

EL CONTROL EMPRESARIAL EN LA ACTIVIDAD DE TRABAJO: EL RESPETO A LA DIGNIDAD E INTIMIDAD DEL TRABAJADOR

I. La facultad de vigilancia y control como presupuesto ineluctable de la organización productiva

El poder de control constituye una particular dimensión del poder directivo que se reconoce al empresario¹ para el ejercicio de la facultad fiscalizadora sobre la organización productiva, cual método de acción indispensable para valorar el cumplimiento de la prestación del sujeto dependiente y para eventualmente adoptar medidas correctoras².

Por lógica, la atribución de poderes tendentes a la organización productiva de la empresa debe ir acompañada de facultades destinadas a la comprobación del grado de diligencia empleado por el trabajador en la ejecución de su trabajo, porque de nada serviría una facultad de dirección que no llevara anexa la facultad de verificar el grado de ejecución de las órdenes dadas. Así congruentemente el art. 20 ET, después de reconocer el poder directivo del empresario en los números 1 y 2, ha previsto en el número 3 la posibilidad de que el empresario pueda adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, y en el número 4, como manifestación específica de dicho poder, la facultad empresarial de reconocimiento médico del trabajador ausente por motivo alegado de enfermedad o accidente.

¹ Sobre el punto, *vid.* CONTI, G., *Organizzazione del lavoro e Statuto dei lavoratori*, «Massimario di giurisprudenza del lavoro», 1973, pág. 362, y en igual sentido en nuestra doctrina MONTOYA MELGAR, A. (art. 20 ET) (*Dirección de la actividad laboral*), en «Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores», dirigidos por EFRÉN BORRAJO, t. V, EDERSA, Madrid, 1985, pág. 143.

² Esta afirmación es ampliamente compartida por la doctrina italiana, *vid.*, entre otros, VENEZZIANI, *I controlli dell'imprenditore ed il contratto di lavoro*, Bari, 1975, págs. 47 y ss.; SANTONI, F., *La posizione...*, cit., pág. 117.

Este poder de vigilancia y control empresarial va dirigido —como se ha expresado— a comprobar el efectivo cumplimiento por el trabajador de la prestación debida en los términos establecidos por el empresario en el ejercicio regular de sus facultades de dirección; esto es, a verificar que el rendimiento es el contractualmente exigido y que durante la prestación del trabajo se está observando aquella particular disciplina que hace posible el ordenado desarrollo de la actividad de trabajo³.

Incontestablemente, pues, la vigilancia respetuosa con la dignidad humana, a saber, la puramente funcional, constituye un dato incuestionable y constante de la organización productiva inherente a la propia existencia del orden, que da contenido al poder ordenador y especificador del empresario. Ahora bien, hay que convenir con GARCÍA NINET⁴ que se trata de un poder más amplio que el mero verificar si se ejecuta o no cada una de las órdenes e instrucciones dadas, pues ciertamente la posibilidad de vigilancia de una parte respecto de la otra comparable a la de cualquier contrato adquiere, sin embargo, en el trabajo una particular intensidad debido a que el control y vigilancia del empresario hacia el trabajador resulta más continuo y penetrante, extendiéndose no ya sólo —como refiere SMURAGLIA⁵— a la correspondencia del comportamiento del deudor a las instrucciones generales o al programa inicialmente acordado, sino a todo acto, a la misma organización específica que el propio deudor se da a sí mismo para adecuar sus conocimientos y experiencias a las concretas órdenes recibidas. Ilustrativo resulta en este sentido el reforzamiento semántico operado en el número 3 del artículo 20 ET al añadirse al término «control» el de «vigilancia», cual expresión equivalente, si bien describiendo un matiz nuevo, porque si el control se refiere al cotejo, verificación o comprobación de la actividad desarrollada al esquema de organización inicialmente diseñado, o al propiamente más idóneo para la obtención del óptimo rendimiento, la actividad de vigilancia alimenta una idea diferente que se sustenta en una mayor y más constante atención a la ejecución de la prestación, y en el forta-

³ Cfr. DI ORESTE, L., *Sorveglianti di fabbrica e libertà dei lavoratori*, «Riv. giur. lav.», 1955, II, pág. 529.

⁴ GARCÍA NINET, en AA VV, *op. cit.*, pág. 164.

⁵ SMURAGLIA, C., *op. cit.*, pág. 271; *vid. asimismo* LUCIFREDI, Clara Enrico, *Evoluzione del potere direttivo nel rapporto di lavoro*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1977, págs. 94 a 96.

lecimiento de los elementos comunes de vigilancia contrastables en cualquier relación contractual, lo que hace sin duda del poder de control empresarial una facultad mucho más intensa, penetrante, continua y «minuciosa».

II. Límites a la discrecionalidad del empresario en la adopción de medidas de control

El ET prevé con excesiva generosidad la facultad empresarial de implantar cualquier sistema fiscalizador: «El empresario —dice el texto, nada más comenzar el mismo— podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control.» Esta inicial liberalidad, un tanto desmedida que levantó ya en sede parlamentaria las iras del Grupo Socialista⁶ pronto «queda moderada»⁷ al completarse la frase con la indicación de que debe guardarse «en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana». Esta salvedad, no cabe duda, debe interpretarse como una intervención legal limitadora del poder de control empresarial sobre la prestación de trabajo. Con ello el art. 20.3 ET adquiere un valor antagónico: supone, al tiempo que una posibilidad discrecional al empresario, un freno inquebrantable al poder fiscalizador del mismo.

En general, el empresario puede adoptar cualquier medida conducente a la averiguación de cuanto pueda interesar a la ejecución de la prestación o pueda redundar en perjuicio de la organización productiva. Ya se ha dicho, que la facultad de control es una facultad más de las que integran el poder de dirección del empresario, y es posiblemente el momento de añadir

⁶ Recordemos la enmienda número 320 presentada por el PSOE que pretendía restringir el excesivo poder empresarial que le confería este apartado suprimiendo la expresión «que estime más oportunas» e introduciendo la limitación contenida en la palabra «solo». El texto alternativo completo que se proponía era: «El empresario sólo podrá adoptar medidas de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a la dignidad de éstos y con comunicación expresa de las medidas a adoptar a sus representantes.» *Vid.* Comisión de Trabajo del Congreso, *Debate Parlamentario sobre el Estatuto de los Trabajadores* (bajo la dirección del prof. Dr. SAGARDOY, J. A., por BRIDNES FÁBREGA, D., AYUSO CANALS, I.), Instituto de Estudios Sociales, Ministerio de Trabajo, Zaragoza, 1981, pág. 369.

⁷ MONTOYA MELGAR, A. (art. 20 ET), *op. cit.*, pág. 143.

que no se trata de una prerrogativa atribuida por ley, sino —en palabras de ICHINO⁸— de una consecuencia esencial a la causa típica del contrato de trabajo que sirve únicamente de nexo entre la facultad de ordenación y disposición del empresario y la facultad disciplinaria (presupuesto esencial para la imposición de sanciones).

Ahora bien, el reconocimiento legislativo de dicha facultad, inseparable del poder de control, a mi juicio, entraña sobre todo peligros. Probablemente su no reconocimiento formal hubiera dejado en la nebulosa de la incertidumbre muchas de las medidas de acción que por esa misma inseguridad no se hubiesen llegado a adoptar, posibilidades que hoy *a posteriori*, al amparo del art. 20.3 ET comienzan a concretarse, con el beneplácito de los Tribunales, en claros abusos de supremacía jerárquica empresarial. No es el caso aquí de reproducir sentencias, pero valga como más ilustrativa la sentencia de 11 de mayo de 1983 (Ref. Ar. 4172) que considera legítimas las visitas efectuadas a un trabajador en repetidas ocasiones por vigilantes jurados de la empresa para comprobar su estado de enfermedad. Se trata de una decisión aberrante, pues es claro, que la medida contiene un alto grado del aspecto policial y detectivesco; sin embargo, el TCT ha afirmado que es una medida perfectamente congruente y subsumible en el número 3, art. 20 ET y consiguientemente una facultad legalmente reconocida al empresario. Por esos derroteros haciendo interpretaciones sesgadas como ésta, no se tardará mucho en generalizarse las medidas arbitrarias de control empresarial. Este es el peligro real que advertimos.

No obstante, conduciendo el ejercicio de dicho poder de control a su justo cauce, preciso es señalar que la facultad de control debe ser ordenada exclusivamente a la facultad productiva, lo que lejos de resolverse en una situación de supremacía debe encaminarse a verificar el comportamiento debido por el trabajador para la obtención del resultado convenido, rehusando cualquier actividad discrecional de control empresarial que no se justifique en las exigencias técnico-organizativas del trabajo, en el bien entendido de que si alguna graduación debe establecerse en relación con la mayor o menor implicación de la persona del sujeto dependiente, ésta debe venir determinada por el tipo excepcional de actividad a desarrollar por el trabajador,

⁸ *Op. cit.*, pág. 62.

tomando en cuenta en todo caso el respeto a la exigencia de la tutela de los valores disponibles de la personalidad.

El ET, como nos recuerda la sentencia del TCT de 12 de enero de 1982 (Ref. Ar. 26), correlativamente a la facultad del empresario, art. 20.3 de adoptar las medidas necesarias para «verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales», describe en el art. 5 los deberes básicos del trabajador siempre referidos a los concretos de «su puesto de trabajo» [apartado a)] a las órdenes e instrucciones del empresario «en el ejercicio regular de sus facultades directivas» [apartado c)] y genéricamente, a «cuantos se deriven, en su caso, de los respectivos contratos de trabajo» [apartado f)]. Por ello, la facultad de control, cual aspecto particular del poder de dirección del empresario «no puede estimarse (tal como expresa la citada sentencia), sea ilimitado, sino que nacido del contrato de trabajo, su situación de preeminencia jerárquica queda básicamente condicionada a los límites de aquél, de forma que no pueda alcanzar más que a los extremos que guarden directa relación con el trabajo, prestación básica de aquella relación contractual, y cualquier extralimitación de tal potestad deviene ilegítima y como tal no sólo fuera del amparo jurisdiccional, sino de su inmediata coercitiva exigencia cuando el mal —perjuicio— que se deriva de su cumplimiento es difícilmente recuperable».

Así pues, del mismo modo que el poder de dirección está sujeto a límites internos (ser ejercida en forma regular), la facultad de control debe fundarse igualmente en «un ejercicio racional, justificado objetivamente» (sentencia del TS Sala IV de 16 de noviembre de 1978) y realizarse «dentro de las normas jurídicas que regulan la relación de trabajo de que se trate, como una función social alejada del posible abuso de aquél por el patrono»⁹. De tal forma que cuando tal facultad se ejercita irregularmente, bien sea porque no se justifica la correspondencia de la adopción a la necesidad técnico-organizativa alguna —ni siquiera a la protección del patrimonio—, o bien sea porque se actúa de forma abusiva excediéndose del límite de respeto a las normas jurídicas, el trabajador queda excusado de su cumplimiento sin necesidad de acatar, impugnar o justificar la falta de sumisión.

⁹ GARCÍA NINET, en AAVV, *op. cit.*, pág. 162. Vid. también MONTOYA MELGAR, A. (art. 20 ET), *op. cit.*, pág. 140.

A propósito del reconocimiento de límites que derivan del respeto a las normas (entre las cuales debe encontrarse el art. 20.3), es preciso aludir a uno de los límites inderogables del ejercicio de la facultad fiscalizadora del empresario: el respeto a la dignidad del trabajador¹⁰. A la absoluta arbitrariedad del empresario en el ejercicio de su derecho de control sobre la ejecución de la prestación laboral, opone la norma el respeto a los valores individuales de la personalidad del trabajador.

Según esto, la utilización de medidas de vigilancia y control en la actividad de trabajo no puede extenderse en medida y forma tales de ofender la dignidad de la persona y el pleno goce del trabajador de los derechos de libertad que le corresponde en virtud del orden constitucional de la comunidad estatal¹¹. Antes bien, la actividad de control empresarial debe ser ejercida bajo la exclusiva óptica técnico-organizativa de la producción, teniendo en cuenta que si dicha actividad tropieza con los valores constitucionales de protección a la persona, el conflicto de intereses debe resolverse a favor de los intereses del trabajador. En este sentido, conviene recordar que los derechos individuales de la persona —los aludidos en el art. 10.1 CE y previstos en la sec. 1.ª, cap. 2.º, Tít. I— gozan de protección reforzada y, por tanto, de primacía en caso de conflicto sobre los derechos no alineados en esta sección, y en concreto sobre el derecho a la libertad de empresa (art. 38, sec. 2.º CE) del que es corolario la facultad de control empresarial.

El art. 20.3 ET prohíbe en general todas aquellas medidas que resultan lesivas, sean por el ambiente de acoso y de privación de libertad que ellas implican, o sean por su carácter discriminatorio y antisindical, para la dignidad de los trabajadores afectados. Por ello, el precepto en cuestión, no permitiendo el empleo de cualquier medio considerado como más oportuno por el empresario, sino tan sólo el más adecuado a las exigencias de tutela de la dignidad del trabajador, limita considerablemente el poder de control empresarial.

Cuando tales medidas de vigilancia violan la dignidad del trabajador, éste —es obvio— no estará obligado a obedecerlas.

¹⁰ Sobre el respeto a la dignidad de la persona como derecho del trabajador y principio general del Derecho del Trabajo, *vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de persona*, Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1986, págs. 115 y ss.

¹¹ CRISAFULLI, *op. cit.*, pág. 389.

Precisamente, por la consideración que merece en nuestro ordenamiento constitucional el respeto a la dignidad como principio básico, no puede exigirse el cumplimiento al trabajador de una medida que atente directa y gravemente contra su dignidad. Sólo las medidas adoptadas y aplicadas en el «ejercicio regular de sus facultades de dirección» (art. 20.2 ET), o sea, las que guarden la consideración debida, obligan al trabajador.

Por eso, cuando la medida resulta manifiestamente lesiva de la dignidad, el trabajador podrá negarse a someterse a dicha medida, y recurrir ante la jurisdicción competente para que declare su lesividad y adopte las medidas cautelares encaminadas al cese.

El «menoscabo de la dignidad» permite, por otra parte, al trabajador solicitar la extinción del contrato de trabajo con derecho a la indemnización conforme a lo establecido en el art. 50.1. a) ET.

III. Encuadramiento del poder de control en el marco constitucional de la tutela de la intimidad del trabajador

En el art. 20.3 ET, pese a que sólo se alude a la dignidad, puede individualizarse también una posible tutela a la intimidad privada del trabajador.

