

«EXPECTATIVA RAZONABLE DE PRIVACIDAD» Y PODER DE VIGILANCIA EMPRESARIAL: ¿«QUO VADIS JUSTICIA LABORAL»?

Comentario a la **Sentencia del TEDH de 12 de enero de 2016, asunto *Bărbulescu c. Rumanía*, demanda núm. 61496/2008**

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

Pedro –cuando huía de la Roma imperial por la persecución de los cristianos ordenada por Nerón– ve a Jesucristo cargando una cruz y, sorprendido, le pregunta:

– *Quo vadis, Domine?*
(«¿Adónde vas, Señor?»).

Cristo le responde:

– *Romam vado iterum crucifigi*
(«Voy hacia Roma para ser crucificado de nuevo»).

Pedro, avergonzado de su actitud, vuelve a Roma a continuar su ministerio, siendo posteriormente martirizado y crucificado cabeza abajo.

Hechos (Apócrifos) de Pedro

1. EL MARCO LEGAL: VOLUNTADES LEGISLATIVAS NACIONALES EN UN CONTEXTO DE RENOVADA REGULACIÓN INTERNACIONAL

En el mundo del empleo y de las relaciones de trabajo la transformación digital se está mostrando más invasiva, hasta crear nuevos tipos de empresas y de empleados. La renovada inquietud del Consejo de Europa, desde su ya lejano [Convenio 108](#), para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos personales (Estrasburgo, 28 de enero de 1981), se muestra en la [Recomendación CM/Rec \(2015\) 5, del Comité de Ministros a los Estados miembros en el tratamiento de los datos personales en el contexto del empleo](#) (1 de abril de 2015). De las múltiples referencias que realiza al ámbito laboral –parte II, apdos. 14 y ss.–, aquí destacamos la incluida, con carácter general, en el apartado 14, según la cual se fijan las dos garantías esenciales del poder de control empresarial: que se informe de forma precisa al trabajador de las medidas y

finés adoptados a tal fin (garantía de transparencia mediante una información suficiente y previa), de un lado, y, de otro, que la restricción del derecho al respeto a la vida privada que se pueda generar resulte lo más equilibrado (necesario, idóneo y razonable) posible (garantía de proporcionalidad del sacrificio). En última instancia, esta protección derivaría del genérico artículo 8 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) –CEDH– (*derecho al respeto de su vida privada y familiar*).

Aunque no cabe confundir la «Europa de los derechos civiles y –algo menos– sociales», la que representa el Consejo de Estado y en cuyo ámbito despliega su jurisdicción el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con la «Europa económica y monetaria», la que gobiernan las instituciones comunitarias y en cuyo ámbito despliega su jurisdicción el TJUE, aquel suele integrar en sus razonamientos normas y principios de la Unión Europea. Al respecto, de especial relevancia es la [Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos](#). La finalidad de esta norma comunitaria –relacionada con el art. 8 de la [Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales](#)–, es protectora, como evidencia el trabajo ofrecido por el Grupo de Protección de Datos –órgano consultivo independiente– (art. 28 de la [Directiva](#)).

Un tema capital de este órgano experto ha sido examinar y reconducir la cuestión de la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el trabajo desde la perspectiva del mayor respeto a la privacidad de los datos de los empleados y los empleadores. Su [Dictamen 8/2001, de 13 de septiembre](#), sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral, resume los principios de protección de datos (transparencia, calidad de la información, seguridad y el respeto a la proporcionalidad). Más concretamente, en mayo de 2002, el Grupo de Trabajo elaboró un [documento de trabajo](#) sobre la vigilancia y el control de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, en el que rechaza conceder un poder general y abstracto de vigilancia en aras de la eficacia de los intereses del empleador, de modo que la legitimidad del mismo ha de evaluarse de forma concreta sobre la base de cuatro garantías: la transparencia, la necesidad, la equidad y la proporcionalidad. En realidad, se reduce a dos, en línea con la reciente [Recomendación \(2015\) del Consejo de Europa](#): la *transparencia* y la *proporcionalidad*.

