

**EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN LO LABORAL:
CONSTRUCCIÓN, NUEVAS DIMENSIONES Y FUTUROS
ESCENARIOS**

[*THE SCRUTINY OF PROPORTIONALITY IN LABOR RELATIONS:
CONSTRUCTION, NEW DIMENSIONS AND FUTURE SCENARIOS*]

Jesús R. Mercader Uguina

Fecha de recepción: 12 de septiembre de 2023

Fecha de aceptación: 19 de septiembre de 2023

Sumario: I. LA RELEVANCIA DEL CRITERIO DE PROPORCIONALIDAD.- II. ANTECEDENTES: LA CONSTRUCCIÓN CONTRACTUALISTA DEL CRITERIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES.- III. LA EMERGENCIA DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU CONSTRUCCIÓN DESDE EL TRIPLE TEST DE CONTROL (ADECUACIÓN, INDISPENSABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO).- IV. LA EXTENSIÓN DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD: EL TEST DE “JUSTIFICACIÓN” DE LA MEDIDA EMPRESARIAL.- V. HACIA UN NECESARIO ROBUSTECIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: SU ADAPTACIÓN REFORZADA ANTE EL CAMBIO TECNOLÓGICO.

Contents: I. THE RELEVANCE OF THE SCRUTINY OF PROPORTIONALITY.- II. BACKGROUND: THE CONTRACTUALIST CONSTRUCTION OF THE SCRUTINY FOR RESOLVING CONFLICTS AMONG FUNDAMENTAL RIGHTS.- III. THE RAISING OF THE SCRUTINY OF PROPORTIONALITY AND ITS CONSTRUCTION FROM THE TRIPLE TEST OF SCRUTINY (ADEQUACY, INDISPENSABLE NATURE, AND PROPORTIONALITY IN A NARROW SENSE).- IV. THE SPREADING OF THE SCRUTINY OF PROPORTIONALITY: THE TEST OF “JUSTIFICATION” OF THE EMPLOYER MEASURE.- V. TOWARDS A NECESSARY STRENGTHENING OF THE PRINCIPLE OF

PROPORTIONALITY: ITS REINFORCED ADAPTATION IN THE FACE OF TECHNOLOGICAL CHANGE.

Resumen: Este trabajo analiza el principio de proporcionalidad como límite a los poderes empresariales en las relaciones laborales, ejercidos o no a través de las nuevas tecnologías, incluida la inteligencia artificial.

***Abstract:** This work analyzes the principle of proportionality as a limit to employer powers in labor relations, whether or not exercised through new technologies, including artificial intelligence.*

Palabras clave: Inteligencia artificial, Nuevas tecnologías, Poderes empresariales, Principio de proporcionalidad, Relaciones laborales

***Keywords:** Artificial intelligence, Employer powers, Labor relations, New technologies, Principle of proportionality*

* * *

I. LA RELEVANCIA DEL CRITERIO DE PROPORCIONALIDAD

Las relaciones entre los derechos fundamentales y los poderes empresariales constituyen uno de los temas que más número de aristas presenta en la actual definición del Derecho del Trabajo máxime en un momento en el que el cambio tecnológico y su impacto en las nuevas formas de control empresarial está ganando un creciente protagonismo. La dificultad de enfrentarse a dicho estudio radica en la enorme pluralidad de factores que deben ser tomados en consideración a la hora de proceder a su análisis y, singularmente, en la necesidad de utilizar herramientas conceptuales que trascienden el ámbito laboral para situarse de lleno en el área del Derecho constitucional. Puede afirmarse, por todo ello, que con el reconocimiento de los derechos fundamentales en la empresa el Derecho del Trabajo suministra y, no por accidente, una viga maestra para el puente del Derecho privado al Derecho constitucional. Pieza clave en ese puente es, sin duda, el principio de proporcionalidad.

El concepto de proporcionalidad es principio general de la legislación de la Unión Europea. Conforme al art. 52.1 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”. En el núcleo de la noción de proporcionalidad se encuentra el concepto equilibrio. No sorprende por ello que Aristóteles en su *Ética a Nicómaco* [Libro V, 1131 b)] afirmase que: “Lo justo es, pues, una proporción”.

