹ Aquí también la mezcla de la imagen de la persona digital del trabajador de tendencia fuerte y de la empresa en el perfil personal en la red mundial es

04.09.2015)

¹⁷⁰ [...] *la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio del 2013, la cual también declara procedente el despido de una trabajadora que al día siguiente de iniciar un proceso de incapacidad temporal viajó a Madrid en avión y estuvo con unas amigas en un parque de atracciones, tal y como acreditaba un reportaje fotográfico que ella misma colgó en Facebook, sometida a vigilancia por detective también se comprobó que la trabajadora salió varios días de bares y a bailar hasta altas horas de la madrugada, con lo que resulta indiscutible que su estado de salud revelaba una evidente aptitud laboral para el desempeño de los cometidos propios de su profesión de camarera, dado que la baja se había iniciado por una supuesta contractura cervical*". (VALERO MOLDES, Fabián. *La actividad en las redes sociales como causa de despido*. Disponible en http://www.elderecho.com/laboral/actividad-redes-sociales-causa-despido_11_570430002.html. Acceso en 04.09.2015)

¹⁷¹ FERNÁNDEZ VILLAZON, Luis Antonio. *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*. Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2003, p. 181.

legítima (STC 170/1987, de 30 de octubre¹⁷²).

La empresa, por ende, como medida preventiva puede adoptar buenas prácticas que recomienden el uso de la Internet como espacio de información, debate, reflexión y crítica razonada dentro de los límites jurídico-constitucionales y de la buena fe contractual, advirtiendo que los mensajes, imágenes, comentarios o vídeos compartidos en la red no son privados, porque con su publicación otros usuarios pueden acceder a los contenidos, introducir críticas y retransmitir sin que estos actos se consideren lesión a la intimidad. Estas buenas prácticas pretenden recomendar el uso responsable de la Internet, sin ignorar que su uso, en la actualidad, acoge la condición de instrumento a través del cual verter críticas y manifestar opiniones, siendo a igual un medio para socializarse y que, por tanto, impulsa al individuo a compartir datos, hechos y comentarios privados con la comunidad virtual.

El quinto paso se vincula a la coherencia del protocolo empresarial en el marco de la buena fe contractual, o por decirlo mejor, si el empleador determina o tolera el uso de entornos colaborativos evidentemente su nivel de tolerancia con el uso razonable de estos medios para fines particulares en los horarios de trabajo va a ser bastante superior de la otra empresa que no los maneja. La razonabilidad del protocolo empresarial relativo al uso de las NTIC debe ser ponderada, considerando la bilateralidad y equilibrio entre los beneficios y riesgos de ambos lados contratantes. Significa, por tanto, reconocer que, en el caso de que la mano empresarial desborde el tiempo y espacios laborales, como medida de balance, los espacios privados van a incidir en la empresa. Con lo cual, no es razonable pensar que una empresa que estimule el uso de la web colaborativa, perfiles personales *online* y de dispositivos BYOD pretenda impedir por completo el uso privado de los dispositivos y el acceso espacios virtuales particulares en el horario de trabajo. El protocolo empresarial también debe ser calibrado según el principio de proporcionalidad, aún más habida cuenta que se reconoce que el uso de los efectos personales digitales y tecnología móvil es necesario al mantenimiento de la prestación de servicios (SAN 28-1-2014173).

El sexto paso, impone considerar el aspecto afectivo de las redes sociales y de los instrumentos tecnológicos en las medidas de equilibrio de los intereses en conflicto. Para mejor comprensión, el análisis centrará su foco en las redes sociales y dispositivos móviles. En lo relativo a las redes sociales, el interés empresarial en estimular el ingreso de su subordinado sobrepasa la

¹⁷² Esta sentencia rebota el derecho a la intimidad cuando el ordenamiento imponga restricciones: “no pueden considerar violados los derechos a la intimidad personal cuando se impongan limitaciones a los mismos como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula.”

¹⁷³ La audiencia Nacional ha declarado que no cabe obligar a los trabajadores a poner el teléfono móvil o la dirección de la cuenta de correo electrónico propio a disposición empresarial, a menos que sean necesarios para el mantenimiento de la prestación o que lo autorice el propio interesado.

mera expectativa de facilitar la comunicación interna y externa entre los compañeros de trabajo, proveedores y clientes. Esta participación agudiza el proceso de fidelización del trabajador, pues las emociones expresadas por los amigos en las redes sociales influyen en el estado de ánimo de los usuarios.¹⁷⁴ Además, el poder personal del trabajador de llamar la atención de sus amigos virtuales, como también de aparecer como fiador de la información empresarial, responde y apacigua de manera inequívoca al estímulo del discurso corporativo para internalizar el sentimiento de responsabilidad individual por el éxito empresarial. La ambición empresarial de que el trabajador represente la empresa y, en cierta medida, sea un testimonio de la imagen que la empresa propone al mercado es inagotable. Y, en el caso de que no se le ponga frenos, seguramente degrada la dignidad humana de la persona del trabajador porque absorbe su personalidad por completo. “*La admisión de tales ambiciones, en este campo, evoca la concepción que tradicionalmente el Derecho de Trabajo ha reservado a las empresas denominadas ‘de tendencia’*”.¹⁷⁵ El interés empresarial en las redes sociales también asienta en que el trabajador registrado *online* pasa a integrar el grupo de análisis de los datos mercadológicos necesarios al desarrollo de los productos de la empresa. Con lo cual, el ingreso en la red social instrumentaliza el prestador de servicios subordinado a lo triple: para fines laborales (fidelización), de marketing (publicidad boca a boca) y mercadológicos (estudios de mercado).

Hay que tomar en consideración, además, el interrogante en cuanto a la legitimidad del secuestro del afecto del trabajador por la empresa. En verdad, el contrato es un negocio bilateral en que la fuerza de trabajo es remunerada conforme su intensidad, complejidad y su período de disposición al empleador. El direccionamiento de la afectividad del subordinado en favor del negocio ya es utilizado hace bastante tiempo por el modelo toyotista de gestión de la mano de obra. Este modelo tiene un alto nivel de invasión de la vida privada del trabajador, pues pretende inocular la preocupación del éxito del negocio equivalente a la de su titular, ocupando todos los espacios de vida, privados o no, del prestador de servicios subordinados. Las redes sociales *online* son únicamente una herramienta más para servir a esta finalidad. La práctica incorporada al modelo de gestión de la mano de obra hace hincapié en la globalización y en el proceso de rotura de los negocios tradicionales promovido por las nuevas tecnologías, como en supuestos en que las

¹⁷⁴ “*Cuando en verano de 2014 la red social admitió haber experimentado con el tipo de emociones (positivas y negativas) a las que expuso a un grupo seleccionado de usuarios, pocas de las voces que se alzaron contra la prueba repararon en las conclusiones del estudio: “Las emociones expresadas por los amigos en las redes sociales influyen en nuestro estado de ánimo, lo que constituye a nuestro modo de ver la primera demostración experimental del contagio emocional a gran escala a través de las redes”*”. ¿Cabe la empatía en un botón? El País, 19 de septiembre. Disponible en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2015/09/18/actualidad/1442595647_893853.html. Acceso en 21.09.2015.

¹⁷⁵ LOY, G. El dominio ejercido sobre el trabajador. *Relaciones Laborales*, n. 19-20, ano XXI, 2005, p. 68.

plataformas web sustituyen servicios tradicionales (servicios de turismo, de transporte individual, de cuidados con salud, entre otros).

La herramienta para implantación del proceso de fidelización y de la asunción de la responsabilidad por el éxito empresarial es la seducción¹⁷⁶ o el miedo (su otra faz), que no es del orden del real, pero que se revela mucho más poderosa y eficaz en la promoción de un comportamiento que el ejercicio del poder disciplinario formalizado. Razón por la cual es indispensable a los agentes jurídicos la comprensión crítica de que el control-juicio puede ser más gravoso que el control como medida sancionadora, pues la repercusión de aquél es más duradera en el comportamiento del trabajador, interviniendo en su autonomía y autoconsciencia necesarias a su desarrollo personal. Luego, más que prohibir el uso de las redes sociales, importa establecer las reglas del “*fair play*” o aplicar el principio de la buena fe contractual, reconociendo el importante rol de las emociones en el uso de esta herramienta. En este sentido, es legítimo, por ejemplo, equilibrar la lesividad de los comentarios u opiniones *online* de los subordinados con la carga afectiva innata a esta plataforma web. La presunción debe pender de forma favorable al trabajador que, como regla, asume que su comentario se realiza en el marco de la libertad de expresión. Como conclusión, en el momento de valorar e interpretar los casos bajo su análisis, el agente jurídico debe cuidar en que su decisión sea norteadada para elevar el respeto a la dignidad humana del trabajador, como por ejemplo, sus ponderaciones deben verificar eventuales excesos cometidos por el empresario, cuyo objetivo directo o indirecto sea instrumentalizar el individuo subordinado o menoscabar su efectiva autonomía.