Prueba del dinamismo regulador e intensidad conflictual de esta materia es el nuevo [Reglamento \(UE\) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos](#) y por el que se deroga la [Directiva 95/46/CE](#) (publicado en el DOUE del 4 de mayo de 2016). Este nuevo texto (que entrará en vigor 20 días después de su publicación en el DOUE, pero será aplicable dos años después –*25 de mayo de 2018*, fecha en que tendrá vigencia la derogación de la directiva– y que será de aplicación directa en todos los Estados, sin necesidad de trasposición) trata de dar un paso definitivo para armonizar las normativas vigentes de los países de la Unión Europea, en la dirección de garantizar un elevado estándar de protección de la confianza y seguridad de los ciudadanos respecto del control de sus datos personales.

A la vista de este nutrido cuerpo regulador internacional, es fácil pensar que, al menos en la Unión Europea, los diversos países cuentan con un marco regulador suficientemente convergen-

te, que se armonizará en la primavera de 2018, en la materia. Por eso, si se compara la regulación de Rumanía –Derecho nacional afectado directamente por la STEDH analizada– con la española, no habrá, al respecto, grandes diferencias.

En efecto, en un plano general, por tanto inespecífico o indiferenciado para el ámbito laboral, la Constitución rumana garantiza el derecho a la protección de la intimidad, la vida privada y familiar (art. 26), así como del secreto de la correspondencia (art. 28), en términos equiparables a la [Constitución española](#) (art. 18). También el Código Penal rumano (art. 195) tipifica como delito susceptible de pena de prisión –entre seis meses y tres años– revelar el secreto de las comunicaciones privadas –abrir o interceptar sus comunicaciones, cualquiera que sea el medio de estas, también electrónicas–. El [Código Penal](#) español dedica una atención detallada en los artículos 197 y siguientes (título X sobre delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio). En el plano estrictamente civil, Rumanía cuenta con la Ley número 677/2001, sobre la protección frente al tratamiento de datos personales, que transpone las disposiciones de la [Directiva 95/46/CE](#) de la Unión Europea. Precisamente, por su origen en un acto debido comunitario, su regulación es equivalente a la [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre](#) –LOPD– y al [Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre](#) –su reglamento de desarrollo–. En ambos cuerpos legales nacionales, junto a la regla general de la necesidad de consentimiento de la persona, aparece un extenso listado de excepciones autorizadoras del tratamiento sin consentimiento en el que figura la necesidad de asegurar un interés legítimo del operador de datos, como serían todos los relativos a la constitución y mantenimiento de una relación contractual, incluida la laboral –arts. 5 de la norma rumana y 6 y 7 de la norma española (LOPD)–. En ambos casos, además, el deber de información previa sobre la existencia y finalidad del tratamiento de datos formaría parte de las obligaciones empresariales.

2. SUPUESTO DE HECHO: RELATO DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

Un trabajador rumano –*señor Bărbulescu*– es contratado por una empresa privada como encargado de ventas. Se crea, por orden de la empresa, una cuenta «Yahoo Messenger» con el propósito de responder a las consultas de los clientes. Consta que la empresa prohíbe de forma taxativa «*usar las computadoras, copiadoras, teléfonos, télex y fax para fines personales*». Sin embargo, el trabajador usó su cuenta personal de correo para comunicarse con su novia y su hermano durante el tiempo de trabajo. El empleador lo descubrió y, una vez leídos sus contenidos, procedió a abrir un expediente disciplinario.

El empleado alegó, en el trámite de audiencia, que su uso había sido profesional únicamente, pero el empleador se lo rebatió evidenciándole que había leído los correos y sabía que no era cierto. A tal fin, le presentó 45 folios de transcripción de sus correos personales. La transcripción también contenía cinco mensajes cortos que el solicitante había intercambiado con su novia el 12 de julio 2007 utilizando una cuenta personal de Yahoo Messenger. El trabajador le

reprochó al empleador incurrir en un delito de revelación de correspondencia privada. Tras sucesivas demandas y recursos ante los órganos judiciales, finalmente vería cómo se desestimaba su pretensión atendiendo a la existencia de información previa sobre la regla de prohibición absoluta de usos no profesionales y siendo facultad del empleador, en virtud de su derecho a controlar el trabajo, la de mantener bajo vigilancia el uso de los dispositivos informáticos que le pone a disposición.