Como es sobradamente conocido, el principio de proporcionalidad viene a resolver conflictos entre principios no entre reglas. Cuando se da un conflicto entre reglas, éste se solventa o bien introduciendo una excepción en una de ellas o bien declarando inválida una en juego. En el supuesto de conflicto entre dos reglas, cuya aplicación conduciría a consecuencias jurídicas distintas para el mismo caso, es necesario admitir o bien que una de las normas es una excepción de la otra, o bien que una de ellas no está vigente (por ejemplo, con criterios como el de *ley posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, u otros). Sin embargo, cuando tiene lugar una colisión entre principios (y los derechos fundamentales

poseen los rasgos caracterizadores de los mismos) ⁽¹⁾, uno de los dos debe ceder, pero la preeminencia de un principio sobre otro variará según los supuestos. Dadas unas determinadas circunstancias, se resolverá la colisión señalando si el principio A o el principio B deben ceder ante una determinada circunstancia. La respuesta a la cuestión de qué principio prevalece y cuál cede requiere de la adecuada ponderación de los derechos en juego.

Se niega, por tanto, que entre los principios exista una jerarquía que confiera una preeminencia absoluta de unos sobre otros. La preeminencia está condicionada a determinadas circunstancias que varían en cada caso ⁽²⁾. Según lo establecido por el TJUE, es esencial señalar que la proporcionalidad es una evaluación en concreto ⁽³⁾. Esto es, está en función de cada situación de hecho, pues es sólo en cada concreto contexto fáctico cuando se puede valorar en qué medida una concreta prohibición es idónea para un concreto fin, no tiene una alternativa menos restrictiva, y contiene un sacrificio justificable por la magnitud del beneficio que produce en otro bien jurídico relevante. En otras palabras, el análisis de proporcionalidad es siempre contextual o circunstanciado.

II. ANTECEDENTES: LA CONSTRUCCIÓN CONTRACTUALISTA DEL CRITERIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Originariamente el Tribunal Constitucional no acudió al criterio de proporcionalidad como canon de enjuiciamiento de las situaciones de conflicto entre derechos fundamentales. Lo cierto es que, con carácter general, “a lo largo de los años ochenta y todavía entrados los noventa del pasado siglo, el Tribunal aplicó en numerosas ocasiones un juicio “conjunto”, casi intuitivo, de razonabilidad y proporcionalidad en asuntos en los que estaba en juego la garantía de derechos. El control en términos de razonabilidad y proporcionalidad implicaba tomar en consideración “todas las circunstancias” antes de pronunciarse sobre la “fundamentación, racionalidad y proporcionalidad” de la norma o actuación impugnada, lo que

¹ Cuestión de la que nos ocupamos más ampliamente en I. GARCIA-PERROTE ESCARTIN, J.R. MERCADER UGUINA, “*Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio*”, en AA.VV., *El modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, MTAS, 2003, pp. 249 a 272.

² R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 2007, 2ª ed., pp. 70-71.

³ STJUE de 6 de noviembre de 2003, Lindqvist, C-101/01.

tenía la ventaja de que permitía al Tribunal adoptar decisiones ajustadas al caso, pero que también invitaba a entrar en valoraciones de oportunidad, especialmente, en el caso del control de la actuación del legislador, cuando entraba a considerar si la norma era proporcionada atendida su finalidad” (4).

La singularidad de lo laboral invitó al Tribunal Constitucional desde sus comienzos a proyectar la lógica civilista a la solución de estas situaciones y ello hizo resplandecer al criterio de la buena fe como canon interpretativo en esta materia. El principio de buena fe se configuró como una condición objetiva de todo derecho, incluidos los derechos constitucionalizados y, en consecuencia, una condición anterior a la positivación de tales derechos en el texto constitucional. La razón justificativa de la incidencia de la buena fe en las libertades públicas residiría en la vinculación de estas libertades a la categoría de los derechos subjetivos. La buena fe vendría a ser, así, un límite intrínsecamente constitucionalizado en la idea de “derecho”, una limitación consustancial al propio instituto, que regularía el modo de ejercer la libertad, de forma que siempre quedarían constitucionalmente prohibidos aquellos comportamientos que, aun siendo manifestación de una libertad, fueran realizados faltando a las exigencias de la buena fe. En otras palabras, se trataría de afirmar que la Constitución no ha positivizado las libertades con protección extendida a la mala fe (5).

Tal parece ser la idea que subyace en las formulaciones del propio Tribunal Constitucional cuando en la STC 120/1983, de 15 de diciembre, se define la buena fe como la “necesidad general derivada del desenvolvimiento de *todos* los derechos”, o cuando declara que el ejercicio de las libertades no sólo ha de respetar los límites expresamente establecidos en la norma que las regula, sino que “al mismo tiempo dicho ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento que el art. 7 CC expresa con carácter general al precisar que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de buena fe” (6). De esta manera, la buena fe se convirtió, en la jurisprudencia

⁴ E. ROCA TRIAS, M.A. AHUMADA, *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española, Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*, Roma, 2013, p. 7.

⁵ A. MORENO GARCIA, *Buena fe y Derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1993, nº 38, pp. 270-271.