El art. 10.1 CE, al consagrar conjunta y simultáneamente la «dignidad de la persona» y «los derechos que le son inherentes» como fundamento del orden político y de la paz social, permite extraer la idea de que en todos los derechos inviolables —que ya he reseñado antes— y que son únicamente los previstos en la sección 1.ª, cap. 2.º, Tít. I, existe un reducto de dignidad de la persona¹². La dignidad, cuya minoración se resiente en la personalidad, se halla presente en todos los derechos fundamentales, y por supuesto en el derecho a la intimidad consagrado —como se sabe— en el art. 18 CE, desarrollado por LO 1/82 de 5 de mayo, y recogido por las propias normas laborales: el art. 4.2.e), que proclama el derecho del trabajador al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad; y el art. 18 que bajo la rúbrica de la inviolabilidad de la persona

¹² VON MÜNCH, I., *La dignidad del hombre en el derecho constitucional*, «Revista de Derecho Constitucional», núm. 5, 1982, pág. 27.

del trabajador opone a la realización de los registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares el respeto máximo a la dignidad e intimidad del trabajador.

Pero la relevancia de la intimidad resulta indirectamente también del art. 20.3 que conecta con el principio de defensa de la «privacy» del trabajador, sólo que de una forma «mucho más evanescente» —como ha escrito DURÁN— al no entrar el legislador a considerar en concreto los posibles conflictos que pueden plantearse entre la utilización de determinados mecanismos de vigilancia y control de la actividad laboral y el derecho del trabajador a la protección de su dignidad y de su esfera íntima, limitándose a la genérica afirmación del deber empresarial de guardar la consideración debida a la dignidad humana del trabajador¹³.

El legislador italiano ha sido bastante más preciso y ocurrenciente, predisponiendo en el Statuto dei Lavoratori una serie de cautelas a fin de conferir al trabajador una de las características esenciales de su persona —la libertad humana— y preservarle de ciertas indiscreciones en su vida privada¹⁴. Así, ha prohibido en el art. 2, impidiéndoles para ello el acceso a los lugares en que se ejecuta el trabajo; ha obligado en el art. 3 al empresario a hacer públicos los nombres y tareas del personal afecto a la vigilancia con la intención de prohibir el control oculto; y, por último, ha proscrito la utilización de instalaciones audiovisuales y de otros aparatos de control a distancia de la actividad de los trabajadores, permitiendo excepcionalmente su instalación mediante acuerdo previo con los representantes sindicales o de personal cuando sean necesarios para la organización o producción y para la seguridad en el trabajo.

Aun cuando resulta evidente que el art. 20.3 concede un gran margen de disponibilidad controladora al empresario, el haber hecho hincapié en el respeto a la dignidad, significa, como se ha puesto de manifiesto, que se impide todo control o fiscalización intrusiva en la vida privada del trabajador exento de ligamen con los aspectos técnico-organizativos del trabajo, y toda aquella vigilancia que elimine casi por completo el espacio de

¹³ DURÁN, *op. cit.*, pág. 535.

¹⁴ D'HARMAN FRANÇOIS, A., *I diritti individuali fondamentali nello Statuto dei lavoratori*, «Il diritto del lavoro», 1973, I, pág. 389.

libertad de la persona que está en la propia esencia del derecho a la intimidad.

Justamente porque al hablar de control es cuando emerge en toda su dimensión el problema de la vida privada, entendemos que la limitación impuesta en el art. 20.3 ET tutela primordialmente el derecho a la intimidad, que si bien asume un valor antagónico en la empresa, resulta irreductible e ineliminable en su contenido esencial; su renuncia sería contraria al interés u orden público (art. 6 CC).

No hay duda, pues, que la norma, impidiendo una vigilancia que anula todo espacio de intimidad o de autonomía, contribuye a tutelar la intimidad del trabajador; bien aun cuando necesaria en este caso (sin referencia, por ejemplo a problemas específicos tales como: el emplazamiento y utilización de medios audiovisuales de control, el empleo de agentes privados de investigación para la vigilancia de la actividad del trabajador en la empresa, la policía privada de empresa, la utilización abusiva de procedimientos mecánicos de control, etc.), pero en cualquier caso, dejando escaso margen de maniobra a la discrecionalidad dispositiva en materia de control del empresario. No hay que olvidar que los límites de injerencia en la intimidad del trabajador pueden ser individualizados a la luz del art. 18 de la CE y a través de la normativa general reguladora del derecho a la intimidad (LO 1/1982).

En la esfera de la actividad de trabajo, la identificación de unos límites concretos del poder de control empresarial (que es como decir, el ámbito fuera del cual el control en el interior de la empresa resulta lesivo de la intimidad del trabajador) puede surgir en relación con:

1. El empleo de procedimientos de vigilancia basados en los recursos humanos disponibles por el empresario para la custodia de sus bienes y para la vigilancia de la actividad del trabajo (trátase de la posible instauración a través de dichos procedimientos de un clima policial de acoso a la persona del trabajador en la empresa).

2. La utilización de aparatos acústicos y dispositivos ópticos o de cualquier otro procedimiento para control a distancia del trabajador sin su conocimiento; o el emplazamiento de tales aparatos por exigencias de la organización productiva de la em-

presa o por motivos de seguridad y su utilización abusiva para otros fines.

IV. El control por personal de vigilancia

A) Los vigilantes jurados y la prohibición de simultanear la función de seguridad con otras actividades (como la de espionaje) en el lugar de trabajo

Se afronta en este apartado el análisis, en primer lugar, del comportamiento empresarial que sobrepasando el límite normal del ejercicio de la facultad de control predispone el uso de guardas jurados no ya para la custodia del patrimonio empresarial, sino para la vigilancia activa de la conducta del trabajador dentro de la empresa, así como sobre (y en particular) las actividades extralaborales tratando de ejercer una función detectivesca de las opiniones políticas o de las actividades sindicales y asamblearias, y en general de la vida privada del trabajador.

Se conocen episodios aislados, no por esporádicos menos inquietantes, de empleo de guardas jurados en funciones promiscuas, por ejemplo, de vigilancia y comprobación del estado de enfermedad del trabajador ausente del trabajo como en el caso ya citado de la sentencia del TCT de 11 de mayo de 1983, en la que incomprensiblemente este Tribunal parece legitimar la compatibilidad entre funciones inasociables de tutela del patrimonio y de control de carácter policial en cuerpos afectos por las propias normas institucionales a la seguridad y protección de las personas y bienes. Tampoco faltan denuncias de organizaciones sindicales por la utilización hasta con fines represivos de los cuerpos de vigilantes jurados. Conocido es el caso de la empresa GLASURIT¹⁵, que, estando en huelga los trabajadores, contrató con una empresa de seguridad un número determinado de vigilantes para dispersar a los trabajadores concentrados ante la fábrica, en presencia de la policía nacional. Se trata de verdaderos cuerpos paramilitares de policía privada de los que se valen las empresas para controlar y vigilar a los trabajadores en atención a la posibilidad de empleo de la fuerza

¹⁵ HERNÁNDEZ, Alvaro, *Glasureit: de las vacaciones forzosas al despido sancionador*, «Gaceta Sindical», núm. 30, 1984, pág. 17.

física y al carácter intimidatorio que por ello infunden¹⁶. Es notorio que estas conductas empresariales merecen una censura de ilicitud por atentar contra los derechos fundamentales de la persona que son los límites infranqueables del ejercicio de cualquier facultad de supremacía controladora del empresario.

El interés que se debate no es sólo el de la fijación de atribuciones de los guardas particulares, que habrán de respetarse en todo caso, sino el de la determinación de los límites de ejercicio del poder de control empresarial y el de la conformación en el lugar de trabajo del derecho a la tranquilidad, a no ser acosado, perturbado, expiado y el derecho al secreto epistolar, telefónico o telegráfico, como manifestaciones concretas del derecho a la intimidad.

Para ello, es necesario exponer esquemáticamente y antes de reseñar el perfil que caracteriza a los vigilantes jurados, el régimen jurídico de implantación del servicio de vigilantes jurados.

Al objeto de garantizar la integridad física de las personas y la seguridad de los bienes frente a hechos delictivos, el Real Decreto 4 de julio de 1984 establece la posibilidad de que el Director General de Seguridad del Estado o los Gobernadores Civiles puedan exigir la implantación en establecimientos industriales y comerciales «—si la naturaleza o importancia de la actividad, la localización de sus instalaciones, la concentración de sus clientes, el volumen de los fondos o valores que manejen, el valor de los bienes muebles y objetos que poseen o cualquier otra causa justificada así lo hacen necesario—, de todos o algunos de los servicios o medidas de seguridad siguientes: a) Departamento de Seguridad; b) Servicio de Vigilantes Jurados; c) Medidas de alarma y protección». La Administración en uso de esta facultad puede, por consiguiente, imponer, aunque normalmente son las propias empresas las que lo solicitan del Gobierno Civil respectivo, la obligación a determinadas empresas de contratar un servicio de vigilantes jurados con empresas de seguridad.

¹⁶ Vid. CRISAFULLI, *op. cit.*, págs. 387-391; DI ORESTE, *op. cit.*, páginas 524-532; GHEZZI, *op. cit.*, págs. 1003-1026; cfr. ICHINO, P., *op. cit.*, pág. 63; BORTONE, Roberta, art. 2.º (*Guardie giurate*), en «Lo Statuto dei lavoratori». Commento diretto da G. GIUGNI, Milano, 1979, pág. 10; LEO, G., *op. cit.*, nota 1, pág. 680.

Estamos —al decir de GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁷— en presencia de la técnica de «fuerzas auxiliares» de la Policía Gubernativa aludida en el art. 4.º de la Ley de Orden Público (todavía vigente en lo no derogado por la CE), el art. 6.º del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa aprobado por Decreto 2038/1975, de 17 de julio¹⁸, y art. 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fuerzas que cuando se organizan por personas o empresas privadas son de establecimiento voluntario, como nos da a entender el profesor citado trayendo a colación el viejo Reglamento de 8 de noviembre de 1849, art. 29 («Los propietarios rurales pueden siempre que lo crean conveniente nombrar guardas para la custodia de sus propiedades, de sus cosechas y frutos»).

El carácter jurídico de los vigilantes jurados viene determinado por el Real Decreto de 10 de marzo de 1978¹⁹. Se trata de sujetos que han adquirido un «status jurídico formal» administrativo²⁰ (hecho que les distingue del resto del personal afecto también a tareas de vigilancia sobre bienes y personas), y que prestan sus servicios en una relación laboral (de ahí que sus condiciones de trabajo, salarios y percepciones se establezcan de acuerdo con las normas laborales), bien a empresas que tienen organizado su propio Departamento de Seguridad, o bien a empresas privadas de seguridad. Su cargo es incompatible con la situación de activo en los Cuerpos de Seguridad del Estado, pero

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario*, Civitas, «Revista Española de Derecho Administrativo», 1975, pág. 204.

¹⁸ Art. 6.º:

«Son auxiliares de la Policía Gubernativa, y dentro de la misión especial que a cada uno compete en su propia esfera, están obligados a prestarles su colaboración, aun sin requerimiento previo: (...)»

2.º Los vigilantes jurados de industria y comercio o entidades bancarias y similares (...).»

¹⁹ Que regula las condiciones de aptitud, derechos, deberes y funciones de los vigilantes jurados de seguridad desarrollado por Orden de 14 de febrero de 1981 (BOE 24 de febrero 1981, Ref. Ar. 442) y precisado por Resolución de 8 de abril de 1981 (BOE 11 abril 1981, Ref. Ar. 865). Téngase presente también el Real Decreto 880/1981, de 8 de mayo, sobre prestación privada de servicios y actividades.

²⁰ FILADORO, C., *Controlli occulti sull'attività degli adetti alla vendita nei grandi magazzini*, «Lavoro e previdenza oggi», 1978, pág. 1760; MANNACIO, C., *Guardie giurate e personale di vigilanza secondo gli articoli 2 e 3 della legge 20 maggio 1970 N. 300 (Statuto dei lavoratori): pròfili ontologici e funzionali*, «Informatore Pirola», 1978, pág. 701.

no con la situación de ex-guardia o ex-policía retirado. Precisamente los retirados de las fuerzas de orden público y de las fuerzas armadas han sido los exclusivos beneficiarios, quienes han gozado de prioridad absoluta, de esta medida ²¹.

Los vigilantes jurados están obligados a prestar juramento ante la autoridad administrativa prometiendo cumplir bien y fielmente los deberes del cargo en un acto en el cual se les entrega el título-nombramiento que les sirve de credencial del cargo, el cual deberán acompañarlo en todo momento estando de servicio. Según explica GARCÍA DE ENTERRÍA, con el juramento lo que se pretende es reforzar su autoridad mediante la semioficialización de sus funciones que les da el carácter de auxiliares de orden público, así como las facilidades que esto les proporciona en cuanto a su armamento ²².

Por lo demás, deben prestar servicio de uniforme —requisito sin el cual no tienen carácter de Agentes de la Autoridad—, con su armamento reglamentario y con los signos distintivos (placas e insignias) colocados en lugares bien visibles.

Después de expuesta sucintamente la condición jurídica de los vigilantes jurados, es necesario tomar en consideración la naturaleza jurídica de sus funciones: ¿cuál es el carácter de las funciones que se les encomienda? ¿Son acaso funciones públicas? Algo se ha insinuado anteriormente en este último sentido al identificar a los vigilantes jurados con fuerzas auxiliares del orden público. Por otra parte, nada más indicativo para inferir el carácter de función pública de la misión de los vigilantes jurados que el propio art. 17 del Real Decreto de 4 de abril de 1978: «Los vigilantes jurados de seguridad en el ejercicio de su cargo tendrán el carácter de Agentes de la Autoridad...»; condición de autoridad que resulta inadmisibles —según ha escrito DEL TORO ²³— si no va dirigida a ejercitar funciones públicas. A la vista de ello se podría, en efecto, sostener que la función encomendada a los vigilantes jurados es una función pública, máxime teniendo en cuenta que éstos son nombrados por el Gobernador Civil y que están sujetos al poder irrogador

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, pág. 205.

²² *Ibidem.*

²³ DEL TORO, A., en obra colectiva de CÓRDOBA RODA, J.; RODRÍGUEZ MOURULLO, E.; DEL TORO MARZAL, A., y CASADO RUIZ, J. R., *Comentarios al Código Penal*, Edit. Ariel, 2 vols., Barcelona, 1972, pág. 730.

de la Administración, que puede —previo expediente disciplinario incoado de oficio o a instancia de la empresa— revocar el nombramiento.