Girando el razonamiento hacia los dispositivos móviles, igualmente la afectividad ejerce un papel fundamental en los límites de su utilización, a iniciar con la restricción horaria. No parece razonable descansar toda responsabilidad en responder a una demanda empresarial fuera del horario de trabajo sobre el trabajador que tiene su subjetividad colonizada por el discurso corporativo. De conformidad con el artículo 6 de la Directiva 2003/88, los Estados tienen la obligación de regular la limitación de la jornada ordinaria y el exceso de la jornada laboral, diciendo así: “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que... la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días*”. La normativa

¹⁷⁶ “La seducción es más fuerte que el poder, porque es un proceso reversible y mortal, mientras que el poder se pretende irreversible como el valor, acumulativo e inmortal como él – participa de todas las ilusiones de lo real y de la producción, se pretende del orden de lo real y cae así en lo imaginario y en la superstición de sí mismo (con la ayuda de las teorías que lo analizan, aunque sea para impugnarlo). La seducción no es del orden de lo real. No es nunca del orden de la fuerza ni de la relación de fuerzas. Pero, precisamente por eso, es ella quien recubre todo el proceso *real* del poder, así como todo el orden *real* de la producción, de esa reversibilidad y desacumulación incesantes – sin las que *ni siquiera habría poder, ni producción*.” (BAUDRILLARD, Jean. Olvidar a Foucault. Valencia, Pre-textos, 2001, pp. 65/65)

comunitaria exige que el legislador regule el “imperativo tecnológico” para que la exigencia empresarial de disponibilidad del trabajador y de control no ultrapase los límites razonables,¹⁷⁷ conculcando su dignidad humana. Según Gonzalez Ortega, la limitación del tiempo de trabajo en las NTIC puede actuar en una doble dirección: o con algunas formas de bloqueo o freno a la actividad laboral, “*evitando su descontrol del tiempo, como son los sistemas de conexión o desconexión obligatoria*”, o con la exigencia de conexiones determinadas en intervalos temporales fijados, “*como una manera de hacer el seguimiento del trabajo a realizar obligadamente por estos controles en una concreta dimensión temporal*”.¹⁷⁸

El tiempo de incidencia del imperativo tecnológico no puede comprometer de forma decisiva la vida privada del trabajador. Por consecuencia, en los días de reposo o fuera de la jornada diaria la ausencia de respuesta del trabajador no podrá ser sancionada, salvo si él ha sido expresamente designado para un estado de “*puesta a disposición*”. Con lo cual, en los días laborales, el derecho empresarial a reclamar la respuesta, aunque más flexible, debe ser rigurosamente limitado a partir de determinado horario por el legislador o la normativa colectiva. El “derecho a la desconexión” (“*L'obligation de déconnexion des outils de communication à distance*”) ha sido regulado en territorio francés a través de la negociación colectiva entre el Syntec (sindicato de las empresas de ingeniería) et Cinov (Consejo de las Oficinas de Investigación) con los sindicatos CFDT y CGC, en abril de 2014. Esta iniciativa fue seguida por el sindicato francés CGT que, en el septiembre de 2014, ha iniciado una campaña por el derecho a la desconexión.¹⁷⁹ En Alemania, el presidente del sindicato IG Metall declaró como principio que “*Terminada la jornada de trabajo, tener tiempo libre es un derecho*”.¹⁸⁰ En España el tema apenas ha sido tratado por la doctrina y ha escapado del análisis específico jurisprudencial.¹⁸¹

¹⁷⁷ Según la encuesta del sindicato francés, CGT: a) un 55% de los trabajadores franceses afirman que ha aumentado el tiempo de trabajo y un 42% estiman trabajar 50 horas a la semana; b) un 57% de los profesionales dicen trabajar en jornada suplementar, para un 49% el exceso de la jornada laboral no es ni pago ni recuperado; c) un 39% utilizan las NTIC para temas laborales dentro de las horas de inactividad y un 27% trabajan en las vacaciones. (Disponible en <<http://ugict.cgt.fr/deconnexion/campagne/>>. Acceso en 14.9.2015.)

¹⁷⁸ GONZALEZ ORTEGA, Santiago. La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo. En *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*. ALARCÓN CARACUEL. ESTEBAN LEGARRETA, coord.) Albacete, Editorial Bomarzo, 2004, p. 33.

¹⁷⁹ *Droit à la déconnexion: le mode d'emploi pour gagner des droits*. Disponible en <<http://ugict.cgt.fr/deconnexion/campagne/>>. Acceso en 14.9.2015.

¹⁸⁰ *Un «droit à la déconnexion» à l'étude pour les cadres*. Disponible en <<http://www.lefigaro.fr/vie.bureau/2014/04/07/09008-20140407ARTFIG00292-un-droit-a-la-deconnexion-a-l-etude-pour-les-cadres.php>>. Acceso en 14.9.2015.

¹⁸¹ ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón. *La jornada ordinaria de trabajo y su disposición*. Disponible en

El “derecho a la desconexión” es un imperativo que debe ser ajustado a la realidad empresarial con medidas para limitar la conexión del trabajador, tanto por la puesta en reposo del sistema informático de los proveedores, como por la concienciación de los trabajadores para que reduzcan el envío de mensajes después del término de la jornada laboral.¹⁸² La garantía de la desconexión tiene en vista la salud psíquica, el derecho a la conciliación de la vida familiar¹⁸³ y la dignidad humana del trabajador. La imposición de obligaciones de contención al empresario radica en su estímulo a la convergencia de la afectividad del trabajador a los intereses empresariales, con lo cual, sobre él debe recaer el cobro de la responsabilidad por la reducción de los riesgos a los derechos fundamentales de los subordinados.

Agotados los pasos básicos para el respeto a la dignidad humana en el uso laboral de las NTIC, la mirada descansa sobre la pertinencia en utilizar los criterios del ejercicio del poder de control desarrollado fuera del centro de trabajo para aquéllas. Desde luego se verifica que la solución para uno no se aplica por completo al otro, porque los planos de la actividad laboral son diversos. Por decirlo de otra manera, salvo si la actividad del trabajador le impone una movilidad constante de modo que la mayor parte de los actos específicos de su prestación de trabajo se produce en diferentes lugares con apoyo en los dispositivos móviles, como por ejemplo la relación laboral de muchos empleados del sector comercial, los criterios aplicables a la facultad de verificación del cumplimiento de la obligación laboral son inútiles. Es el caso de los distintos métodos acogidos por la doctrina de seguimiento del prestador de servicios subordinados por otro personal de la empresa, debidamente identificado y conocido por el trabajador, cuya aplicación será

<https://ficheros-2011.s3.amazonaws.com/09/09/Im_1_3_316297634_in1_33_55.pdf?AWSAccessKeyId=1V02D0W3KSR4KHZ90B82&Expires=1442277449&Signature=XmFonScmejEbHz1KsXCRTw0fQc%3D>. Acceso en 14.9.2015, p. 48.

¹⁸² “*Certaines entreprises ont fait le choix de mettre en veille les serveurs de messagerie en dehors des horaires de bureau. Une telle modalité est certainement la seule à pouvoir imposer aux salariés une obligation de déconnexion. Elle paraît cependant difficilement compatible avec les fonctions de certains salariés et l'activité de l'entreprise qui s'inscrit de plus en plus dans un cadre international avec des décalages horaires. En réalité, seules des mesures visant à limiter, et non interdire, l'utilisation des outils de communication en dehors des heures habituelles de travail paraissent envisageables en pratique. Deux types de mesures complémentaires, déjà en vigueur dans quelques entreprises, pourraient être prévus : Des actions de sensibilisation des collaborateurs et managers par le biais d'actions de formation portant sur les risques, sur la santé physique et mentale, de l'envoi de courriels pendant le temps de repos ; Des règles, formalisées dans un accord d'entreprise ou dans une charte d'usage des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC), visant à restreindre l'envoi de courriels pendant les périodes de repos et de suspension du contrat, voire à limiter l'envoi de réponses à des courriels adressés par des collaborateurs en repôs*”. (Comment metre en pratique l'obligation de deconnexion pour les salariés? Disponible en <http://www.lemonde.fr/emploi/article/2014/08/08/comment-mettre-en-pratique-l-obligation-de-deconnexion-pour-les-salaries_4469299_1698637.html#bMivsJWRZYF7a8Vu.99>. Acceso en 14.9.2015.)

¹⁸³ *El derecho a la vida familiar derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar ex art. 18.1CE. Su protección dentro del sistema constitucional español se encuentra “en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y de los niños (art. 39.4 CE)” (STC 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 7).*

restringida a las actividades laborales realizadas en el ambiente físico fuera de la empresa. Para los entornos aquí analizados, no obstante, es irrelevante el lugar donde se realiza la prestación de servicios, porque la que se toma en cuenta en el uso de las NTIC es aquella que se inserta en la plataforma web o entornos colaborativos o simplemente aquella que corresponde a la comunicación e información por parte del trabajador.

