

Eficacia de gestión versus protección de datos: ¿reactividad jurisdiccional a la «inflación de derechos humanos» (en el trabajo)?

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Constitucional 160/2021, de 4 de octubre](#)

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto

El Tribunal Constitucional (TC) español ha considerado que no viola el derecho a la protección de datos utilizar con fines disciplinarios, por parte de la empresa, unas grabaciones del trabajo de una persona empleada a pesar de que la empresa comprometió, a través de un acuerdo colectivo, solo un uso formativo. La determinación del alcance concreto del acuerdo colectivo es una cuestión que corresponde a los órganos judiciales, pero es ajena al contenido del artículo 18.4 de la Constitución española. De este modo, el TC español infravalora el papel de la autonomía colectiva en la mejora de las garantías del derecho a la protección de datos, con lo que se aparta del enfoque del derecho de la Unión Europea (art. 88 Reglamento general de protección de datos). No es un caso aislado, sino que forma parte de una línea de devaluación del derecho humano a la protección de datos en los entornos laborales.

Palabras clave: protección de datos; autonomía colectiva; derechos humanos; poder de control tecnológico.

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Eficacia de gestión versus protección de datos: ¿reactividad jurisdiccional a la «inflación de derechos humanos» (en el trabajo)? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 160/2021, de 4 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 465, 109-122.

Management efficiency versus data protection: jurisdictional reactivity to "human rights inflation" (at work)?

Commentary on the Ruling of the Constitutional Court 160/2021, of 4 October

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

The Spanish Constitutional Court has concluded that it does not violate the right to data protection to use for disciplinary purposes, by the company, the recordings made in their workplace of an employed person despite the fact that the company committed, through a collective agreement, only a formative use. Determining the specific scope of the collective agreement is a matter that corresponds to ordinary jurisdiction, but it would remain outside the walls of the right to data protection. In this way, the Spanish Constitutional Court underestimates the role of collective autonomy in improving the guarantees of the right to data protection, thereby departing from the approach of European Union Law (art. 88 General Protection Regulation of Data). It is not an isolated case, but is part of a judicial policy of devaluation of the human right to data protection in work environments.

Keywords: data protection; collective autonomy; human rights; power of technological control.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Management efficiency versus data protection: jurisdictional reactivity to "human rights inflation" (at work)? Commentary on the Ruling of the Constitutional Court 160/2021, of 4 October. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 465, 109-122.

Garantizar una vida humana mínimamente decente es la base de los derechos humanos. Sin embargo, una vida mínimamente decente es algo menos que una vida mínimamente feliz (Massimo Renzo). La noción de derechos humanos habría perdido su significado original, convirtiéndose hoy más en una especie de postura universal de todos hacia todo [el deseo de amar se quiere convertido en el derecho al amor, el deseo de amistad se pretende convertido en el derecho a la amistad] (Milan Kundera). El papel de todo tribunal de derechos humanos, en su función de cerrar las brechas entre la ley y la evolución social, y tecnológica (Juez Barak) sería garantizar que los derechos mínimos estén debidamente protegidos evitando la inflación de los derechos humanos, definida como la tendencia a enmarcar cualquier reclamación como una violación de derechos humanos fundamentales (Dr. Dzehtsiarou).

Voto concurrente del juez Yudkivska a la [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de noviembre de 2021](#)

1. Marco normativo: llamada comunitaria a la autonomía colectiva para integrar garantías de la protección de datos en el entorno laboral digital

Tanto en el ámbito más transitado y regulado legalmente de la «protección de datos» en los diferentes entornos de nuestra vida, también laboral, cuanto en el más moderno y sofisticado de la gestión mediante la inteligencia artificial (IA), el papel de la autonomía colectiva tiende a ser marginado. Las leyes más recientes reconocen, sí, difusos derechos informativos (débil garantía de transparencia). Sería el caso, por ejemplo, de la [Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales](#) (LOPDGDD) o la «[Ley riders](#)» (por ejemplo, [art. 64.4 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)). Pero la gobernanza efectiva de la vida digital tiende a ignorar lo colectivo ([Álvarez Cuesta, 2021](#)).