No obstante, y pese a todo, no resulta clara la identificación de una función pública en la actividad de los vigilantes jurados ni la orientación de éstos a un interés general o común para todos los ciudadanos. Podría decirse con GHEZZI²⁴ que muy a menudo lo que está presente es un interés simplemente privado. En efecto, porque una cosa es el fin institucional del cuerpo, que según el art. 17 es única y exclusivamente la función de seguridad, y otra diferente es la realidad, el interés concreto que mueve al empresario a adoptar dichas medidas de control, y aunque concurren elementos cualificantes del servicio público, es lo cierto, sin embargo, que los vigilantes jurados prestan sus servicios al exclusivo interés del privado (el empresario contratante), apareciendo la figura más como una manifestación de voluntad y de la iniciativa privada que como una actividad orientada a satisfacer las públicas y comunes necesidades.

La actividad de los vigilantes jurados —por qué no decirlo— está inicialmente concebida a la función de tutela del derecho de la propiedad (a la protección del patrimonio empresarial), y como tal «se trata de una defensa —*sui generis*— del derecho privado»²⁵. Así como el propietario, en la obligación de custodiar las cosas de su propiedad, tiene reconocidas las facultades necesarias para su defensa, custodia y conservación²⁶, y puede delegar estas facultades en terceros, del mismo modo el empresario puede predisponer tal defensa por vigilantes jurados en su empresa, sólo que en tal caso vendrá obligado a organizarlo en la forma establecida por las normas expuestas.

En cuanto a la particular posición de los vigilantes jurados, aun cuando la figura general —por lo que se acaba de ver— aparece como una manifestación de la defensa de la propiedad privada, ésta se caracteriza por la atribución de típicas funciones pú-

²⁴ *Op. cit.*, pág. 1007.

²⁵ *Idem*, pág. 1009; así también MATARELLA, A., *Commentario all'art. 2-3 «guardie giurate dello Statuto dei lavoratori»* en el volumen colectivo «Commentario dello Statuto dei lavoratori» (diretto da UBALDO PROSPERETTI), tomo I, Giuffrè, Milán, 1975, pág. 65.

²⁶ RIERA AISA, Luis, *Custodia*, «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. VI, pág. 177.

blicas. Ello se confirma en el propio art. 18, ya reseñado, donde, además de reconocerse el carácter de Agentes de la Autoridad a los vigilantes jurados, se realiza una enumeración sucinta de sus funciones.

«Su misión en general será: a) ejercer la vigilancia de carácter general sobre los locales y bienes de la empresa; b) proteger a las personas y a las propiedades; c) evitar la comisión de hechos delictivos o infracciones obrando en consecuencia; d) identificar, perseguir y aprehender a los delincuentes colaborando, a tal efecto, con las Fuerzas de Seguridad y Orden Público; e) efectuar el transporte de fondos o efectos cuando se les encomiende esa misión; f) cualquier otra actividad que les corresponda por su condición de Agentes de la Autoridad.»

Funciones que tienen como única y exclusiva referencia la tarea de seguridad, esto es, la protección de personas y bienes, y que atienden fundamentalmente a la prevención de delitos y a la reacción frente a los mismos, como si de auténticas funciones de policía de seguridad se tratase.

¿Cuál es el libre ámbito de actuación de los vigilantes jurados? La norma expresa paladinamente que estos últimos quedan afectados a la protección de las personas y propiedades, lo cual significa que la actividad de tutela puede ir dirigida no sólo a la protección de los bienes patrimoniales, sino también a la de las personas que se encuentran en el interior o área sometida a tutela.

En cuanto a la protección de la propiedad, ésta no debe entenderse constreñida a fines exclusivos de tutela del patrimonio empresarial. Dicha protección debe alcanzar a todos los bienes presentes en la empresa, sean del empresario, de los trabajadores o de las personas ajenas a la empresa. Con lo cual el lícito ámbito espacial de actuación queda determinado por la empresa, no pudiéndose ejercitar la facultad de vigilancia y control fuera del recinto de la empresa salvo cuando hubiera que perseguir a malhechores sorprendidos *in fraganti*.

Con la atribución de tales facultades de policía de seguridad se trata de proteger el patrimonio sobre todo en la vertiente de su seguridad, evitando que con armas, explosivos o cualquier otro artefacto se pueda atentar contra las estructuras, instalaciones, maquinaria y la propiedad privada en general, tanto cuando se trata de eventuales agresiones que provienen de terceros ex-

traños al patrimonio que no tienen ningún título para acceder al mismo como de hechos lesivos del patrimonio que derivan del comportamiento de los trabajadores.

Ello no quita para que en su otra vertiente, la de salvaguardia de la propiedad privada, su función vaya también dirigida a la prevención de sustracciones y, en general, a la evitación de la comisión de cualquier hecho delictivo. Lo que no debe ocurrir es que, so pretexto de la tutela de la propiedad privada y de la necesidad de individualizar el robo, se termine por emplear a los vigilantes jurados en las tareas típicas de los vigilantes de fábrica ejerciendo un control paralelo y más intenso sobre el comportamiento laboral del trabajador.

En segundo lugar, como he manifestado, la función de seguridad de los vigilantes jurados alcanza a las personas. La posibilidad de utilización de los vigilantes jurados para salvaguardar la seguridad de las personas hay que referirla ante todo a las alteraciones o altercados (riñas y agresiones físicas) graves que se pueden producir entre personas que se encuentran en el interior de la empresa a resultas de las cuales pueden exponerse a serios riesgos la propia integridad física, la de sus compañeros y el patrimonio empresarial. Por supuesto, también hay que extenderla a las agresiones de terceros extraños al patrimonio custodiado.

Como principio se establece en el art. 18 del Real Decreto de 10 de marzo de 1978 que los vigilantes jurados no pueden intervenir en problemas laborales o sociales que puedan surgir en el seno de la empresa donde prestan sus servicios ni en los aspectos de orden público que las mismas puedan establecer. Ello limita notablemente la facultad de policía de los vigilantes jurados, puesto que no puede ejercitarse si la disputa o alteración no va en detrimento de la integridad de las personas físicas. En consecuencia, los vigilantes jurados no están facultados, a menos que concurren particulares circunstancias de gravedad y que éstas estén abocadas tendencialmente a causar daños, a intervenir discrecionalmente, sobre la base de la genérica encomienda de la función de seguridad, como tampoco a ejercer tareas de control sobre las personas ni en sus efectos personales a la entrada o salida del centro de trabajo y durante la prestación laboral excepto en el supuesto indicado (alteraciones o altercados graves), para evitar que se plantee un conflicto entre el derecho

a la propiedad privada y el respeto a la dignidad de la persona del trabajador y para impedir que este tipo de prácticas empresariales terminen por desnaturalizar el cometido institucional de aquéllos.

En este sentido, merece, a mi juicio, una censura de ilegalidad el Convenio Colectivo para empresas de Vigilancia y Seguridad (Resolución de 5 de marzo de 1986, BOE 19 abril 1986) por la inclusión entre las funciones obligatorias de este personal «la de controlar la entrada y salida de todo el personal», que evidentemente rebasa la misión de seguridad y protección de las personas encomendada a los vigilantes jurados por la norma que disciplina su posición jurídica (art. 18 del Real Decreto de 10 de marzo de 1978). Obsérvese que este art. 18 refiere el ejercicio de la vigilancia únicamente a los locales y bienes de la empresa, cuidando de no extenderlo a las personas para las que sólo dispensa protección. Por ello, el apartado 1.c.A del art. 22 del Convenio Colectivo al asignar una nueva misión (la de controlar al personal) parece desconocer tal limitación. Y es obvio que interpretado no ya con carácter general (de prestación de la máxima atención, por ejemplo, en las entradas y salidas), sino como norma que permite ejercer un control directo y penetrante sobre la persona del trabajador, es ilegítimo por *contra legem* y porque supone un reconocimiento ilimitado de las facultades de policía al empresario, que es quien en la mayoría de las ocasiones suele ordenar la actuación de los vigilantes jurados.

En otra perspectiva, desde la proclamación general del artículo 4.2.e) ET que reconoce al trabajador el derecho en la relación laboral al respeto de su intimidad y a la consideración debida de su dignidad, debemos profundizar ahora un poco más sobre la legitimidad de los vigilantes jurados en las empresas atendiendo a los límites de existencia de la propia norma que los autoriza, así como a los infranqueables de respeto a los valores individuales de la persona, considerados de orden público.

La posición de los vigilantes jurados —es ya observada— se identifica en positivo por su dedicación en exclusiva a la función de seguridad, y en sentido negativo por la imposibilidad de simultanear la misma con otras misiones en la empresa (art. 17 Real Decreto 10 marzo 1978). Resulta así evidente en nuestro ordenamiento la incompatibilidad o «inacumulabilidad» en una misma persona de actividades de vigilancia y custodia de bienes

con la tarea de control sobre la actividad de trabajo tradicionalmente ejercida por los superiores jerárquicos o directos colaboradores del empresario que ocupan un lugar privilegiado en el escalafón profesional de la empresa.

La *ratio* perseguida por la norma al limitar tal intervención de los vigilantes jurados debe hallarse con toda seguridad en la particular naturaleza de sus funciones —de auxilio a la Policía Gubernativa dentro de la misión que les compete— y en el carácter paramilitar de esta institución. Recordemos también que están obligados a prestar sus servicios vestidos de uniforme y con el correspondiente arma reglamentaria. Por eso es más que probable que la valoración negativa de las formas de control de tipo policial o militar sobre la actividad de trabajo²⁷, el temor de los trabajadores a que por parte de los empresarios se utilice a los vigilantes jurados en funciones promiscuas de cualquier clase, fundamentalmente en actividades de espionaje sobre el comportamiento laboral del trabajador en el interior de la empresa como sobre el extralaboral fuera de la empresa y, en suma, la negativa a la instauración de un clima autoritario e irreverente en la actividad de vigilancia en la empresa, sean las razones por las que se impide a los vigilantes jurados compatibilizar o simultanear la tarea de seguridad con otras en el interior, y especialmente con la de vigilancia sobre la actividad laboral.

Pero aún hay más, porque bajo tal *ratio* anida otro interés subjetivo del trabajador: es su derecho a la intimidad, derecho que puede hacerlo valer en cualquier lugar y tanto más en la relación de trabajo en que el trabajador está en continuo contacto con el empresario y la misma modalidad de la prestación es susceptible de inferir de modo continuo sobre la persona física y moral del trabajador²⁸, y en donde existe el peligro de que la subordinación funcional y técnica degenera en un estado de sujeción o termine por anular la personalidad del sujeto dependiente. Por eso no es difícil ver en la *ratio* limitadora de la norma una cierta propensión —siquiera sea limitada— a la protección del lugar de trabajo desde la perspectiva de la tutela de la intimidad, tal como ha observado ICHINO²⁹ en el art. 2.º del Statuto

²⁷ Así, por ejemplo, MANNACIO, C., *op. cit.*, pág. 702.

²⁸ Cfr. SMURAGLIA, Carlo, *op. cit.*, pág. 313.

²⁹ *Op. cit.*, pág. 63: «Es uno de tantos signos de la crisis irreversible de la concepción de la Empresa como domicilio exclusivo del empresario o como su propiedad en sentido pleno y tradicional del término.»

dei laboratori, entendida como lugar donde los trabajadores tienen derecho a la tranquilidad como lugar reservado a los trabajadores y al proceso productivo.

La presencia de los vigilantes jurados durante el desarrollo de la actividad laboral ejerciendo tareas no autorizadas —de espionaje más que de vigilancia— compromete seriamente el derecho a la intimidad, de cuya esencia la mejor doctrina civilista no ha dudado en apuntar que «no estriba en sustraer tal o cual zona de la personalidad al conocimiento ajeno, sino en garantizar ese ámbito de libertad potenciada (...), evitando —y ésta es la facultad de exclusión ínsita en el derecho a la intimidad— que el conocimiento adquirido de esa zona nuclear de la persona se utilice para instrumentalizar a la persona reduciéndola al papel de objeto»³⁰. Y así es, en efecto, pues se trata de impedir que el conocimiento intrusivamente obtenido acerca de la actividad política, sindical o religiosa de los trabajadores, por los vigilantes jurados actuando como un servicio de policía privada al servicio del empresario, pueda ser utilizada para aplicar eventualmente sanciones a los trabajadores. La incidencia de esta normativa en la tutela de la intimidad, en consecuencia, es obvia, puesto que impedir la intervención en cuestiones de orden público, sean éstas sociales o laborales, y vetar la posibilidad de simultanear la función de seguridad con otras tareas dentro de la empresa es ante todo prohibir que puedan disponer de poderes para inmiscuirse en la actividad de trabajo, e implica en todo caso —aunque no sólo eso— la radical prohibición de cualquier actividad de espionaje que constituya un ataque a la intimidad.

Con todo, el límite de ejercicio de los vigilantes jurados, aquí individualizado, no es sólo consecuencia de una caracterización en negativo a partir de la norma que fija sus atribuciones; es, además, emanación del propio art. 20.3 ET que obliga —como es harto repetido— al empresario a respetar la dignidad humana del trabajador siempre y cuando se adopte cualquier medida de vigilancia y control sobre el trabajador.

La actividad de control debe desarrollarse de forma tal que salvaguarde la dignidad y el pleno goce por parte del trabajador en el interior del lugar de trabajo de los derechos fundamentales

³⁰ VIDAL MARTÍNEZ, J., *Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar* (I). «Revista General de Derecho», núm. 432, 1980, pág. 1045.

proclamados por la Constitución. El trabajador, a resultas de la obligación asumida en el contrato de trabajo, viene obligado a emplear la diligencia debida y en su cumplimiento a realizar aquellos actos que se consideran necesarios para el correcto desarrollo de la prestación de trabajo; pero no lo está, en cambio, a observar un determinado comportamiento si éste no está en conexión directa con la actividad de trabajo.

Reconduciendo a su justo álveo la actividad de control empresarial, preciso es señalar que ésta se considera legítima sólo cuando se limita a vigilar el comportamiento seguido por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. De ahí que con justeza haya dicho DI ORESTE³¹ que respecto de las manifestaciones de libertad humana no «recolegables» a la prestación de la actividad laboral e irrenunciables por pacto privado el empresario no puede actuar en calidad de acreedor autorizado a exigir un determinado comportamiento y a asegurar, investigando y controlando, que su derecho sea respetado. El control y vigilancia empresarial sobre el comportamiento de los trabajadores en lo que excede de la prestación laboral limita claramente la libertad de los sujetos dependientes.