El demandante interpuso recurso ante el TEDH por dos razones. La primera, que la privacidad de los correos electrónicos está protegida por el artículo 8 del CEDH. Por lo tanto la ley nacional que habría permitido llevar a cabo el despido contradiría la norma internacional. La segunda, por vulneración del artículo 6 del CEDH, al no permitirle un juicio justo, ya que no se le autorizó a llamar a testigos para probar que el empleador no sufrió ningún perjuicio como resultado de sus acciones.

3. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: BREVIARIO DE LAS RAZONES PARA EL FALLO

Este recurso es que resuelve la STEDH, 12 de enero de 2016, asunto *Bărbulescu contra Rumanía*. El TEDH, a través de Sala, no de Gran Sala, por seis votos contra uno (voto particular), decide desestimar la queja y concluye que no hay violación alguna del artículo 8 del CEDH.

Antes de sintetizar su doctrina, conviene recordar que la demanda debía examinarse desde el punto de vista de las obligaciones positivas del Estado creadas por el CEDH, ya que, por ser un empleado privado no podía comprometer la responsabilidad del Estado. El TEDH debe pronunciarse sobre si el Estado rumano, como parte de sus obligaciones positivas, lleva a cabo un justo equilibrio entre el derecho del demandante al respeto de su vida privada y de su correspondencia y los intereses del empleador. Pues bien, a tal efecto, el TEDH asumió a pies juntillas el planteamiento de los tribunales nacionales y concluyó que «*la monitorización ha sido razonable*», por lo que, en atención a las circunstancias concretas, prevalece el derecho de la empresa a comprobar el cumplimiento de las obligaciones laborales frente al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del empleado:

«El Tribunal entiende razonable que un empleador quiera verificar que los empleados están realizando sus tareas profesionales durante las horas de trabajo».

La sentencia incluye un voto particular. En él se enfatizan tres datos determinantes:

- Que no se probó que informara suficientemente de la monitorización concreta, solo de la prohibición de uso para fines personales. Al respecto, avisó del control el 13 de julio de 2007, habiéndolo realizado desde el 5 hasta al 13 de ese mes.

- Que no se valoró la naturaleza sensible de las comunicaciones, que concernían a la salud y vida sexual del empleado. La empresa accedió no solo a la cuenta de Yahoo Messenger creada por el empleado, sino también a su cuenta personal, cuyo nombre («*Andra te quiere*») no ofrecía dudas acerca de la naturaleza personal de su contenido.
- Que la transcripción de los mensajes se compartió con compañeros del trabajador.

La ponderación diversa de tales circunstancias le lleva a sostener que:

«El derecho del empleador de mantener un lugar de trabajo disciplinado y la obligación del empleado de realizar sus tareas profesionales de manera adecuada no justifica el control sin límites de la expresión del empleado en Internet».

4. TRASCENDENCIA DEL CRITERIO MÁS ALLÁ DEL CASO: ¿UN «NUEVO PRECEDENTE» DOMINANTE REGRESIVO PARA LAS JURISPRUDENCIAS NACIONALES?

- a) El «interesado» desbordamiento del interés mediático: ¿Concede el TEDH una «patente de corso» al empleador para vigilar a sus empleados?

La «*doctrina Bărbulescu*» admite corrección por la Gran Sala, de ejercerse el recurso (art. 43 CEDH), dado que se trata de una «cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio». Pero esta falta de firmeza no le ha impedido adquirir una gran notoriedad, no solo en los medios jurídicos especializados, sino también, y sobre todo, en los de comunicación social, tanto económicos como generalistas. Sin llegar a la exageración de los **titulares** más sensacionalistas, que atribuyen a la doctrina una suerte de poder omnímodo –«carta blanca» o «patente de corso»– del empleador para controlar las comunicaciones de sus empleados durante el trabajo, no es dudoso que sí ha fundado la convicción de que el TEDH ha relajado notablemente su test de legitimidad de la conducta empresarial limitadora del derecho del ciudadano-trabajador.

- b) La relativización de la «jurisprudencia precedente» del TEDH: La pérdida del sentido práctico del límite consistente en la garantía de la expectativa razonable de privacidad

Pero si es manifiesto el exceso de buena parte de las informaciones mediáticas sobre la trascendencia liberalizadora de la «*doctrina Bărbulescu*», no menos cierto es que representa un importante desbordamiento del ámbito de legitimidad precedente otorgado por el TEDH en estas situaciones, como coincide en desvelar buena parte de la crítica jurídica especializada, sin perjuicio de la aparente presentación neutral del cambio por otro sector del mundo de las grandes **consultoras**. Buena prueba de ello es que entra en notable contradicción con sus precedentes, re-

duciendo notablemente el efecto útil para el trabajador-ciudadano de la invocación de su derecho frente al poder de control empresarial.

