

LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES EN LOS NUEVOS ESCENARIOS DIGITALES*

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Cádiz

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones, poder de vigilancia del empresario, nuevas tecnologías y Derecho del Trabajo

Este trabajo parte de la necesidad de reconfigurar el marco teórico relativo a la delimitación del ámbito de afectación del derecho a la intimidad para garantizar el valor de la dignidad humana en el contexto actual, en el que gran parte de las interacciones sociales – personales y profesionales- se llevan a cabo en “escenarios digitales”. En estos nuevos ámbitos, los mecanismos tradicionales de delimitación de la “privacidad” devienen ineficaces, porque normalmente se sustentan sobre metáforas espaciales o sobre delimitaciones temporales o materiales que se diluyen en el mundo digital. Para afrontar esta complejidad se hace necesario recomponer la noción de “expectativas razonables de privacidad”, que en la actualidad se encuentra distorsionada por una aplicación excesivamente restrictiva en los escenarios digitales.

ABSTRACT

KEYWORDS: right to privacy, secrecy of communications, workplace monitoring and surveillance, Labour Law and new information technologies

This paper aims to redefine the theoretical framework regarding the determination of the scope of the right to privacy in order to ensure human dignity in the modern context. The traditional mechanisms for determining the scope of ‘privacy’ are usually based on spatial metaphors, time segmentation or physical barriers. However, nowadays, great part of social interaction take place in ‘digital places’, where these mechanisms lose their effectiveness. To face this complexity, it is necessary to recompose the notion of ‘reasonable expectative of privacy’, which is usually distorted by a restrictive approach when applied to ‘digital workplaces’.

* Este trabajo se ha realizado en el contexto del grupo de investigación DER2017-83488-C4-1-R “Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía”.

ÍNDICE

1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL SIGLO XXI
2. LA RELATIVIZACIÓN DE LAS FRONTERAS CLÁSICAS EN LOS NUEVOS ESCENARIOS DIGITALES
3. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS “EXPECTATIVAS RAZONABLES DE PRIVACIDAD” Y LAS DEFICIENCIAS DE SU APLICACIÓN
4. LA IRRUPCIÓN DE LA LÓGICA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS
5. CONCLUSIONES

1. EL CONTEXTO SOCIAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

En sentido estricto, los Derechos Humanos no son “universales”; ciertamente, todos ellos tienen como fundamento último el valor universal –aunque no universalmente reconocido- de la dignidad humana y una serie de intereses humanos básicos permanentes. Sin embargo, la formulación concreta de los derechos y su contenido solo tienen sentido en un contexto histórico particular, caracterizado por determinadas condiciones y circunstancias económicas, tecnológicas, sociales, culturales y políticas. Así, por ejemplo, el derecho a la seguridad social (art. 22 de la Declaración Universal) o a las vacaciones pagadas (art. 24 de la Declaración Universal) solo tienen sentido en una economía capitalista y el derecho al recurso efectivo ante los tribunales competentes (art. 8 de la Declaración Universal) requiere que exista un marco institucional determinado; estos derechos no podrían aplicarse estrictamente a una sociedad prehistórica de cazadores-recolectores aunque, por supuesto, la población de estas sociedades compartía los intereses humanos básicos que subyacen a la regulación moderna, como son las necesidades de seguridad, descanso y protección frente al poder arbitrario.

En particular, aunque indudablemente existen algunos precedentes, podría decirse que el derecho a la intimidad “nace” en 1890 con un artículo de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis en la *Harvard Law Review*¹. En este texto, los autores argumentan que la protección que el Derecho atribuye a las personas y a su propiedad debe concretarse de manera distinta en cada momento histórico y que, en este caso concreto, los cambios tecnológicos y económicos exigen la configuración de un nuevo derecho “a la privacidad”². Resulta destacable que los

¹ Warren, S.D, Brandeis, L.D., *Right to Privacy*, Harvard Law Review, Vol. 4, nº 5, 1890, pp. 193-220.

² “Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual that Judge Cooley calls the right ‘to be let alone’. Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops”. *Ibid.* p. 195.

factores tecnológicos y económicos que producían alarma a Warren y Brandeis a finales del siglo XIX –la posibilidad de tomar fotografías “instantáneas” y la multiplicación de las posibilidades de propagación de la información- no solo siguen estando presentes, sino que, de hecho, han crecido de manera exponencial. No cabe ninguna duda de que el “derecho a la intimidad” sigue siendo necesario para salvaguardar la dignidad humana, e incluso cabría decir que es más importante que nunca; la cuestión es determinar hasta qué punto su contenido y límites deben interpretarse de manera diferente, para responder adecuadamente a la nueva realidad producida por los cambios tecnológicos, económicos y sociales y, en concreto, por la llamada “economía digital”.

La “intimidad” es un concepto abstracto cuyo ámbito se delimita continuamente en una permanente interacción entre las necesidades de cada individuo por un lado y, por otro lado, su reconocimiento por parte de la sociedad y del Derecho. Esta delimitación cotidiana se lleva a cabo básicamente a través de una serie de operaciones culturales de segmentación del espacio, del tiempo, de la materia y de las actividades humanas que distinguen “lo privado” de lo “público”. Casi invariablemente, estas operaciones se articulan a través de metáforas basadas en referencias espaciales o geométricas (“espacios”, “esferas”, “zonas”, “ámbitos”, “perímetros”, etc.) que permiten atribuir la cualidad de “privacidad” a determinadas actividades, personas y objetos, reconociendo que todos ellos mantienen una vinculación especial con el sujeto de derechos y considerando que estos ámbitos deben quedar relativamente libres de la injerencia de “terceros” a los que no se haya permitido el “acceso”. En este contexto, el TC español define la intimidad como un “ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario- según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana” (STC 231/1988).