De esta manera se llega igualmente a la conclusión antes indicada de la ilicitud del destino de los vigilantes jurados a tareas de espionaje sobre el comportamiento e ideología del trabajador, por cuanto resulta atentatorio del derecho de los trabajadores a no ser vigilados intrusivamente, tareas que los vigilantes jurados por otra parte o institucionalmente no están llamados a ejercer y respecto de las cuales el empresario no tiene ninguna facultad de exigir. Así lo expresaba ya inequívocamente la Pretura de Torino (25 luglio 1955)³² mucho antes de que el Statuto dei lavoratori (1970) sancionara el empleo de los guardas jurados a la vigilancia del trabajo (art. 2.º) afirmando «que no se consiente a nadie para tutelar los propios intereses violar, sea mínimamente, la libertad y los derechos de los otros, libertad y derechos consagrados en la Constitución y en las leyes del Estado, cuyo libre ejercicio debe ser permitido siempre y (...) principalmente (...) sobre el puesto de trabajo», y entendiendo, en consecuencia, que no se consiente al empresario circular en su propio establecimien-

³¹ *Op. cit.*, pág. 532.

³² «Riv. giur. lav.», 1955. II, pág. 384, con nota de CRISAFULLI; *vid. asimismo*, MATARELLA, A., *op. cit.*, pág. 66.

to vigilantes jurados uniformados de modo que tal vigilancia venga a violar mínimamente la libertad y derechos de los otros.

Reduciendo lo expuesto a un esquema silogístico, queda como sigue:

1. Premisa mayor: la presencia de los vigilantes jurados en la empresa se justifica sólo desde el punto de vista de la protección de los bienes y de la seguridad de las personas, e impera para ellos la absoluta prohibición de ejercer ninguna otra actividad dentro de la empresa.

2. Premisa menor: resulta determinante en la configuración de los mismos la cualificación de agentes de la autoridad y la atribución de funciones de policía de seguridad.

3. Conclusión: no pueden ser empleados en tareas de vigilancia de los trabajadores en la actividad laboral y menos en otras operaciones de investigación, espionaje o intrusión del comportamiento de los trabajadores, que serían ilegítimas —contrarias a derecho— y sancionadas para todos los ciudadanos en la Constitución y la LO 1/82.

Esto no significa que la actividad de custodia y vigilancia sobre bienes sea exclusiva de este personal³³. Ciertamente, y mientras ninguna norma como el Statuto dei Lavoratori en Italia lo impida, cabe utilizar cualquier otro medio de tutela para la defensa de la propiedad. Perfectamente se puede encomendar esta tarea a la responsabilidad de los propios trabajadores o a las personas a quienes se les asigna la tarea de control y vigilancia del comportamiento del personal en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación de trabajo. Y como en la normativa reguladora de la utilización de los vigilantes jurados —cuyas prohibiciones valen sólo para ellos³⁴— no se encuentra ninguna alusión que imponga al *dominus* tutelar su propiedad mediante la vigilancia efectiva de éstos³⁵ hay que presumir que cualquier otro personal no vigilante jurado de la empresa, incluido el empresario propietario que como tal tiene reconocidas las facultades para su defensa y conservación, puede custodiar los

³³ GALLI, Ginebra, Guardie giurate e personale di vigilanza *ex art.* 2.3. L. 20 maggio 1970, núm. 300, «Riv. it. dir. lav», 1983, núm. 3, pág. 639.

³⁴ MANNACCIO, C., *op. cit.*, pág. 704.

³⁵ Corte de Casación, 24 marzo de 1983, núm. 2042, «Lavoro e previdenza oggi», 1983, pág. 1040.

bienes al tiempo que realiza otras funciones, sin que tal custodia resulte inconciliable con la tarea de vigilancia sobre la actividad laboral.

En cuanto a los efectos del incumplimiento por parte de los vigilantes jurados de las disposiciones limitadoras de sus funciones, la misma norma que las establece prevé como sanción la pérdida de la condición de vigilante jurado que será impuesta por el Gobierno Civil previo expediente disciplinario que podrá sólo incoarse de oficio o a instancia de la empresa, pero no a instancia del personal trabajador afectado, produciéndose una grave indefensión al privar precisamente a los directamente implicados, a quienes más interesa que cese, esto es, a los propios trabajadores sometidos a control.

En consecuencia, cuando, abusando de sus atribuciones, los vigilantes jurados se dedican bien por sí o a petición del empresario a actividades no regladas (póngase por caso vigilar el comportamiento del trabajador) e incompatibles con su función de seguridad, podrán ser objeto —aunque la norma no lo diga expresamente— de sanción, comportando la misma la retirada del título nombramiento habilitante junto con la licencia de armas y la baja definitiva.

Cabe, por otra parte, exigir responsabilidad civil cuando las operaciones de investigación, indagación o control realizadas constituyan una intromisión ilegítima en la vida privada de la persona, de acuerdo con lo dispuesto en la LO 1/82 de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de la que responderán conjuntamente el vigilante jurado y el empresario si aquél actuó bajo las instrucciones de éste, o exclusivamente el vigilante jurado si actuó por su propia cuenta.

B) La función de vigilancia sobre la actividad de trabajo y la utilización en forma oculta de agentes investigadores privados

La vigilancia —ya lo hemos dicho— es un factor esencial del poder de dirección; no en vano el art. 20 ET lleva por rúbrica «Dirección y control de la actividad laboral», vinculando al poder directivo y jerárquico del empresario el de control y vigilancia del cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales. Dicho poder consiste en la facultad de inspeccionar con solicitud el cumplimiento de la prestación laboral

atendiendo a la intensidad «empeñativa» laboral de los trabajadores, a su «leal disponibilidad» —que en eso se fundamenta el deber de colaboración³⁶— y la diligencia con la que los mismos efectúan su trabajo.

La actividad de control viene dirigida —como no podía ser de otra manera— por la significativa referencia del art. 20.3 ET a la verificación de la rectitud del trabajador en el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales. Consiguientemente, la función de vigilancia debe ceñirse exclusivamente a la actividad laboral y ejercitarse por personal integrado en la organización de la empresa.

Esto entronca con una de las primeras cuestiones que se plantean en torno a la facultad controladora del empresario que hace referencia a la legitimidad y límites de ejercicio del personal afecto a la vigilancia. La doctrina prevalente considera hoy que la presencia del personal de vigilancia se justifica en el cuadro de la particular estructura de la empresa, respondiendo en abstracto a la exigencia de una racional sistematización del poder disciplinario³⁷. En este contexto se considera personal de vigilancia a la categoría de trabajadores colaboradores del empresario en la que éste delega por razones organizativas el poder directivo y de control. No es fácil individualizar un perfil cualificador en nuestro ordenamiento de esta categoría de trabajadores a la vista de la falta de definición e inexistente contención legal de sus funciones. Cierta sector de la doctrina se ha preocupado insistentemente en poner de relieve, al caracterizar el perfil ontológico de este colectivo, el vínculo de fiduciariad en la unión con el empresario. No obstante, es necesario puntualizar con TOSI que aun aceptando que la «fiduciariad» adquiere una intensidad particular derivada de la naturaleza de la prestación de este personal, no por ello deja de aplicársele a este colectivo el mismo e idéntico régimen jurídico que el previsto para los sujetos subordinados en general³⁸. Dicho personal, aunque aparece ligado por particulares vínculos fiduciarios, es casi siempre personal laboral dependiente integrado en la estructura

³⁶ En este sentido cfr. MONTROYA MELGAR, *Dirección de la actividad laboral* (Art. 20 ET)..., cit., pág. 127.

³⁷ SANTONI, F., *op. cit.*, pág. 121; GALLI, G., *op. cit.*, pág. 638.

³⁸ *Vid.* por todos el importante estudio de TOSI, Paolo, *Il dirigente d'azienda. Tipologia disciplina del rapporto di lavoro*, Franco Angeli Editore, Milano, 1974.

organizativa del empresario, cuya postura se resuelve también en una situación de subordinación técnico-funcional al que le resulta siempre aplicable el conjunto o haz de derechos y deberes derivados del contrato de trabajo, y, por tanto, la «exigencia insuprimible de respeto a la personalidad del sujeto»³⁹.

Es claro, por otra parte, incidiendo ahora en su papel funcional, que la misión de los vigilantes de empresa se dirige a mantener la disciplina necesaria en la producción y a comprobar la observancia por el trabajador de las obligaciones derivantes de la relación laboral. En líneas generales se puede afirmar con la doctrina más relevante que la actividad de vigilancia se contrae a la función de control de la ejecución de la prestación.

Pero sucede con frecuencia que estos vigilantes —generalmente mandos intermedios que representan, como se ha dicho, la autoridad patronal a pie de tajo— terminan por dedicarse a tareas de fiscalización y no precisamente sobre el cumplimiento de la prestación laboral, sino sobre el comportamiento de los trabajadores en los aspectos que van más allá de las obligaciones contractuales y que forman parte de los derechos laborales, unas veces constreñidos por el empresario y otras veces por propia iniciativa conducidos por un exceso de celo y una equivocada lealtad hacia el empresario en un afán por consolidar su *status* personal de confianza con el empresario. Evidentemente, en estos casos se produce una situación de ilegitimidad, y la facultad de control se convierte en una situación injusta en contraste con la dignidad e integridad del trabajador.

Como queda dicho, la función del vigilante debe quedar reducida al esquema instrumental organizativo de la empresa, a la tarea de fiscalización del desarrollo de la actividad laboral y nunca a la toma de conocimiento de las manifestaciones sociales del trabajador en la empresa o fuera de ella. Al personal de vigilancia no le debe ser encomendada otra tarea que la de garantizar la disciplina y ejercer comedidamente el control sobre la actividad de trabajo.

El límite de ejercicio de su actividad viene determinado por el propio art. 20.3 ET, que no consiente al empresario, ni, por

³⁹ DI FILIPO, Alfonso, *Personale addetto alla vigilanza dell'attività lavorativa e furto del dipendente*, «Lavoro e previdenza oggi», maggio, 1981, núm. 5, pág. 875.

tanto, a quien traiga órdenes o poderes de él, atentar a la dignidad humana del trabajador en la adopción y aplicación de las medidas de control. Como se ha observado, ciertos episodios, alguno muy destacado en breve por la doctrina italiana, el de una empresa que había quitado las cerraduras a las puertas del retrete y colocado vidrios transparentes al objeto de observar cuanto sucedía dentro⁴⁰, como en general cualquier acto de autoritarismo tendente a ejercer un control de tipo policial, pueden menoscabar seriamente la dignidad y la libertad de la persona. El control indiscriminado e ininterrumpido sobre todos sus posibles comportamientos está prohibido⁴¹. Vale aquí reproducir las consideraciones anteriormente hechas sobre el reconocimiento de un derecho a la tranquilidad en el lugar de trabajo, que, como forma secundaria, pero indiscutible, del derecho a la vida privada, protege contra el asedio, la perturbación moral y el acoso constante de quienes ejercen el control sin un instante de respiro y en plan detectivesco. Para que la actividad de control de los vigilantes de la empresa no lesione derechos y libertades constitucionalmente garantizados es imprescindible que se realice «en el cuadro de un leal desarrollo de las relaciones entre el empresario y el personal»⁴².

La misma norma del ET permite indirectamente sostener la prohibición de la vigilancia oculta en el lugar de trabajo, la actuada a espaldas o con el desconocimiento del trabajador que tiene las más de las veces —según ICHINO— el efecto de lesionar la libertad sindical consintiendo a la dirección empresarial penetrar en aquella zona reservada en la que normalmente se desarrollan los contactos sindicales entre trabajadores en el interior de la empresa⁴³. Es importante, aunque la norma nada reglamente al respecto, que el trabajador sepa quién le controla o le vigila, puesto que, en principio, si desconoce la finalidad y legitimidad de quien lo dicta (esto es, si el personal colaborador trae poderes del empresario, y si está integrado en la estructura organizativa de la empresa), no estará obligado a someterse a una medida de control ni podrá reputarse como desobediencia su negativa.

⁴⁰ Pretura di Monopoli, Decreto 27-10-1970, Quale giustizia, núms. 5-6, pág. 12.

⁴¹ ROMAGNOLI, U., en AAVV. Art. 2 (*Guardie giurate*), *op. cit.*, pág. 14.

⁴² MANNACIO, C., *op. cit.*, pág. 703.

⁴³ *Op. cit.*, pág. 66.

En general, está prohibida cualquier forma de espionaje sobre los trabajadores y, por tanto, también el reclutamiento por la dirección de la empresa de confidentes entre el personal⁴⁴. Ya dijimos que la fiscalización intrusiva en cualquier modo y ámbito que se produzca constituye siempre un atentado al derecho a la intimidad⁴⁵. La admisión de esta práctica empresarial, ilegítima sin paliativos, significaría la instrumentalización de la persona al privarla de libertad y, por tanto, de disponibilidad de la misma por la vía del reconocimiento intrusivo de una parte del núcleo de su personalidad, y, en definitiva, supondría la anulación de un derecho subjetivo⁴⁶ a la intimidad.

A este respecto resulta inevitable plantear el tema de la utilización empresarial a efectos de vigilancia de personal no inserto en la estructura de la empresa. Como se sabe, es práctica empresarial muy frecuente en los grandes almacenes y supermercados la contratación de agentes investigadores para prestar servicios de vigilancia en el interior de la empresa y verificar la comisión por los trabajadores de ciertos hechos penalmente relevantes⁴⁷.

El problema —como es fácil de comprender— se contrae a la legitimidad para instaurar dentro de la empresa una especie de policía secreta privada junto al eventual servicio de vigilantes

⁴⁴ Vid. en este sentido ICHINO, idem, pág. 65, puntualizando en la nota 16, lo afirmado por PERA (*Commento allo Statuto...*, cit., págs. 22-23), de que nada impide que la dirección empresarial encuentre entre los dependientes el confidente cuyo testimonio es siempre, en derecho, utilizable: «si el autor se refiere a la posibilidad de hecho de que esto suceda, la opinión no puede evidentemente más que ser compartida... Pero que la práctica de valerse de confidentes reclutados entre los trabajadores pueda considerarse correcta, y por tanto legítima, esto no puede ser de ningún modo sostenido».

⁴⁵ Vid. por todos VIDAL MARTÍNEZ, *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982...*, cit., pág. 115.

⁴⁶ Vid. del mismo autor VIDAL MARTÍNEZ, J., *Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar (I)*..., cit., pág. 1043.