⁶ SSTC 88/1985, de 19 de julio; 6/1988, 21 de enero.

constitucional del Tribunal, en *estándar* o modelo de conducta social al que debe sujetarse la persona siempre que pretenda hacer valer su libertad pública y, al mismo tiempo, en criterio valorativo del ejercicio de esa libertad.

III. LA EMERGENCIA DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU CONSTRUCCIÓN DESDE EL TRIPLE TEST DE CONTROL (ADECUACIÓN, INDISPENSABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO)

Los criterios de modulación de los derechos de base contractualista se fueron paulatinamente dejando de lado y dieron paso a “otras técnicas expresamente concebidas por la ciencia del Derecho Constitucional”⁽⁷⁾. Es a partir de la segunda mitad de los años noventa del siglo pasado cuando se hace visible en la jurisprudencia constitucional el intento consciente de articular de un modo preciso el control de proporcionalidad. En una serie de decisiones representativas del control de proporcionalidad sobre actuaciones del legislador (STC 55/1996, de 28 de marzo), de jueces (STC 207/1996, de 16 de diciembre) y de la administración (STC 66/1995, de 8 de mayo), el Tribunal procedió en cada caso a un análisis ordenado de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la intervención cuestionada⁽⁸⁾. El abandono por parte del TC de criterios subjetivistas como la buena fe a la hora de abordar los conflictos que puede plantear el ejercicio por el trabajador de los derechos fundamentales que le corresponden como ciudadano y su sustitución por otros instrumentos de control de los límites de los derechos fundamentales mucho más elaborados, como el principio de proporcionalidad, resultó una consecuencia natural del proceso de maduración de nuestro modelo constitucional y, paralelamente, de un progresivo desplazamiento de los criterios contractualistas. No obstante, tuvieron que pasar muchos años hasta que el Tribunal Constitucional afirmara de manera categórica que no existe un “deber genérico de lealtad con significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial” (entre muchas, desde la STC 56/2008, de 14 de abril hasta la más reciente STC 79/2023, de 3 de julio).

⁷ J. PARDO FALCON, *Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario (Un comentario de las SSTC 99/1994, de 11 de abril, y 6/1995, de 10 de enero)*, Revista Española de Derecho Constitucional, 1997, nº 49, p. 299.

⁸ E. ROCA TRIAS, M.A. AHUMADA, *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española, Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*, cit., p. 8.

La primera manifestación de ese cambio de rumbo se encuentra en la STC 99/1994, de 11 de abril, cuyo supuesto de hecho puede resumirse del siguiente modo. Con motivo de la muestra de un producto a los medios de comunicación y autoridades autonómicas de la Consejería de Cultura de la Junta de Extremadura para la presentación de la denominación de origen de dicho producto, un trabajador de la empresa que lo fabricaba fue reiteradamente requerido por aquélla para que realizara una demostración de corte y preparación, dada su destreza en el cometido. El trabajador se negó rotundamente, puesto que no deseaba bajo ningún concepto que su imagen fuese captada fotográficamente. Ante la negativa y la consecuente desobediencia, la empresa despidió al trabajador. El Juzgado de lo Social declaró la procedencia del despido, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Recurridas en amparo ambas sentencias, el Tribunal Constitucional estima el recurso por los argumentos que seguidamente analizaré, declarando el despido radicalmente nulo.

La sentencia se plantea si la naturaleza del trabajo contratado esto es, las tareas encomendadas al trabajador, implicaban la necesaria restricción de su derecho, de tal suerte que pudiera entenderse que era la propia voluntad del trabajador expresada al celebrar el contrato la que legitimaba que pudiera exigírsele en el futuro la realización de comportamientos como el analizado. Se analiza en este caso si el “déficit” contractual —“no consta que el trabajador (...) tuviera asignada, *explícita ni implícitamente*, tarea alguna de exhibición de su habilidad en la promoción del producto”— en esta materia puede ser salvado a través de una interpretación integradora del conjunto del contrato, pues “el vínculo contractual originario no puede considerarse, por sí solo, y sin otra consideración adicional, cobertura suficiente para la orden dada”.

La sentencia salta desde el plano contractual al de la constitucionalidad de la conducta y busca hallar fundamento a la conducta limitadora del presunto derecho a la imagen que se analiza, señalando que, “descartado que la restricción del derecho fundamental viniera impuesta por la naturaleza misma de las tareas expresamente contratadas, no bastaría con la sola afirmación del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento”. El Tribunal Constitucional va a aplicar por primera vez en el ámbito laboral, con una relativa ortodoxia, el principio de proporcionalidad como técnica de control

de los límites de los derechos sobre la base de los tres juicios típicos en los que el mismo se articula por la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemana: el juicio de adecuación, el juicio de indispensabilidad y el juicio de ponderación en sentido estricto.