Por supuesto, los órganos donde los interlocutores sociales tienen una presencia institucional no cesan de reivindicar, cada vez que tienen ocasión, un sistema coherente y eficaz de derechos colectivos (información, consulta y negociación) cuando la empresa introduzca sistemas de gestión digital que puedan incidir en la «organización del trabajo, la vigilancia y su control» (así como en los sistemas de evaluación y contratación de las personas trabajadoras), como hace el Comité Económico y Social Europeo (CESE)¹. Pero no parece hallar el

¹ [Vid. Dictamen del CESE sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano»](#) [COM(2019) 168 final].

eco que pretende su voz, porque la Comisión sigue ignorándola, como reflejaría el silencio al respecto de la esperada [propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de IA](#) («Ley de inteligencia artificial», COM/2021/206 final). Y ello pese a que es consciente, como el Consejo de Europa (organización internacional distinta a la Unión Europea –UE–), de la creciente necesidad de las personas trabajadoras, cada día más inmersas en entornos laborales digitales, de nuevas y mejores salvaguardias para proteger de forma efectiva su privacidad, y en particular la relativa a la protección de datos. Su reciente Recomendación –no vinculante, pero de gran valor interpretativo para el [Convenio 108+ del Consejo de Europa](#)– de 3 de noviembre de 2021 sobre elaboración de perfiles así lo apunta, como he reseñado recientemente ([Molina Navarrete, 2021](#)). Igualmente, el Parlamento Europeo (las instituciones más democráticas se muestran más receptivas) [propone regular los entornos laborales digitales con el protagonismo de la autonomía colectiva](#).

Desde estrictas vías de autorregulación comunitaria, la llamada a esta gobernanza colectiva es insistente. Es el caso del Acuerdo Marco Comunitario sobre Digitalización (2020) ([Lerouge, 2020](#)). La autonomía autorreguladora nacional más reciente también tiende a incluir un sistema de derechos colectivos relativos a la gobernanza del entorno laboral digital que den más protagonismo a la representación de las personas trabajadoras. Y ello no solo en una dirección de garantías adicionales, sino también de mejora de la confianza de aquellas sobre los beneficios que pueden derivarse de esta transformación digital (por ejemplo, [Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito](#)), tratando de arrojar luces sobre ella, no solo sombras. Justamente, la normativa comunitaria vigente sobre protección de datos ya contempla esta dimensión, incluso preferente, de la autonomía colectiva para normalizar la convivencia de las personas empleadas con estos cambios. Así lo refleja el artículo 88 del [Reglamento UE/2016/79](#) (Reglamento general de protección de datos –RGPD–) y lo animaría, de forma algo difusa y programática, el [artículo 91 de la LOPDGDD](#).

En todo caso, como acaba de recordar el voto particular concurrente, que encabeza este diálogo, a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ([STEDH](#)) de 9 de noviembre de 2021, relativa al artículo 8 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) (CEDH), el que el TEDH suele utilizar para la protección de datos personales en el entorno digital laboral y sobre la que volveremos después (si bien se trata de una faceta muy diferente a la sentencia constitucional de nuestra glosa), el papel de las jurisdicciones, incluso al máximo nivel, constitucional y ordinario, sería corregir las brechas entre la evolución sociotecnológica y el ordenamiento jurídico, a fin de mantener el debido equilibrio entre las razones y derechos en juego. Sin embargo, en más de una ocasión, parecen servir más bien de obstáculo a su evolución, sobre la base –a menudo velada– de una eventual «inflación de derechos humanos», en este caso a la protección de datos personales, tratando de corregir los excesos de un determinado «pan-proteccionismo» de datos personales en las empresas, el movimiento opuesto al de la «pan-eficacia» de gestión tecnológica de las empresas, a fin de maximizar todas las facetas del poder de dirección

empresarial ex [artículo 20 del ET](#) (gestión-organización-control). A mi juicio, ese es el debate más profundo que subyace a la discutida y discutible Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 160/2021, de 4 de octubre, así como otras recientes en una misma línea de política judicial del derecho, también del Tribunal Supremo (TS), orientada a –o tiene como resultado, aun no pensado– reducir (acotar) el impacto laboral de la protección de datos.

2. Breviario del supuesto de hecho: relato fáctico para la norma del caso

La empresa Telefónica despidió a un encargado de atender telefónicamente a la clientela por una falta muy grave. El despido fue justificado en que durante diferentes días (hasta un total de ocho ocasiones) pudo constatar una deficiente atención y una dilación injustificada en la resolución de los problemas que le planteaban, sin seguir los procedimientos fijados, incluso en algunos casos facilitándoles información errónea. La empresa advirtió en sucesivas ocasiones de la incorrección de su proceder. Consta que tenía conocimiento de que sus conversaciones con la clientela eran grabadas y a ellas tenía acceso la persona coordinadora al objeto de comprobar la corrección del trabajo. El fin de la medida, conocida y acordada con la representación laboral, es formativo (identificar carencias en la prestación de los servicios de atención-ventas que permita la elaboración de planes individuales de mejora de competencias para superarlas), con el «compromiso de que la monitorización no tendrá en ningún caso como objetivo su utilización como un mecanismo disciplinario».