El Tribunal Supremo ha establecido que el trabajo del profesional no sujeto a horario y en régimen de prestación por tarea “*no puede medirse exclusivamente por la observancia externa de sus movimientos en un número limitado de días de trabajo, sino que deben contar también otros factores como la calidad y cuidado profesional ...*” (STS de 27 de junio de 1990). Los deberes laborales del trabajador están previamente trazados y los datos de verificación componen el sistema informático ofrecido al trabajo en las NTIC. Este cumplimiento es analizado al término de determinada acción o tiempo, y puede ser asociado a aspectos comportamentales como la verificación de la presencia, el ritmo de trabajo y las acciones en el espacio virtual a través de la identidad digital y autenticación de los actos. Este control no es oculto, pues, aunque esté mezclado a la propia actividad de producción, al trabajador tiene la oportunidad de conocer los resultados deseados y los factores de evaluación de su actividad.¹⁸⁴

Además, es necesario el análisis de la incidencia de la doctrina de la suplicación establecida por la STS 26 de septiembre de 2007 para los dispositivos móviles COPE y BYOD. Esta decisión ha sufrido severas críticas¹⁸⁵ en afirmar la aplicación del art. 20.3 ET para el control sobre uso del ordenador, esquivando la aplicación del art. 18 ET para el caso. El nomadismo de los dispositivos móviles, aumentan la expectativa de intimidad del trabajador en su uso, con lo cual, por ejemplo, un protocolo interno prohibiendo su uso en el horario de trabajo es inocuo y desproporcionado. Por recordarse también, el uso de este dispositivo remoto, allende registrar el ritmo de trabajo, va a registrar los hábitos de vida en todos los espacios sociales: como por ejemplo, la geolocalización. Además, el uso de las plataformas móviles hace irrelevante el dispositivo por el cual se ha accedido a la red interna o externa de la empresa. De manera, que será necesaria la

¹⁸⁴ En caso del uso de pantalla de visualización, según el Anexo de la Directiva 90/270, no deberá utilizarse ningún dispositivo cuantitativo o cualitativo de control (Disposición mínima 3.b), cuyos instrumentos deben tener su radio de acción limitado.

¹⁸⁵ Las críticas a la decisión son diametralmente opuestas, lo que revela la dificultad del tema. Los autores que la consideran restrictiva al derecho a la intimidad: COLÀS NEILA, Eusebi, Derechos fundamentales del trabajador en la era digital: una propuesta metodológica para su eficacia. Las comunicaciones electrónicas en la empresa como estudio de caso. Albacete, Editorial Bomarzo, 2012, p. 156, nota 479; FERNÁNDEZ VILLAZON, Luis Antonio. Las facultades empresariales de control de la actividad laboral. Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2003, p. 112; Los autores que la consideran excesivamente protectora: PEREZ DE LOS COBOS, F. THIBAUT, J. El uso laboral del ordenador y la buena fe (a propósito de la STS de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006). En *Relaciones laborales*, n. 1, 2008, pp. 549/557.

revisión del aparato apenas en supuestos específicos, como en temas de seguridad informática, de concurrencia desleal o de la divulgación de datos sigilosos a terceros. Tratándose de dispositivos móviles personales aportados por el trabajador (BYOD), el rechazo a la incidencia del art. 20.3 ET es aún más evidente, pues estos dispositivos deben ser vistos bajo el concepto de efectos personales,¹⁸⁶ atrayendo la interpretación más favorable a la libertad del trabajador en su uso (art. 18 ET).

La verificación del uso correcto del dispositivo BYOD en el lugar y tiempo de trabajo, desde luego, se desprende del fundamento en el derecho de propiedad de la empresa, lo que autoriza al empleado un mayor sentido de privacidad y confidencialidad en su manejo para fines particulares en el lugar de trabajo. La flexibilidad horaria inaugurada con la tecnología móvil supone para muchos largas jornadas de trabajo por lo que “*no puede esperarse que [los trabajadores] dejen por completo sus vidas privadas y la necesidad de realizar gestiones durante el trabajo*”.¹⁸⁷ No obstante, la lesión a la buena fe contractual puede ser configurada cuando la utilización del aparato BYOD para fines privados representa un número excesivo, que trasciende el tiempo correspondiente a una simple pausa comportamental, abocando una porción relevante de la jornada de trabajo (cuantitativo) o cuando se produzca para realizar conductas potencialmente lesivas para la empresa, como cuando desvela secretos empresariales a la competencia o a terceros o se intenta acceder sin autorización a zonas restringidas de la red interna (cualitativos).¹⁸⁸

En casos de fundada sospecha de conductas del trabajador, realizada fuera del ambiente de la empresa, en perjuicio de los derechos legítimos del empresario, la doctrina mayoritaria acoge su seguimiento de forma oculta por detectives privados sobre los comportamientos privados del trabajador. Esta medida extrema de control igual sufrirá ciertos recortes por fuerza del desarrollo de las NTIC. Por ejemplo, si el control tiene como finalidad averiguar el respeto a normas de seguridad o si el trabajador utiliza indebidamente la identidad digital de otra persona o en algún supuesto de concurrencia desleal (en los dispositivos COPE y BYOD), como también el uso excesivo de los dispositivos COPE para fines extra laborales durante la jornada de trabajo, las NTIC ofrecen un abanico de programas espías que pueden atender de forma proporcional a esta finalidad. Y, por

¹⁸⁶ “*Efectos personales son aquellos desde los cuales cabe proyectar elementos propios de la intimidad del sujeto que pertenecen*”. (FERNÁNDEZ VILLAZON, Luis Antonio. *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*. Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2003, p. 112)

¹⁸⁷ COLÀS NEILA, Eusebi, *Derechos fundamentales del trabajador en la era digital: una propuesta metodológica para su eficacia. Las comunicaciones electrónicas en la empresa como estudio de caso*. Albacete, Editorial Bomarzo, 2012, p. 194.

¹⁸⁸ FERNÁNDEZ VILLAZON, Luis Antonio. *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*. Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2003, pp. 129/130.

añadida, permiten borrar, de forma remota y definitiva, los datos en el dispositivo móvil. Los programas espías tienen el objetivo de verificar de forma remota y oculta el comportamiento del trabajador. Su uso, no obstante, debe ser legitimado solamente en casos de incumplimientos graves y debe sufrir las mismas restricciones del control oculto; o sea, el uso del programa espía ha de respetar el principio de proporcionalidad y debe realizarse por el período estrictamente necesario.

Los requisitos fijados por el art. 18 ET para el registro del aparato serán aplicables, igualmente, para los casos de fundada sospecha de depreciación de legítimos derechos empresariales, incluso cuando no es posible alcanzar la misma finalidad por sistemas informáticos. De todos modos, su registro solamente es legítimo cuando, comprobado el respecto al principio de la proporcionalidad de la medida excepcional, caso en que la acción de control ha de ser realizada en presencia del representante del personal o la organización sindical a que afiliado el trabajador y en lugar y tiempo de trabajo.¹⁸⁹

Aun cuando el trabajador utiliza la prestación de servicios ciertos dispositivos móviles por ele aportados (BYOD) no todo lo que está a su disposición *online* va a configurar propiedad suya, pues los datos e informaciones virtuales manejados, desde que debidamente separados de los personales, continúan a integrar el patrimonio de la empresa. El concepto de patrimonio de la empresa en la Web 2.0 incluye la dirección de dominio (sitio web¹⁹⁰), su identidad digital, imagen, los bienes de terceros y los archivos, imágenes y datos presentes en los entornos colaborativos utilizados por sus trabajadores como herramientas de trabajo (Dropbox, Google Cloud Plataform). Lo esencial, en estos casos, será determinar si los bienes tienen “conexión con la actividad empresarial”.¹⁹¹ El empleador puede, incluso, borrar los datos de forma remota o prohibir el acceso

¹⁸⁹ COLÀS NEILA, Eusebi, *Derechos fundamentales del trabajador en la era digital: una propuesta metodológica para su eficacia. Las comunicaciones electrónicas en la empresa como estudio de caso*. Albacete, Editorial Bomarzo, 2012, p. 139.

¹⁹⁰ La página web puede configurar desde un espacio restringido a información de los productos, bienes y servicios a los clientes, proveedores o trabajadores, como igualmente el propio centro de trabajo (Ley 34/2002, de 11 de julio). Además hay autores que defienden que el sitio web debe ser considerado la “residencia virtual” de la persona física, con lo cual el sitio web de la empresa debe ser considerado su “establecimiento virtual” (BOGDANOWICZ, Marc. BESLAY, Laurent. *Ciberseguridad y futuro de la identidad*. Disponible en <<http://vlex.com/vid/ciberseguridad-futuro-identidad-112090.html>> . Acceso en 27.8.2015, p. 10). La gestión de los nombres de dominio está encargada a la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers - ICANN (DEL REY GUANTER [dir.] LUQUE PARRA, M. [coord.]). Madrid, La Ley, 2005, p. 142).

