

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**El derecho de control del empleador frente al derecho a la  
intimidad de los trabajadores: una visión desde la óptica del  
teletrabajo en Ecuador**

**Felipe Nicolás Guzmán Burbano**

**Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito  
para la obtención del título de Abogado

Quito, 20 de noviembre de 2020

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Felipe Nicolás Guzmán Burbano

Código: 00136364

Cédula de identidad: 1720649928

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2020

## **ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN**

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

## **UNPUBLISHED DOCUMENT**

**Note:** The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

**EL DERECHO DE CONTROL DEL EMPLEADOR FRENTE AL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES: UNA VISIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL TELETRABAJO EN ECUADOR<sup>1</sup>**

**THE EMPLOYER'S RIGHT OF CONTROL OVER THE RIGHT TO PRIVACY OF WORKERS: A VISION FROM THE POINT OF VIEW OF TELEWORK IN ECUADOR**

Felipe Nicolás Guzmán Burbano<sup>2</sup>  
felipengb@gmail.com

**RESUMEN**

La línea divisoria entre el ejercicio del derecho de control empresarial legítimo frente al ejercicio del derecho a la intimidad, se ve difuminada en los nuevos escenarios digitales, donde un espacio físico no define ni delimita el escenario en donde se ejecuta una relación laboral. En el caso de Ecuador, dicha obscuridad se ve acrecentada debido a la premura de los sucesos de la pandemia del COVID-19 que favorecieron la utilización del teletrabajo como medida de emergencia. En un espacio laboral establecido de improviso, surgen más de un problema, siendo de los más relevantes el conflicto entre la intimidad y el derecho de control. El derecho laboral comparado ha establecido ciertas directrices que son susceptibles de aplicar a la realidad ecuatoriana y se describen en el presente documento.

**PALABRAS CLAVE**

Trabajo, derecho de control, derecho a la intimidad, teletrabajo, datos personales

**ABSTRACT**

The divisor line between rightful corporate control right and the right of privacy gets blurred within new digital scenarios where physic spaces do not define or limit the scenario where the labor relationship takes place. In the case of Ecuador, that uncertainty increased complexity due to the haste of the events resulted of the COVID-19 pandemic, events that favored the use of telework as an emergency measure. In an unforeseen labor environment, more than one problem arises, been one of the most important the conflict between employee's right of privacy and employer's right of control. Comparative labor law had established certain guidelines that can be applicable to Ecuadorian's reality and are exposed in the current document.

**KEYWORDS**

Work, right of control, right to privacy, telecommuting, personal data

Fecha de lectura: 18 de diciembre de 2020  
Fecha de publicación: 18 de diciembre de 2020

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Leopoldo González Ruiz.

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## SUMARIO:

**1. INTRODUCCIÓN. - 2. SOBRE EL DERECHO DE CONTROL Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES. - 3. SOLUCIONES DE DERECHO COMPARADO. - 4. ESTÁNDARES Y PARÁMETROS DE LIMITACIÓN DEL DERECHO DE CONTROL Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD. - 5. CONCLUSIONES.**

### **1. Introducción**

*Donde hay poder, hay resistencia*<sup>3</sup>.

Indudablemente, en una relación laboral clásica hay una parte que ejerce poder — empleador— sobre la otra parte —trabajador, en especial como consecuencia del rasgo de dependencia<sup>4</sup> que en ella se entiende incluida como elemento esencial. Como en toda relación de poder, la parte en “desventaja” ejerce cierta resistencia, misma que puede ir desde la sindicalización hasta la huelga, pasando por una serie de puntos intermedios. En el caso ecuatoriano, el legislador ha optado por darle protecciones especiales al trabajador<sup>5</sup> procurando establecer un balance más adecuado entre la relación de poder existente.

La concepción de una relación laboral clásica es cada vez menos aplicable por verse superada por la realidad digital. Entonces, “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”<sup>6</sup>. Por ello, esta relación de poder de alguna manera muta a la hora de enfrentarse a escenarios digitales, ejerciéndose este poder mediante la facultad de control del empleador y encontrando su resistencia en el derecho a la intimidad del trabajador.