De forma específica, la cuestión de la privacidad de las herramientas tecnológicas por parte del trabajador fue abordada en los casos «*Halford*» y «*Copland*», que han sido obviados por la mayoría de la sala del TEDH por entender que no hay similitud alguna de supuestos, mientras que el voto particular los considerará determinantes. En «*Halford v. Reino Unido*» –STEDH de 25 de junio de 1997–, el TEDH dictaminó que el artículo 8 del CEDH se infringe cuando se interceptan llamadas desde un teléfono profesional que el servicio de policía local le había prestado a una mujer policía para su defensa. El punto clave de la sentencia fue la admisión de que el artículo 8 del CEDH se puede aplicar en el trabajo en función de la «*expectativa razonable de privacidad*» («*reasonable expectation of privacy*») (párr. 44 y 45). La señora Halford la tuvo, pues se le creó la convicción de disponer de un teléfono seguro. Este precedente es invocado una década después por la «*doctrina Copland v. Reino Unido*» –STEDH de 3 de abril de 2007, demanda 62617/2000–. El TEDH entendió aquí –párr. 42– que se infringió el artículo 8 del CEDH porque el control empresarial ejercido en las comunicaciones –que abarca todos los medios–, se realizó sin advertencia previa, creando en el empleado una razonable confianza o expectativa de que el empleador se abstendría de vigilar en ausencia de una política de transparencia sobre el control del uso de las tecnologías de la Info-comunicación en la empresa.

Ciertamente, así expuesta, podría pensarse, en una superficial lectura, que el TEDH no está modificando regresivamente sus precedentes. Más bien se trataría, como afirman sus defensores, de una aclaración. En efecto, en el primer precedente, la «*expectativa razonable de privacidad*» reside en la existencia de una *autorización expresa* por el empleador (*caso Halford*); en el segundo, se identifica con una *conducta tolerante* (*caso Copland*).

Consecuentemente, si la empresa *prohíbe de forma taxativa* el uso personal, el trabajador no debería esperar razonablemente que se aceptase tal uso, sino todo lo contrario, lo razonable sería vigilar el cumplimiento (*caso Bărbulescu*). La existencia, junto a tal «razón principal», de otros «*factores circunstanciales*» como la mala fe presunta del trabajador que niega un uso que sabe que sí ha realizado indebidamente, la limitación de las transcripciones y el no desvelamiento de la identidad de los destinatarios, refrendarían la inexistencia de violación del artículo 8 del CEDH.

Ahora bien, el razonamiento del TEDH está plagado de contradicciones internas. De un lado, presume la legitimidad general del sometimiento a vigilancia solo por la existencia de la prohibición de uso personal, sin exigir indicio suficiente para sospechar del incumplimiento. El TEDH reconocería, en realidad, *una suerte de derecho del empleador a buscar una prueba solvente del incumplimiento*, pues afirma expresamente que no existía indicio para considerar que se realizaban usos no profesionales. Por lo tanto, si bien es cierto que no reconoce un poder ilimitado, lo que es irracional, sí afirma un poder general y abstracto tan solo con establecer una regla genérica de prohibición de uso no profesional –el poder de control estaría implícito en la norma general–, con lo que se vacía de sentido práctico el contenido esencial del derecho. De otro, el TEDH afirma que las identidades de otras personas no se dan a conocer en las transcripciones de men-

sajes privados, pero en el juicio queda probado que los destinatarios eran el hermano y la novia. Finalmente, se dice que no se entró en contenidos privados, pero consta el acceso a la dirección de correo particular y la transcripción de cinco de contenido relativo a su «vida sentimental».

c) De «aquellos polvos, estos lodos»: La doctrina constitucional vira en el sentido liberal de la «doctrina Bărbulescu»