En realidad, el juicio de adecuación de la conducta empresarial al fin per seguido no merece demasiados comentarios por parte del Tribunal Constitucional dado que, “al fin y al cabo se trata de una valoración que inicialmente compete al empresario y sobre la que el TC parece dejar a ésta un cierto margen de apreciación”⁹). Lo que ocurre es que, con ser necesario, dicho requisito no resulta suficiente, como no tarda en poner de manifiesto este último: “*Descartado que la restricción del derecho fundamental viniera impuesta por la naturaleza misma de las tareas expresamente contratadas, no bastaría con la sola afirmación del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento*”. De ahí que el juez constitucional no tarde en abordar el segundo requisito exigible a toda restricción practicada en el ámbito constitucionalmente protegible de un derecho fundamental: la indispensabilidad de la medida. A tal efecto señala el referido pronunciamiento que: “*Los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos (al margen de los conectados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar —por parte de quien pretende aquel efecto— que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y de la organización en que se integra*”. Verificado el incumplimiento de este segundo requisito, no resulta procedente el examen del tercero —la proporcionalidad de la medida en sentido estricto—, que conlleva necesariamente la ponderación de todas las circunstancias e intereses concretos en juego; de ahí que el TC omita cualquier referencia al mismo. Quedaba oficialmente inaugurado el juicio de proporcionalidad por la doctrina constitucional.

La confirmación de la doctrina dictada en la STC 99/1994, de 11 de abril, se produjo en la STC 6/1995, de 10 de enero, a propósito de otra de las facultades típicas que ostenta el empresario sobre el trabajador en cualquier

⁹ J. PARDO FALCON, *Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario (Un comentario de las SSTC 99/1994, de 11 de abril, y 6/1995, de 10 de enero)*, cit., p. 304.

relación laboral: el poder disciplinario. La sentencia utiliza, por segunda vez consecutiva en el ámbito laboral, el principio de indispensabilidad como límite de los límites de los derechos. Para ello se remite a la doctrina contenida en la STC 99/1994, reiterando que los requerimientos de la empresa restrictivos de los derechos fundamentales del trabajador han de estar justificados por razones de necesidad “estricta”, subrayando además la insoslayable exigibilidad de este último requisito “cualquiera que sea la cuantía de las compensaciones que el trabajador reciba”. Un matiz éste de no poca importancia, ya que supone privar de toda relevancia jurídica a una circunstancia que había sido expresamente tomada en cuenta por las resoluciones de la jurisdicción laboral a la hora de ponderar la legitimidad de la intromisión empresarial en el ejercicio del derecho fundamental por parte del trabajador.

A los anteriores pronunciamientos seguiría la STC 37/1998, de 17 de febrero, que resolvía una situación en la que durante una huelga general varios coches patrulla de la Ertzaintza y, a una distancia de entre seis y diez metros, varios policías tomaron fotografías y filmaron la acción de un piquete, sin que se atendiera la solicitud de algunos miembros del piquete de que cesara la filmación y la toma de fotografías ni sus intentos de identificarse ante la Ertzaintza (¹⁰). En esta sentencia, el Tribunal vuelve a recurrir al juicio de proporcionalidad, aunque tampoco en la misma completa de manera íntegra el balance de los tres juicios que integran el referido test. En este último pronunciamiento el Tribunal Constitucional comienza a recorrer el test de proporcionalidad, pero, una vez afirmada la adecuación de la medida, lo cierra al considerar que la medida utilizada no cumple el juicio de indispensabilidad.

El último hito del camino en la consolidación de este criterio de ponderación se alcanzó en la, tantas veces referenciada, STC 98/2000, de 10 de abril. El caso en el que encuentra su base el referido pronunciamiento tiene su origen en el Casino de La Toja. Durante el verano del año 1995, la empresa «Casino de La Toja, S. A.», para conseguir un adecuado control de la actividad laboral que se desarrollaba en las instalaciones dedicadas al juego de azar y, en concreto en las dependencias de caja y en donde se

¹⁰ Un comentario a la misma, J. RIVERO LAMAS, *Medidas restrictivas de los derechos fundamentales y principio de proporcionalidad (Sobre la constitucionalidad de la filmación de los piquetes en una huelga general)*, en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1999, XVI, pp. 100-120.

hallaba ubicada la ruleta francesa, decidió completar uno de los sistemas de seguridad de que disponía, consistente en un circuito cerrado de televisión (existente desde la apertura del casino en 1978), con la instalación de micrófonos que permitieran recoger y grabar las conversaciones que pudieran producirse en las indicadas secciones del casino.