¹⁹¹ “La mención, probablemente en sentido lato, al patrimonio empresarial refiere no sólo y exclusivamente, en fin, el conjunto de bienes presentes en el centro de trabajo que sirven directa o indirectamente a la realización de la actividad de la misma (bienes materiales en sentido estricto), sino también los bienes que, de forma más abierta, forman parte del patrimonio empresarial y que, por su incorporeidad, son menos tangibles: probidad, confianza, seriedad, etc., pero igualmente dignos de protección, especialmente a estos efectos. Lo esencial en estos casos, será poder determinar si los bienes tienen un “conexión con la actividad empresarial” (ARIAS DOMINGUEZ, Angel. RUBIO SANCHEZ, Francisco. *El derecho de los trabajadores a la intimidad*. Cuadernos de Aranzadi Social. Navarra, Ed. Aranzadi, 2006, pp. 71-72).

virtual (al alterar la contraseña o autorización de acceso), desde que no incurra en daño al patrimonio del subordinado.

El trabajador debe ser concienciado sobre el cuidado y uso correcto de estos bienes virtuales. En el caso del uso de entornos colaborativos, igualmente importante es dejar constancia la distinción del espacio empresarial y privado para que, en la eventualidad del término de la relación de trabajo, la empresa pueda fácilmente conservar los archivos y ficheros con contenido corporativo. Igual de relevante es establecer mecanismos que impidan al trabajador salvar o bajar los archivos corporativos en dispositivos personales. La interdicción a este procedimiento debe ser tipificada como falta disciplinaria a través de la negociación colectiva.

Por fin, el control de la actividad del trabajador en las NTIC realizado por detectives privados, que inducen a su seguimiento externo, solamente se justifica cuando no existe otro medio de control admisible, y sirva a la comprobación de una fundada sospecha de incumplimiento laboral, siempre que dicha medida respete el principio de proporcionalidad: sea idónea, necesaria, equilibrada y justificada (STS de 5 de diciembre de 2003). Como por ejemplo, cuando se desconfía que el trabajador haya cedido su identidad digital a otra persona o cuando haya recelo de concurrencia desleal en que no es posible la comprobación por el sistema informatizado.

En conclusión, el uso de las NTIC en la empresa promueve la objetivación y permanencia del poder de dirección y de control empresarial con la invisibilidad de dicho poder, lo que comprometería la “virtualidad disuasoria” del ejercicio del poder de control. Sin embargo, el uso de la publicidad de los datos recogidos en perjuicio de la intimidad del trabajador a través de informes detallados de los resultados y actividades del trabajador, o el ejercicio del poder disciplinario sobre conductas efectuadas fuera de la empresa (redes sociales o *web sites*) impulsa la virtualidad disuasoria de los medios tradicionales de control para fuera de los muros de la empresa y de los marcos de la relación laboral. En consecuencia, la invocación del derecho a la dignidad humana y de su reflejo en los derechos fundamentales tasados, que aquí han sido elegidos a modo ejemplar, es crucial para la construcción de una sociedad plural y democrática, en la que la fuerza salvaje de los poderes empresariales sufre medidas de contención basadas en la información y participación de los trabajadores contratados, individual o colectivamente.

Conclusión

El incremento de la velocidad de las comunicaciones e información en dispositivos móviles ha promovido el fenecimiento del tiempo y del espacio en las relaciones laborales. La empresa se ha pulverizado en individualidades dispersas, pero conectados en red y controladas por los diseños de las plataformas informáticas utilizadas. La dirección panóptica informatizada de la actividad productiva, sin embargo, se mantiene centralizada y oculta en los sistemas informáticos que emparejan los comandos de la actividad a los criterios de verificación, con lo cual el control sigue como poder visible pero inverificable a los trabajadores, con el gravamen de ser permanente e integral.

La automatización de las decisiones restablece la racionalidad de la máquina como medida de justicia. Su incidencia acrítica promueve la *adiaforización* de las responsabilidades por las decisiones empresariales con clara ventaja al empresario que acumula datos de su personal legitimado por la comprensión del consentimiento implícito del trabajador que consiente en contratar, convirtiendo en papel mojado o por lo menos atrofiando sobremanera el ejercicio de los derechos ARCO dentro de la empresa, a la vez que rechaza las discusiones sobre estas decisiones. La ausencia de la información completa sobre el diseño de los sistemas informáticos (plataformas web y entornos colaborativos) instrumentaliza los trabajadores de forma abusiva y excesiva para fuera de los marcos contractuales, pues incardina la oferta de datos personales por defecto, de forma permanente y viral, sin la debida clarificación de los riesgos futuros a la intimidad y al desarrollo de la personalidad. Por complicar, este escenario, las NTIC permiten que los trabajadores sean controlados en espacios y momentos extra laborales, colonizando toda su vida con valores corporativos. Los espacios virtuales de ocio, en que aflora la emoción, son monitoreados y la libertad de expresión del trabajador ordinario es puesta en entredicho cuando se dirige hacia la empresa y sus integrantes, por el simple aspecto de que la Internet tiene expresivo ámbito de incidencia.

Claramente, estamos en un momento de transición y adaptación en que no se sabe a lo cierto cual es el próximo paso. Desde un lado enciende la “trabajabilidad” como futuro modelo de prestación de servicios autónomo, lo que supone autonomía y libertad de decisión, pero desde otro observase que esta autonomía es condicionada por

la intensificación del control en manos de pocos y a servicio del Capital. El recorrido en este trabajo, desde los albores del contrato de trabajo atajado al análisis de las herramientas de disciplina y control vigentes, ha permitido visualizar el contenido esencial de la dignidad humana y de la libertad de empresa, como también de la manipulación de la emoción, de la ansiedad y de la vergüenza del trabajador para obtener la construcción de su identidad conformada a los valores corporativos. El control empresarial ha alcanzado en interior, la mente, el sueño del trabajador por la presunción de su responsabilidad individual por el éxito o fracaso personales o de la empresa. Con lo cual, el concepto jurídico de la dignidad humana, expresa en la Fórmula del Objeto de Dürig, aparece como necesario al equilibrio de la balanza de la igualdad entre las partes del contrato de trabajo por cuenta ajena. La contención de los excesos empresariales y el restablecimiento de la democracia en las relaciones laborales son rescatados por este concepto que permite hacer lucir la excelencia de la persona, la cual debe de forma autónoma y consciente buscar su propio camino, formando un dique de contención a autoritarismos o a tesis utilitarias. De forma que la dignidad humana se revela como presupuesto y límite para el ejercicio de la potestad de los poderes públicos¹ y de los derechos en la relación entre particulares.

En el ordenamiento español, la dignidad humana inscrita en el art. 10.1 CE debe ejercer la triple función de valor superior del ordenamiento, principio constitucional y derecho fundamental, allende ser reconocida como norma de clausura. Ella inicialmente activa una barrera a la actuación estatal, pues ésta se encuentra supeditada a la persona, esto es, la dignidad es el punto de partida para los valores, principios y derechos positivados. La actuación estatal legítima transborda la inviolabilidad de la dignidad por los poderes públicos o por los particulares, resultando incompleta si no mira hacia el futuro, donde la dignidad se revela como un punto de llegada, en que se hace necesario cumplir con su deber de incrementar la autonomía individual por medidas materiales o políticas públicas.

Además, ella se presenta como un dique a la propia autonomía y conciencia del individuo, cuando actúa contrariamente a la dignidad de otros individuos o a los valores intrínsecos de la comunidad referentes a la dignidad. La dignidad es un

¹ BATISTA J., Fernando. La dignidad de la persona en la Constitución española: naturaleza jurídica y funciones. En *Cuestiones Constitucionales*, num. 14, 2006, p. 18.

privilegio y tarea pertinente a todos.² De manera que propugnamos el reconocimiento de la dignidad humana como norma de clausura, la cual puede aportar nuevos derechos, como por ejemplo el derecho a la desconexión, con el siguiente contenido: “Toda acción digna (hacer u omitir) está permitida, a menos que comporte una limitación por una norma jurídica formal y materialmente constitucional.” Por acción digna se comprende toda acción basada en la autonomía y consciencia del individuo únicamente cuando sea igualmente respetuosa con la dignidad humana, como valor intrínseco o de otro individuo.

La libertad de empresa está condicionada por el respecto a la dignidad de la persona del trabajador. Ella consiste en una libertad de primera generación, cuyo contenido esencial se expresa en actos de formación, organización y término de la actividad productiva, es decir, configura el derecho a decidir libremente sobre la actividad productiva a desempeñar, sobre el futuro y aporte de los bienes y servicios en un marco económico de lealtad e igualdad de competencia. El ejercicio de la libertad de empresa está desvinculado a titularidad del derecho de propiedad, consistiendo en actos de mando del organizador de la actividad de producción colectiva sobre los individuos contratados de forma subordinada y sobre los bienes involucrados. La decisión sobre los rumbos del negocio puede adoptar desde un modelo de gestión unitaria hasta un modelo de compartida, sin comprometer su contenido esencial arriba mencionados.

El derecho a la libertad de empresa no es un derecho ilimitado y absoluto. Los poderes empresariales conforman el contenido esencial de la libertad de empresa y admiten recortes fundamentados en el marco axiológico producido por los valores y principios de la Constitución que nunca podrán desfigurarlo. La intervención estatal en el sentido de promover la democratización en la empresa, con la participación de los actores sociales en las decisiones, debe ser incentivada por la ampliación del derecho a la información, del derecho a la no desinformación y del derecho a participar de las decisiones empresariales relativas al ejercicio del poder de control. Además el ejercicio del poder de control extra muros debe ser reducido, incidiendo con más densidad apenas cuando se refiera a herramientas digitales de uso exclusivo laboral, desde que implementado un claro protocolo empresarial para su utilización.