La jurisprudencia del TEDH es vinculante para todos los Estados que han ratificado, como España, el CEDH, por lo tanto no se limitan sus efectos a los Estados respecto de los que se pronuncia expresamente. Pues bien, muy pronto ha tenido incidencia determinante la muy polémica «doctrina Bărbulescu» en el viraje, este sí muy claro y de signo regresivo, del Tribunal Constitucional español en la materia, como ilustra la [STCO 39/2016, de 3 de marzo](#), asunto Rebeca Liberato contra la empresa BSK España, S.A. –empresa de venta de ropa del grupo Inditex–. A juicio de esta doctrina, la genérica y abstracta facultad de control del cumplimiento de los trabajadores de sus tareas profesionales sería suficiente legitimación inicial para autorizar al empleador a que fiscalice, a través de cámaras de vídeo-vigilancia, el trabajo, invocando la [STEDH de 12 de enero de 2016](#) (FJ 4.º, párr. tercero, *in fine*).

Claro, el Tribunal Constitucional cuida en el discurso teórico, como hizo el TEDH, condicionar la legitimidad final al balance valorativo exigido por las concretas circunstancias de cada caso, pero en la práctica, termina, como el TEDH, sacrificando para el caso el sentido práctico del derecho, como evidencian sendos votos particulares. Tuve oportunidad de referir esta doctrina en el [Editorial del número anterior](#), desde una perspectiva crítica por representar un ejemplo de la difusa tendencia a ofrecer «soluciones civiles indiferenciadas» para problemas netamente «laborales», de modo que bastaría con el anuncio genérico hecho al público sobre la existencia de cámaras de seguridad en el local para satisfacer el deber de información previa suficiente y adecuada en atención a cada colectivo de interesados (art. 5 [LOPD](#)). De este modo, la [STCO 39/2016](#) ignora deliberadamente que, en el ámbito laboral, ese deber de información exige adaptación a las singularidades del mismo, en línea con la doctrina del precedente aportado por la [STCO 29/2013](#).

Este precedente inmediato es abandonado, sin explicación alguna –al igual que el TEDH también orilla sus precedentes–, para anclarse en otros mucho más antiguos –como le reprocha el segundo voto particular, muy razonado y razonable–, como la [STCO 186/2000, de 10 de julio](#), o más ambiguos –[STCO 170/2013, de 7 de octubre](#)–. Sorprendentemente, la fuerza prevalente del derecho se diluirá con la sola constatación de una «pegatina informativa» que reúna, eso sí, los exigentes requerimientos de formato establecidos en el Anexo de la [Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre](#), de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) –como, con fina ironía, le reprocha el primer voto particular–. Consecuentemente, una vez existente la pegatina con el correspondiente distintivo, y constatada una fundada sospecha, el poder de control quedará plenamente legitimado para adentrarse en la vigilancia directa del trabajador.

Pero la doctrina constitucional disruptiva y regresiva aún dará un paso más, este ya sin amparo en la jurisprudencia del TEDH, a mi juicio. Sin referencia a precedente alguno, salvo la con-

fusa y envejecida [STCO 292/2000](#), la [STCO 39/2016](#) eleva las altas expectativas creadas, por la conjunción de ambas doctrinas –la del TEDH y la del Tribunal Constitucional–, en quienes precizan una mayor libertad de ejercicio para el poder de control empresarial. A tal fin, alberga en los empresarios «*expectativas razonables de legitimidad del panóptico laboral*» (el «ojo que todo lo ve sin que nadie lo vea a él») extramuros de la ley, esto es, con un directo incumplimiento de lo requerido por la ley –deber de información previa, incluso con la paniaguada pegatina distintiva–. Bastará para ese plus de legitimación con superar el test, a cargo del Tribunal Constitucional, claro –o de los tribunales ordinarios, inicialmente–, de proporcionalidad, y, por supuesto, al margen de las eventuales sanciones administrativas que pudiera recibir.