A primera vista, podría parecer que el trabajo asalariado y la intimidad son conceptos antagónicos en la medida en que el primero se identifica como el prototipo clásico de la “vida pública”, por contraposición a la “vida privada” –personal y familiar-, que con frecuencia se relaciona precisamente con las actividades que se desarrollan fuera del trabajo. Ciertamente, se asume, como regla general, que el empresario tiene la potestad de controlar la actividad de los trabajadores a su servicio en el tiempo y en el lugar de trabajo, mientras que, por el contrario, se considera no puede inmiscuirse en la “vida privada” del trabajador, en su tiempo de descanso o en su domicilio particular. Estos poderes de vigilancia y control del empresario -circunscritos al ámbito laboral- se fundamentan en el contrato de trabajo, a través del cual los asalariados se desprenden de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador durante un tiempo determinado. El problema es que esta cesión es, de algún modo ficticia, porque la fuerza de trabajo no puede, en realidad, separarse de la persona, en tanto que el trabajo humano no es

otra cosa que la actividad humana, es decir, el ser humano mismo, contemplado desde una perspectiva dinámica³. Por ello, en el ámbito laboral, “florece” inexorablemente determinados “ámbitos de intimidad” que es necesario proteger y, de hecho, esta circunstancia es precisamente la que está en la base de la división entre el espacio privado y el espacio profesional. En efecto, el hecho de que la vida humana no esté, en realidad, fragmentada en compartimentos estancos es precisamente el motivo que explica la necesidad de separar mentalmente estas esferas.

Por consiguiente, también en el terreno laboral es necesario hacer operaciones culturales o simbólicas que permitan delimitar determinados “ámbitos” que resultan relevantes desde la perspectiva del derecho a la intimidad. En los espacios físicos –por contraposición a lo que se verá respecto a los escenarios digitales–, las zonas privadas están configuradas normalmente a través de fronteras materiales, que permiten distinguir con cierta claridad entre los ámbitos de intimidad y aquellos otros que se consideran “públicos”: así, por ejemplo, el sobre cerrado –que despliega la aplicación de la garantía específica del secreto de las comunicaciones– la atribución de un despacho individual cuya puerta se cierra con llave, el uso de un escritorio personal, la taquilla del trabajador, los aseos, los lugares de esparcimiento y descanso de los trabajadores, etc., demarcan un espacio propio para el trabajador que ha surgido incluso dentro de los límites de la propiedad del empresario.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que esta delimitación previa del ámbito de afectación del “derecho a la intimidad” no implica, en principio, que este espacio sea absolutamente inaccesible. En efecto, el derecho de intimidad no es una “regla” taxativa –es decir, un mandato que deba imponerse sin excepción, como podría ser la prohibición de la tortura, sino un “principio de optimización”, que debe garantizarse “en la mayor medida que sea posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”⁴. Esto implica que, una vez identificado el ámbito merecedor de protección, en la mayoría de los casos debe llevarse a cabo una ponderación con otros bienes e intereses constitucionalmente protegidos⁵. En

³ “[...] la fuerza de trabajo en acción, el trabajo mismo, es la propia actividad vital del obrero, la manifestación misma de su vida”, Marx, K., *Trabajo asalariado y capital*, 1849, Versión electrónica en <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/49-trab2.htm>

⁴ Seguimos aquí la definición de Alexy, R. [trad. al castellano de Ernesto Garzón Valdés], *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 [publicado originariamente en alemán en 1986], p. 86.

⁵ Álvarez Alonso, D., *Derechos fundamentales de la persona y obligaciones contractuales del trabajador*, Tesis doctoral inédita, Universidad de Oviedo, pp. 348-355; en el mismo sentido, Álvarez Alonso, D., “Modulación laboral de los derechos fundamentales, ponderación y principio de proporcionalidad: ¿un paradigma en retroceso?”, Comunicación presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en *Los derechos fundamentales ines-*

todo caso, como veremos a continuación, el desarrollo de relaciones personales y profesionales en escenarios “virtuales” o “digitales” afecta particularmente a la primera fase de delimitación *a priori* del ámbito personal protegido por el derecho a la intimidad.

2. LA RELATIVIZACIÓN DE LAS FRONTERAS CLÁSICAS EN LOS NUEVOS ESCENARIOS DIGITALES

La generalización masiva del uso de Internet -particularmente, pero no exclusivamente, en los países más desarrollados- a través de todo tipo de dispositivos y aplicaciones ha implicado cambios profundos en los modos de vida y en las formas de interacción social. Una parte muy importante de la vida de las personas se desenvuelve en “escenarios digitales” o “virtuales” en los que se desarrollan todo tipo de relaciones sociales (económicas, profesionales, afectivas, sexuales, lúdicas, de ayuda mutua, de transmisión de conocimiento, etc.) En estos nuevos escenarios se diluyen las divisiones o segmentaciones clásicas del tiempo, del espacio y de los objetos materiales que la cultura ha construido⁶, afectando a todos los campos de la vida humana y, muy particularmente, al ámbito laboral.

En primer lugar, se difumina notablemente la distinción “clásica” entre “tiempo de trabajo” y “tiempo libre”, porque muchos trabajadores, a través de los escenarios digitales desarrollan interacciones sociales no profesionales durante el tiempo de trabajo, así como tareas profesionales durante su tiempo libre⁷; esto provoca problemas tanto en lo que refiere al control del trabajo realizado o de la actividad profesionalmente relevante como a la efectividad de los derechos laborales relativos a la jornada y a su distribución, pero, en lo relativo al tema que nos ocupa, supone una mayor dificultad en la distinción entre actividades

pecíficos en la relación laboral y en materia de protección social, Ed. Cinca, 2014 (CD con las comunicaciones que acompaña al libro, p. 15 del pdf).

⁶Castells, M., *La era de la información. Vol. 1. La sociedad red*, Alianza Editorial, 2015 (publicado originariamente en 1996), hace referencia al “espacio de los flujos”, en el que los lugares no existen en sí mismos, sino que sus posiciones se definen por los intercambios de flujos en la red (pp. 488 y ss y, en particular, p. 490); también menciona un “tiempo atemporal” que pertenece al “espacio de los flujos” (pp. 507-547 y, en particular, p. 545), que pretende trascender el tiempo biológico poniendo el foco tanto en lo instantáneo como en lo eterno (y que implica, en la práctica, una fuerte tensión contra el tiempo). Por otra parte, Gotved, S., “Time and space in cyber social reality”, *New Media Society*, Vol. 8 (3), 2006, señala que, en la comunicación llevada a cabo a través de ordenadores, la espacialidad es una cuestión de imaginación (p. 477), puesto que se utilizan diferentes tipos de representaciones para generar un sentido del espacio a través del discurso (p. 479).