⁴⁷ El problema se plantea en las grandes empresas de distribución, sobre todo en el sector de la alimentación y del vestido, tales como supermercados y grandes almacenes, que, como escribe FONTANA, Antonio, (*Tutela del patrimonio aziendale e vigilanza oculata*, «Il diritto del lavoro», II, nov.-dic., 1984, págs. 497-498) son cotidianamente víctimas de un gran número de hurtos y pequeños robos, imputables no sólo a clientes adictos por la cleptomanía, sino por el mismo personal destinado a la venta: episodios de escaso relieve, si considerados aisladamente, pero que, sumados, terminan por incidir en medida también notable sobre el balance.

jurados encargados de la custodia y seguridad de los bienes y de las personas, y paralelamente al servicio normal prestado por el personal de vigilancia jerárquicamente supraordenado a los trabajadores.

¿Puede el empresario con fines disciplinarios confiar a agentes investigadores la tarea de vigilancia? Incluso presuponiendo que este tipo de prácticas se desarrollen para la tutela del patrimonio con pretensión de descubrir posibles sustracciones de bienes, ¿es admisible que el empresario utilice los servicios de una agencia de investigación privada para averiguar si los empleados cometen actos lesivos contra el patrimonio?

Ni una pregunta ni otra merecen, a mi juicio, una respuesta positiva. En el primer caso la admisión significaría dar carta de naturaleza a la existencia en la empresa de elementos incontrolados «oportunamente disfrazados y disimulados»⁴⁸ entre los trabajadores, que se dedican a actividades de espionaje, a la percepción clandestina de la voz y la imagen, a investigar sobre su vida privada, opinión política, sindical, lo cual constituye siempre una descarada intromisión ilegítima en la esfera reservada del trabajador.

Igualmente ilegítima debe reputarse todo control oculto sobre los trabajadores realizado por agentes investigadores con el fin de descubrir la comisión de ciertos hechos delictivos (sustracción de bienes por lo general), dado que tal actividad de seguridad sólo puede ser desarrollada —como he manifestado ya— por personal de vigilancia encargado del mantenimiento de la disciplina interna de la empresa o por vigilantes jurados. Tanto unos como otros encuentran su condición de licitud sólo en el conocimiento por parte de los trabajadores de que su específica misión consiste en controlar y vigilar, lo que en el caso de los vigilantes jurados no requiere comunicación porque resulta fácil de entender a la vista de los signos distintivos (emblemas, uniforme y armas) que portan.

La utilización de agentes investigadores con funciones también de seguridad o de prevención de delitos sólo cabe entenderse como una forma de eludir las imitaciones institucionales que pesan sobre los vigilantes jurados, especialmente los derivados de la no inserción en el proceso productivo, lo que induda-

⁴⁸ CRISAFULLI, *op. cit.*, pág. 390.

blemente les aleja de los círculos de decisión, impidiéndoles participar en las actividades sindicales y asamblearias de los trabajadores dependientes cuya seguridad se les encomienda, y les hace, en definitiva, perder el rastro de los sujetos más combativos o conflictivos. Porque ¿qué sentido tiene si no, pudiendo ejercer la misma vigilancia por vigilantes jurados, emplear a agentes de investigación? Como no es difícil de adivinar, subsiste un interés oculto: no es sólo la prevención del delito o su descubrimiento —si ya se ha cometido éste— lo que induce muy a menudo al empresario a confiar en aquéllos las tareas de vigilancia, sino que es, sobre todo, la posibilidad de sustraerse a las limitaciones que prohíben al empresario asignar al vigilante jurado las tareas de vigilancia sobre los trabajadores.

Pero ni en el más honesto de los planteamientos, a saber, para la comprobación de las sustracciones, se puede legitimar la utilización de agentes investigadores, porque la función de vigilancia sobre la actividad de trabajo —como se ha observado antes y señala la doctrina— debe realizarse siempre con caracteres de publicidad y nunca debe desarrollarse por procedimientos ocultos⁴⁹. Sólo excepcionalmente, cuando los agentes de investigación empleados en funciones de vigilancia del comportamiento de los clientes de un establecimiento (almacén, supermercado) (y no, por tanto, para el control del modo de trabajar de los dependientes) llegaran con ocasión del desempeño de su actividad de seguridad y de una forma casual al conocimiento de la comisión por alguno de los trabajadores dependientes de un hecho penalmente relevante, cabría justificar esta forma de vigilancia oculta por terceros extraños no integrados en la estructura organizativa de la empresa. Pero ni siquiera en este caso es justificable, porque su admisión podría generar un estado de inseguridad jurídica, ya que nada obstaría al empresario valerse de estos agentes privados para extraer información del comportamiento de los trabajadores aun cuando no hubiesen observado una conducta penalmente relevante. A mi juicio, la aceptación de tal hipótesis entraña el riesgo de consagrar un refugio a las prohibiciones que rigen en cuanto a la posibilidad de utilización de los vigilantes jurados, porque ¿quién puede impedir que el agente privado informe al empresario sobre lo observado en el com-

⁴⁹ Vid. MANNACIO, Giorgio, *Oggetto dell'attività di vigilanza del personale di cui all'art. 3 Statuto dei lavoratori*, «Informatore Pirola», 1981, pág. 1618.

portamiento de los trabajadores amén de otras cuestiones sobre la comisión de sustracciones de mercancías por los clientes?

En resumen, el poder de control sólo puede ser ejercido por el empresario en virtud del poder de dirección o por personal colaborador, integrado en la estructura jerárquica de la empresa al que se le ha encargado la misión de atender a la vigilancia del desarrollo de la actividad laboral y dependiente, puesto que sólo la inserción en el aparato productivo y la condición de dependencia —como dirá MEUCCI⁵⁰— pueden evitar el desenganchamiento de la actividad de vigilancia de la real necesidad organizativa y el surgir de supraestructuras externas con funciones inspectoras que van más allá de cuanto es necesario para la ordenación del proceso productivo.

Pero, por si hubiera todavía alguna duda, para eliminarla se puede recurrir a las normas de derecho civil. Como se ha dicho, el poder de control encuentra la condición de licitud en el leal desarrollo de las relaciones entre empresario y trabajador, que es como decir en el marco de la «buena fe» a que las partes deben someter las prestaciones recíprocas (art. 20.2 ET), «como ética social formadora de criterios inspiradores de conductas para el adecuado ejercicio de los derechos y el fiel cumplimiento de los deberes» (s. TS 27 octubre 1984).

Tanto el uso vejatorio, detectivesco del control empresarial sobre los trabajadores por parte de los vigilantes de empresa como la utilización de terceros extraños de una forma oculta entrañan una clara transgresión empresarial a la buena fe contractual que integra el supuesto abuso⁵¹; figura jurídica ésta prevista en el Título Preliminar del Código Civil (núm. 2, art. 7.º) y sobre la que la jurisprudencia ha dicho que es «todo acto u omisión que por intención de su autor, por su objeto o por circuns-

⁵⁰ MEUCCI, M., *L'inapplicabilità dell'art. 3 dello Statuto alla vigilanza sull'attività lavorativa da parte dei superiori gerarchici (vigilanza sull'escuzione)*, «Giustizia civile», 1981, I, pág. 2231.

⁵¹ Sobre la construcción jurídico-laboral de la figura del abuso, *vid.* BORRAJO DACRUZ, E., *Presupuestos críticos para el estudio del derecho del trabajo: (I) Abuso del derecho, derecho social y derecho del trabajo*, «Rev. Int. Sociología», 1954, núms. 46 y 47; DE LA VILLA, L. E., *Contratos especiales de trabajo: particularidades extintivas: ... abuso de derecho en la celebración de la relación contractual de trabajo y en la extinción del contrato*, «RFDUM», 1959, vol. III, núm. 6, pág. 362; MENÉNDEZ PIDAL, *El abuso del derecho y el Derecho Social*, «RT», 1961, núm. 2, pág. 451.

tancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho con daño para terceros» (s. TCT 20 mayo 1983, Ref. Ar. 4510), precisando que la concurrencia del mismo requiere: «a) uso de un derecho objetivo o externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio o legítimo), o bajo una forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)» (ss. TS 14 febrero 1944; 22 abril 1978, Ref. Ar. 1364).

No cabe duda de que el ejercicio de la facultad de control reconocida al empresario fuera de su cauce normal, cuando se hace particularmente penetrante en el ámbito de libertad de la persona, bien sea porque el personal con funciones directivas termina por desplegar una actividad minuciosa y vejatoria de control —semejante a la policial o militar— en el que el trabajador viene considerado como una especie de «encarcelado»⁵², o bien sea por la propia intervención de un servicio de vigilancia paralelo y exterior a la empresa, organizado secretamente por el empresario y dispuesto con fines disciplinarios represivos a fiscalizar el comportamiento del trabajador, supone claramente un abuso de derecho.

En ambas hipótesis, aun cuando no se llega a calcular ningún límite legal concreto, al no existir una previsión normativa que indique el grado de la libertad personal de los trabajadores en la actividad de vigilancia, o ninguno que prohíba explícitamente confiar a una agencia investigadora la tarea de vigilar la actividad laboral y el comportamiento de los dependientes, sin embargo, se viola un límite general concretado en el postulado de la buena fe y de lealtad que habitualmente debe presidir el comportamiento contractual. Aquí el abuso de derecho se produce al ejercitar anormalmente un derecho —el control empresarial— objetiva y externamente legal, causando un perjuicio al trabajador, contrario a los intereses protegidos por la Constitución. En definitiva, se produce abuso porque se burla la confianza legítima depositada por el trabajador en la relación contractual.

⁵² Vid. ASSANTI-PERA, *Commento allo Statuto...*, cit., pág. 14.

V. El control por medios audiovisuales o por otros procedimientos mecánicos

A) La instalación y utilización de aparatos de filmación o de cualquier otro medio apto de control por el empresario en el lugar de trabajo

Los sistemas tradicionales de vigilancia sobre la actividad de trabajo experimentan hoy un proceso de transformación o de ajuste debido a los efectos de las nuevas tecnologías. La serie de actividades desarrolladas por los vigilantes de empresa bajo el perfil técnico para la comprobación del grado de ejecución de las órdenes laborales resultan sumamente simplificadas por la automatización⁵³. La microelectrónica y, en general, la informática no sólo resumen procesos productivos, sino que dejan de hacer necesarios los sistemas de vigilancia en la producción al hacerlo directamente las máquinas⁵⁴.

Se puede citar el ejemplo de la instalación de un reloj de control del personal a la entrada del centro de trabajo conectado a un ordenador central. Con tal aparato, que registra las horas de entrada y salida de la fábrica, taller u oficina, se puede comprobar en cualquier momento el número de trabajadores que se encuentran en el centro, las ausencias, los retrasos y las salidas anticipadas del lugar de trabajo y, en general, el índice de absentismo total de la plantilla, sin tener que consultar una por una cada ficha o pedir información al jefe de turno⁵⁵. Existen otras formas mecánicas más incisivas de vigilancia; por ejemplo, la instalación en cada dependencia de la empresa de un aparato de cerradura automática que, conectado a un ordenador central, abre o cierra la puerta al introducir en la base de la cerradura una tarjeta perforada o magnetizada de uso personal⁵⁶.

⁵³ Cfr. MONTEJO, Carlos, *Los jefecillos*, «Boletín Técnicos Profesionales y Cuadros», en Comisiones Obreras, junio, 1984, núm. 3, pág. 6.

⁵⁴ La conexión entre la instalación de autómatas y el control de los trabajadores ha sido advertida, entre otros, por WILHELM-MUSA, *Arbeits- und verfassungsrechtliche Grenzen bei der Einführung mechanischer Arbeitskontrollgeräte*, «Arbeit und recht», 1961, págs. 360-361: «En la práctica va a jugar un papel importante la introducción de autómatas que sirvan tanto para la vigilancia de la capacidad de rendimiento mecánica como para el control de los trabajadores.»

⁵⁵ Una experiencia de este tipo se ha emprendido en el Ayuntamiento de Zaragoza con los funcionarios: léase «El País» de 24 de julio de 1984.

⁵⁶ De la posible utilización de los aparatos para un control a distancia de los trabajadores se ha ocupado ICHINO, P., *op. cit.*, pág. 73.

Todos estos procesos de transformación se traducen en realidad en una vigilancia del trabajador más impersonal, subrepticia y deshumanizante que la actuada tradicionalmente por los vigilantes de empresa.

Ciertamente, las aplicaciones de la informática, a la vez que alteran la estructura actual o el papel de los vigilantes de empresa, comportan una seria amenaza a las libertades y derechos de los trabajadores. Así, a medida que se va introduciendo nueva tecnología y alterándose los sistemas productivos se plantea cada vez con mayor intensidad la necesidad de preservar los valores individuales de la persona. «Encontrar el punto de confluencia entre las exigencias del progreso y el respeto a la dignidad y también del desarrollo de la personalidad es —dirá SMURAGLIA— uno de los problemas fundamentales de la sociedad moderna»⁵⁷, y es ahora mismo el objeto inmediato de esta nuestra reflexión dedicada en particular a la instalación y utilización de aparatos de control.

Los aparatos utilizados más a menudo en las empresas de control son los medios audiovisuales, que sirven para grabar el sonido y captar la imagen. Entre los exclusivamente de vigilancia óptica destacan fundamentalmente las filmadoras y en concreto las cámaras de televisión a control remoto y de circuito interno.

También se utilizan con relativa frecuencia los sistemas de «ventanas polarizadas» y de ventanas transparentes en un solo sentido⁵⁸ que permitan ejercer el control desde dentro sin ser visto desde fuera por los trabajadores. Estas son algunas de las muchas y variadas formas técnicas de control a que el trabajador suele verse sometido; es difícil pensar en todos y cada uno de los procedimientos de control, dado que puede haber tantos como inventos es capaz el hombre de crear y aplicar a la vigilancia laboral.

Pero, aparte de estos dispositivos visuales (los auditivos se estudiarán más adelante), cabe la adopción de otros procedimientos mecánicos de control. Uno de éstos es el tacógrafo, cuya obli-

⁵⁷ SMURAGLIA, C., *Progreso tecnico e tutela della personalità del lavoratore (A proposito della installazione di impianti di ripresa televisiva nelle fabbriche)*, «Riv. giur. lav.», 1960, I, pág. 311.