Por ejemplo, en un caso de teletrabajo en que la computadora es propiedad del empleador pero se encuentra en el domicilio del trabajador: ¿puede el empleador controlar para qué se utiliza el equipo de su propiedad? ¿qué sucede si el trabajador utiliza la computadora empresarial para

---

<sup>3</sup> Michel Foucault, *Historia de la sexualidad. 1, La Voluntad de Saber* (Madrid: Siglo XXI veintiuno de España, 1991), 116.

<sup>4</sup> En Ecuador se tiene a la dependencia como elemento fundamental de la relación laboral. Artículo 8, Código del Trabajo, R.O. 167, 16 de diciembre de 2005.

<sup>5</sup> Un claro ejemplo de esa protección especial del legislador es el principio *in dubio pro operario* contemplado en el Artículo 7, Código del Trabajo, R.O. 167, 16 de diciembre de 2005.

<sup>6</sup> Antonio Alvarez del Cuvillo, «La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 151 (2020): 275-92.

acceder a cuentas personales, como redes sociales o correos electrónicos? La lógica nos empuja a pensar que es legítimo que el empleador controle el uso que se le da a su propiedad, pero el derecho nos pone frente a la limitación de la intimidad del trabajador. Preguntas como esas serán respondidas a lo largo del presente análisis mediante la aplicación de estándares, como mecanismo jurídico de valoración.

Así, frente a una realidad ecuatoriana tan inexplorada y conceptos jurídicos tan poco discutidos, prima la incertidumbre sobre, por un lado, el alcance y delimitación del derecho de control y del derecho a la intimidad; y, por otro lado, sobre cómo hacerles frente a potenciales conflictos. Un aspecto a tenerse muy en cuenta al momento de ponderar ambos derechos en un caso de conflicto, es diferenciar entre ejercer un derecho y abusar de él, por ello el presente trabajo centra sus esfuerzos en encontrar aquellos límites para el ejercicio de ambos derechos.

El abusar del derecho a la intimidad constituye una inversión de roles, una perspectiva en que la resistencia se convierte en el ejercicio de poder. Por ello, se debe salvaguardar este equilibrio, de tal manera que de la interacción social natural surja la regulación. En ello se basará el presente trabajo, en delimitar y trazar una línea entre conductas protegidas por el derecho a la intimidad y conductas abusivas que tienden a excusarse en la intimidad dentro de la esfera de una relación de naturaleza laboral.

Para ello, el presente ensayo dedicará sus primeros esfuerzos a delimitar el concepto y alcance del derecho de control del empleador y del derecho a la intimidad del trabajador. Con esto, se procederá a delimitar las zonas de conflicto entre ambos derechos, tanto en una perspectiva tradicional como en una digital. Frente a estos potenciales conflictos, se analizará cómo el derecho comparado español ha decidido dirimir las controversias presentadas. Todo esto, mediante el uso de la metodología de análisis inductiva, tanto del derecho comparado como de las jurisprudencias del Tribunal Constitucional Español (TCE) y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Una vez examinado esto, se expondrán ciertos parámetros o estándares que permitan legitimar el ejercicio y alcance del derecho de control, por un lado; y, el alcance del derecho a la intimidad, por el otro lado. Todo lo mencionado servirá para llegar a concluir sobre un estándar de alcance de ejercicio de ambos derechos.

## **2. Sobre el derecho de control y el derecho a la intimidad en las relaciones laborales.**

La discusión sobre el alcance y concepto del derecho de control del empleador y el derecho a la intimidad del trabajador ha tomado especial importancia frente a una perspectiva de teletrabajo y una realidad virtual, en la que la línea divisoria entre ambos se vuelve difusa. Por ello, se expondrá la definición del derecho de control del empleador y a las potenciales zonas de conflicto con el derecho a la intimidad [2.1.]. De la misma forma, se expondrá la definición y alcance que se ha dado al derecho a la intimidad y sus potenciales zonas de conflicto con el control del empleador en escenarios tradicionales y digitales [2.2.]. Por último, se analizarán los pronunciamientos del ordenamiento jurídico nacional respecto de ambos conceptos y respecto de las potenciales zonas de conflicto [2.3.].