Presentada la demanda, la instancia la estima (despido improcedente; la grabación no permite constatar un incumplimiento suficientemente grave), rechazando la nulidad, pues esta prueba digital no viola el [artículo 18.4 de la Constitución española](#) (CE). La empresa realizó una monitorización ajustada a las facultades de control empresarial (justificada por razones de eficacia, ser conocida de forma previa y proporcionada). Que medie un acuerdo de renuncia a utilizar ese control a efectos disciplinarios no excluiría su uso como medio de prueba en caso de constatar no solo un defecto de formación, sino un incumplimiento grave laboral. La empresa no puede quedar inerte frente a comportamientos incumplidores graves, solo con el fundamento de la eventual renuncia empresarial a ejercer el control de un cierto modo, pues en ese caso se consagraría un poder de inmunidad laboral.

En suplicación se confirmó dicha doctrina (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Aragón 379/2016, de 27 de mayo). Una vez inadmitido –como es habitual– el recurso de casación unificadora, se recurre en amparo. El recurso invoca la doctrina de la [STC 29/2013, de 11 de febrero](#), y valora que concurre la trascendencia constitucional.

3. La doctrina constitucional: síntesis de los razonamientos jurídicos para el fallo

3.1. Superación de la condición de admisibilidad: la especial trascendencia constitucional desde el enfoque de protección de datos

El TC admite la especial trascendencia constitucional del asunto (en los términos de la [STC 155/2009, de 25 de junio](#)), que consistiría en precisar la relevancia que, para la configuración del derecho a la protección de datos personales ([art. 18.4 CE](#)), tienen las condiciones pactadas respecto del uso de los datos obtenidos mediante grabaciones. Hasta ahora solo habría doctrina constitucional en relación con el derecho a la intimidad personal ([art. 18.1 CE](#)) o respecto del derecho a la protección de datos personales, pero sin mediar tal acuerdo o compromiso de renuncia al uso de un medio digital para el ejercicio del poder disciplinario, concurriendo un conocimiento de la grabación de imagen ([STC 39/2016, de 3 de marzo](#), en relación con la [STC 292/2000, de 30 de noviembre](#)). Sobre la constatación de esta condición de admisibilidad constitucional del recurso, repasará su doctrina previa, así como la jurisprudencia del TEDH ([STEDH de 17 de octubre de 2019, caso López Ribalda y otros c. España](#), así como la [STEDH de 9 de enero de 2018](#)), para valorar su aplicación a este caso concreto.

3.2. Desestimación del fondo: respetado el contenido esencial, el alcance del acuerdo es cuestión de legalidad ordinaria, ajena al artículo 18.4 de la CE

El TC precisa que el problema constitucional que se plantea, desde la perspectiva del derecho a la protección de datos ([art. 18.4 CE](#)), queda limitado a determinar la afectación que sobre este derecho tiene el supuesto incumplimiento de la empresa de su compromiso con la representación laboral de que la medida de control tecnológico no tendrá un uso disciplinario. El TC desestimará el recurso de amparo sobre el siguiente proceso argumental articulado en tres razonamientos. A saber:

- El contenido esencial del derecho a la protección de datos se respetaría, porque la empresa justificó e informó previamente de las grabaciones.
- La garantía convencional se habría cumplido realmente, porque la empresa usó las grabaciones con los fines formativos comprometidos (la monitorización sonora sirvió inicialmente para corregir las deficiencias profesionales –fines de calidad de servicios y formativos–). Solo la persistencia de una actitud renuente al cumplimiento de las indicaciones llevó a ejercer la acción disciplinaria.

- En última instancia, el recurso «se circunscribe a determinar si la interpretación de la cláusula pactada [...] admite que la constatada voluntad renuente [...] a asumir las indicaciones empresariales pueda ser considerada como un comportamiento susceptible de ser sancionado. La determinación [...] corresponde a los órganos judiciales, pero es ajena al contenido del artículo 18.4 CE» (FJ 4.º b).

4. Trascendencia de la doctrina más allá del caso: ¿reduccionismo del contenido constitucional de la protección de datos en el trabajo?

4.1. Primera contradicción: ¿admitir la trascendencia constitucional resulta coherente con desestimarla por ser el acuerdo mera legalidad ordinaria?