⁵⁸ FARIÑAS MATONI, L. M., *op. cit.*, pág. 42.

gatoriedad impone el Real Decreto 2916/1981, de 30 de octubre, a los transportistas de los vehículos que realicen el transporte de mercancías y personas. El tacógrafo instalado sobre el motor registra sobre un gráfico (disco-diagrama) la velocidad instantánea, el tiempo de marcha y paradas, la distancia recorrida y relevos en la conducción. Ello permite un más fácil control *ex post* sobre el comportamiento del trabajador, bastante más inciso —como puede comprenderse— que el del trabajador sujeto a la vigilancia directa del empresario o de sus colaboradores, porque todo en él queda consignado⁵⁹.

Antes de pasar a considerar el problema relativo al uso y destino lícito de los medios técnicos visuales de control, merece recordarse que la posibilidad de adopción de estos mecanismos es en principio válida y tolerada por el ET: el empresario, según el art. 20.3, puede adoptar cualquier medida de control siempre que guarde en su adopción y aplicación la consideración debida a la dignidad humana del trabajador.

A pesar de que el ET no contiene un precepto semejante al Statuto italiano (art. 4.º) que permite a *contrario sensu* la instalación de medios audiovisuales que sean necesarios a efectos de la organización, producción o de la seguridad del trabajo, no hay duda, sin embargo, que a tenor del artículo reseñado el ET consiente adoptar el emplazamiento de cualquier aparato de control cuando resulte objetivamente necesario por exigencias organizativas y productivas o de seguridad del trabajo.

Como ha expresado la doctrina más autorizada⁶⁰ en algunas empresas que se dedican a actividades peligrosas para la integridad física, la televisión se revela particularmente útil para controlar determinadas fases del proceso productivo. El control de una máquina particularmente peligrosa o de un horno que des-

⁵⁹ Caracteres similares ofrece en este terreno la utilización de un video-terminal conectado a una computadora central. Este último puede consentir un control a distancia memorizando y registrando las transacciones en ella efectuadas por el trabajador, los tiempos muertos, los errores, el número, la frecuencia y duración de las pausas efectuadas, *vid.* FANELLI, Onofrio, *Informatica e diritto del lavoro*, «Il diritto del lavoro», 1985, número 1, pág. 32; PADOVANI, Tullio, *Il controllo a distanza dell'attività lavorativa svolta mediante elaboratori elettronici*, «Riv. it. dir. lav.», 1985, núm. 2, págs. 252-258.

⁶⁰ SMURAGLIA, C., *Progresso tecnico e tutela della personalità del lavoratore...*, cit., pág. 311.

prende un fuerte calor o exhalaciones nocivas y peligrosas, o de algunos sectores de actividad de fabricación de explosivos, puede útilmente efectuarse a distancia mediante instalaciones de telecámaras en los puntos más peligrosos en los que el trabajador se encuentra expuesto a graves peligros.

Asimismo resultan justificables: la instalación en bancos, cajas de ahorro y demás entidades de crédito con fines de seguridad⁶¹ de cámaras fotográficas de vigilancia capaces de retener las imágenes de cualquier asalto que pudiera producirse, permitiendo la identificación de los autores, o la disposición voluntaria de cámaras en grandes almacenes a fin de controlar la afluencia masiva de público y sorprender las eventuales tentativas o comisiones de hurto. En estos casos la actividad del empresario, dirigida a la exigencia de seguridad de las personas y bienes, representa un aspecto del poder de dirección que no deja de suscitar ciertos problemas de conflicto con los intereses de los trabajadores.

Para el estudio global del tema resulta imprescindible la delimitación rigurosa de dos situaciones: de un lado, el emplazamiento y utilización de aparatos televisivos necesarios para el control técnico de la producción y seguridad del trabajo, y de otro lado, la instalación y empleo de tales medios con fines de control de la actividad o comportamiento laboral de los trabajadores.

La introducción por razones objetivas de circuitos televisivos y la verificación a través de dichos aparatos de la actividad productiva es una posibilidad, como hemos visto ya, consentida por nuestro ordenamiento en cuanto derivada del reconocimiento del poder de dirección empresarial.

El problema surge cuando a la adopción de este tipo de medidas se opone el interés subjetivo de los trabajadores a no ser controlados. El legislador del ET parece haber entendido que en caso de conflicto entre el poder de control del empresario y el interés del trabajador al respeto de su dignidad e intimidad debe prevalecer siempre este último (art. 20.3 ET). Según esta tendencia, habría que inferir que todo control por afecto que

⁶¹ RD 4 julio 1984, núm. 1338: Medidas de seguridad en entidades y establecimientos públicos y privados.

esté a necesidades estrictamente productivas y organizativas, si permite ejercitar alguna función de control del personal, es ilegítima. No obstante, mi opinión es que cuando la disposición de los aparatos televisivos tiene una finalidad preventiva e incluso organizativa el interés del trabajador puede ser legítimamente sacrificado, toda vez que, estando consentido por la norma el control sobre el desarrollo de la actividad de trabajo (sobre el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes), no es sino el uso indebido de los aparatos y la modalidad de su ejercicio lo que generalmente suele violar el interés subjetivo del trabajador.

La utilización de medios televisivos puede resultar, como veíamos antes, objetivamente indispensable para organizar la producción, tanto más cuando de su no introducción o supresión pueden derivar trastornos y perjuicios graves a la empresa. El que ello comporte en alguna medida un control de los trabajadores que prestan los servicios es a veces un dato imposible de eliminar que debe ser tolerado a falta al menos de una norma que prohíba la instalación de cualquier aparato televisivo que comporte el control de los trabajadores.

Ahora bien, la eventual justificación del emplazamiento de un aparato con posibilidad cierta de control de los trabajadores no significa en absoluto la aprobación de cualquier uso de lo observado ni de cualquier modalidad de ejercicio capaz de lesionar la dignidad e intimidad del trabajador.

Habrà que observar si no concurren en el fondo de la decisión, trascendiendo la alegación de los distintos fines de organización productiva o de seguridad, intereses torticeros tendentes a recabar datos e informes sobre el comportamiento de los trabajadores o a ejercer una mayor presión en la conducta laboral de los trabajadores mediante un intensivo e impersonal control.

Este es precisamente uno de los mayores problemas planteados por la instalación de las cámaras a efectos de control técnico. Porque, como observa SMURAGLIA, ¿quién puede garantizar a los trabajadores que a continuación de tales tomas el empresario no pueda valerse del material recogido para aplicarles sanciones? ⁶².

⁶² *Op. ult.* pág. 113.

Sin embargo, en todo este planteamiento debe partirse de dos supuestos básicos: de un lado, el confinamiento del poder de control empresarial por las exigencias de respeto a la dignidad a la persona, a su fin natural, y de otro lado, el carácter recíproco de la buena fe que obliga también al empresario a no defraudar la buena fe de la otra parte (generalmente cuando se habla del deber de buena fe se tiende a referirlo sólo al trabajador; no es así en este caso).

De estos dos principios descende una consecuencia lógica, cual es que el control debe venir efectuado de manera correcta y leal, lo que significa que debe ponerse en relación con las específicas causas objetivas de la instalación. De suerte que la posibilidad de control de los trabajadores y, por ende, el sacrificio del interés subjetivo de los mismos no represente más que «un efecto meramente accidental»⁶³, nunca un producto primario buscado de forma encubierta.

Por eso nos parece importante pugnar en todo momento por un uso ordenado y adecuado del aparato, «por un uso coherente con la causa de la facultad de la instalación»⁶⁴, lo que en verdad sólo es posible practicando el control *ex ante* y *ex post* a la instalación de los aparatos del uso legítimo de los mismos por los representantes de los trabajadores, sin abandonarlo todo a la buena fe del empresario.

Pero a veces no basta con ejercer un control sobre el uso coherente con el específico programa a que va destinado el aparato de control. Es preciso además reparar en la modalidad de ejercicio de control, pues es no pocas veces la causa determinante de la producción de un daño al interés subjetivo de los trabajadores. Cabría suponer una violación de la dignidad cuando la actividad de control aplicada con fines técnicos llegara a anular todo margen de intimidad del trabajador en la empresa, esto es, cuando el trabajador fuera observado constantemente «también en los momentos de distracción y de inactividad que están naturalmente presentes en cualquier trabajo y que deben tolerarse porque la misma producción debe adecuarse a estos límites, que son los límites de aplicación del trabajo humano»⁶⁵.

⁶³ ZANELLI, *Nuove tecnologie, riservatezza, diritti d'informazione*, «Riv. it. dir. lav», 1985, núm. 1, pág. 105.

⁶⁴ ICHINO, P., *op. cit.*, pág. 72, nota 31.

⁶⁵ Vid. ASSANTI-PERA, *op. cit.*, pág. 25.

Los sistemas televisivos, aun los diseñados para la utilización legítima que obligan a mantener bajo presión a los trabajadores, son incompatibles con la dignidad humana⁶⁶.

La vigilancia, inclusive la inevitable por motivos justificados, no puede tornarse en una exasperante e incómoda presión para los trabajadores, ni convertir a éstos en una suerte de «encarcelados». En esta dirección ICHINO sugiere interesantes ideas⁶⁷, tales como, por ejemplo: permitir el acceso a los monitores de las cámaras dispuestas para el control técnico únicamente a los técnicos y a los encargados de vigilancia, o destruir las bobinas de los films de aparatos televisivos instalados con fines de seguridad (bancos) relativos a los períodos en los que no se haya verificado ninguna anomalía.

Es importante que el trabajador obre con el convencimiento y la seguridad de que sus actos, aun cuando están siendo captados y grabados por un dispositivo óptico, no van a llegar al conocimiento del empresario salvo en los casos excepcionales.

No obstante, para las hipótesis en que tales medidas de prevención no son adoptables subsiste la imposibilidad de utilización de la información obtenida a través de los aparatos para fines disciplinarios. Hay que considerar inadmisibles la irrogación de medidas disciplinarias por infracciones conocidas por la empresa a través de esos medios, y no sólo porque tal práctica constituye un abuso de derecho, cuanto porque semejante proceder no puede desarrollarse sin infundir en los trabajadores un temor reverencial hasta el punto de hacer inexistente la libertad y dignidad de los trabajadores. Recordemos una vez más que el ET, al mismo tiempo que consagra el poder de control del empresario, atempera la modalidad de ejercicio a las exigencias de respeto a la dignidad del trabajador. Ciertamente, no excluye la posibilidad de que la empresa adopte medidas conducentes a la averiguación de cuanto pueda redundar en perjuicio de su buen desarrollo, pero impone que se haga ajustándose a los límites esta-

⁶⁶ Vid. WILHELM-MUSA, *op. cit.*, pág. 363: exactamente observa (este autor) que una violación de la dignidad humana cabría suponer cuando la individualidad de cada uno en particular no se tuviera en absoluto en cuenta dentro de la relación laboral y el trabajador sólo fuera juzgado como mano de obra, midiendo su aptitud según criterios que acaban por suponer una comparación con instalaciones técnicas.

⁶⁷ *Op. cit.*, pág. 73.

blecidos con la ponderación y medida que la convivencia socio-laboral exige⁶⁸.

Por lo que respecta a la utilización de los aparatos televisivos para la vigilancia discrecional o del comportamiento de los trabajadores, el panorama se presenta todavía más complejo y oscuro. A la vista del art. 20.3 ET, en principio no es posible oponerse al empleo por el empresario de estos medios de control de la actividad de los trabajadores. El empresario, según dicho precepto, puede adoptar cualquier medida de control «para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales» (las concretas de su puesto de trabajo y las que deriven de las órdenes e instrucciones que dicte el empresario y del contrato de trabajo; art. 5.º), lo que significa que también puede instalar telecámaras para ejercer su actividad de vigilancia.

Sin embargo, una interpretación combinada del art. 4.º2.e) ET y art. 20.3 ET con el art. 18 CE y el art. 7.º1 LO 1/82 obliga a considerar como intromisión ilegítima cualquier procedimiento de vigilancia que lesione la dignidad de la persona del trabajador o constriña su libertad. La instalación de una telecámara que controle todos los movimientos y actos del trabajador constituye uno de esos procedimientos odiosos que comporta en sí una agresión intolerable a la vida del trabajador.

Cómo conjugar los contrapuestos intereses de ambas partes cuando el aparato de control va dirigido sustancialmente al control de los trabajadores, es el gran problema suscitado aquí.

Algún autor ha propuesto distinguir entre dos hipótesis: de un lado, la vigilancia actuada a la finalidad exclusiva de control disciplinario con conocimiento de los trabajadores, y de otro lado, la actuada a espaldas o sin conocimiento del trabajador. Para VIDAL es decisivo el conocimiento de la vigilancia por el controlado para determinar la legitimidad o ilegitimidad de la intromisión⁶⁹.

⁶⁸ Sentencia del TS de 26 de abril de 1982, Ref. Ar. 2523.

⁶⁹ Considera este autor (*El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982...*, cit., pág. 116, nota 128) que el emplazamiento de un aparato televisivo en el lugar de trabajo cuando «hay conocimiento de que se establece esa vigilancia» no integra el tipo de ilícito civil previsto en el art. 7.º1 LO 1/1982.

Desde tal posición parece insinuarse que la vigilancia conocida por los trabajadores cae dentro de la normal actividad prevista por el art. 20.3 ET y que debe ser consentida siempre que no ofrezca nada incidental sobre la dignidad e intimidad del trabajador.

Sin embargo, coincido con SMURAGLIA⁷⁰ en que tal control sobre cada momento del desarrollo de la actividad laboral y también sobre los descansos del trabajo no puede desarrollarse sin una manifiesta compresión de la libertad de los trabajadores y sin una clamorosa violación de su dignidad humana. Vale aquí la consideración hecha anteriormente respecto a la utilización de los aparatos audiovisuales con fines técnicos y sobre la modalidad de su ejercicio: la vigilancia actuada por procedimientos técnicos o por medios audiovisuales es deshumanizante por el carácter impersonal del medio de control⁷¹ y mucho más penetrante e incisivo que el tradicional sistema de vigilancia del personal colaborador del empresario al permitir ejercer sin solución de continuidad y de una forma panorámica una vigilancia total y completa de la actividad de un sujeto. Los aparatos visuales ofrecen una potencialidad investigadora que desconoce fronteras; registran todos los actos del trabajador, inclusive los pertenecientes a su intimidad. Por consiguiente, aquí no cabe apelar al uso correcto, a la finalidad del emplazamiento y a un uso racional conforme a las exigencias de dignidad e intimidad, porque el acto en sí de instalar una cámara para el control del comportamiento de los trabajadores sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho (de control empresarial) con daño para terceros, daño ético en este caso, que proscribe el art. 7.º2 del Código Civil⁷².