⁷Tewes, E.J., “Privatesphere: Can Privacy Laws Adequately Protect Employees Amidst the Complexities of the Modern Employment Relationship?”, *Santa Clara Law Review*, Vol. 57, nº1, pp. 288-289, 292, 296, 298.

profesionales y no profesionales. En segundo lugar, este proceso implica también una relativización del “espacio de trabajo”, en la medida en que, en muchos casos, determinados trabajadores realizan parte de sus funciones productivas –o incluso la totalidad de sus tareas- en su domicilio o en otros lugares físicos, accediendo a “escenarios laborales digitales” a través de dispositivos electrónicos y, en sentido contrario, también porque a veces los trabajadores se evaden mentalmente del lugar de trabajo comunicándose con otras personas a través de la red con finalidades puramente personales y no profesionales. En tercer lugar, se difumina la importancia de la propiedad de los dispositivos, en tanto que los trabajadores pueden llevar a cabo prestaciones laborales a través de dispositivos de su propiedad y, al mismo tiempo, desarrollar interacciones no profesionales a través de los dispositivos de la empresa. Por otra parte, la propiedad de los dispositivos se convierte en un factor más que interacciona con la propiedad de los programas, las aplicaciones o los “dominios” dentro de Internet. Así, puede utilizarse un dispositivo propio para acceder a un escenario virtual propiedad de la empresa y, también al contrario, puede utilizarse un dispositivo de la empresa para acceder a un espacio digital de propiedad ajena, que a su vez admite tanto usos personales como profesionales.

En este contexto, la determinación del ámbito de afectación de la intimidad frente a conductas “intrusivas” del empresario implica necesariamente la consideración de una complejidad de factores. En este contexto, los órganos judiciales han acudido en muchos casos a la noción jurisprudencial de “expectativas razonables de privacidad” como criterio de delimitación del ámbito de la intimidad –o del secreto de las comunicaciones- en un mundo cada vez más “líquido”, en el que las barreras materiales, espaciales y temporales tienden a diluirse.

3. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS “EXPECTATIVAS RAZONABLES DE PRIVACIDAD” Y LAS DEFICIENCIAS DE SU APLICACIÓN

La noción de las “expectativas razonables de privacidad” aparece por primera vez en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano y, concretamente, en la opinión del juez Harlan en la sentencia *Katz v. Estados Unidos*⁸. El caso se refiere a la consideración de si las escuchas policiales relativas a conversaciones mantenidas en una cabina telefónica, efectuadas a través de un dispositivo electrónico instalado fuera de la cabina, resultaban o no contrarias a la Cuarta Enmienda de la Constitución norteamericana. El problema fundamental en este caso era que la literalidad de esta disposición parece referirse a la protección

⁸ *Katz v. United States*, 389 US 347 (1967).

de determinados espacios privados o propiedades del trabajador⁹, mientras que una cabina telefónica es claramente un “espacio público” (el Gobierno incluso insistía en el hecho de que, al ser parcialmente de cristal, el sujeto en cuestión podía ser observado desde fuera) y, en todo caso, ni siquiera había sido necesario que el dispositivo de escucha se hubiera instalado dentro de la cabina o utilizara la red telefónica (en relación con el precedente de la “penetración” que se había planteado en el caso *Goldman v. Estados Unidos*). El razonamiento principal de la sentencia *Katz* resalta que la discusión entre las partes está excesivamente focalizada en la cuestión de si la cabina puede ser o no un espacio protegido por la Constitución estadounidense; entiende el tribunal que el texto controvertido no protege lugares, sino personas y que, cuando una persona utiliza una cabina telefónica, está asumiendo que la conversación es privada. La sentencia refuerza esta idea haciendo referencias simbólicas a fronteras espaciales (“cerrar la puerta”) y proporcionando imágenes metafóricas que aluden a la propiedad, o, en sentido más estricto, a la posesión, dado que se refieren a la apropiación transitoria y legítima del objeto (“ocupar la cabina” y “pagar la cantidad que permite llamar”)¹⁰. La opinión particular del juez Harlan –concordante con la decisión de la sentencia–, hace un mayor esfuerzo de teorización, con objeto de determinar de manera más general cuáles son los presupuestos que permiten esta atribución. Así, señala que, para que entre en juego la protección constitucional es necesario que concurra una expectativa subjetiva de privacidad que esté socialmente reconocida y que, por tanto, pueda calificarse en términos intersubjetivos como “razonable”. Esta tesis se traslada a la jurisprudencia posterior¹¹ y se convierte en el criterio básico para la delimitación del espacio a la intimidad en una sociedad en la que las tecnologías de comunicación empezaban a diluir la importancia de las barreras materiales.

La doctrina de las expectativas razonables de privacidad se introduce en Europa a partir de la jurisprudencia del TEDH en la sentencia *Halford v. Reino Unido*¹². El caso se refiere a la interceptación de comunicaciones telefónicas de una oficial de policía que tenía dos teléfonos (uno para uso profesional y otro para uso privado) en un despacho particular. El Tribunal aprecia que no se acredita que la trabajadora hubiera sido advertida previamente de que estas comunicaciones

⁹ “*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated [...]*”.

¹⁰ “One who occupies it, shuts the door behind him, and pays the toll that permits him to place a call is surely entitled to assume that the words he utters into the mouthpiece will not be broadcast to the world.”

¹¹ *Smith v. Maryland*, 442 US, 735 (1979). En este caso, se consideró que el registro de las llamadas realizadas y de los números de teléfono de destino no afectaba a las expectativas de privacidad, porque no abarcaba el contenido de las conversaciones.