² HÖFFE, Otfried. *apud* GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. Dignidad de la persona y derechos fundamentales. Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 55.

Los espacios digitales de la empresa en la actualidad configuran verdaderos estados de excepción, pues la suspensión temporal del orden jurídico laboral inserida en los sistemas informáticos - sea cualitativa o cuantitativamente en lo relativo al contenido de lo que es recogido en Internet sea en las normas de modo, tiempo y lugar de la verificación de la actividad realizada por el trabajador - pasan a ser un nuevo y estable sustrato de cumplimiento de la obligación laboral. Razón por la cual hay que tomar en serio ciertos pasos para la adopción del control tecnológico conforme a los derechos fundamentales y el respeto a la dignidad humana, tales como: 1) retomar el diálogo entre el capital y el trabajo y negociar las reglas del juego cuando de informática se trata; 2) trazar con claridad las fronteras entre los controles del resultado de la actividad laboral y los controles de actividad; 3) incluir aspectos de la dignidad humana, no relacionados necesariamente a la intimidad o a la protección de los datos personales, para limitar el poder de control empresarial; 4) respetar la transparencia informativa a través de protocolos empresariales de uso laboral de estos instrumentos; 5) vincular el protocolo empresarial al marco de la buena fe contractual de forma coherente con el uso de las NTIC en la empresa; y 6) considerar el aspecto afectivo de las redes sociales y de los instrumentos tecnológicos en las medidas de equilibrio de los intereses en conflicto. Por concluir, la dignidad de la persona del trabajador debe asumir con toda intensidad el rescate de estos “campos de concentración digitales”³ al control jurídico de todos los interesados: Estado, empresa y trabajadores.

³ Según Giorgio Agamben, “... si la esencia del campo de concentración consiste en la materialización del estado de excepción y en la consiguiente creación de un espacio en el que la nuda vida y la norma entran en un umbral de indistinción, tendremos que admitir entonces que nos encontramos en presencia de un campo cada vez que se crea una estructura de ese tenor, independientemente de la entidad de los crímenes que allí se cometan y cualquier que sean su denominación o sus peculiaridades topográficas.” (AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia, Pre-textos, 1998, p. 222).

BIBLIOGRAFÍA

ABELSON, Hal. LEDEEN, Ken. LEWIS, Harry. *Blow to bits: your life, liberty, and hapiness after the digital explosion*. Addison-Wesley Profesional, 2008. [Disponible en <<http://proquest.safaribooksonline.com/9780136071433>> . Acceso en 02.12.2009, pp. 11-12.

AGAMBEN, Giorgio. *Lo abierto. El hombre y el animal*. Valencia, Pre-textos, 2005.

_____. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia, Pre-textos, 1998.

AGUIAR, Maria Isabel. En: PICO DELLA MIRANDOLA. *Discurso sobre a Dignidade do Homem*. Texto integral. Lisboa: Areal Editores, 2005.

ALARCÓN CARACUEL. ESTEBAN LEGARRETA, coord.) AA.VV. *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo* Albacete, Editorial Bomarzo, 2004.

ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón. *La jornada ordinaria de trabajo y su disposición*. Disponible en <https://ficheros-2011.s3.amazonaws.com/09/09/Im_1_3_316297634_in1_33_55.pdf?AWSAccessKeyId=1V02D0W3KSR4KHZ90B82&Expires=1442277449&Signature=XmFonScmejEbHz1KsXCRTw0fQc%3D>. Acceso en 14.9.2015.

ALBALATE, Joaquin Juan. *La participación de los trabajadores en la tecnología*. Madrid, CES, 2005.

ALEGRE MARTINEZ, Miguel Angel. El artículo 10.1 de la Constitución como deber genérico de respetar la dignidad y los derechos de la persona. En *Revista General de Derecho*, num. 604-605. Valencia, 1995.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91, año 31, enero/abril, 2011.

ARAGÓN SANCHEZ, Antonio. *La participación de los empleados en la empresa. Factores condicionantes para la gestión y resultados*. Madrid, CES, 1998.

ARIAS DOMINGUEZ, Angel. RUBIO SANCHEZ, Francisco. *El derecho de los trabajadores a la intimidad*. Cuadernos de Aranzadi Social. Navarra, Ed. Aranzadi, 2006

ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. En: *DOXA*, 24, 2001.

AUVERGNON, P. Poder de dirección y respeto a la persona asalariada. En *Relaciones Laborales*, n. 19-20, año XXI, 2005.

AVELÃS NUNES, António José. *O Estado Capitalista e suas Máscaras*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales. En *Derecho Laboral*, tomo XLVII, nº 214, 2004.

BATISTA FREJEDO, Francisco J. et. al. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, 1ª edición y reimpresión. Madrid, Tecnos, 2005.

BAUDRILLARD, Jean. *Olvidar a Foucault*. Valencia, Pre-textos, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Vigilancia líquida*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2013.

_____. *Daños colaterales: desigualdades sociales en la era global*.

Madrid, FCE, 2011.

_____. *Modernidad y Holocausto*, 5ª edición. Madrid, Ediciones Seguitur, 2010.

_____. *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona, Gedisa Editorial, 2008.

BAYLOS GRAU, Antonio. La autotutela del trabajador frente a las extralimitaciones del poder de dirección del empresario. En: *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima*. (Coord. CABEZA PIREIRO, J. et al.) Granada, Comares, 2002.

BAZ TEJEDOR, José Antonio. *Responsabilidad social empresarial y participación de los trabajadores*. Formato html. Disponible en internet [<http://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2010/03/rse-y-participacion-jose-antonio-baz-tejedor1.pdf>]. Acceso en 04.01.2012.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. El principio de dignidad de la persona humana en la teoría kantiana: algunas contradicciones. En *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 2, n. 4. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2008.

BELZUNEGUI ERASO, Angel. *Teletrabajo: estrategias de flexibilidad*. Madrid, CES, 2002.

BENTHAM, Jeremy. *Obras selectas de Jeremías Bentham*. Tomo IV. Principios de legislación; Panóptico. Buenos Aires, Rodamillans, Librería “El Foro”, 2005.

_____. *El Panoptico*, 2ª. ed. Madrid, Las ediciones de la Piqueta, 1989.

BERNARDO, João. *Democracia totalitária: teoria e prática da empresa soberana*. São Paulo, Cortez, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. (trad. Carlos Nelson Coutinho) Rio de Janeiro, Campus, 1992.

_____. *El tiempo de los Derechos*. Madrid: Sistema, D.L. 1991.

BOGDANOWICZ, Marc. BESLAY, Laurent. *Ciberseguridad y futuro de la identidad*. Disponible en <<http://vlex.com./vid/ciberseuridad-futuro-identidad-112090.html>> . Acceso en 27.8.2015.

BIBBY, A. *Te están siguiendo*. Disponible en <<http://www.andrewbibby.com/pdf/Surveillance-es.pdf>> Acceso en 20.8.2009.

CACHÓN VILLAR, Pablo. La persona en la Constitución: una reflexión. En *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario*. BALADO, M. GARCIA REGUEIRO, J.A. (dir.). España: J.M.Bosch Ed, 2003.

CASAS BAAMONDE, M. E. DURAN LÓPEZ, F. CRUZ VILLALÓN, J. (coord.) AA.VV. *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*. Madrid, La Ley, 2006.

CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin. En: *DOXA*, n. 12, 1992.

CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*, 4ª ed. Petropolis,RJ, Editora Vozes, 1998.

CASTELLS, M. *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. El poder de la identidad*, vol. 2. Alianza Editorial, Madrid, 1997.

CASTILLO, S. PIGENET, M. SOUBIRAN-PAILLET, F. (coord.) AA.VV. *Estados y relaciones de trabajo en la Europa del siglo XX.* Madrid, Fundación Largo Caballero, 2007.

COCCO, Giuseppe. MALDEOJO, Carlo Vercellone. *Los paradigmas sociales del posfordismo*. Disponible en <www2.cddc.vt.edu/digitalfordism/fordism_materials/cooco_vercellone.htm> . Acceso em 10.7.2005.

COLÀS NEILA, Eusebi, *Derechos fundamentales del trabajador en la era digital: una propuesta metodológica para su eficacia. Las comunicaciones electrónicas en la empresa como estudio de caso*. Albacete, Editorial Bomarzo, 2012.

CONDE MARTIN DE HIJAS, V. Libertad empresarial y principio de igualdad en el ejercicio de las facultades disciplinarias en la empresa. *Actualidad Laboral*, n. 4, 1996.

CORTES, José Mighel G. *La ciudad cautiva. Control y vigilancia en el espacio urbano*. Três Cantos (Madrid), Akal, D. L., 2010.