## **2.1. El derecho de control del empleador**

Una relación laboral es, a final de cuentas, una relación sinalagmática y conmutativa en la que una parte se compromete proveer sus servicios a cambio de una remuneración. El trabajador se pone a disposición del empleador, de tal manera que este último “se apropia de su disponibilidad del tiempo”<sup>7</sup>. En general, es en dicho espacio de tiempo en que se justifica el ejercicio de poder por parte del empleador.

El derecho de control del empleador está circunscrito a la relación laboral y se extiende también a una facultad de vigilancia legitimada por el contrato de trabajo, mediante el cual el asalariado se desprende de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador<sup>8</sup>. De esta facultad de vigilancia es la que surge la controvertida interacción con el derecho a la intimidad del trabajador.

Al ser una relación contractual que tiene como elementos la prestación personal de un servicio lícito y personal, a cambio de una remuneración, bajo una relación de subordinación<sup>9</sup>, está sujeta a estándares de cumplimiento para las partes contratantes. A razón de ello, por ejemplo, el trabajador tiene mecanismos legales para demandar el pago en debido tiempo y por el monto acordado de la remuneración convenida<sup>10</sup>. En contraprestación, corresponde al empleador la facultad de exigir el servicio tal y como se pacta, es decir, el exigir un servicio con la intensidad,

---

<sup>7</sup> Mario Ackerman y Salvador Perán Quesada, *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI: retos, oportunidades y riesgos emergentes* (Granada: Comares, 2014).

<sup>8</sup> Cuvillo, «La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales».

<sup>9</sup> Luis Fernando Vallecilla Baena, «La relación laboral y el contrato de trabajo», *Revista Jus Laboral* 8 (s. f.): 27-69.

<sup>10</sup> Fernando Suárez González, «El origen contractual de la relación jurídica de trabajo», *Cuadernos de política social*, n.º 48 (1960): 69-126.

cuidado y esmero apropiados, en la forma, tiempo y lugar convenidos como así lo detalla el Código de Trabajo<sup>11</sup>. El mecanismo que tiene el empleador para “garantizar” de cierta manera dicha calidad es el derecho de control.

Tradicionalmente se reconocen para el empleador dos manifestaciones de los poderes empresariales: (i) el poder de dirección; y, (ii) el poder disciplinario. Siendo el primero aquel que faculta al empleador a dar órdenes y emitir instrucciones que faciliten el ejercicio ordenado de las prestaciones laborales para conseguir el objetivo empresarial deseado. Mientras que, el segundo, faculta al empleador a tomar las debidas medidas correctivas y preventivas para garantizar el buen ejercicio de la prestación laboral y el acato a las disposiciones de dirección<sup>12</sup>.

Ahora bien, en atención a dichos poderes, se han hecho estudios en más de una ocasión respecto a las facultades de vigilancia del empleador, sobre el derecho de control<sup>13</sup>. No obstante, dichas aproximaciones ven únicamente al derecho de control como un facilitador de los tradicionales poderes empresariales y no reconocen en él su calidad de derecho autónomo. Es decir, se ve al derecho de vigilancia del empleador como aquel que permite comprobar el efectivo cumplimiento de las disposiciones e instrucciones dadas y de cuyo ejercicio eventualmente se derive el ejercicio del poder disciplinario, no entendiéndose el derecho de control “con la suficiente autonomía institucional como para responder a pautas y principios inspiradores propios”<sup>14</sup>.

Como se observará, el derecho de control goza de complejidad suficiente para ser considerado un poder empresarial autónomo, al nivel de los tradicionales poderes de dirección y disciplinario<sup>15</sup>. Tanto es así, que la doctrina ha centrado sus esfuerzos en delimitar las zonas de conflicto del derecho de control y el derecho a la intimidad frente a escenarios digitales, en especial respecto de los mecanismos de control. De estos, cabe recalcar a interés del presente documento:

---

<sup>11</sup> Artículo 45, inciso a), Código del Trabajo.

<sup>12</sup> Carmen Moreno de Toro, «Poder disciplinario, proporcionalidad y discrecionalidad en la imposición de las sanciones», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 101 (2009): 255-65.

<sup>13</sup> Unos ejemplos son: José Luis Goñi Sein, «El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial», Madrid: Civitas (1998); Fernando de Vicente Pachés, «Derecho del trabajador al respeto de su intimidad», Madrid: Consejo Económico y Social (1998); Daniel Martínez Fons, «El poder de control del empresario en la relación laboral», Madrid: Consejo Económico y Social (2002); y, Luis Antonio Fernández Villazón, «Las facultades empresariales de control de la actividad laboral», Cizur Menor: Aranzadi (2003).