La relevancia, más allá del caso concreto, de esta doctrina constitucional es evidente para una adecuada garantía de la protección de datos en el entorno laboral. El TC habría renunciado a valorar la conformidad constitucional de una práctica empresarial intrusiva en aquel derecho humano fundamental, haciendo prevalecer las razones de eficacia en el control y sanción empresarial de quienes no cumplen adecuadamente sus deberes laborales básicos, aunque la prueba de ello se encuentre en un formato tecnológico obtenido de una forma altamente invasiva del tiempo de desempeño profesional. Hay que precisar que el TC no concluye que los modos de ejercicio del poder disciplinario sean refractarios a la renuncia mediante compromisos colectivos, como si de normas de orden público económico-laboral indisponibles se tratara. Lo que el TC afirma, sin duda discutiblemente, es que ese tipo de compromisos son de ley ordinaria, no trascienden al contenido de garantías, ni esenciales ni adicionales, del derecho a la protección de datos. Por tanto, el concreto alcance del compromiso convencional más favorable para las razones de las personas empleadas debería dilucidarse por la jurisdicción ordinaria, en línea con lo que ha acontecido en el caso, desde la perspectiva de legalidad ordinaria, dejando extramuros el derecho a la protección de datos.

Lo primero que llama la atención de esta posición es la contradicción que supone, a mi juicio, el que se admita el recurso por la trascendencia constitucional del asunto y, sin embargo, luego se desestime –en línea con lo que sostuvo el Ministerio Fiscal– por tenerlo como de mera legalidad ordinaria. En realidad, esta doctrina solo puede comprenderse desde un reduccionismo extremo de la autonomía colectiva en la conformación del contenido de garantías (adicionales) de la protección de datos, que contrasta de forma muy significativa con la relevancia que aquella fuente encuentra en el derecho de la UE, de conformidad con los citados artículos 88 del [RGPD](#) (en relación con su considerando 155) y [91 de la LOPDGDD](#). Consecuentemente, la fijación de límites específicos al poder de control tecnológico por la vía de los compromisos convencionales no puede deslindarse del contenido garantista, esencial o adicional, del derecho a la protección de datos.

4.2. Segunda antinomia: ¿es conforme a la buena fe y a la transparencia comunitaria un uso autoexcluido de datos con pretexto de otro uso informado?

En esta dirección reduccionista judicial patria del complejo sistema de las garantías multinivel del derecho a la protección de datos en los entornos digitales laborales, los niveles de la jurisdicción ordinaria y el máximo nivel de la constitucional han pasado por alto, en el juicio de conformidad del sistema de monitorización utilizado por la empresa, no solo la fuerte restricción comunitaria de utilizar los datos para unos fines laborales distintos e, incluso, opuestos a aquellos para los que se ha informado y diseñado (art. 6.4 [RGPD](#)), sino el carácter tan intrusivo o invasivo del sistema puesto en práctica. No solo el juicio de proporcionalidad sufriría, sino los principios específicos del artículo 5 del [RGPD](#).

En el caso analizado, se cumple, sí, la obligación comunitaria de información previa específica –no genérica, como vienen asumiendo el TC y el TS españoles, vaciándola– del fin perseguido y de la base jurídica del tratamiento (art. 13.1 c) [RGPD](#)). Sin embargo, se hace un uso opuesto al previsto (un uso formativo beneficia a la persona empleada, otro disciplinario la perjudica). Un uso que, además, se había afirmado expresamente que no se realizaría, creando una expectativa razonable de inmunidad laboral respecto de ese modo de control, no con carácter general, lógicamente. Por tanto, además de que se traicionaría la buena fe contractual (lo que niega la jurisdicción ordinaria), se hace un uso autoexcluido, sin que el medio invasivo o global de monitorización sea el único que puede habilitar el ejercicio del poder empresarial (se renuncia a modos y tiempos, no a su ejercicio en sí). Los precedentes constitucionales, como el de la [STC 196/2004, de 15 de noviembre](#) (prohíbe a la empresa utilizar a efectos disciplinarios la información sobre el consumo de drogas de la trabajadora obtenida mediante un control realizado a efectos de salud), y el de la [STC 98/2000, de 10 de abril](#) (considera desproporcionada la grabación indiscriminada de las conversaciones de las personas trabajadoras con las clientes del casino, sin que legitime el sacrificio el plus de seguridad buscado), apuntan en otra dirección contraria a la seguida por la [sentencia constitucional analizada](#).