CORTÉS LÓPEZ, María José. *Grabación de Conversaciones y Secreto de las Comunicaciones: Estudio de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 22 de Septiembre de 2014*, p. 5. Disponible en <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/grabación-conversaciones-secreto-comunicaciones-569327131>>. Acceso en 17.8.2015.

CORTINA, Adela. *Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*. Madrid, Taurus, 2009.

DE KONINCK, Thomas. *De la dignidad humana*. Madrid, Dykinson, 2006.

DE LUCAS, Javier. *Blade Runner. El Derecho, guardián de la diferencia*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

DEL REY GUANTER, S. *Estatuto de los trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*. 2ª ed. Madrid, La Ley, 2007.

_____. La aplicación de los valores superiores de la Constitución española en el Derecho del Trabajo, en *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. I, Ministerio de Justicia, 1988.

DEL REY GUANTER [dir.] LUQUE PARRA, M. (coord.) AA.VV. *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*. Madrid, La Ley, 2005

DELEUZE, Gilles. GUATTARI, Félix. *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*. Valencia, Pre-textos, 2002.

DELEUZE, Gilles. *Conversaciones: 1972-1990*, 3ª edición. Valencia, Pre-textos, 1999.

DESDENTADO BONETE, A. MUÑOZ RUIZ, A. B. *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*. Valladolid, Lex Nova, 2012.

DOCKÈS, E. Le pouvoir patronal au-dessus des lois? *Droit Ouvrier*, n. 678, janvier 2005.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. ¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea. En: *Revista de Administración Pública*, n. 170, 2006.

DREYFUS, Hubert. RABINOW, Paul. *Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a serio*, 1ª edición. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona, Editorial Ariel S. A., 1994.

_____. Unenumerated Rights. En *HeinOnline* --- 59 U. Chi. L. Rev. 397, 1992.

ESTEBAN RODRÍGUEZ, Pablo. *¿Qué son las sociedades de control?* p. 2. Disponible en <<http://www.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/21.-Qué-son-las-sociedades-de-control.pdf>>. Acceso en 21.06.2014.

FELGUEROSO FERNANDÉZ, Florentino. Reforma de la negociación colectiva: ¿por qué y cómo? En *Relaciones laborales en la crisis. España 2011*. (PÉREZ INFANTE, J.I. et al) Madrid, Ediciones Cinca/Fundación Ortega-Marañón, 2012.

FERNANDEZ GOMEZ, J. A. Estado, Relaciones de Trabajo y organización de la producción durante el franquismo: del modelo “unitario” hacia la negociación colectiva. En *Estados y relaciones de trabajo en la Europa del siglo XX*. CASTILLO, S. PIGENET, M. SOUBIRAN-PAILLET, F. (coord.). Madrid, Fundación Largo Caballero, 2007.

FERNANDEZ, M. PHILIPPIN, Y. RAMPAL, J.C. VEY, J.B. Le Big Bang du marché de la sécurité. En *Le nouvel économiste*, n. 1217 du 14 au 27 de mars 2003.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. En *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, año 4, n. 18, 2004.

FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.) AA.VV. *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. Madrid, Dykinson Editorial, 2008.

FERNÁNDEZ VILLAZON, Luis Antonio. *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*. Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid, Minima Trotta, 2011.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª ed. Madrid, Trotta, 2007.

FERRY, Luc. *Kant: uma leitura das três “Críticas”*, 3ª ed. Rio de Janeiro, Difel, 2012.

_____. La critique du monde de la technique chez Heidegger. En *Penser la technique*. (Thomas Ferenczi, org.) Paris, Édition Complexe, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Ed. Trotta, 2003.

FONTINOPOULO BASURKO, O./SEGALÉS FIDALGO, J. Dignidad frente a lealtad y fidelidad. En torno a la STC 192/2003. En *Revista de Derecho Social*, n. 24, 2003.

FOUCAULT, Michel. *O governo de si e dos outros: curso no Collège de France (1982-1983)*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, 2005.

_____. *Estratégia, poder-saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. *Un dialogo sobre el poder y otras conversaciones*. Madrid, Alianza Editoriales. 1981.

_____. *Microfísica do poder*. 10ª edição. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1979.

GAETA, Lorenzo. La dignidad del trabajador y las “perturbaciones” de la innovación. En: *Autoridad y democracia en la empresa*. APARICIO, Joaquín. BAYLOS, Antonio (coord.). Madrid, Trotta, 1992.

GARCIA GARCIA, C. *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Murcia, Universidad de Murcia, 2003.

GARCIA MURCIA, Joaquín. Las limitaciones colectivas a las modificaciones del contrato de trabajo: el papel de los acuerdos de empresa. En *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima*. (LOUSADA AROCHENA, J. F – coord.) AA.VV. Granada, Editorial Colmares, 2002

GARCÍA PECHUÁN, M. El Derecho Europeo ante la protección constitucional contra el acoso laboral: del paradigma norteamericano antidiscriminatorio al principio de dignidad humana. En *La Constitución Europea. Actas del III Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España*. CARRILLO, M. LÓPEZ BOFILL, H. (coord.) Valencia, Tirant lo blanch, 2006.

GARCÍA VITORIA, I. *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?* Madrid, Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, 2008.

GARRIDO PÉREZ, Eva. *La información en la empresa. Análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores*. Madrid, CES, 1995.

GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. *Dignidad Y Ordenamiento Comunitario*. Disponible en <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/09yolanda.htm>. Acceso en 21/01/2011.

GOÑI SEIN, J. L. Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad. *Revista de Derecho Social*, núm. 32, 2005.

_____. *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*. Madrid, Civitas, 1998.

GONZALEZ RICOY, Iñigo. Democratizar la empresa: un análisis desde la filosofía política. En *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 148, 2010.

GRECO, Luis. Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs. En *Revista para el análisis del Derecho*, n. 4, 2007, pp. 1-28. Disponible en <www.indret.com>. Acceso en 01.12.2009.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006.

GRUPO MARCUSE. *Sobre a miséria humana no meio publicitário: Por que o mundo agoniza em razão do nosso modo de vida*. São Paulo, Martins Fontes, 2012.

GUTIÉRREZ AMAYA, H. C. *Retos de seguridad para las empresas a partir de BYOD*, Buenos Aires, ESET, octubre de 2012, Disponible en www.vlex.com. Acceso en 15.7.2015.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 2005.

GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel. *Ciudadanía en la Empresa y Derechos Fundamentales Inespecíficos*. Murcia, Ediciones Laborum, 2011

HABERMAS, Jürgen. La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010).

HÄBERLE, P. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008.

HARVEY, David. *A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 14ª edição. São Paulo, Loyola, 2005.

HELOANI, José Roberto. *Gestão e organização no capitalismo globalizado: história da manipulação psicológica no mundo do trabalho*. São Paulo, Editora Atlas, 2003.

HERRAN, Eric. *El poder de Foucault: una miniatura*, p. 240. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12471733212570739987891/isonomia10/isonomia10_14.pdf> . Acceso en 07.03.2005.

HIRATA, Helena. ZARIFIAN, Philippe. Força e fragilidade do modelo japonês. En *Estudos Avançados*, v.5, n.12, p.173-185, maio/ago. 1991.

HOBBSAWM, Eric. *O novo século: entrevista a Antonio Polito*, 3ª reimpressão. São Paulo, Companhia das Letras, 2009.

JIMENEZ-BLANCO, A. Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo Garcia de Enterría*, vol. II (de los derechos y deberes fundamentales), Madrid, Civitas, 1991.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Art. 10.1. En: *En Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*. Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008.

KAGAL, Lalana. SNEVIRATNE, Oshani. *Enabling Privacy through transparency*. Disponible en <<http://dig.csail.mit.edu/2014/Papers/PST-PETS/PETS.pdf>>. Acceso en 21.06.2014.

KANT, Immanuel. *Respuesta a la pregunta: ¿qué es la Ilustración?*. Disponible en <<http://pioneros.puj.edu.co/lecturas/interesados/QUE%20ES%20LA%20ILUSTRACION.pdf>>. Acceso en 15.3.2015

_____. *La Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Disponible en <http://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf>. Acceso en 26.04.2015.

_____. *Principios Metafísicos del Derecho*. Disponible en <<http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/principiosMetafisicosKant.pdf>>. Acceso en 07.05.2015.

_____. *Respuesta a la pregunta: ¿qué es la Ilustración?*. Disponible en <<http://pioneros.puj.edu.co/lecturas/interesados/QUE%20ES%20LA%20ILUSTRACION.pdf>>. Acceso en 15.3.2015.

_____. *Los conflictos de las facultades*. Traducción de Miguel Casillas. Disponible en <http://www.uv.mx/cpue/coleccion/N_3738/E%20Kant%20conflicto%20facultades.pdf>. Acceso en 9 de abril de 2012.

_____. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres. traducción del alemán por Manuel García Morente*. Disponible en <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/56405052088148830176680/p000001.htm>>. Acceso en 12.09.2010.

LAZZARATO, Mauricio. *Trabalho imaterial: formas de vida e produção de subjetividade*. 2ª edición. Rio de Janeiro, Lamparina Editora, 2013.