¹² STEDH de 25-6-1997, *Halford v. United Kingdom*.

podían ser escuchadas por otras personas y, por tanto, concluyó que existían “expectativas razonables de privacidad”. Diez años después, el TEDH insiste en la necesidad de comunicación previa en el caso *Copland v. Reino Unido*¹³. La sentencia se refiere a la monitorización del flujo de comunicación (teléfono, e-mail y uso de Internet) de una trabajadora, supuestamente para comprobar si estaba haciendo un uso excesivo de los medios de la escuela educativa en la que trabajaba y, de cualquier modo, sin acceder al contenido de las comunicaciones. En este caso, el Tribunal también consideró que existía afectación del derecho a la intimidad, puesto que la trabajadora no había recibido ningún aviso previo de que el flujo de sus comunicaciones podía ser observado por la empresa (Apdo. 42) y que no existía ninguna regulación al respecto por parte de la empresa (Apdo. 15).

Resulta destacable que, aunque la noción de “expectativas razonables de privacidad” tiene inicialmente un carácter expansivo de los contenidos tradicionales del derecho a la intimidad, puesto que permite configurar espacios “privados” en lugares inicialmente considerados como “públicos”, en su traslación al ámbito laboral y, en particular, a los nuevos escenarios digitales, ha ido asumiendo progresivamente perfiles restrictivos del derecho –tanto en Estados Unidos como en Europa-, por cuanto que los tribunales tienden a dar por supuesto que el empresario tiene una libertad absoluta para determinar con carácter previo las condiciones de ejercicio de la intimidad en la empresa¹⁴. En efecto, aunque en ocasiones se termina condenando al empleador, esto suele hacerse exclusivamente cuando este no ha definido con claridad una política de uso personal de sus dispositivos o aplicaciones y, asimismo, ha tolerado este uso privado de sus medios tecnológicos.

Ciertamente, el derecho de propiedad y la libertad de empresa otorgan al empresario un amplio margen de libertad para condicionar el uso de sus dispositivos. Sin embargo, esta potestad no puede ser ilimitada, como tampoco lo es en los espacios físicos o materiales. Recordemos que, en el espacio físico de la empresa, las fronteras materiales -puertas, cerraduras, sobres cerrados, etc.-, la atribución de determinados usos a los espacios (aseos, taquillas, lugares de esparcimiento...) y el contexto de determinadas situaciones sociales -como las conversaciones informales de carácter privado realizadas por los trabajadores “cara a cara”-, determinan el “florecimiento” de determinados “oasis” de

¹³ STEDH de 3-4-2007, *Copland v. United Kingdom*.

¹⁴ Jervis, C., “*Barbulescu v. Romania*: Why There is no Room for Complacency When it Comes to Privacy Rights in the Workplace”, *Industrial Law Journal*, Vol. 47, nº 3, 2018, pp. 442-443 destaca que el concepto surgió en Estados Unidos para superar las concepciones espaciales de la intimidad, pero que su aplicación por el TEDH ha llevado, paradójicamente, al resultado opuesto; también señala que los órganos judiciales ingleses tienen dificultades para superar esta concepción “espacial” de la intimidad (p. 444, nota 29). Respecto a esta tendencia restrictiva en el caso estadounidense, *Vid.*, Tewes, E.J., *Op. Cit.*, *per totum* y, en particular, pp. 288, 289, 301, 309-310.

intimidad dentro de los límites físicos de la propiedad del empresario, al margen de su voluntad unilateral. Sin embargo, en los escenarios digitales, la perspectiva de los tribunales es mucho más restrictiva.

Probablemente, esto se debe a una comprensión incompleta del modo en el que las relaciones sociales cotidianas más básicas se han “incrustado” en los nuevos espacios digitales. Así, por ejemplo, es fácil llegar a la conclusión de que, como regla general, el empresario no puede prohibir radicalmente cualquier tipo de conversación extralaboral –por pequeña que sea– entre los compañeros de trabajo y en el lugar y tiempo de trabajo, puesto que ello supondría una limitación excesiva de una necesidad humana básica de interacción social; dicha prohibición habría de estar justificada en la concurrencia de circunstancias justificativas y debería aplicarse con parámetros de proporcionalidad. Sin embargo, los tribunales a menudo parecen suponer que la prohibición absoluta de interacción ajena al trabajo en escenarios digitales que son de la titularidad de la empresa, se puede fundamentar únicamente en la voluntad unilateral del empresario, sin ningún tipo de exigencia de proporcionalidad.

Por otra parte, en muchas resoluciones judiciales también se asume que, cuando el trabajador actúa de manera antijurídica, en contra de las reglas de uso establecidas por la empresa, no existe ninguna expectativa de privacidad, argumento que resulta insostenible, si se plantea sin matices; así, por ejemplo, el hecho de que el empresario haya prohibido que los trabajadores reciban paquetes privados en el centro de trabajo no le permite acceder sin el consentimiento del trabajador al contenido de un paquete de carácter personal que este haya intentado enviar desde las instalaciones de la empresa.

En el ámbito del ordenamiento jurídico español, la sala de lo Social del Tribunal Supremo ha asumido esta lectura relativamente restrictiva de las “expectativas de privacidad” en su conocida sentencia de 26 de septiembre de 2007¹⁵. Ciertamente, en este caso, la sentencia se dictó en favor del trabajador, pero esto se debía a la circunstancia de que la empresa no había establecido previamente unas reglas de uso de sus dispositivos y aplicaciones. Si se observa con detenimiento el razonamiento de la sentencia (Fundamento jurídico nº 4), se aprecia con claridad que, de un lado, se admiten prohibiciones absolutas de uso extralaboral de internet en la empresa y, de otro lado, se afirma que no existen expectativas de privacidad en los casos en los que el trabajador contravenga estas prohibiciones.