<sup>14</sup> Jesús Cruz Villalón, «Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 150 (2019): 13-44.

<sup>15</sup> *Ibid*, 14.



(i) la videovigilancia; (ii) la geolocalización; (iii) el control relativo a redes sociales; y, (iv) el control del correo institucional.

Primero, uno de los mecanismos de control que, en un primer momento, fue puesto a discusión por la doctrina es la videovigilancia<sup>16</sup>. Entendiéndose esta como una actividad de protección de personas o bienes ejercida mediante un sistema de seguridad electrónico, mismo que puede combinar la grabación de imágenes con la captación de sonido y puede ser empleada con fines preventivos<sup>17</sup>.

En los escenarios tradicionales, la vigilancia empresarial se hacía de manera presencial, de tal manera que el empleador era testigo de las actividades que realizaban sus trabajadores en los espacios laborales. Ahora, en una realidad digital, la videovigilancia da al empleador un “pleno y excelente control no sólo de su patrimonio, sino también de la actividad laboral de sus trabajadores, con el fin de asegurar la buena marcha de la organización productiva”<sup>18</sup>, de manera remota y hasta cierto punto invisible.

Respecto de la videovigilancia, la doctrina busca el adecuado equilibrio entre el uso de la tecnología y el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores<sup>19</sup>, en específico al derecho a la intimidad. Dicha discusión ha sido abordada por el TCE y el TEDH, como se discutirá posteriormente.

Segundo, la doctrina ha dedicado esfuerzos a la discusión del mecanismo de control llamado geolocalización. Un geo localizador es un mecanismo de control empresarial:

[...] de tipo geográfico ya que permite establecer en cada momento la posición del dispositivo electrónico de que se trate. Algo que puede obtenerse, bien incorporando el concreto sistema de geolocalización (un navegador o un GPS) a un elemento móvil (un vehículo o medio de transporte, por regla general), bien porque la aplicación geo localizadora forma parte de un dispositivo electrónico móvil [...] en fin, porque se trate de los llamados *wearable device* (WD), es decir, dispositivos de geolocalización diseñados para ser llevados o vestidos [...]<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Federico Navarro Nieto, «Las facultades de control a distancia del trabajador: videovigilancia y grabación del sonido», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 150 (2019): 71-89.

<sup>17</sup> José Francisco Etxeberria Guridi y Ixusko Ordeñana Gezuraga, *Videovigilancia: ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados.*, 1era edición (Tirant lo Blanch, 2010).

<sup>18</sup> África Mir Fernández, «Tratamiento de datos personales obtenidos mediante la videovigilancia en el centro de trabajo» (Trabajo Final de Grado, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2014), <https://core.ac.uk/download/pdf/43547581.pdf>.

<sup>19</sup> Olga Lenzi, «El control de la prestación laboral a través de fórmulas de videovigilancia: El concreto supuesto del trabajo doméstico», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 146 (2019): 159-84.

<sup>20</sup> Santiago González Ortega, «Las facultades de control a distancia del trabajador: geo localizadores y tacógrafos», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 150 (2019): 45-70.

El geo localizador provee al empleador de datos adicionales y muy completos respecto del dispositivo, pudiendo indicar la posición del mismo — geolocalización estática —, sus movimientos, el trayecto de desplazamiento, el tiempo invertido en el trayecto y el tiempo de espera — geolocalización dinámica—<sup>21</sup>. Es decir, la información de desplazamiento y ubicación del dispositivo con geo localizador, proporciona información respecto del trabajador tan completa, que genera preocupación respecto de una posible intromisión excesiva en la esfera de la privacidad de quien lo porta.