LE GOFF, Jacques. *Para um novo conceito de Idade Média: tempo, trabalho e cultura no Ocidente*. Lisboa, Editorial Estampa. 1993.

LIMON LUQUE, Miguel Angel. *El derecho fundamental de reunión en las relaciones laborales*. Madrid, CES, 1996.

LIPIETZ, Alain O Mundo do pos-fordismo. *En Indicadores econômicos FEE*, v.24, n.4, fev. 1997.

LOY, G. El dominio ejercido sobre el trabajador. *Relaciones Laborales*, n. 19-20, ano XXI, 2005.

LOPEZ BARRIENTOS, Mario Estuardo. *Los escritos políticos de Immanuel Kant*. Disponible en <<http://www.uca.edu.sv/facultad/chn/c1170/mlopez2.html>. Acceso en 13.5.2015.

LORCA NAVARRETE, José F. *Derechos fundamentales y jurisprudencia*, 3ª edición. Madrid: Pirámide, 2008.

LORT, Robert. *A Scouts Guide to Surveillance Cameras in New York*. Disponible en <http://www.retortmag.com/content/id_articles_nyscp.htm>. Acceso en 19.07.2005.

LUTHER, Jörg. Razonabilidad y dignidad humana. En *ReDCE*, n. 7, enero-junio de 2007, p. 295-326.

MALO OCAÑA, Miguel A. Las políticas activas de mercado de trabajo en España en medio de la gran recesión. En *Relaciones laborales en la crisis. España 2011*. (PÉREZ INFANTE, J.I. et al) Madrid, Ediciones Cinca/Fundación Ortega-Marañón, 2012.

MARCUSE, Herbert. Tecnología, guerra e fascismo. En: *Tecnología, guerra e fascismo: coletanea de artigos de Herbert Marcuse*. São Paulo, Editora Unesp, 1999.

MARTINEZ FONS, D. *El poder de control del empresario en la relación laboral*. Madrid, CES, 2002.

MARX, Karl. *O capital. Livro Primeiro, Volume I, Parte Segunda*. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira S/A, 1975.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid, Editorial Trotta, 1998.

MAZEAUD, A. *Droit du travail*. 4 a. edition, Paris, Monterstien, 2004.

MI GOOLAM, Nazeem. Human dignity – our supreme constitutional value. En *HeinOnline*, 4 Potchefstroom Elec. L. J. 1 2001.

MODERNE, Franck. La dignidad de la persona humana en el Derecho Constitucional francés y español. En *Memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Homenaje al Dr. R. E. Piza E.*, 2002.

MOLIST, Mercè. *Crecen los productos para espionaje de empleados*. Disponible en [<http://www.vsantivirus.com/mm-espionaje-empleos.htm>]. Acceso en 25-01-2010.

- MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MOTTA, Manoel Barros da. Apresentação. In: *Estratégia, poder-saber*. MOTTA, Manoel Barros da (org). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid, BOE/CEPC, 2000.
- NEGRO ALVARADO, Dante Mauricio. *Hacia un marco normativo en las Américas en materia de protección de datos personales*, p. 2. Disponible en <vlex.com>. Acceso en 17.8.2015.
- NORES TORRES, Luis Enrique. *El periodo de consultas en la reorganización productiva empresarial*. Madrid, CES, 2000.
- OEHLING DE LOS REYES, Alberto. Algunas reflexiones sobre la significación constitucional de la noción de la dignidad humana. En *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 10, vol. 1, 2006.
- OJEDA AVILÉS, A. IGARTUA MIRÓ, M. T. La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes. En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 73, 2008.
- ORWELL, George. *Nineteen eighty-four/ 1984*. Barcelona, Destino, 2008.
- PAGALLO, U. durante, M. Legal Memories and the Right to Be Forgotten. En *Protection of Information and the Right to Privacy – A New Equilibrium? A.A.V.V.* (Luciano Floridi, editor). New York, Springer, 2014.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2 ed., Madrid, Dykinson, 2003.
- PEREZ DE LOS COBOS, F. THIBAUT, J. El uso laboral del ordenador y la buena fe (a propósito de la STS de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006). En *Relaciones laborales*, n. 1, 2008.
- PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (coord.) AA.VV. *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2005.
- PEREZ DE LOS COBOS, Francisco. La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica. En *Relaciones laborales*, nº 10, mayo, 2005.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*, 8ª edición, reimpresión. Madrid: Tecnos. 2005.

_____. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 1999.

PERROT, Michelle. O inspetor Bentham. In: *O Panoptico*. SILVA, Tomaz Tadeu (org.). 2ª ed., Belo horizonte, Autêntica, 2008.

_____. *Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros*, 3ª edição. São Paulo, Paz e Terra, 2001.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*, 1ª ed. Rio de Janeiro, Intrínseca, 2014.

PISARELLO, Gerardo. *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

POQUET CATALÁ, Raquel. *El actual poder de dirección y control del empresario*. Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2013.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

PROSCURCIN, Pedro. O fim da subordinação clássica no direito do trabalho. En *Revista LTr*, vol. 65, nº 03, mar. São Paulo, LTr, 2001.

RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTINEZ MARTINEZ, Ricard (ed). AA. VV. *Derecho y redes sociales*, 2ª edición. Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2013

RAMIREZ MARTINÉZ, J. M. Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

RAO, Neomi. On the use and abuse of dignity in constitutional law. En: *HeinOnline*. 14 Colum. J. Eur. L. 201 2007-2008, p. 212, Disponible en <<http://heinonline.org>>. Acceso en 16.09.2010.

RIBAS, J. Actor desleales de trabajadores usando sistemas informáticos e Internet. *Relaciones Laborales*, n. 21, ano XX, 2004.

RIVERO LAMAS, Juan. Participación y representación de los trabajadores en la empresa. En *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Série G: Estudios Doctrinales, núm. 188*. Formato html. Disponible en internet [<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=139>]. Acceso en 05.01.2012. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

RODOTÁ, Stefano. *Intervista su privacy e libertà*. Roma, Editori Laterza, 2005.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*. Albacete, Editorial Bomarzo, 2009.

RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. Poder de dirección y derecho contractual. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R (coord.). *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*. Madrid, La ley, 2005.

RODRIGUES DE SANTIAGO, José Maria. Una cuestión de principios: La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 15 de febrero de 2006, sobre la Ley de Seguridad Aérea, que autorizaba a derribar el avión secuestrado para cometer un atentado terrorista. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 77, mayo-agosto, 2006.

ROMAN DE LA TORRE, M. D. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Grapheus, Valladolid, 1992.

ROSANVALLON, Pierre. *A nova questão social: repensando o Estado Providência*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 199

SAGARDOY BENGOCHEA, J. A . *Los Derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Navarra, Thomson Civitas, 2005.

SAURA, Nuria. La protección de la libertad de expresión en Internet: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, En *Cibermedios.indb*, de 06.05.2014, p. 201. Disponible en <www.vlex.com> . Acceso en 07.09.2015.

SCHOFIELD, Philip. *Bentham. A guide for the perplexed*. London, New York, Continuum, 2009.

SEMPERE NAVARRO, Antonio E. Bases para los nuevos derechos de información y consulta en la empresa. *Aranzadi Social* núm. 5, 2008, p. 2. Formato html. Disponible en internet [<http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/doctrina/social/semper-nuevos-derechos-informacion-y-consulta-empresa>]. Acceso en 30.12.2011.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, 2a. Reimpresión. São Paulo, Companhia das Letras, 2010.

SENNETT, R. *El respeto. Sobre la dignidad del hombre en un mundo de desigualdad*. Barcelona, Editorial Anagrama, 2009.

_____. *La cultura del Nuevo Capitalismo*. Barcelona, Anagrama, 2006.

SERQUERA, David. *Diccionario Político de La Republica Constitucional*. Disponible en [<http://republicaconstitucional.wordpress.com/2007/01/05/interes-siniestro/>]. Acceso en 12.04.2010.

SIMÓN CASTELLANO, Pere. *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*. Valencia, Tirant, 2012.

SUPIOT, A. *L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*, Condé-sur-Noireau: Éditions du Seuil, 2010.

SQUELLA, Agustín. Libertad e igualdad en el pensamiento de Norberto Bobbio: ¿se puede ser liberal y a la vez socialista? En *DOXA*, 21, vol. I, 1998.

STARCK, Christian. La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho alemán. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. FERNANDEZ SEGADO, F. (coord.). Madrid, Dykinson Editorial, 2008.

_____. Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 9, 2005.

TADEU, Tomaz - org.). *O Panoptico*. SILVA. 2ª ed., Belo horizonte, Autêntica, 2008.

TAPIA HERMIDA, Antonio. La protección de los derechos fundamentales en el derecho comunitario. Sus funciones. La “dignidad humana” como principio general del Derecho y norma jurídica. En *Estudios Financeiros*, num. 265, 2005.

TASCON LÓPEZ, Rodrigo. *El tratamiento por la Empresa de Datos Personales de los Trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*. Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2005.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Ponencia realizada en el Ateneo, en 24 de marzo de 2012, sobre la RDL 3/2012. Disponible en [<http://baylos.blogspot.com.br/2012/03/neoliberalismo-y-autoritarismo-en-la.html>]. Acceso en 6 de abril de 2012.