Por otra parte, la consideración de ilegitimidad del uso de un aparato destinado a fines de control del comportamiento de los trabajadores viene forzada por la delimitación del objeto de vigilancia. Individualizado en el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales por el trabajador (art. 20.3 ET) el ámbito lícito de control empresarial, queda excluido del mismo la vigilancia sobre los comportamientos no estrictamente laborales

⁷⁰ *Progreso tecnico e tutela della personalità del lavoratore...*, cit., pág. 312.

⁷¹ *Vid. BUCALO, T., op. cit.*, págs. 510-512.

⁷² Sentencia del TS de 26 de abril de 1982, Ref. Ar. 2523.

de ejecución o de desarrollo de la prestación laboral⁷³. De suerte que el empresario no puede adoptar ninguna medida de control encaminada a observar la conducta de los trabajadores en los vestuarios, por ejemplo, ni en los otros momentos de interrupción del cumplimiento de la prestación (v. gr., en el tiempo de bocadillo, durante la celebración de una asamblea, en situación de huelga para conocer los sujetos instigadores o piquetes, etc.).

Visto, por tanto, que el empresario no puede ejercer el control fuera del cumplimiento de la prestación de trabajo y que un aparato televisivo controlado por el empresario no ofrece garantía alguna de respeto a los momentos reservados e íntimos del trabajador presentes también en el lugar de trabajo, grabándolo todo, hay que considerar que no cabe servirse de dichos aparatos para practicar la vigilancia sobre el comportamiento de los trabajadores.

El uso de los mismos a tales fines no sólo puede dar lugar a la responsabilidad civil, sino que es además no idóneo para la producción de cualquier efecto: las comprobaciones no son utilizables como testimonio en juicio a efectos disciplinarios.

Lo dicho hasta aquí resulta aún más patente cuando el trabajador ignora que es observado por una telecámara clandestinamente colocada por el empresario. La absoluta prohibición de este tipo de controles emana del propio derecho subjetivo de la persona a la intimidad. Los trabajadores *uti singuli* son portadores como cualquier ciudadano del derecho a no ser fiscalizados ilegítimamente en la vida privada y al respeto de su imagen en los momentos de su vida privada y fuera de ellos, como señala el art. 7.º4 LO 1/1982.

Un sector de la doctrina española⁷⁴ se muestra contrario a la individualización en las disposiciones de la LO 1/1982 de una posible tutela de la intimidad privada del trabajador. Fundamenta su crítica en el art. 7.º1 y 2 LO 1/1982, que considera intromisión ilegítima al emplazamiento y uso de aparatos de filmación o de cualquier otro dispositivo óptico apto para grabar y

⁷³ El control para verificar la actividad desarrollada por los dependientes sólo es lícito en el momento del cumplimiento de la prestación. Cfr. VENEZIANI (*Commentario all'art. 4 Impianti audiovisivi dello Statuto dei lavoratori* (Commentario diretto de Gino GIUGNI), Giuffrè, Milán, 1979, pág. 22; LEO, G., *op. cit.*, pág. 693.

⁷⁴ Cfr. MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo...*, cit., págs. 350-351.

conocer la vida íntima de las personas, insinuando que el trabajador en el lugar de trabajo no puede mantener una vida íntima —única zona de la personalidad literalmente protegida por la norma— porque no puede sustraerse al ejercicio del control empresarial sobre la prestación, que es inherente a sus poderes.

El argumento alegado es, a mi juicio, erróneo y evoca en cierto modo un sistema medieval periclitado en que el trabajador perdía toda su subjetividad al hacerse miembro impersonal de una colectividad, degradado al nivel de instrumento de trabajo. Hoy eliminada toda disparidad entre el *status* general del ciudadano y el específico del trabajador subordinado⁷⁵, cuando se proclama con firmeza la prohibición radical de cualquier forma de espionaje intrusiva en la libertad de los trabajadores, adquiere más proyección que nunca esta norma en la relación de trabajo por la protección que dispensa a la zona de la intimidad de la persona fuera del lugar donde ésta reside habitualmente.

Permanentemente hay que tener en cuenta que el trabajador tiene derecho a unos márgenes irreductibles e inderogables de intimidad en el lugar de trabajo. En el desempeño de su actividad, el trabajador realiza en la seguridad de no ser observado una serie de actos que forman parte de su vida privada y que muy probablemente no los realizaría si tuviera conocimiento de su observancia clandestina. Todo conocimiento torticero subrepticamente alcanzado por el empresario mediante la utilización de aparatos audiovisuales clandestinamente colocados con el fin de sorprender al trabajador, amén de constituir un abuso incompatible con el respeto a la dignidad e intimidad, debe considerarse ilegítimo, frente al cual debe reaccionarse con las sanciones jurídicas previstas en el art. 9.º de la citada LO 1/1982 (que serán analizadas en el capítulo final).

Por lo demás, no hace falta repetir que el empresario no puede utilizar las comprobaciones efectuadas a través de estos sistemas a efectos disciplinarios, prohibición que es general, aplicable a todo lo obtenido por cualquier procedimiento de espionaje clandestino: tanto a la información recabada —como hemos visto— por los vigilantes jurados de forma oculta del ámbito respectivo de sus competencias como a la obtención por los agentes informadores a raíz del espionaje practicado sobre los

⁷⁵ GIRARDI, Gialuigi, *Impianti audiovisivi e soggetti autorizzati al controllo*, «Massimario de giurisprudenza del lavoro», 1980, pág. 595.

trabajadores de forma oculta y con desconocimiento de los propios vigilados. Sobre el tema se volverá, no obstante, más adelante.

Finalmente, una breve alusión a la labor de los representantes en la vigilancia del ejercicio regular de las facultades de control empresarial. Conviene recordar que entre las competencias atribuidas por el ET (art. 64.1.1) a los miembros del comité y delegados de personal se hallan: por un lado, la de emitir informe previo a la ejecución por parte del empresario de cualquier decisión sobre la implantación o revisión de los sistemas de control; aunque es obvio que de este precepto no cabe emanar una regla semejante a la del art. 4.º del Statuto italiano, que establece que sólo previo acuerdo con los representantes sindicales y empresariales podrán ser instalados los aparatos audiovisuales de control, sí se infiere, sin embargo, que los trabajadores tienen derecho a ser consultados previamente a la instalación de cualquier aparato televisivo de control; y por otro lado, la de ejercer una vigilancia en el cumplimiento de las normas y pactos [art. 64.1.8.a) ET]; siendo una de estas normas del art. 4.º.2.e) ET, que reconoce a los trabajadores en la relación de trabajo el derecho a la intimidad, debe entenderse que los representantes están llamados a controlar el funcionamiento adecuado de los aparatos televisivos al interés objetivo (funcional, organizativo o de seguridad) y no al puramente subjetivo de control intensivo sobre los trabajadores conculcatorio de la dignidad e intimidad, formulando en su caso las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos y tribunales competentes.

Como se ha dicho antes, el trabajador singular, por lo general, se encuentra inmune frente a la utilización abusiva de tales medios como del material recogido a través de ellos por el empresario. Contra la práctica de servirse de estos instrumentos de control para reprimir en la mayoría de los casos conductas sindicales o invadir simplemente la vida privada de los trabajadores, la mejor y más eficaz defensa es la constituida «por la participación de los trabajadores mismos a través de sus representantes no solamente en la fase de reglamentación preventiva de la materia, sino también en la fase de la concreta aplicación de las reglas convenidas»⁷⁶.

⁷⁶ ICHINO, P., *op. cit.*, pág. 73; cfr. también SMURAGLIA, C., *Progresso tecnico e tutela della personalità del lavoratore...*, cit., pág. 315.

B) La utilización ilícita de aparatos de escucha por el empresario

La instalación de aparatos auditivos⁷⁷ en las empresas raramente suele justificarse en motivos técnicos o de seguridad. Resulta casi inimaginable la utilización de estos aparatos para el control de alguna fase de los procesos productivos. Con todo, no se debe desechar alguna posibilidad, siquiera sea residual, de utilización de estos instrumentos. Así, se debe citar el ejemplo de las cajas negras (*data flight recorder* y *data voice recorder*) que llevan los aviones, donde se registran las conversaciones mantenidas por los pilotos de vuelo con los controladores aéreos y, en general, cualquier incidencia en la conducta de vuelo de los aviones.

Se trata de un medio que consiente un control accidental de los pilotos, actuable en circunstancias excepcionales, normalmente tras un siniestro, a fin de desvelar las causas del accidente y determinar las eventuales responsabilidades si hubiere lugar, pero que no plantea grandes problemas de relación con el respeto a la dignidad e intimidad de los trabajadores.

Los aparatos auditivos cuando son colocados en las empresas sirven generalmente para ejercer un control secreto sobre los trabajadores. Estos aparatos recogen las conversaciones que tienen lugar dentro del recinto y las transmiten a un receptor situado fuera del mismo desde donde son escuchadas en la absoluta clandestinidad por los espías, superando todos los obstáculos físicos (la distancia, los muros, las puertas, etc.)⁷⁸.

La instalación de aparatos auditivos tiene la mayoría de las veces como fundamento la intrusión en la esfera de la actividad sindical de los trabajadores. No obstante, se registran interesantes casos en la jurisprudencia francesa en los que los móviles del empresario son otros.

Uno de los primeros que se recuerda es del Tribunal Grande Instance de París, que en sentencia de 7 de noviembre de 1975 declaró culpable de atentado contra la intimidad a una farmacéutica que, obligada por cuestiones de salud a ingresar en un

⁷⁷ Vid. una enumeración de los dispositivos de vigilancia auditiva existentes en FARIÑAS MATONI, *op. cit.*, pág. 41.

⁷⁸ Vid. NOVOA MONREAL, F., *Derecho a la vida y libertad de información*, Edit. Siglo XXI, México, 1979, pág. 97.

hospital y a contratar una empleada en su sustitución al frente del negocio, y ante las dudas que tenía sobre la seguridad de su explotación, mandó instalar en el establecimiento un micrófono conectado a un magnetofón a fin de registrar las conversaciones mantenidas por la empleada sustituta ⁷⁹.

En otro asunto conocido por el Tribunal Grande Instance de Saint Etienne de 19 de abril de 1977 ⁸⁰ se declaró asimismo culpables de un delito de atentado a la intimidad de la vida privada al presidente de una empresa y a su yerno, que, con la ayuda de un interfono instalado en el local que servía de cantina a los empleados, habían escuchado las conversaciones de éstos que se reunían en este local a la hora del almuerzo.

Por último, en el caso más reciente de todos, el Tribunal Correct Montbéliard en sentencia de 1 de diciembre de 1978 acordó castigar con la pena de seis meses de prisión y 2.000 francos de multa a un empresario que había instalado un dispositivo de escucha telefónica clandestina en las oficinas, cabinas y alojamientos con el objeto de sorprender los secretos porque entendía que se estaba haciendo un uso abusivo del teléfono para conversaciones de carácter personal ajenas al trabajo con el doble inconveniente de bloquear las líneas telefónicas del interior y provocar en las llamadas del exterior una espera injustificada ⁸¹.

Este tipo de prácticas de interceptación de la escucha telefónica, o de escucha clandestina, representa una ofensa al trabajador en su personalidad y dignidad, y en particular en el derecho a la vida privada. El trabajador que no sabe de las interceptaciones o escuchas ilegales, ni adopta por ello ninguna precaución, se encuentra indefenso ante el micrófono o dispositivo oculto que recoge su voz. En otras palabras, queda «inerte en manos del que indebidamente quebranta su intimidad» ⁸².

El legislador español, sensible al peligro constante que suponen las técnicas cada vez más complejas de espionaje auditivo

⁷⁹ Tribunale de Grande Instance de París, 7 novembre 1975, Recueil Dalloz, 1976, págs. 270-272, note R. LINDON.

⁸⁰ Tribunale de Grande Instance de Saint-Etienne, 19 avril 1977, Recueil Dalloz, 1978, págs. 123-124, note R. LINDON.

⁸¹ Tribunale Correct. Montbéliard, 1 décembre 1978, JCP, 1979, II, 19.248, observations R. LINDON.

⁸² NOVOA MONREAL, *op. ult. loc. cit.*

en la vida privada, y en particular preocupado por la defensa del secreto a las comunicaciones telefónicas —«uno de los principios de la protección que la CE dispensa al honor y a la intimidad personales»⁸³—, ha configurado, en primer lugar, como ilícito civil: a) el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, y b) la utilización de estos mismos para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción⁸⁴, y en segundo lugar, como tipo penal, la colocación ilegal de escuchas telefónicas, castigando con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas el hecho de la interceptación de las comunicaciones telefónicas o de la utilización de instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido para descubrir los secretos o la intimidad de otros sin su consentimiento (art. 497 bis Código Penal, LO 7/1984, de 15 de octubre).

La sujeción del trabajador a un procedimiento de vigilancia auditiva, en general, supone una «agresión intolerable» y una injerencia ilícita en la vida privada del trabajador, porque no existiendo justificación técnica para la instalación, su finalidad no puede ser otra que la compresión de la libertad del trabajador.

Para integrar la primera de las intromisiones ilegítimas contempladas en la LO 1/1982 (el emplazamiento de los aparatos de escucha: núm. 1, art. 7.º) basta la mera colocación de un aparato receptor de conversaciones a distancia, susceptible de permitir la escucha de los diálogos o de cualquier expresión privada. Sin embargo, para la segunda (la utilización de los aparatos de escucha para conocer la vida íntima: núm. 2, art. 7.º) se exige la toma efectiva de conocimiento mediante la utilización de tales aparatos⁸⁵.

Lo más problemático consiste en dilucidar qué tipos de actos de injerencia se deben reputar ilegítimos en la relación de trabajo: si todas las escuchas clandestinamente grabadas o solamente las destinadas a conocer la vida íntima del vigilado.

⁸³ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre, sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas (BOE, núm. 255, 24 octubre 1984).

⁸⁴ Art. 7.º, núms. 1 y 2 LO 1/1982.

⁸⁵ Así, VIDAL MARTÍNEZ, J., *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982...*, cit., pág. 117.