Los riesgos para los derechos cívicos de estas prácticas de gestión digitalmente innovadora, que con el pretexto de un uso de favor a la persona trabajadora (por ejemplo, mejorar el bienestar) sirve a otros (disciplinarios, de evaluación de desempeño), se constatan en numerosos casos. De nuevo, Amazon ilustra estos «usos múltiples», incluso «multívocos». Hace 1 año comunicó su proyecto de [utilizar la gestión algorítmica para la mejora de la seguridad y salud ergonómica de su personal de almacén](#). Con ello decía atender una razón de bienestar, pero enmascaraba una razón de productividad (optimizar la diversidad de capacidades musculares), emergiendo su ambivalencia (lo que para unos sectores de opinión es una virtud tecnológica de bienestar, para otros es maximización tecnológica de la explotación). Ahora ha comunicado que instalará en su flota de reparto ([una parte eléctrica, para reducir su huella de carbono](#)) [cámaras de vigilancia que usan IA](#), en este caso esgrimiendo «mejoras de seguridad» de las personas repartidoras. Las cámaras hacen un registro

automático de «eventos» (infracciones-distracciones de la conducción). Cada registro conlleva un envío de imágenes a la empresa con el fin de evaluar su conducta, pero también su actitud. Al respecto, una voz artificial reprueba («¡conducción distraída!»), a modo de alerta en tiempo real, tales conductas inapropiadas. Cinco registros-alertas por cada cien viajes conllevará la pérdida automática del bonus económico. La empresa lo estima virtuoso para la seguridad de las personas empleadas, estas se quejan de la carga psicosocial (estrés) que conlleva tanto control de excelencia y el riesgo de pérdida de privacidad.

Otro emblemático es el de H&M en la –histórica para los derechos humanos– ciudad de Núremberg (Alemania). La empresa organizó un sistema de «charlas de bienvenida» para las personas retornadas tras un periodo de baja (por ejemplo, enfermedad) con la gerencia. Los datos no solo permanecieron almacenados, sino que fueron usados, entre otros fines, para obtener perfiles individuales detallados para una variedad de decisiones relativas al empleo. Un fallo de seguridad afloró la práctica. La [abultada sanción \(35 millones de €\) por la violación de la normativa de protección de datos](#) no solo acabó con la práctica, sino que implicó una compensación económica considerable, reconociendo la responsabilidad corporativa en tan intensa privación de derechos civiles. El efecto disuasorio se confirmó en los esfuerzos de la dirección por compensar el daño y restaurar la confianza de empleadora cívica (transparencia y resarcimiento justo).

4.3. Cuestión de fondo, constitucional y comunitaria, eludida: ¿un acuerdo colectivo puede legitimar monitorizaciones masivas y polivalentes?

Desde luego, si algo falla en el asunto aquí analizado es la confianza. Que la empresa no la tiene en su personal se pone de relieve en la monitorización masiva. Que es difícil que la tengan las personas trabajadoras derivaría del incumplimiento empresarial del compromiso específico alcanzado. Ahora bien: ¿una monitorización global (todas las llamadas recibidas por todas las personas empleadas) de cierta categoría profesional supera el juicio de razonabilidad del sacrificio, aun justificada e informada? No parece. Este control es posible con una medida menos invasiva, como la selección muestral aleatoria de llamadas, en línea con el principio de calidad de datos ex artículo 5 del [RGPD](#).

Entonces, la mediación de un compromiso convencional, aun de aquellos con un auténtico valor normativo, ¿relaja las exigencias comunitarias? La Sentencia del TS ([STS](#)) 304/2019, de 10 de abril, parece relajar ese juicio de conformidad (legitimidad del convenio que autoriza a las empresas de *contact center* a que sus personas empleadas sean obligadas a realizar videollamadas, por adecuarse al devenir económico del sector en entornos digitalizados). La práctica deja relucir que estos compromisos convencionales, no solo como garantías, también de facilitación del control, incluso a efectos múltiples, son más frecuentes de lo que creeríamos, sobre todo en la experiencia convencional de empresa. Por ejemplo, el artículo 34 del [III Convenio de la empresa Enercon Windenergy Spain, SL](#), no tiene inconveniente alguno en establecer el siguiente compromiso relativo al control de los vehículos de la empresa:

Control de los vehículos de la empresa.

La empresa dispone de un sistema de localización GPS en la totalidad de los vehículos profesionales de EWS [...]. El objetivo [...] es garantizar una organización más eficiente de su flota [...] y la seguridad y salud de los trabajadores.

La instalación de estos dispositivos no tiene la finalidad de monitorizar la actividad o el comportamiento habitual de los trabajadores. Sin embargo, respetando siempre los principios legales, la información proporcionada por el sistema de GPS podrá ser utilizada para la aplicación del régimen disciplinario de la empresa [...].