Consecuentemente, si para el TEDH la llave del plus de legitimación empresarial para ejercer un auténtico poder de policía laboral, sin autorización judicial, sobre el trabajador en el trabajo, estaría fijado en la existencia de una política de suficiente transparencia al respecto –reglas de conducta y técnicas de control–, para el Tribunal Constitucional ni siquiera la falta de transparencia sería determinante de la ilegitimidad del poder de vigilancia invasiva de los datos personales, con lo que se diluye ese requisito propio del contenido esencial del derecho, pues podría superarse si pasa el «test de proporcionalidad» –en esto coinciden TEDH y Tribunal Constitucional–. No obstante, verificando cómo el Tribunal Constitucional lleva al extremo y, a mi juicio, supera con creces, «toda razonable limitación argumentativa» –como le reprocha, con acierto, el primer voto particular–, la doctrina del TEDH en esta materia, queda constancia de la propia debilidad de esa última trinchera que es el test de proporcionalidad. Buena prueba de ello es que tanto la empresa como el Tribunal Constitucional, la mayoría y la minoría discrepante, coinciden en que había en autos pruebas suficientes como para verificar el incumplimiento al margen de los datos aportados por la videocámara. Entonces, si es así, ¿cómo puede entenderse proporcionada una prueba que no resulta necesaria para el fin, de modo que habría otras idóneas para el control sin invasión de la vida privada?

d) Creciente anomalía jurídico-constitucional de la justicia laboral respecto de la «justicia ciudadana»: Un «poder de policía panóptica laboral» sin transparencia ni autorización

No hace mucho, una colaboradora de esta sección tuvo la oportunidad de [comentar](#) el impacto de la [STS, Sala 4.ª, de 21 de septiembre de 2015, rec. núm. 259/2014](#), que acabó con una práctica muy extendida en los contratos de trabajo de los últimos años, como es –era– la de incluir una cláusula que imponía al trabajador la obligación de comunicar datos personales a la empresa –teléfono móvil, cuenta de correo personal...–, a fin de facilitar el flujo informativo entre ambos sujetos. Entre los argumentos de la Sala del Tribunal Supremo estaba el que apela a la vieja concepción del contrato de trabajo como un «contrato de adhesión» y a la figura del trabajador como sujeto «contratante débil», de manera que la mera firma de un contrato no debe considerarse como una auténtica expresión de consentimiento plenamente libre, dado lo escaso del bien empleo y la enorme compulsión que provoca asumir las decisiones empresariales por quien quiere –y necesita– mantenerlo (FJ 3.º). El Tribunal Constitucional, en cambio, parte de lo contrario, de la presunción general de consentimiento al poder de vigilancia personal por la mera firma del contrato,

siempre que, cierto, medie un interés empresarial al cumplimiento efectivo, lo que igualmente se presume en virtud del [artículo 20.3 del ET](#) releído constitucionalmente *ex* artículos 33 y 38 de la *CE*. Para el Tribunal Constitucional, pues, «lo laboral» se hace acreedor de tratamiento diferenciado solo si es para la optimización de la posición organizativa del empleador, mientras que se revela inespecífico respecto del estatuto constitucional del trabajador, creando ese desajuste un gran agravio respecto del ciudadano.

Para verificar ese creciente trato peyorativo de los datos personales del trabajador en el ámbito de la empresa respecto del que recibe el ciudadano fuera de ella, ya [tuve ocasión de dar cuenta](#) del diferente canon de control ejercido, respecto de la legitimidad penal del control empresarial de las comunicaciones de sus empleados, por la Sala Penal del Tribunal Supremo. Al respecto, contundente fue la crítica realizada por su [Sentencia de 16 de junio de 2014, rec. núm. 2229/2013](#), tanto a la jurisprudencia social como a la doctrina constitucional, a fin de abrir una brecha determinante entre unas posiciones y otras, defendiendo en vía penal la necesidad de la autorización judicial, pues las comunicaciones de las personas son inviolables *ex* artículo 18.3 de la *CE* sin aquella autorización –o consentimiento, claro ([STS, Sala 2.ª, de 4 de diciembre de 2015, rec. núm. 10447/2015](#))–. Una posición de prevalencia de la garantía constitucional frente al principio de eficacia del control, por más que en juego esté un interés general y una muy clara sospecha de actividades delictivas, que ha tenido la oportunidad de ratificar en relación con la protección de la inviolabilidad del domicilio *ex* artículo 18.2 de la *CE*, prohibiendo a la policía vigilar con prismáticos el interior de un domicilio sin autorización judicial, por más que fuesen los propios dueños de la vivienda los que facilitarían el acceso al dejar descorridas las cortinas. Para esta jurisprudencia penal, la «expectativa razonable de privacidad» o intimidad domiciliaria no desaparece por el hecho de que el titular o usuario de la vivienda no refuerce los elementos de exclusión asociados a cualquier inmueble ([STS, Sala 2.ª, 329/2016, de 20 de abril](#)). Al contrario, la protección frente a la incursión en un domicilio debe abarcar, ahora más que nunca, la intromisión virtual, pues la revolución tecnológica ofrece sofisticados instrumentos de intrusión que obligan a una interpretación funcional-realista del artículo 18.2 de la *CE*.