Ante todo anotemos que— en principio— sobre la base de la referencia literal de la norma a la vida íntima sólo se pueden considerar ilegítimos los procedimientos de escucha destinados a registrar o reproducir las conversaciones íntimas. Ello ha servido a algún autor para sostener que queda fuera del ámbito de la LO 1/1982 la actividad laboral⁸⁶. Sin embargo, no podemos por menos que disentir de tal opinión. A mi juicio, subyace en esta afirmación una errónea identificación entre el contenido de la vida íntima que conforme al art. 2.º LO 1/1982 corresponde en lo no previsto por las leyes y por los usos sociales a cada persona según sus propios actos, y el lugar de vida privada de cada persona. Normalmente, la intimidad se desenvuelve en lugar privado, pero no sólo en él, pues la intimidad es concebible en un lugar público. Lo mismo que la conversación de dos personas sentadas en un banco o en un lugar accesible al público forma parte de su vida privada, las conversaciones mantenidas por un trabajador con otros compañeros en el centro de trabajo pueden tener tal carácter pese a estar expuestos a la eventual mirada del resto de los compañeros y del empresario mismo y tratarse de un lugar en cierto modo público. La intimidad es un bien consustancial al ser humano, cuya tutela no siempre viene determinada en función del lugar en que se encuentra la persona. Por ello entiendo que las disposiciones de la LO 1/1982 en esta materia sí son aplicables en el lugar de trabajo, aunque éste sea un lugar vigilado.

Pero retomando la cuestión principal, pienso que hay argumentos para sostener que se debe dispensar protección no sólo a las escuchas clandestinas sobre conversaciones privadas, sino a cualquier escucha ilegal.

Por lo pronto, entiendo que la prohibición de las escuchas ilegales encuentra fundamento en la propia tipificación del ilícito civil en el art. 7.º1, que sanciona cualquier fiscalización intrusiva en la vida de la persona. Pese a que el precepto se refiere literalmente a la vida íntima, creo que cabe incluir en el espíritu de la norma el procedimiento o mecanismo empleado para el conocimiento de la misma. Por lo general los procedimientos de vigilancia —máxime los ocultos— son lesivos para la dignidad de la persona, pues, como escribe VIDAL, limitan la libertad y, más allá de si se ha producido o no una toma efec-

⁸⁶ Cfr. MONTAYA MELGAR, A., *Derecho del trabajo...*, cit., pág. 350.

tiva de conocimiento, suponen una agresión intolerable, una intromisión ilegítima⁸⁷. En esta línea se sitúa la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre de 2 de agosto de 1984 —caso MALONE—, que reconoce expresamente que puede resultar conculcado el art. 8.º de la Convención por el empleo de un artificio técnico —el llamado *comptage*—, que permite registrar cuáles han sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma⁸⁸. En igual sentido parecen pronunciarse los jueces franceses, que, pese a establecer claramente el art. 368 del Código Penal que sólo será castigado el atentado a la «intimidad de la vida privada» del trabajador, piensan que toda escucha clandestina por ser clañdestina es reprobable. Precisamente en los tres casos antes citados de la jurisprudencia francesa lo que motivó a los jueces a adoptar la decisión de ilicitud fue que las escuchas habían sido practicadas sin que el personal tuviese conocimiento de tales controles, es decir, con carácter de clandestinidad. Pero este razonamiento no es aceptado por el Tribunal Constitucional, al considerar en una visión estrecha que nada que no pudiere entenderse como concerniente a la «vida íntima» puede incluirse en el contexto y finalidad del art. 7.º1 LO 1/1982, de tal forma que falta el supuesto normativo cuando las interceptaciones recaen sobre conversaciones no íntimas o secretas⁸⁹.

Cabe argüir, no obstante, otro razonamiento aún más concluyente situado fuera del art. 18.1 CE. Es el secreto de las comunicaciones, derecho fundamental (art. 18.3 CE) que consagra la libertad de comunicaciones estableciendo «la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas». Como ha declarado el Tribunal Constitucional, «el concepto de secreto en el artículo 18.3 se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado»⁹⁰. Congruentemente, se puede afirmar que, no concurriendo en la relación de trabajo ninguna circunstancia especial legítimamente resultan ilícitas todas las escuchas clandestinas sobre conversaciones —privadas o no— del

⁸⁷ *El derecho a la intimidad...*, cit., pág. 116.

⁸⁸ «Boletín de Jurisprudencia Constitucional», 1986, 64-65.

⁸⁹ Fund. 8 s. TC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984 (BOE, número 305, de 21 de diciembre de 1984).

⁹⁰ Fund. 7 s. TC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984, cit.

trabajador realizadas por el empresario o por cualquier otra persona en su nombre, o en el suyo propio.

El legislador ha querido asegurar el secreto de las comunicaciones telefónicas también con preceptos penales que tipifican la colocación de escuchas ilegales. Aunque no es éste el lugar, ni es nuestro propósito analizar los preceptos que la LO 7/84 de 15 de octubre incluye en el Código Penal, sí conviene destacar al menos la tipificación de los distintos hechos de intromisión en la vida privada o de violación del secreto, así como las penas señaladas y los elementos que deben concurrir en la definición de esta figura delictiva.

Como hechos de espionaje se castigan por un lado, la escucha, la transmisión, la grabación o reproducción con la misma pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas; y, por otro lado, la divulgación de lo descubierto con la pena de arresto mayor en su grado máximo y multa de 30.000 a 800.000 pesetas. Así pues, en primer lugar, se prohíbe la simple escucha, mediante cualquier forma de interceptación de las conversaciones telefónicas; en segundo lugar, se sanciona la transmisión de las comunicaciones telefónicas: el hecho de colocar un micro camuflado en un receptor telefónico asociado a un procedimiento de transmisión que permite seguir a una distancia relativamente importante una conversación mantenida en la habitación por el sorprendido⁹¹; en tercer lugar, se reprime la grabación o reproducción del sonido; el hecho de fijar una conversación telefónica en un magnetofón que permita repetir el sonido; en cuarto lugar, con una pena más severa, se sanciona la divulgación definida como la «comunicación al público»⁹², y la revelación de lo descubierto; es decir, la propagación o difusión de la conversación telefónica, bien sea por transmisión directa, o bien sea por reproducción de lo grabado a un tercero o en público.

Por otra parte, la definición de esta figura delictiva viene cualificada por dos elementos:

1. *La intencionalidad.* El atentado para ser sancionable debe ser voluntaria o deliberadamente practicado por el autor

⁹¹ Cfr. BADINTER, Robert, *La protection de la vie privée contre l'écoute électronique clandestine*, JCP, I. 2435.

⁹² BLIN CHAVANNE ET DRAGO, *Traité du Droit de la Presse*, «Librairies Techniques», 1970, núm. 2, citado por BADINTER, *op. ult. cit.*

del delito. Ello se presume cada vez que se instala un micrófono dentro de un teléfono con voluntad de interceptar la conversación.

2. *La falta de consentimiento.* La comisión del delito exige que la escucha telefónica se realice sin consentimiento de los sorprendidos. El consentimiento priva a la comunicación del carácter secreto o íntimo. Con todo, el consentimiento no puede prestarse para la colocación arbitraria de las escuchas telefónicas o de cualquier otro procedimiento telefónico de escuchas, pues ello sería tanto como disponer de la propia libertad e intimidad, que si bien admite el parcial desprendimiento de alguna de sus facultades, no justifica la total abdicación de sus manifestaciones. Ello en el plano colectivo comporta la nulidad de las cláusulas del convenio colectivo que prevean la colocación arbitraria de escuchas por el empresario. La sujeción de las comunicaciones telefónicas personales del trabajador al control del empresario no se puede hacer descender ni del contrato de trabajo⁹³, ni de un convenio colectivo.

VI. Interdicción procesal de las pruebas obtenidas ilícitamente

Como queda dicho, el poder de control empresarial subsiste sólo dentro de los límites que las normas establecen. El empresario sólo puede emplear a los vigilantes jurados en tareas de seguridad de personas y cosas, y no en funciones de espionaje o de control de la vida laboral o extralaboral de los trabajadores, y ello no por imperativo de la norma administrativa que delimita las tareas institucionales de los vigilantes jurados, sino por expreso mandato de los arts. 4.º2.e) y 20.3 ET de respetar en los controles la intimidad y dignidad de los trabajadores.

Por idéntico motivo al empresario le está vedado utilizar elementos extraños a la organización de la empresa, agentes investigadores para recabar clandestinamente información o tes-

⁹³ *Vid.* sobre este punto ICHINO, P., *op. cit.*, págs. 123-124, quien mantiene entre otras cosas que el empresario «puede sólo en los límites de lo razonable, impedir que el trabajador se sirva del domicilio empresarial o del aparato telefónico para uso personal; pero cuando tal prohibición se haya transgredido, el empresario no puede extraer motivo para violar la intimidad de la comunicación».

timonio sobre la actividad de los trabajadores, así como instalar telecámaras para observar al trabajador con desconocimiento del mismo, o valerse de aquéllas para usos distintos a la finalidad del emplazamiento y realizar escuchas clandestinas por cualquier procedimiento de interceptación de las conversaciones de sus dependientes.

Pero una vez producida la injerencia en la vida privada, y obtenido testimonio de la misma, surge el problema de la posibilidad de utilización o admisión de las pruebas ilícitamente obtenidas. La cuestión consiste en determinar si el testimonio antijurídicamente logrado por cualquiera de los procedimientos antes indicados puede ser objeto de recepción jurisdiccional en un eventual proceso disciplinario contra el trabajador.

El tema ha sido planteado y también zanjado por el Tribunal Constitucional en la sentencia n.º 114/1984, de 29 de noviembre⁹⁴; sentencia que resuelve el recurso de amparo formulado por el periodista del diario *Información de Alicante*, que reprochaba que la Magistratura n.º 4 de la citada ciudad al haber declarado procedente su despido tomando como prueba de sus faltas laborales de modo exclusivo un instrumento ilegítimamente obtenido como fue la conversación telefónica mantenida con un alto cargo del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, incurrió en violación del derecho al secreto de las comunicaciones.

Aun cuando «no existe en nuestro ordenamiento una norma expresa que imponga la no consideración como prueba de aquellas propuestas por las partes y obtenidas antijurídicamente», ni resulta concluyente «el recurso a la vía interpretativa impuesta por el artículo 10.2 CE (...) por no existir pronunciamiento al respecto por parte del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre» hay que considerar, sin embargo, con el Alto Tribunal que «de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de —inviolables— (art. 10.1 de la Constitución) (deriva como garantía objetiva y no como derecho subjetivo con la condición de derecho

⁹⁴ Sala Segunda. Recurso de amparo núm. 167/1984: BOE, 21 diciembre 1984, supl. al núm. 305. Ponente el Magistrado Don Luis Díez PICAZO. Vid. unos comentarios sobre la sentencia en ASENSIO MELLADO, *La prueba prohibida en la jurisprudencia constitucional*, «Rev. Val. de Est. Auton.», núm. 1, 1985, págs. 289-296; AÑÓN ROIG, J. M., *Prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales*, «Rev. Val. de Est. Auton.», número 2, 1985, págs. 221-227.

fundamental) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental». «Esta garantía (es consecuencia —al decir del Tribunal Constitucional—) de la nulidad radical de todo acto público, o en su caso privado, violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad constitucional de no confirmar reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales.»

Ante la «encrucijada de intereses» que supone la imposibilidad de admisión de la prueba con causa ilícita entre la necesaria procuración de la verdad en el proceso», y «la garantía de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos» debe optarse —según el Alto Tribunal— por la exigencia efectiva de éstas «relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso».

En definitiva, la sentencia viene a rechazar la prueba ilegalmente obtenida, si bien sólo cuando se trata «de derechos fundamentales que traen su causa directa e inmediata de la norma primera del ordenamiento», mas no cuando las situaciones jurídicas tienen su base legal en una norma infraconstitucional. De suerte que para estas situaciones cabe cualquier desarrollo o regulación positiva e incluso la que reconozca la efectividad procesal de las pruebas logradas antijurídicamente sin que se llegue a la violación de un derecho constitucional.

Examinando cada uno de los casos concretos o prácticos empresariales enunciados al principio, se observa que el empresario difícilmente puede adoptar una medida de aquéllas sin quebrantar el derecho a la intimidad de los trabajadores. La escucha clandestina, así como la filmación de la imagen del trabajador sin fundamento técnico-organizativo alguno y sin consentimiento del trabajador con fines disciplinarios, o el empleo de personal desconocido al trabajador en tareas de espionaje de su conducta, resultan actividades claramente atentatorias de la libertad de la persona humana, y es evidente que su testimonio (sonoro, visual, documental o personal) no puede ser utilizado como prueba, ni puede aprovechar a la persona que comete la ilegalidad.

El poder de control empresarial está sujeto a los límites del art. 20.3 y 4.º2.e) ET (límites que se concretan en los valores

CAPITULO III

LOS CONTROLES EMPRESARIALES EXTRAÑOS A LA CAUSA CONTRACTUAL

I. Registros sobre la persona del trabajador en sus taquillas y otros efectos particulares

A) La inviolabilidad de la persona del trabajador y la configuración del bien jurídico protegido: la propiedad privada

Con el pretexto de proteger el patrimonio empresarial y el de los demás trabajadores de la empresa se ha previsto en el ET la posibilidad empresarial de realizar registros de los trabajadores, permitiendo así el ejercicio de una verdadera actividad de «policía privada»¹ en la empresa. El art. 18, que comienza en la rúbrica proclamando el principio constitucional de la inviolabilidad de la persona del trabajador, desciende luego a una inaceptable presunción de sospecha generalizada de hurto frente a los trabajadores, sobre la que funda el reconocimiento de un derecho de «autotutela» empresarial que compromete seriamente los derechos inviolables (dignidad, intimidad y libertad) del trabajador².

Por orden de prevalencia, dos son los intereses que se toman en consideración en el art. 18: en primer lugar, la propiedad privada o la tutela del patrimonio empresarial; y en segundo lugar, el respeto a los derechos fundamentales de la persona del trabajador. Esta norma, así como su precedente extranjero —el art. 7.º del Statuto dei Lavoratori italiano³— coloca en el

¹ La posibilidad de realizar registros sobre la persona del trabajador y sobre sus pertenencias ha originado un significativo debate; *vid.* en la doctrina italiana ROMAGNOLI, U., *Osservazioni sugli art. 4 e 6 dello Statuto dei lavoratori*, «Giurisprudenza Italiana», 1971, IV, pág. 133; MARINO, G., (Art. 6) *Visite personali di controllo. Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da Ubaldo PROSPERETTI, tomo I, Edit. Giuffrè, Milán, 1975, pág. 140; en la jurisprudencia italiana *vid.* Pretura di Milano, 26 maggio, 1975, y dentro de nuestras fronteras, DURÁN LÓPEZ, F., *op. cit.*, pág. 536.

² Cfr. ROMAGNOLI, U., *op. ult. cit.*, pág. 133.

³ Ley núm. 300, de 20 de mayo de 1970, que prohíbe también los registros personales del trabajador excepto en los casos en que sean indis-