En todo caso, la lectura restrictiva del derecho a la intimidad en los espacios digitales de carácter laboral alcanza un grado extremo en la doctrina del Tribunal Constitucional español en sus sentencias 241/2012 y 170/2013. La STC 241/2012 se refiere a la aprehensión por parte de la empresa de la comunicación privada

¹⁵ STS (Social) de 26-9-2007 (RCUD nº 966/2006), ECLI: ES:TS:2007:6128.

mantenida por dos trabajadoras a través de un programa de mensajería instantánea que incluía comentarios críticos, despectivos e insultantes relativos a compañeros, superiores y clientes; el TC considera que no hubo vulneración del derecho a la intimidad ni de la garantía del secreto de las comunicaciones, puesto que las trabajadoras habían instalado el programa de mensajería en un ordenador de uso común al que se accedía sin clave y contraviniendo una prohibición expresa de la empresa. Por su parte, la STC 170/2013 se refiere a un supuesto en el que la empresa accedió al contenido de los correos electrónicos del trabajador y comprobó que este había pasado información sensible a otra empresa de la competencia; en este caso, el Tribunal determina que tampoco se había infringido ni el secreto de las comunicaciones ni el derecho a la intimidad, puesto que el convenio colectivo sectorial estatal prohibía el uso extralaboral de las herramientas informáticas de la empresa y se entiende que la monitorización del uso del correo electrónico era necesaria para detectar las infracciones a esta prohibición generalizada.

Más allá de la resolución final respecto a los casos particulares –que puede ser más o menos discutible- el principal problema de estas sentencias desde la perspectiva que nos ocupa es que en ellas se configura una concepción de las “expectativas razonables de confidencialidad” notablemente alejada de la realidad de la vida social actual, que, si se aplicara de manera consistente, terminaría diluyendo casi totalmente las posibilidades de la protección de la intimidad en los espacios digitales o virtuales cuando se accede a ellos a través de dispositivos de la empresa. Esta concepción desmesuradamente restrictiva se sostiene sobre dos errores teóricos íntimamente relacionados entre sí: de un lado, la confusión entre el ámbito de afectación del derecho a la intimidad y el de la garantía del secreto de las comunicaciones; de otro lado, la falta de distinción entre la delimitación del ámbito de afectación del derecho y su eventual ponderación con otros intereses legítimos.

A primera vista, la aplicación de esta doctrina jurisprudencial al secreto de las comunicaciones parece razonable. Por una parte, no cabe duda de que el flujo de las comunicaciones cerradas se protege de manera específica porque implica, precisamente, por su propia naturaleza, una expectativa de privacidad; por otra parte, como ya se ha visto, este concepto aparece vinculado en sus orígenes –en la doctrina del TS estadounidense y del TEDH- a la interceptación de comunicaciones privadas. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, en el ordenamiento jurídico español, el “secreto de las comunicaciones” constituye una garantía específica que despliega una protección mucho más intensa que la que resulta de la mera afectación del derecho a la intimidad, por lo que los requisitos de acceso a una u otra forma de tutela no pueden equipararse.

Como se ha señalado anteriormente, el derecho de intimidad es un “principio de optimización”, que debe ponderarse con otros bienes e intereses

constitucionalmente protegidos. Así pues, la “expectativa de privacidad” es un criterio relativamente amplio, puesto que determina simplemente la relevancia o afectación inicial del derecho, pero no impone una prohibición absoluta de injerencia en el espacio así delimitado. En cambio, el “secreto de las comunicaciones” opera en principio como una “regla” que impone una exclusión absoluta de la posibilidad de acceder a las comunicaciones ajenas, con independencia de cuál sea su contenido o de las razones que justifiquen la intervención, salvo que se cuente con autorización judicial. Ciertamente, en estos casos también se lleva a cabo una cierta ponderación de intereses, pero esta se realiza siempre *ex ante* (antes de la intervención y no a *posteriori*), corresponde en exclusiva al juez y tiene que estar amparada por una norma legal. En el ámbito laboral no existe ninguna previsión que permita al empresario solicitar al juez la intervención de las comunicaciones de los trabajadores a su servicio para controlar el cumplimiento de sus obligaciones laborales; esto solo sería posible para las autoridades públicas en relación con hipotéticas infracciones penales. La intensidad de la protección en este caso hace razonable que el concepto de “comunicaciones cerradas” sea más restringido del de “expectativas de privacidad”, de modo que pueda haber espacios que no están protegidos por la prohibición absoluta de injerencia, pero que sí afectan en alguna medida al contenido del derecho a la intimidad.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el derecho al “secreto de las comunicaciones” está concebido inicialmente frente a los poderes públicos y, en concreto frente a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en el desarrollo de sus investigaciones relativas a posibles delitos; además, en estos casos, las comunicaciones investigadas normalmente se refieren a la actividad puramente privada de los particulares, realizada con sus propios medios. La traslación de este derecho al contexto laboral impone determinadas modulaciones a la determinación de las comunicaciones que resultan protegidas, que no se han puesto de manifiesto de manera explícita ni por el Tribunal Constitucional ni por la Sala de lo Social Tribunal Supremo¹⁶. En primer lugar, hay que tomar en consideración que, en muchos casos, la prestación de trabajo se desarrolla precisamente a través de actos de comunicación (así sucede, por ejemplo, en el telemarketing o en los servicios telemáticos de atención al cliente). Con carácter general, estos actos no pueden considerarse comunicaciones “cerradas” y, lógicamente, están sometidos al poder de control del empresario sobre la prestación laboral; no obstante, en ocasiones,

¹⁶ De hecho, en el ámbito del orden jurisdiccional penal, el Tribunal Supremo sostiene que el secreto de las comunicaciones impide acceder sin autorización judicial al contenido del correo electrónico del trabajador, aunque este se ubique en un ordenador propiedad de la empresa que solo puede utilizarse para una finalidad laboral [STS (Penal) de 16-6-2014 (Recurso nº 2229/2013)]. Esto termina generando una conclusión paradójica: es más sencillo que un empresario consulte el correo electrónico de sus empleados para indagar respecto a infracciones menores previstas en un convenio colectivo sectorial a que lo haga la policía investigando acerca de la comisión de conductas delictivas.

incluso en estos espacios de comunicación podrían “brotar” espacios específicos de “privacidad” que merecen algún tipo de protección, por ejemplo, en atención al contenido de la información registrada. En segundo lugar, cabe plantearse si, en el ámbito laboral, la garantía del secreto de las comunicaciones se extiende únicamente a la interceptación de los actos de comunicación, excluyendo los restos de estas comunicaciones no borrados por el trabajador y depositados en dispositivos o servidores de titularidad de la empresa¹⁷ (mensajes de teléfono grabados en un contestador, correos electrónicos archivados en el ordenador, mensajes impresos en papel, cartas abiertas y archivadas, etc.) Seguramente resulta excesivo imponer al empresario una prohibición absoluta de acceder al material depositado en dispositivos o archivos de su propiedad, pero esto no es óbice para que el contenido de la información registrada pueda generar expectativas razonables de privacidad y, por tanto, se encuentre dentro del ámbito de afectación del derecho a la intimidad, aunque no de la garantía del secreto de las comunicaciones.