Pues bien, a la vista de la doctrina sentada por este Tribunal, señala el referido pronunciamiento que no puede admitirse que la resolución judicial objeto del presente recurso de amparo haya ponderado adecuadamente si en el presente caso se cumplieron los requisitos derivados del principio de proporcionalidad. De entrada, resulta inaceptable, como ya se dijo, la premisa de la que parte la Sentencia impugnada en el sentido de que los trabajadores no pueden ejercer su derecho a la intimidad en la empresa, con excepción de determinados lugares (vestuarios, servicios y análogos).

Desde esta base, concluye, que:

“la implantación del sistema de audición y grabación no ha sido en este caso conforme con los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen la modulación de los derechos fundamentales por los requerimientos propios del interés de la organización empresarial, pues la finalidad que se persigue (dar un plus de seguridad, especialmente ante eventuales reclamaciones de los clientes) resulta desproporcionada para el sacrificio que implica del derecho a la intimidad de los trabajadores (e incluso de los clientes del casino). Este sistema permite captar comentarios privados, tanto de los clientes como de los trabajadores del casino, comentarios ajenos por completo al interés empresarial y por tanto irrelevantes desde la perspectiva de control de las obligaciones laborales, pudiendo, sin embargo, tener consecuencias negativas para los trabajadores que, en todo caso, se van a sentir constreñidos de realizar cualquier tipo de comentario personal ante el convencimiento de que van a ser escuchados y grabados por la empresa. Se trata, en suma, de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE, pues no existe argumento definitivo que autorice a la empresa a escuchar y grabar las conversaciones privadas que los trabajadores del casino mantengan entre sí o con los clientes. Lo cual conduce al otorgamiento del amparo con el restablecimiento al demandante en

la integridad de su derecho, tal como le fue reconocido en instancia por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra”.

IV. LA EXTENSIÓN DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD: EL TEST DE “JUSTIFICACIÓN” DE LA MEDIDA EMPRESARIAL

El juicio de justificación de la medida como elemento integrado en el de proporcionalidad aparece, por primera vez, en la STC 186/2000, de 10 de julio (Instalación de un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde el demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral). En este caso la sentencia citada señala que, en el caso que nos ocupa, la medida de instalación de un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde el demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era una *medida justificada* (ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada), por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE. Por ello, aunque el voto particular que acompañó a la STC 39/2016, de 3 de marzo, incurría en un error de apreciación al inducir a pensar que la doctrina constitucional inauguraba un nuevo elemento de valoración a la hora de construir el juicio de proporcionalidad [decía el referido voto que: “al triple juicio que anuncia el penúltimo párrafo del fundamento jurídico 5 (idoneidad, necesidad y equilibrio), se antepone de manera anómala un nuevo juicio en el último párrafo (de justificación)”], cuando lo cierto era que, como acabamos señalar, el mismo había sido inaugurado en la citada STC 186/2000.

Este criterio se ha hecho fuerte en la propia doctrina constitucional y en la ordinaria que vienen, desde entonces, iniciando su recorrido argumental desde la necesidad de la justificación de la medida empresarial que es objeto de ponderación en cada caso. El referido criterio, ello es cierto, no ha sido ni presentado ni justificado por los distintos pronunciamientos, sino que lenta y suavemente se ha venido, como decimos, a añadir a los restantes subjuicios de adecuación, indispensabilidad

y proporcionalidad en sentido estricto que clásicamente han sido utilizados. Tampoco ha sido objeto de particular atención por la doctrina, que ha aceptado sin mayor reflexión los efectos que su inclusión misma lleva consigo.

En suma, la limitación de los derechos fundamentales por otros derechos y bienes de relevancia constitucional ha de superar con rigor del test de proporcionalidad, pero su vertebración argumental deberá partir de manera necesaria del carácter justificado de la medida empresarial. De no concurrir el referido criterio deberá entenderse que el sacrificio impuesto a los derechos fundamentales de los trabajadores será injustificado y, por tanto, no proporcionado. Este juicio anexo, como decimos, se ha venido repitiendo en su uso constitucional hasta el punto de que la STC 170/2013, de 7 de octubre, traza un nexo de unión con el primero de los pronunciamientos en el que se hizo valer para incluir de nuevo su uso: “Aplicando similar razonamiento al seguido en nuestra STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 7, relativa a la instalación de un circuito cerrado de televisión en el lugar de trabajo, con igual conclusión a la allí alcanzada, ha de afirmarse aquí que el acceso por la empresa a los correos electrónicos del trabajador reunía las exigencias requeridas por el juicio de proporcionalidad. Se trataba en primer lugar de una medida justificada, puesto que, conforme consta en la Sentencia de instancia, su práctica se fundó en la existencia de sospechas de un comportamiento irregular del trabajador”. Una línea doctrinal que alcanza hasta el momento a la STC 119/2022.