_____. Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia. *Relaciones laborales*, vol. 19, n. 22, 2003.

_____. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio. *Relaciones Laborales*, vol. 19, n. 20, 2003.

_____. La participación de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. En *Derecho Social*, vol. 4, jul-dic, 1996.

_____. Ideologías pluralistas y relaciones de trabajo. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 55, Madrid, 1979.

VALERO MOLDES, Fabián. *La actividad en las redes sociales como causa de despido*. Disponible en http://www.elderecho.com/laboral/actividad-redes-sociales-causa-despido_11_570430002.html. Acceso en 04.09.2015.

VIRILIO, Paul. *Velocidad y política*. Buenos Aires, La marca, 2006.

_____. *El ciber mundo, la política de lo peor*, 3ª ed. Madrid, Cátedra, 2005.

_____. *La bomba informática*. Madrid, Ed. Catedra, 1999.

WEISER, Mark. *The computer for the 21st Century*. Disponible en web.media.mit.edu/~anfchang/ti01/weiser-sciam91-ubicomp.pdf. Acceso en 22.04.2014.

WILLMOTT, H. La fuerza es la ignorancia, la esclavitud es la libertad: la gestión de la cultura en las organizaciones modernas. En *Vigilar y organizar. Una introducción a los Cristical Management Studies*. Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2007.

WRIGHT, C. LUND, J. 'Under de clock': trade union responses to computerised control in US and Australian grocery warehousing. *New Tecnology, Work and Employment*, vol. 13, n. 1, march 1998.

XAVIER SALA *apud* BLANCH RIBAS, Josep M. Trabajar en la sociedad informacional. En: *Teoria de las relaciones laborales. Desafios*. 2006, p. 54. Disponible en https://ficheros-historico.s3.amazonaws.com/1_3/Im_1_3_305897_in1.pdf?AWSAccessKeyId=1V02D0W3KSR4KHZ90B82&Expire=1442275930&Signature=QwfHjE%2Fshlmsk86MwIeNYpNJfma%3D. Acceso en 14.9.2015.

ZARIFIAN, Philippe. Engajamento subjetivo, disciplina e controle. *En Novos estudos Cebrap*. N° 64, nov. 2002.

ZIZEK, Slavoj. *Bienvenidos al desierto de lo real*. Madrid, Akal, 2005.

RÉSUMEN

La dignidad humana ocupa el centro de los valores en el constitucionalismo moderno. Esta tesis doctoral centra su atención en la dignidad humana como barrera al poder de control empresarial y está dividido en cuatro capítulos. Los tres primeros centran su foco en la teoría y hermenéutica jurídicas y el cuarto capítulo esgrime la aplicación práctica de este derecho individual frente al control sobre el uso laboral de los dispositivos móviles y los entornos colaborativos en la red mundial. El primer capítulo inaugura el trabajo con el marco histórico de la afirmación jurídica de la dignidad humana, trazados inicialmente por la aplicación jurisprudencial, en Alemania, de la teoría del objeto de Dürig, cuya piedra angular es la doctrina kantiana de la dignidad humana. Son investigadas sus vertientes, individual y colectiva, y sus contenidos, formal y material, para, de forma crítica y comparada con de la doctrina alemana, identificar el papel que el art. 10.1 de la CE (dignidad humana) ocupa en el ordenamiento español. En el segundo capítulo sobresale el análisis de la naturaleza jurídica y del contenido esencial de la libertad de empresa en el marco económico constitucional permeable a la autonomía colectiva, que inmerge como derecho fundamental del empresario justificador del ejercicio del poder de control sobre el trabajador. El tercero capítulo ilumina la extensión y complejidad del poder de control a través de los estudios de Michel Foucault sobre el modelo de los establecimientos disciplinarios y del panoptismo de Jeremy Bentham que, con el avance de las tecnologías ubicuas de la información y comunicación, desaguan en el modelo contemporáneo de las sociedades de control descrito por Gilles Deleuze. El uso de las herramientas de control es destacado en los modelos de gestión de la mano de obra y es confrontado al fundamento jurídico del poder de control empresarial en el trabajo por cuenta ajena. El cuarto capítulo hace la descripción de los dispositivos móviles y de los entornos colaborativos en la Web 2.0 y su uso en la empresa. A conclusión se afirma: a) la posibilidad de la dignidad humana (art. 10.1 CE) ocupar el rol de derecho fundamental en el ordenamiento español al lado de su función de valor, principio, norma de clausura ya reconocidos; b) que la libertad de empresa es un derecho fundamental conectado a una libertad de acción y no al derecho de propiedad; c) que el poder de control solamente es legítimo cuando adopta el cauce del contrato de trabajo aunque con restrictas proyecciones extracontractuales; d) que el poder de control no es neutral y ultrapasa la simple verificación del cumplimiento de la obligación contratada, provocando el embotamiento de la individualidad e influyendo sobre la autoconsciencia y el proyecto futuro de vida individuales. Por ende, es subrayada la debilidad de la respuesta ofrecida por los derechos a la intimidad y a la protección de los datos personales como límite al poder de control en la empresa ubicua y la necesidad de rescatar la dignidad humana como dique esencial a regulación de su extensión y permanencia. En la práctica, este rescate puede traducirse en seis pasos: 1) retomar el diálogo entre el capital y el trabajo para negociar las reglas del juego cuando de informática se trata; 2) trazar las fronteras entre los controles de resultado de la actividad y los controles de actividad; 3) incluir aspectos de la dignidad humana no relacionados a la intimidad o a la protección de los datos personales como límite al poder de control del empresario; 4) respetar la transparencia informativa a través de protocolos empresariales de uso laboral de estos instrumentos; 5) exigir que el protocolo empresarial sea coherente con el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y calibrado por la buena fe contractual; y 6) considerar el aspecto afectivo de las redes sociales y de los instrumentos tecnológicos en las medidas que objetivan la equidad de los intereses en conflicto.

Palabras-clave: DIGNIDAD HUMANA - PODER DE CONTROL – DISPOSITIVOS MÓVILES – ENTORNOS COLABORATIVOS – NUEVAS TECNOLOGÍAS

ABSTRACT

Human dignity has developed into a core value of modern constitutionalism. The *leitmotiv* of this thesis is to advocate using the concept of human dignity as a limit for the managerial control. It has four sections: three of them approach the interpretation into the jurisprudence of the employees' human dignity in the free enterprise system and the new organisational forms; the last part presents an alternative understanding of managerial monitoring over the use of electronic mobile devices and the collaborative web on the workplace. The concept of human dignity explores its philosophical roots based on Immanuel Kant's theory that were consecrated into the jurisprudence by Dürig's "Theory of Object". Drawing upon a comparative analysis of the German and Spanish jurisprudences, the first part offers an individual and collective understanding of human dignity and its formal and material concept in order to argue the key role of human dignity as individual right set on the art. 10.1 of Constitutional Law as well as its recognition as a value, principle and the fundament of the unenumerated rights. The second part links the free enterprise system to the employers' individual liberties to organize the corporation, manage the functions in a complex division of labor and negotiate with employees' representatives or unions. The third part illustrates the managerial control by reference to Foucault's studies of disciplinary society, Jeremy Bentham's panoptic and Gilles Deleuze's studies of the control society. These theories evidence the tools used by the new organisational forms of management to confront it with the laws, regulations and to mark a boundary on the employer's monitoring faculties. The fourth part examines the concrete tradeoffs made between rights and other interests in the use of electronic mobile devices and web platforms (online social networks, cloud platforms etc.) in the workplace. It shows the unsatisfactory response that privacy and data protection offer to prevent the abuses originated by the intensive and deep managerial electronic monitoring over the employees. This thesis concludes that: a) it is necessary to recognize the use of the individual right of human dignity by the constitutional law in Spain for a better balance of rights and interests in conflict; b) the free enterprise system is connected with the employers' individual liberties instead of linked with property rights; c) the managerial control is supported and limited by the employment contract even though there are some extra contractual dimensions; d) the managerial control is not neutral; the intensive and unlimited use of control over employees can emphasize its interference on the individuals' conscience and future projects. The concept of human dignity is essential to guard individual rights against damages from electronic monitoring on the workplace. Its uses can be reflected on six rules: 1) it is necessary to increase the fair play and collective bargaining on the regulation of managerial electronic control; 2) it must distinguish the production results from the individual activities; 3) it obliges to consider some aspects of human dignity that overlap privacy and data protection rights responses to raise the limit on managerial control into a new level; 4) it is necessary to implement the informative transparency by soft laws or protocols that regulate its uses; 5) in order to provide harmony on the conflict on the use of the mobile electronic devices and the web platforms, the soft laws or protocols must be balanced by a fair play principle; 6) at last, it is important to accept the crucial role of the emotions on facing solutions for conflictive interests between employers and employees on the online social networks and technological tools uses.

Key-words: HUMAN DIGNITY – MANAGERIAL CONTROL – MOBILES DEVICES - WEB PLATFORMS – NEW TECHNOLOGY