En las sentencias anteriormente referidas, seguramente el Tribunal Constitucional ha considerado excesivo aplicar la protección absoluta brindada por la garantía del art. 18.3 CE, pero, en lugar de construir una teoría que permita incluir los matices necesarios se ha limitado a asumir una interpretación excesivamente restrictiva de la noción de “expectativas razonables de privacidad”, que termina vaciando de contenido real este concepto. Posteriormente, esta interpretación se proyecta de manera disfuncional sobre la consideración del ámbito de afectación del derecho a la intimidad, llevando así a conclusiones totalmente desconectadas de la realidad de la interacción humana en los escenarios digitales.

Ciertamente, podría argumentarse que, en el supuesto enjuiciado por la STC 241/2012, la conducta de la empresa, además de afectar a la intimidad, vulneró el secreto de las comunicaciones (en este sentido puede consultarse la argumentación del voto particular discrepante formulado por D. Fernando Valdés Dal-Ré). Pero, de cualquier modo, para excluir la aplicación del secreto de las

¹⁷ La doctrina básica del TC sobre este derecho –configurada fuera del ámbito laboral en lo que refiere a las intervenciones policiales– es ambigua en este punto. De un lado, la doctrina repetida por muchas sentencias a partir de la STC 114/1984 establece que la garantía no solo se aplica a la comunicación misma, sino también al conocimiento antijurídico de lo comunicado (y se pone el ejemplo de la apertura de la correspondencia archivada por el destinatario). De otro lado, la STC 70/2002 –y, en cierto modo, la 132/2002– señala que la infracción requiere la interferencia directa en el proceso de comunicación y que no opera cuando este proceso ya se ha consumado, con independencia de que pueda operar en este caso el derecho a la intimidad. En cualquier caso, no parece equiparable que la policía acceda al registro de SMS de un teléfono particular sin autorización judicial a que el empresario pueda entrar en archivos grabados en el disco duro de un ordenador de su titularidad, que provienen de un proceso previo de comunicación que el destinatario no borró; parece más claro que la garantía específica no debe aplicarse al segundo caso.

comunicaciones no era necesario afirmar –contra toda lógica- que dos trabajadoras que intercambian mensajes personales en un programa de mensajería instalado por ellas mismas en un ordenador de la empresa no tenían una expectativa de privacidad que permite determinar la aplicación a priori del derecho a la intimidad, como sucedería también en una conversación privada que tuvieran dentro de las instalaciones de la empresa, que no puede ser, por ejemplo, registrada por el empresario sin ningún tipo de consideración de proporcionalidad. Por otra parte, en el supuesto enjuiciado en la STC 170/2013, entendemos que la empresa había vulnerado claramente el secreto de las comunicaciones y que la argumentación del TC resulta particularmente alejada de la realidad, porque la mera previsión abstracta de una infracción laboral en un convenio sectorial estatal se consideró suficiente como para afirmar que el envío de mensajes a través de una cuenta de correo electrónico personal no constituye una comunicación cerrada. No obstante, incluso aunque las circunstancias hubieran sido otras y se hubiera podido excluir la aplicación de esta garantía específica, ello no permite excluir completamente la posibilidad de que aparezcan expectativas de privacidad.

En otro orden de cosas, como hemos adelantado, la jurisprudencia constitucional confunde la delimitación del ámbito del derecho a la intimidad con su ponderación con otros bienes e intereses legítimos. A mi juicio, en las dos sentencias mencionadas, el TC se ve influido por la preconcepción de que la intervención de la empresa estaba justificada porque la conducta de los trabajadores era antijurídica, tanto en sentido formal (utilizaban medios de la empresa para finalidades extralaborales sin el consentimiento de la empresa) como material (el contenido de la comunicación era jurídicamente reprochable, especialmente en el segundo caso). Esta confusión se aprecia de manera particularmente clara en la STC 170/2013, puesto que en ella se determina al mismo tiempo y en el mismo fundamento de derecho [5. C)], que no hay expectativas de privacidad y que la intromisión del empresario fue proporcionada. Este razonamiento es incoherente, puesto que, si realmente no hay afectación al derecho a la intimidad, no debía haberse entrado en ninguna ponderación (como ciertamente sucede en la STC 241/2012). Desde una perspectiva teórica más consecuente, la hipotética antijuricidad de la conducta del trabajador no afectaría, en realidad, a sus expectativas de privacidad, sino que en todo caso podría determinar que la intervención del empresario en el ámbito de la intimidad del trabajador estuviera justificada por las circunstancias¹⁸.

¹⁸ Jervis, C., *Op. Cit.*, p. 444 (nota 29) critica que la tendencia de los tribunales ingleses a admitir que no existen expectativas de privacidad cuando se alega una conducta criminal.

4. LA IRRUPCIÓN DE LA LÓGICA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS

En los últimos tiempos, los avances tecnológicos y los cambios sociales han propiciado la aparición de una nueva perspectiva para la protección de la dignidad de las personas de las injerencias ajenas, que se ha denominado “el derecho a la protección de datos” o “derecho a la autodeterminación informativa”.