Si tuviéramos que aventurar una razón que explica su emergencia, probablemente ésta se encuentra en el propio uso del principio de proporcionalidad en el ámbito de las relaciones laborales. Es lo cierto que el principio de proporcionalidad nació como técnica de control de los poderes discrecionales de la Administración. En principio nacido en Alemania, experimentó “un notable desarrollo en el Derecho prusiano, especialmente, en materia de policía, hasta el punto de considerarse un de los principios fundamentales del Estado de Derecho” ⁽¹¹⁾. Es probablemente esta raíz pública y su lógica, por tanto, asentada en el principio de legalidad, lo que excluía la necesidad de un juicio sobre la justificación de la medida. Como resumía la STC 85/1992, de 8 de junio, “debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho cuya condición de canon de

¹¹ M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, cit., p. 118.

constitucionalidad, reconocida en sentencias del más variado contenido (...) tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan éstas de normas o resoluciones singulares”. El juicio de proporcionalidad parte de la apelación a un determinado bien o derecho constitucionalmente protegido o a un determinado interés público todos ellos, por si mismos, dignos de tutela.

A partir de esta premisa el juicio entraba a ponderar si la actuación del poder público (legítima desde su base) resultaba adecuada, indispensable y si los medios elegidos se mantenían una relación razonable con el resultado perseguido. En resumen, no era necesaria una previa justificación del actuar. Sin embargo, esta premisa se hace necesaria cuando del actuar de un sujeto privado hablamos. El actuar de los sujetos privados no cuenta con esa presunción de legitimidad que sí se aprecia en el caso de los públicos. Esta exigencia reforzada de control, creemos, es la que se construye por la doctrina constitucional de modo que la justificación se configura como un criterio de control “a priori” para poder, de apreciarse, proyectarse sobre el supuesto de hecho el resto de elementos de ponderación que definen el test clásico de ponderación.

Aunque como venimos señalando, la definición de la exigencia de “justificación” no ha sido ni definida ni precisada por el Tribunal Constitucional, de su forma y modo de uso cabe deducir algunos de los elementos que ayudan a construirla. En los pronunciamientos en los que se ha venido utilizando el referido criterio es un elemento común el de requerir que el actuar empresarial obedezca a un móvil que justifique mínimamente su actuar. Los referidos pronunciamientos insisten en la idea de que la acción se funde en “razonables sospechas” que justifiquen las medidas empresariales potencialmente limitativas de los derechos fundamentales del trabajador.

Aunque la exigencia de control se mueve, como no puede ser de otro modo, en un perfil bajo es evidente que tal exigencia deja por completo fuera de ese actuar actuaciones “injustificadas” por acausales o meramente preventivas. De modo que debe existir una razón justificada que explique las razones del referido actuar. Como muy agudamente vino a señalar la SJS nº 33 de Madrid 3 de diciembre de 2015 (revocada STSJ Madrid 691/2016 de 15 julio (Rº 399/2016), “El uso ponderado y equilibrado que se impone al empresario para adoptar medidas de vigilancia y control del cumplimiento

por el trabajador de sus obligaciones y deberes contractuales, impide un patrón de conducta consistente en su utilización acausal y preventiva”.

Un excelente ejemplo de su uso podemos encontrarlo en la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 251/2021, de 30 de noviembre de 2021 ⁽¹²⁾. La sentencia es terminante al decir que “falta el presupuesto previo para poder aplicar el triple test de constitucionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)”. El juicio de idoneidad debe ponderar si la revisión de los bolsos *con captación de imágenes* es un medio idóneo para conseguir el objetivo propuesto. El juicio de necesidad debe justificar la *videovigilancia* como medio para alcanzar los fines pretendidos ante otros igualmente eficaces y menos intrusivos. El juicio de proporcionalidad justifica la *videovigilancia* cuando otras medidas de control que no requieren la captación de imágenes resulten claramente insuficientes o inaplicables en relación con los legítimos fines empresariales perseguidos de modo que se alcance un equilibrio entre los perjuicios causados (intromisión en la intimidad de las personas) y los beneficios alcanzados (control laboral, patrimonio empresarial, etc.). Pero, “nada de ello se satisface con la alegación por la empresa de un genérico ‘interés legítimo empresarial en proteger su patrimonio y evitar los hurtos’ para efectuar un control como el acordado, sin ninguna justificación específica previa”. Como señala CASAS BAAMONDE, “finalizando su larga fundamentación, la sentencia completará, con una eficacia decisiva, su razón de decidir: no consta siquiera la finalidad perseguida por la empresa, sin que se haya acreditado que concurra causa alguna que justifique *la revisión de las pertenencias de los trabajadores con visibilidad de cámara de videovigilancia, ya que no constan sospechas o conductas previas de los trabajadores que hicieran necesario el control de los bolsos para proteger el patrimonio de la empresa*. Nada prueba la empresa, tratándose en definitiva de controles preventivos, no reactivos y en consecuencia desproporcionados”.