En paralelo a ambas doctrinas controvertidas y suavizadoras de los límites al poder de control personal por parte de los empleadores respecto de sus empleados, obviando o, en todo caso, devaluando el consentimiento, e incluso el conocimiento previo, del empleado, [hemos conocido](#) que la AEPD –a partir de varios informes desde 2013– y el nuevo «[protocolo contra la violencia de terceros](#)» –BOE de 10 de diciembre de 2015– contra los empleados públicos los «blindarían» de un control mediante grabaciones análogas. Los informes de la AEPD restringen notablemente las acciones dirigidas a la seguridad y vigilancia en los centros públicos de trabajo, evitando que la captación y grabación de imágenes personales permita la identificación del sujeto, sin que puedan utilizarse para expedientes disciplinarios. El protocolo introduce, como una medida preventiva del riesgo de violencia de terceros contra el empleado público, la prohibición a los usuarios-clientes de captar imágenes de los empleados públicos.

Precisamente, la AEPD ha anunciado en estos días la [realización de inspecciones](#) para verificar si la instalación de sistemas de vídeo-vigilancia en las zonas de oficinas de centros penitencia-

rios, donde «teóricamente» tan solo tienen acceso funcionarios, respeta esta política prohibitiva. La instalación se ha producido sin previa información a los trabajadores o sus representantes, habiéndose solicitado sindicalmente la suspensión cautelar del sistema fijado en tanto dura la actividad de inspección.

Pese a la enorme trascendencia y complejidad de estos temas, es hora de terminar este diálogo con sendas doctrinas de mi disenso, que, de seguro, nos dará nuevos capítulos. Ahora tan solo queda formular una doble observación. La primera, que, cualquiera que sea la valoración realizada, tanto la «*doctrina Bărbulescu*» del TEDH como la que podemos denominar «*doctrina Bershka-Inditex*» del Tribunal Constitucional, que se fundamenta en aquella, pero que lleva mucho más allá, en la dirección de un radical vaciamiento del sentido práctico del límite constitucional al poder de vigilancia empresarial, hay que reconocer que la calidad técnica de las mismas brilla por su ausencia. En esta falta de finura jurídica se halla el germen de notables incertidumbres jurídicas que, por su trascendencia, debieran ser resueltas, precisando verdaderamente sus respectivas doctrinas sobre el uso de la tecnología por parte del trabajador en el seno de la relación de trabajo, en el marco de una sociedad en la que el uso de dicha tecnología forma parte de la vida cotidiana de la gran mayoría de personas.

La segunda que, por supuesto, no creo en absoluto que la solución correcta venga de la mano de radicalizar la protección exigiendo autorización judicial para el ejercicio del poder empresarial, pues confío en la especificidad de las soluciones laborales frente al tratamiento indiferenciado, como defiendo de forma persistente en estas páginas. Consecuentemente, si el poder de policía empresarial no precisa de autorización judicial, a diferencia incluso del poder de policía pública, parece claro que el trabajador también requiere de tutela especial. A tal fin, es razonable asegurar la transparencia suficiente en torno a la política empresarial, primando el uso de control frente a la facilitación de la consecución de pruebas al empresario que asegure el éxito de su acción disciplinaria. De ahí, la necesidad de una información específica, bien al trabajador y a los representantes laborales, bien solamente a estos, como propone el fundado segundo voto particular, siguiendo la *STSJ de Madrid de 9 de febrero de 2015* (FJ 4.º). Una vez más, pues, habría que preguntarse, como Pedro al ver el «nuevo sacrificio de Cristo» por su falta de coraje defensor del nuevo mensaje de libertad e igualdad, hacia dónde se dirige una justicia laboral que cada vez diluye más su especificidad transaccional: «¿Quo vadis *justicia laboral*?».