En otras ocasiones, el convenio sí tiene una dimensión de garantías adicionales, más en línea con la previsión del [artículo 91 de la LOPDGDD](#). Sería el caso del [Acuerdo de Teletrabajo del Grupo Adif \(2021\)](#). Su punto 13 (p. 9) prohíbe el uso de medidas de control, tales como la fotografía o el vídeo, para fines de vigilancia de la actividad del trabajo a distancia. Por tanto, el compromiso convencional no se limita al reconocimiento genérico (a todas luces superfluo) del deber de respetar la normativa relativa a los derechos de protección de datos y de intimidad personal.

En este contexto, parece claro que el acuerdo de nuestro asunto no es de garantías adicionales puras, sino transaccional: la representación laboral solo puede aceptar una forma de control automático tan permanente y global del desempeño a cambio de algo beneficioso para las personas empleadas, como es la mejora formativa y la exclusión del uso disciplinario de las grabaciones. Consecuentemente, si la empresa rompe el pacto y elimina unilateralmente la expectativa de inmunidad laboral respecto a las grabaciones, se rompe el equilibrio interno del pacto, traiciona la razón de ser transaccional, el intercambio típico de todo compromiso colectivo como este (violación de la buena fe en detrimento del derecho a la protección de datos). La jurisdicción constitucional elude tal juicio valorativo atribuyéndolo a la jurisdicción ordinaria, y esta lo ha eludido totalmente sobre la base de la presunta irrenunciabilidad del control tecnológico y el respeto a la triple garantía exigida por el TEDH (justificación, transparencia y proporcionalidad). Pero ya hemos visto que el juicio de la jurisdicción ordinaria ha sido muy laxo, sin atender de forma concreta y precisa a las determinadas circunstancias, fácticas y jurídicas, del asunto.

4.4. La tercera contradicción: ¿vuelve a prevalecer el derecho a la eficacia de la prueba tecnológica sobre el derecho a la protección de datos en el trabajo?

En todo caso, sea cual sea el juicio que se obtenga en la debida ponderación de todas las razones y derechos en juego, lo que pareciera irrefutable es que este análisis no puede quedar extramuros del derecho a la protección de datos, como termina diciendo el TC. Al contrario, entra de lleno en su contenido, no ya adicional, sino incluso esencial, porque

afecta a la fiabilidad real de la garantía de información previa específica (que la empresa no respeta), así como a la proporcionalidad. En realidad, la remisión al juicio de valoración jurisdiccional ordinaria por tratarse de este tipo de legalidad enmascara sea el juicio previo de cumplimiento del pacto, al entender que la contumacia mostrada por la persona empleada situó la cuestión en otro nivel, el estrictamente disciplinario, lo que exigiría ponderar si la sanción de despido fue o no desproporcionada (juicio propio de la jurisdicción ordinaria), sea el claro favor constitucional por la garantía de eficacia de la prueba empresarial –derecho fundamental–. Para reforzarlo, al TC le basta con renunciar a controlar el ajuste último de esta forma –tan invasiva– de control, con el pretexto de que no trasciende al contenido constitucional (cuando admite el recurso y realiza el juicio de proporcionalidad y cumplimiento), encerrándolo en el espacio propio de la legalidad ordinaria. Pero no solo eso. Lleva a cabo un último blindaje.

En efecto, la remisión a la jurisdicción ordinaria no es plena: le deja claro que no puede hacer ese juicio desde la perspectiva constitucional, porque no la tendría. Por lo que en modo alguno podría sancionarse con la nulidad del despido, al no vulnerarse un derecho fundamental. A mi entender, este rechazo de la dimensión constitucional del derecho a la protección de datos («desconstitucionalización») de ciertos aspectos, que quedan, en el ámbito laboral, abandonados a la estricta decisión de política legislativa (o convencional) del derecho, pese a integrar aquella en su análisis más coherente y conforme al diseño comunitario, refleja una tendencia más amplia. Sería el caso de la también muy criticada –incluso internamente– [STC 61/2021, de 15 de marzo](#) (vid. [Todolí Signes, 2021](#)). Se recordará que, en este asunto, si bien el TC exige integrar en el contenido constitucional de la violación del derecho a la protección de datos constatada, en virtud de una prueba tecnológica contraria a él, el derecho a un resarcimiento justo del daño moral, excluye que sea un imperativo constitucional la calificación del despido realizado con una prueba digital ilícita. Al contrario, se trata de una cuestión –otra vez– de mera legalidad ordinaria. El voto particular tiene otra visión.