No hay consenso en la doctrina respecto a si la garantía de protección de datos personales es una nueva faceta del derecho a la intimidad, o si, por el contrario, se trata de un nuevo derecho fundamental autónomo¹⁹ (que, en el caso español, se fundamentaría en el art. 18.4 CE, además de en el art. 8 CDFUE). A mi juicio, el “derecho de protección de datos” no es otra cosa que un nuevo movimiento expansivo del derecho a la intimidad para adaptarlo al incremento exponencial de las posibilidades de recopilación, tratamiento, análisis y difusión de datos de todo tipo. En el nuevo paradigma tecnológico y social, datos aparentemente inocuos, que *a priori* no tienen un carácter “íntimo” (como, por ejemplo, el domicilio postal), pueden combinarse con muchos otros para obtener un perfil excesivamente detallado de la persona, o bien pueden difundirse de un modo extremo para llegar a cualquier desconocido, provocando así riesgos de lesión de la intimidad o de otros intereses legítimos. En definitiva, la manipulación o distribución masiva de datos personales puede terminar afectando de algún modo a la esfera “íntima” del sujeto incluso aunque estos no tengan a primera vista un carácter sensible. Así pues, la eficacia del derecho de intimidad requiere, además de las garantías habituales, que se permita al sujeto un cierto conocimiento y control sobre el tratamiento de toda la información relativa a su persona.

Esta nueva perspectiva implica que el derecho a la intimidad despliegue efectos en “espacios” –físicos o virtuales- en los que en principio no existirían “expectativas de privacidad”, aunque solo en relación con la captación, tratamiento y difusión de datos personales. Así, por ejemplo, un lugar de trabajo compartido en el que los trabajadores se encuentran bajo supervisión no determina, en sí mismo, que exista una expectativa de privacidad equivalente a la de un despacho particular, un vestuario, un aseo o una taquilla; sin embargo, la captación de imágenes del trabajador en ese contexto concreto a través de videocámaras implica un cierto tratamiento de datos personales y, por tanto debe estar sometido a determinadas limitaciones²⁰. Lo mismo podría decirse de los datos del

¹⁹ Puede seguirse un resumen de este debate en Lanzadera Arencibia, E., *La eficacia del derecho a la intimidad en el entorno digital y su protección. Especial relevancia al Derecho Laboral*. Tesis Doctoral (en acceso abierto), Universidad Autónoma de Madrid, 2017, pp. 139-149.

²⁰ En este sentido, de manera especialmente clara, STEDH *López Ribalda II*, de 17-10-2019, Apdo. 93. Personalmente defendiendo que es necesaria una noción más amplia de las “expectativas de privacidad” que abarque las distintas posibilidades de afectación a la intimidad, si bien el resultado

trabajador que el empresario pudiera obtener de escenarios puramente “virtuales” en los que, en principio el contexto no determinara una especial privacidad. Sin embargo, resulta llamativo que el Tribunal Constitucional español haya asumido inicialmente la perspectiva de la protección de datos para la videovigilancia de los espacios físicos, pero no, al menos en principio, para los escenarios digitales²¹.

En todo caso, el paradigma de la protección de datos se ha venido a aplicar de algún modo a los escenarios virtuales a partir de la sentencia *Barbulescu* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²². El caso se refiere a un trabajador que utilizó para fines personales durante el horario de trabajo una cuenta de mensajería telemática creada para atender necesidades de la empresa, contraviniendo el reglamento de régimen interno que estaba vigente; para demostrar la infracción, la empresa le entregó una transcripción completa de 45 páginas de conversaciones privadas con su hermano y su novia, que, en ocasiones se referían a cuestiones íntimas como la salud y la vida sexual.

El asunto es conocido en principio por la Sección 4ª del Tribunal (*Barbulescu I*); en este caso, el gobierno rumano defendía que el trabajador no tenía expectativas razonables de privacidad, por haber llevado a cabo estas comunicaciones en contra de las ordenes expresas del empresario. El Tribunal se plantea esta cuestión (Apdos. 35-46) y llega finalmente a la conclusión de que existe afectación a la privacidad y a la protección de la correspondencia (Apdo. 45), considerando tanto la perspectiva de la protección de datos como el hecho de que el contenido de las conversaciones era privado, e incluso íntimo; así pues, podemos deducir que entiende que había expectativas de privacidad a pesar de la prohibición empresarial, aunque esto se expone con cierta ambigüedad. No obstante, en último término, termina declarando que la injerencia del empresario estaba justificada, fundamentalmente porque se considera que este había examinado las comunicaciones creyendo que su contenido era exclusivamente profesional y que la medida de vigilancia respondía a un fin legítimo y era proporcionada.

Esta sentencia es revisada por la Gran Sala del TEDH, que termina llegando a la conclusión de que el Estado rumano había vulnerado el art. 8 del CEDH por no haber ponderado suficientemente el respeto a la privacidad y a la correspondencia del demandante con los intereses de la empresa empleadora (Apdo. 144). El Tribunal afirma expresamente (Apdo. 80) que no tiene claro si en este caso

final viene a ser equivalente a la afirmación de que el derecho a la intimidad pueda entrar en juego incluso cuando no hay expectativas de privacidad.

²¹ Goñi Sein, J.L., “La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador: la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y la jurisprudencia constitucional”, *Trabajo y Derecho*, nº 40, 2018, p. 14 (del ejemplar electrónico).

²² TEDH (Gran Sala), *Barbulescu II*, de 5-11-2017. La sentencia de la Gran Sala rectifica la previamente dictada por la Sección 4ª del mismo Tribunal (*Barbulescu I*) el 12-1-2016.

existía una expectativa de privacidad –esto se debe a una cierta indeterminación probatoria en lo que refiere a las advertencias previas del empresario-, pero considera que en todo caso existe afectación del derecho a la intimidad, puesto que este incluye el derecho a la “vida privada social” (apartado 70), es decir, la facultad de comunicarse con otras personas para desarrollar relaciones sociales, conformando así su identidad social; la empresa no puede anular completamente este derecho de manera unilateral (apartado 80)²³ y las restricciones tienen que estar justificadas por las circunstancias. Una vez determinada la afectación del derecho, aplica un “test de justificación” (apartado 120) en el que el esquema clásico de la proporcionalidad o ponderación de intereses se combina con la lógica del derecho a la protección de datos²⁴.

En todo caso, el TEDH parece configurar una vía alternativa de acceso al derecho a la intimidad independiente de las “expectativas razonables de privacidad” y relacionada con el derecho a la “vida privada social”, que rompe con la tendencia a considerar que el derecho a la intimidad en los escenarios digitales de carácter laboral depende exclusivamente de la voluntad unilateral del empresario. A mi juicio, el resultado final es correcto, aunque su presentación teórica es inadecuada: el problema es que el TEDH parece seguir asumiendo una interpretación distorsionada del concepto de “expectativas razonables de privacidad” en los espacios virtuales.