No obstante, dicha discusión se responde parcialmente al considerar el factor de que, para que se legitime el uso de un geo localizador, se debe implementar este mecanismo de control en un bien propiedad del empleador o provisto por este. Es decir, los bienes que legítimamente incluyen un geo localizador son aquellos provistos o de propiedad del empleador, de forma tal que un empleador no podría acceder a datos respecto de un bien del trabajador o del cual este no hubiere consentido previamente en tal acceso. Por ello resulta lógico que el empleador pueda mantener control sobre su propiedad — dispositivos electrónicos entregados al trabajador—, no se puede decir lo mismo en cuanto a los dispositivos personales del trabajador, donde el control es legitimado en circunstancias excepcionales. Ahora bien, es un debate sustancialmente diferente el del debido uso y acceso a dicha información.

Tercero, en espacios laborales se discute la facultad del empleador de controlar el absentismo laboral presencial<sup>22</sup> a través del uso de redes sociales en horas laborables. Incluso, dicha discusión puede extenderse a escenarios no laborales, pero cuando a través del acceso o uso de las redes sociales del trabajador compromete a la empresa o a su buena imagen<sup>23</sup>.

Por último, un aspecto no controvertido en aplicabilidad, pero si en alcance es el control del correo electrónico institucional. No controvertido en aplicabilidad porque, al ser una herramienta de trabajo provista por el empleador y que compromete su imagen empresarial, es indudable que debe existir cierto control, así como que se esperaría que esté destinada exclusivamente al ejercicio de las actividades laborales por estar lo contrario expresamente

---

<sup>21</sup> *Ibid*, 47.

<sup>22</sup> Se llama absentismo laboral presencial o tiempo de trabajo perdido, a aquellos momentos en los que el trabajador se encuentra en horas laborales, ya sea presencial o remotamente, pero emplea su tiempo en actividades personales. Ver: Tomás Sala Franco, «El absentismo laboral en España y propuestas anti absentismo desde el punto de vista legal», *Revista Ius et Praxis*. Universidad de Talca (2011), 281-288.

<sup>23</sup> Eduardo González Biedma, «Uso de redes sociales y control empresarial», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 150 (2019): 111-131.

prohibido por el Código de Trabajo<sup>24</sup>. Aquí es donde entra además la salvaguarda del derecho a la propiedad privada y a la tutela del patrimonio del empresario, que, como ha sido referido anteriormente, incluso genera una prohibición aplicable a todos los trabajadores respecto de usar las herramientas suministradas por el empleador en objetos distintos del trabajo a que están destinados. No obstante, es controvertido en cuanto a su alcance porque un uso indebido puede inmiscuir aspectos personales en la utilización del correo institucional, añadiendo así a la discusión los derechos fundamentales de intimidad, secreto de comunicaciones y libertad de expresión<sup>25</sup>.

Como se observó, el derecho de control tiene más complejidad de la que aparenta. Por ello, no se trata de una facultad meramente instrumental que sirve de sustento al poder disciplinario y al poder de dirección, sino que funciona bajo una lógica y principios propios. Por dicha complejidad es que el presente trabajo no busca definir el alcance del mismo, sino más bien tiende a establecer los límites de ejecución al que debe estar sujeto.

## **2.2. El derecho a la intimidad de los trabajadores**

La concepción de un derecho positivo es una respuesta a determinadas conductas y realidades sociales. La intimidad no es la excepción, este nace a partir de las necesidades de la naciente era digital de 1890, en donde los cambios tecnológicos y económicos exigían la configuración de un nuevo derecho<sup>26</sup>. En razón a la creciente preocupación sobre la privacidad, se ideó una forma de proteger la intimidad de los particulares, el derecho a la intimidad. intimidad.

En el análisis del panorama, se debe entender la indudable influencia que ha tenido la tecnología en las interacciones sociales. En la actualidad se habla de una cuarta revolución industrial con “posibilidades ilimitadas de tener miles de millones de personas conectadas mediante dispositivos móviles, lo que da lugar a un poder de procesamiento, una capacidad de almacenamiento y un acceso al conocimiento sin precedentes”<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Artículo 45, inciso f), Código del Trabajo.

<sup>25</sup> José Luis Monereo Pérez y Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, «El control empresarial del correo electrónico del trabajador», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 150 (2019): 133-59.

<sup>26</sup> La idea original se la atribuye a D. Warren y Louis D. Brandeis con su artículo “*Right of Privacy*”. Véase: D. Warren & Louis D. Brandeis, «Right of Privacy», *Harvard Law Review*, Vol- 4, nº5 (1890): 193-220

<sup>27</sup> Klaus Schwab, *La cuarta revolución industrial* (Barcelona: Editorial Debate, 2016), pp. 5.