La exigencia de justificación constituye, pues, una nueva pieza que integra el juicio laboral de proporcionalidad que viene, por tanto, a enriquecer la configuración clásica definida por la doctrina alemana hace más de cien años. Una exigencia que se cifra en una valoración de mínimos

¹² Un magnífico comentario a esta sentencia del que se toman las consideraciones que siguen es el realizado por M.E. CASAS BAAMONDE, *Registros empresariales sobre los trabajadores, videovigilancia e intimidad personal: necesidad de sospechas o conductas irregulares previas*. Revista de Jurisprudencia Laboral, número 3/2022.

en relación con los fundamentos del actuar empresarial. Y es que cualquier medida empresarial que choque contra un derecho fundamental debe fundarse en una razón básica que sirva para motivar su acción de control. Si dicha justificación no existe, la medida resultará desproporcionada.

V. HACIA UN NECESARIO ROBUSTECIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: SU ADAPTACIÓN REFORZADA ANTE EL CAMBIO TECNOLÓGICO

La insuficiencia para contener la irresistible transformación que viene de la mano del modelo tecnológico, requiere iniciar una profunda reflexión sobre cómo afectan y afectarán estos sistemas a la dignidad personal y los derechos de la persona. Estas nuevas realidades obligan a un permanente equilibrio entre los derechos fundamentales en juego. De este modo, cuando nos preguntamos por el alcance de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, nos estamos refiriendo a una permanente y continua confrontación entre los derechos fundamentales de alcance laboral (intimidación, secreto de las comunicaciones y protección de datos) y el interés empresarial o, en su caso, público en el establecimiento y uso de sistemas algorítmicos o de IA. La anterior idea lleva, descartando jerarquías formales, a buscar, necesariamente, un ajuste material entre los derechos fundamentales y los referidos intereses. La técnica para alcanzar dicho resultado viene de la mano del principio de proporcionalidad.

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

La protección de datos es, probablemente, una de las garantías individuales que mayor desarrollo normativo ha experimentado a nivel

europeo en los últimos años. La construcción de un complejo y sofisticado modelo de tutela de los riesgos frente al uso abusivo de los datos personales viene a representar un salto de paradigma. Un diseño normativo que se enfrenta a problemas esenciales de la transformación digital: la transparencia informativa, la exigencia de responsabilidad en los agentes que intervienen en el sistema, el papel y el alcance del consentimiento en el terreno de los derechos fundamentales o, en fin, la construcción de un complejo sistema de tutela que incorpora la propia técnica en el diseño mismo de la norma y se enfrenta a ella desde su directa contemplación. Mucho se ha escrito y debatido en los últimos años sobre el alcance y contenido de este método de aplicación del derecho. La importancia de esta regulación de desarrollo del derecho a la protección de datos de carácter personal del art. 18.4 CE no puede ser ignorada e impone una reevaluación tanto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la del propio Tribunal Constitucional para establecer el estándar de tutela del derecho.

Desde hace algún tiempo, un cualificado sector de la doctrina viene sosteniendo que la fuente que podría colmar, de forma eficaz, las insuficiencias que presenta el principio de proporcionalidad, estableciendo unos criterios más cuidadosos de enjuiciamiento de los intereses en conflicto, es el de los principios de protección de datos ⁽¹³⁾. Pero queda por definir en qué deba consistir esa actuación. Las reflexiones de este apreciado sector doctrinal han caminado de la mano del significado que pudiera darse al “doble test” que ha realizado el Tribunal Constitucional en relación la garantía de los derechos fundamentales en el terreno del uso de dispositivos digitales a través de cual se efectúa un control de constitucionalidad en relación con el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y su segundo control que tiene como protagonista el derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE). Los ejemplos de las STC 29/2013, 39/2016 y, más recientemente, STC 119/2022, ponen de manifiesto los usos de ese doble canon de enjuiciamiento.

¹³ J.L. GOÑI SEIN, *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual ¿necesidad de una reformulación?*, en AA.VV., *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona, mayo de 2014 / Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, Cinca, 2014, pp. 17-81.