Tampoco el máximo nivel de la jurisdicción ordinaria queda ajeno a tal tendencia reduccionista del valor del derecho a la protección de datos personales en el entorno laboral digitalizado. La –también discutida y discutible– [STS 817/2021, de 21 de julio](#) (casa y anula la STSJ de Madrid 828/2018, de 28 de septiembre), en línea con la [STS 77/2017, de 31 de enero](#), rechaza que toda eventual violación del derecho a la protección de datos personales en el entorno laboral afecte al valor de la prueba tecnológica empresarial, sin perjuicio de la tutela que corresponda en la que comienza a verse como su «sede natural», la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). Más recientemente, la [STS 1003/2021, de 13 de octubre](#), valora que, aunque la grabación se haga en tiempos de descanso de las personas conductoras de autobuses, está justificada para disuadir, antes de su realización, o probar, en caso de actualización, actos eventualmente ilícitos laborales. De nuevo, el TS corrige, a favor de una visión más laxa y de favor hacia la eficacia probatoria empresarial, la posición más garantista de la doctrina de suplicación, casándola y anulándola, invocando la doctrina del TEDH ([López Ribalda II](#)). Mientras que una parte de la doctrina de suplicación social

sigue promoviendo una comprensión más comunitaria del marco legal, al entender que solo puede aceptarse información previa, expresa, precisa e inequívoca sobre el tratamiento de los datos personales obtenidos, el TS se sigue conformando con que sea genérica.

En suma, asistimos a una cierta política jurisdiccional del derecho a la protección de datos personales en el entorno laboral que contrarrestaría parcialmente la tendencia hacia una suerte de «pan-proteccionismo de datos» en el trabajo. Al contrario, hace valer en el ámbito jurídico-laboral, y sin perjuicio del mayor rigor que se pueda producir en el marco que parece propio, el administrativo de la AEPD, la razón de la eficacia del control empresarial (ex [art. 20 ET](#) en relación con el [art. 38 CE](#)) sobre incumplimientos laborales constatados, sobre la base de la garantía de efectividad del derecho a la prueba empresarial ex [artículo 24 de la CE](#). Ante la reiteración, tanto del TC como del TS, ¿no estaremos ante una suerte de reacción jurisdiccional frente a una, real o pretendida, «inflación del derecho humano a la protección de datos» en el entorno laboral?

4.5. Más allá de la protección de datos: ¿exceso invocador de, reactividad judicial, los derechos a la salud psicosocial, a la equidad de género, etc.?

Por supuesto, no es este el lugar para tratar una cuestión tan compleja y delicada, aunque trascendental para comprender el papel de los derechos humanos en el entorno laboral, en particular, y en la vida social, en general, tan reconocidos normativamente como continuamente amenazados en el mundo real, a múltiples niveles. Pero sí creo útil, al hilo del comentario de la sentencia que ocupa este diálogo y de la política jurisdiccional más amplia asociada a una limitación de la protección constitucional de uno de los derechos hoy más en boga, la protección de datos personales en el entorno (digital) laboral, hacer una mínima referencia a la utilidad que puede tener en nuestra experiencia social una reflexión como la que supone el voto particular disidente a la citada [STEDH de 9 de noviembre de 2021 \(caso Špadijer v. Montenegro\)](#). En apretada síntesis, esta sentencia hace del artículo 8 del [CEDH](#), que reconoce y garantiza el derecho civil humano al respeto de la vida privada y familiar, precepto que es el invocado para la protección europea de los derechos a la privacidad, en general, y protección de datos, en particular, una vía para la tutela –negada por todos los órganos judiciales internos– de una trabajadora de prisiones frente al acoso moral (*bullying*) sufrido, por parte de compañeros y la institución, por denunciar corrupción y malos tratos en el seno del centro para el que trabaja.

Aun compartiendo la decisión del TEDH (correcta y justa), el juez Yudkivska nos ofrece una reflexión interesante –al margen de que se comparta o no su posición, muy equilibrada, por otro lado– en torno a lograr en las sociedades actuales el necesario equilibrio entre la debida efectividad de los derechos humanos, que ocupan –como debe ser– una posición preferencial en los ordenamientos civilizados, y la conveniencia de no desbordar sus expectativas para no banalizarlos o, peor, alentar excesivas frustraciones en torno a su

exigibilidad. El voto señala la evolución de la jurisprudencia del TEDH en una dirección expansiva de la protección de la esfera personal ex artículo 8 del CEDH para englobar prácticamente todos los aspectos de la identidad psicofísica de una persona, incluidos sus estados/expectativas de equilibrio. Esto no significa que toda injerencia en la dignidad humana alcance el umbral del artículo 8, sino solo aquellas que tengan un efecto grave sobre la integridad psíquica de la víctima, si bien los límites aparecen a menudo difusos entre el derecho-expectativa a una vida «decente» (derecho) y el derecho a una «vida (idealmente) feliz» (deseo, salvo para la Constitución de 1812).