Por último, esta nueva perspectiva se ha trasladado de algún modo a la normativa española vigente sobre protección de datos, lo que definitivamente debe implicar cambios respecto a los criterios asentados en la jurisprudencia constitucional. Así, se reconoce de manera expresa que los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador (art 87.1 LOPD y 20 bis ET). Ciertamente, se permite al empresario –con la participación de los representantes de los trabajadores- establecer criterios para la utilización de estos dispositivos (art. 87.3 LOPD) e incluso se plantea la posibilidad teórica de que se prohíba totalmente el uso privado de

²³ Vid. Jervis, C., *Op. Cit.*, p. 445; Goñi Sein, J.L., *Op. Cit.*, pp. 8, 14 y 15 (del ejemplar electrónico).

²⁴ a) Información previa tanto de la posibilidad de las medidas como de su aplicación concreta; b) intensidad de la intrusión (distinguiendo entre el hecho de la comunicación y su contenido, así como en función del acceso total o parcial o limitado en el tiempo y en el número de personas al contenido); c) finalidad legítima del empresario, proporcionada al grado de afectación; d) posibilidad o no de responder a esta finalidad con medios menos intrusivos; e) consecuencias sobre el trabajador y adecuación de las medidas; f) garantías suficientes para el trabajador; g) posibilidad de recurrir la decisión empresarial. La STEDH *López Ribalda*, *Cit. Apdos.* 115-116 extiende este test a las medidas de videovigilancia (aunque con matices, ya que reconoce la posibilidad de vigilancia encubierta en determinadas circunstancias); esta sentencia también toma en consideración la intensidad de las “expectativas de privacidad” en el momento de la ponderación de proporcionalidad (Apdo. 125).

estos dispositivos (art. 87.3. párr. 2 LOPD *a sensu contrario*). No obstante, estas restricciones deben ajustarse a los usos sociales y a los derechos reconocidos constitucional y legalmente (art. 87.3 LOPD, párr. 1), de modo que no pueden implicar una anulación del derecho a la “vida privada social” del trabajador. Por otra parte, incluso aunque se hubiera prohibido el uso privado de los medios empresariales, sigue existiendo afectación a la intimidad (*Cfr*: 87.1 LOPD), dado que se indica expresamente que el empresario solo puede examinar el contenido si concurre alguna causa justificada (art. 87.2 LOPD).

5. CONCLUSIONES

Como se ha mostrado en este trabajo, los perfiles del derecho a la intimidad varían históricamente al hilo de los cambios tecnológicos, sociales e institucionales. En este sentido, es necesario reconfigurar este derecho desde un punto de vista teórico para garantizar su eficacia en el contexto actual, caracterizado por la generalización de las interacciones sociales –personales y profesionales- en “escenarios virtuales” disociados del espacio físico, de las barreras materiales y, hasta cierto punto, también del tiempo. En particular, la configuración del derecho a la intimidad en torno a metáforas e imágenes espaciales está provocando una injustificada tendencia de la jurisprudencia a valorar de distinto modo los límites de la intimidad en el espacio digital en comparación con los parámetros utilizados para el espacio físico.

Para reconstruir los perfiles del derecho a la intimidad es necesario diferenciarlo con claridad del secreto a las comunicaciones, que es una garantía específica –particularmente intensa- incorporada al ordenamiento español. Para ello es preciso establecer un marco teórico respecto a las modulaciones que debe sufrir el secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral, posiblemente, distinguiendo entre la comunicación misma y el almacenamiento de su contenido en dispositivos que son propiedad del empresario. La afectación del secreto de las comunicaciones no debe estar condicionada por el concepto de “expectativas de privacidad”, sino más bien por la noción de “comunicación cerrada” que implica una expectativa de privacidad particularmente intensa (aunque no absoluta, porque basta con un “cierre” de carácter simbólico como el que produce un sobre de correo postal). Como consecuencia de esta distinción, tanto en el espacio físico como en los nuevos escenarios digitales, pueden producirse comunicaciones no “cerradas”, pero sobre las que exista una expectativa razonable de privacidad, determinando la afectación del derecho a la intimidad; así sucede, por ejemplo, con las conversaciones personales llevadas a cabo en canales no cerrados de carácter profesional. En estos casos, pueden producirse injerencias del empresario en el contenido del derecho, pero estas deben superar un test de adecuación

y proporcionalidad y cumplir con determinadas garantías relacionadas con el derecho a la autodeterminación informativa.

En este contexto, es necesario recomponer la noción jurisprudencial de “expectativas razonables de privacidad” para impedir que su concurrencia dependa exclusivamente de la voluntad unilateral del empresario de excluir usos personales de los dispositivos de su propiedad. La determinación de si existen o no estas expectativas depende del análisis de todas las circunstancias concurrentes en cada interacción social concreta, teniendo en cuenta los usos sociales generalizados y la necesidad de garantizar mínimamente el derecho a la vida privada social del trabajador. Así pues, la afectación del derecho a la intimidad no depende solamente de la información previa sobre la posibilidad de la supervisión, sino que también puede estar relacionada con el carácter personal de la interacción o con el contenido de la información. Por último, las expectativas de privacidad pueden ser diferentes en función del uso que se haga de la información obtenida; así, por ejemplo, puede ser que un espacio físico o virtual no sea particularmente “privado” –en la medida en que los titulares del poder de dirección pueden acceder directamente a él sin ningún condicionamiento material o simbólico-, pero que, aun así, existan limitaciones respecto a la recopilación sistemática de datos personales del trabajador y al tratamiento que se haga de estos datos.

Por supuesto, en el examen de casos concretos, el dato de que las expectativas de privacidad sean reducidas –pero no inexistentes- o bien el hecho de que el trabajador haya actuado en contra de una prohibición legítima de uso personal de dispositivos digitales del empresario, pueden tomarse en consideración en el test de proporcionalidad posterior, pero estas circunstancias no determinan automáticamente que el derecho a la intimidad no se vea inicialmente afectado por la indagación del empresario.