En dichos pronunciamientos no creemos que se haya producido propiamente un reforzamiento del principio de proporcionalidad en sentido estricto sino, como decimos, un doble juicio de constitucionalidad de la medida en que la tutela de la situación ha requerido ponderar, de un lado, el posible ataque a la intimidad (art. 18.1 CE) articulando, en este caso, el test de control desde el juicio de proporcionalidad ampliado al que nos hemos referido y, por otro lado, la posible vulneración del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE) en el que el Tribunal se ha venido fijando en el cumplimiento de la obligación de información que, como precisara hace tiempo nuestro Tribunal Constitucional, persigue otorgar a la persona “un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado”; pues “ese poder de disposición sobre los propios datos personales de nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin” (14).

Nuestra reflexión pretende llegar más lejos. Seguramente el paso que deba darse deberá venir de la mano de una propia y redefinida fundamentación del principio de proporcionalidad reforzado con algunos de los elementos que han servido para construir la malla de garantías existente en materia de protección de datos. El propio anclaje normativo de la definición de los derechos fundamentales pudiera ser una necesaria respuesta que podría, incluso, encontrar adecuada localización en ámbito de la normativa comunitaria como ha ocurrido en materia de protección de datos y está próximo a ocurrir, cuando vea la luz, el Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial, una disposición que vendrá a “complementar”, precisamente, la normativa en materia de datos personales (15). La construcción de los derechos fundamentales de la disrupción digital se deberá enfrentar a retos significativos y globales. La compleja realidad a la que nos enfrentamos requerirá de soluciones imaginativas en lo jurídico y, por paradójico que pueda parecer, volver a las soluciones abstractas y generales que proporcionan las normas puede ser una forma revolucionaria de enfrentarnos a estas realidades.

Mientras ello se produce, será necesaria una lectura del juicio de proporcionalidad, como decimos, reforzada con el sustento que proporcionan alguno de los principios esenciales en materia de protección

¹⁴ STC 292/2000, de 30 de noviembre.

¹⁵ Como expresamente reconoce la Exposición de Motivos (1.2) de la Propuesta de Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial.

de datos. Probablemente, las ideas de transparencia, limitación de la finalidad y minimización deban cobrar fuerza significativa en estos nuevos tiempos (¹⁶).

El principio de transparencia posee una importancia extraordinaria en el conjunto de instrumentos de garantía frente al uso de algoritmos en el mundo laboral. Importancia que queda subrayada por el propio RGPD cuando señala que dentro de “las disposiciones legislativas o de convenios colectivos, que establezcan normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores, se incluirán medidas adecuadas y específicas “prestando especial atención a la transparencia del tratamiento” (art. 88.2 RGPD).

Un segundo principio que puede cobrar peso es la “limitación de la finalidad” en el juego de las controversias entre derechos fundamentales. Esta exigencia se enuncia en el art. 5.1 b) del RGPD. El referido principio se corresponde con la “limitación de propósito” y responde básicamente a la exigencia de que los datos personales no puedan ser tratados para otra finalidad que aquella que expresamente ha sido consentida por parte del titular de los datos para posibilitar legalmente su tratamiento. El RGPD establece que de acuerdo con el art. 89.1 del RGPD, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales. Los fines para los que son recabados u obtenidos los datos son la pauta de la proporcionalidad en su tratamiento, pues la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de su tratamiento se miden en función del fin para el que se han obtenido, como ha entendido el TJUE reiteradamente, entre otras en la relevante STJUE 24 de noviembre de 2011, ASNEF, C-468/10.

Pero, probablemente, la proporcionalidad debe rodearse de una serie de garantías que refuercen externamente su papel. El establecimiento de un completo sistema de garantías frente al uso de los sistemas de IA es una necesidad de la que se ha hecho eco la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2021 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de

¹⁶ De estas y otras muchas cuestiones vinculadas con este tema, me he ocupado en J.R. MERCADER UGUINA, *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

Inteligencia Artificial), que propone un conjunto de medidas articulado sobre los niveles de riesgo que la tecnología emergente puede suponer para los derechos de las personas trabajadoras. Asegurar el cumplimiento de la normativa aplicable en materia de protección de datos y la revisión por humanos de decisiones importantes (*human-in-the-loop*, *human-on-the-loop*, o *human-in-comand*) constituyen garantías esenciales en el diseño de los sistemas de IA.

La reflexión sobre las citadas realidades hace imprescindible y deseable una reflexión profunda sobre las finalidades y técnicas de uso del principio de proporcionalidad pues ello contribuiría a reforzar la función compensadora del Derecho del Trabajo sin renunciar a los beneficios de la digitalización para las empresas, sindicatos, trabajadores y el conjunto de la sociedad. En definitiva, debemos avanzar hacia una transición digital que favorezca el desarrollo económico junto con el trabajo digno y la justicia social siempre en un adecuado y ponderado equilibrio entre los derechos en juego.