A mi juicio, esta tensión entre el idealismo de los derechos humanos cívicos y sus limitaciones en la vida práctica (laboral) proporciona un marco fértil para el análisis de decisiones como la [STSJ de Castilla y León/Burgos 235/2021, de 26 de mayo](#), y el «desbordamiento social» del concepto de accidente de trabajo en aras de una protección reforzada de los estados de equilibrio psicosocial de las personas que refleja. El profesor José Sánchez aporta un [análisis](#) sugerente en esta sección. En el otro lado estaría la incomodidad judicial con las acciones por acoso moral, causa en parte del escaso éxito de la acción judicial, por lo común desestimadas (por ejemplo, [STSJ de Galicia de 28 de julio de 2021, rec. 2397/2021](#)).

Pero esta tensión entre la confianza en la lucha debida por los derechos humanos en todo orden de vida, en especial laboral, y el riesgo de banalización por su inflación, sin que los límites aparezcan claros, menos fáciles de fijar, la podemos hallar también en significativas decisiones jurisdiccionales relativas al canon de enjuiciamiento social con equidad de género. Un asunto especialmente significativo nos lo ofrece la razonada [STSJ de Canarias/Las Palmas 975/2021, de 22 de octubre](#), que rechazará integrar en esta ocasión (lo ha hecho de forma pionera en otras muchas) la perspectiva de género en una cuestión retributiva sobre un plus de peligrosidad. Sin embargo, cuenta con un no menos bien razonado voto particular que sí integra la perspectiva de género por la feminización del colectivo afectado (94 %), factor relevante, porque eleva los riesgos por la distinta socialización de mujeres y hombres. Por su importancia, esta sentencia será objeto de diversos análisis en el próximo número (enero-febrero de 2022).

Asimismo, podemos hallar análogo conflicto subyacente, larvado, entre una corriente de doctrina judicial que se resiste a reconocer una indemnización de daños para el caso de la nulidad objetiva por embarazo y la que sí lo considera como exigencia debida del derecho al resarcimiento integral y disuasorio por la violación de derechos de rango fundamental inherentes al plus de protección de legalidad ordinaria. Una comparación profunda entre la [STSJ de Madrid 609/2021, de 18 de junio](#), y la [STSJ de Cataluña 3381/2021, de 21 de junio](#), así lo desvelaría. Por su relevancia también ha merecido un comentario muy sugerente de la profesora Maite Alameda. Como se puede encontrar en el conflicto de posiciones jurisdiccionales que llevan hasta su máxima expresión la perspectiva de género y consideran que la discriminación está ya en el propio embarazo, por lo que sería irrelevante que llegue o no a buen puerto a los efectos de cobrar el «complemento de maternidad» (por ejemplo, [STSJ de Galicia 3876/2021, de 15 de octubre](#)), y las que lo rechazan.

La lista podría seguir. Pero es hora de terminar. No sin una mínima referencia a otra cuestión jurídico-social de gran relevancia en nuestro tiempo, como es la relativa a los deberes sociales de vacunación frente a la libertad individual de no hacerlo. La respuesta es desigual legalmente en la UE, aceptando el TEDH la vacunación de tipo obligatorio en determinadas situaciones. En nuestro país, en el que rige la plena libertad (lógica individualista), sin perjuicio de la responsabilidad social (acreditada en España por el 90 % de población ya vacunada, tasa más alta de Europa), este tipo de tensiones se puede apreciar en algunas decisiones judiciales recientes. Por ejemplo, la que protege (correctamente) con la nulidad del despido a las personas despedidas por no vacunarse, pero reduce la indemnización a puro simbolismo (erradamente, puesto que está prohibido constitucionalmente), porque no vacunarse quiebra la conciencia social del tiempo, que presiona hacia la vacunación ([Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Bilbao de 8 de octubre de 2021, autos 832/2021](#)). O, desde otra perspectiva, la que no tiene en cuenta el estado emocional de miedo al contagio que creó el riesgo de contagio de COVID-19 para valorarlo como justificación de inasistencias al trabajo (por ejemplo, [STSJ de Asturias 1104/2021, de 18 de mayo](#)).