No obstante, no todo es positivo, “[v]ivimos en un mundo hiperconectado e hipertransparente, en el que los ciudadanos [...] no sólo propagan la información en cuestión de segundos a escala planetaria, sino que lo hacen a veces con más interés cuando esta es falsa”<sup>28</sup>. La fácil difusión hace que la sociedad se preocupe de proteger su información, proteger su intimidad y así salvaguardar su integridad personal.

Entendiendo la necesidad de protección, cabe preguntarse: ¿qué comprende el derecho a la intimidad? Según la Real Academia Española de la Lengua, la intimidad es la “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”<sup>29</sup>. El derecho a la intimidad es, entonces, lo que salvaguarda esa zona reservada personal, donde no puede haber, por norma general, injerencia legítima de terceros.

Para Álvarez de Cuvillo, “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”<sup>30</sup>. Entonces, indudablemente, el derecho a la intimidad nace de la interacción social y se configura en la medida en que sea reconocido por la sociedad.

De manera sencilla, Thomas M. Cooley, ex juez de la Suprema Corte de Michigan, define a la intimidad como el derecho a “ser dejado solo”<sup>31</sup>, es decir, a que terceros no perturben la esfera de la privacidad personal. La Corte Constitucional Colombiana ha ido más allá y ha añadido que el derecho a la intimidad implica el ejercicio de la libertad en espacios de interacción social<sup>32</sup>. Para completar dicha definición, el TCE, añade que el derecho a la intimidad tiene carácter personalísimo<sup>33</sup>. En todas dichas acepciones, el derecho a la intimidad surge para limitar y regular interacciones socialmente necesarias para que no violen la privacidad personal.

---

<sup>28</sup> Desarrollando Ideas de Llorente y Cuenca, «Hiperconectados e hipervulnerables», *Revista UNO* 31 (2008), pp. 9.

<sup>29</sup> RAE- ASALE y RAE, «intimidad | Diccionario de la lengua española», «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario, accedido 10 de octubre de 2020, <https://dle.rae.es/intimidad>.

<sup>30</sup> Cuvillo, «La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales».

<sup>31</sup> Thomas M Cooley, «A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract», s. f., 859.

<sup>32</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-364/18.

<sup>33</sup> Tribunal Constitucional de España, Sentencia 231/1988.

De las definiciones dadas por la doctrina, se concluye que las características del derecho a la intimidad son:

especialidad e inherencia, en cuanto que sin él quedaría insatisfecha la personalidad como concepto unitario, siendo propio de la persona que con él nace y desaparece; y extra patrimonialidad, es decir que sobre él se carece de disponibilidad, siendo por eso intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no susceptible, en sí mismo considerado, de valuación económica, aunque pueda tener, eventualmente, efectos patrimoniales<sup>34</sup>.

Resulta interesante, entonces, resaltar que el derecho a la intimidad tiene el carácter de ser intransmisible, irrenunciable, imprescriptible e inembargable. Todo esto derivado del hecho de que sea personalísimo y de que sea un derecho especializado inherente a la personalidad humana. En síntesis, el derecho a la intimidad tiene cualidades para ser calificado como un derecho humano y, por ello, merece la atención y cuidado que a tales se les da. No obstante, esto no significa que sea absoluto, sino que encuentra una barrera en su ejercicio en cuanto se abusa de él.

Ahora bien, lo que es debatible es el carácter de extrapatrimonial del derecho a la intimidad. Nuevamente, dicha concepción fue acorde a su tiempo, en el que el derecho se restringía a limitar el accionar e intervención de terceros en la esfera de privacidad personal<sup>35</sup>. Bajo dicho supuesto, la intimidad se liga con el concepto de la dignidad personal y el ejercicio de la libertad individual, por ello, no es susceptible de apreciación patrimonial. Abriéndose paso a que la indemnización correspondiente, en caso de su trasgresión del derecho fundamental a la intimidad, sea la de daño moral<sup>36</sup>.

No obstante, dicha concepción ha variado según lo han hecho también las circunstancias sociales. En una era digital, es cada vez más común el invertir en sistemas de seguridad que protejan la privacidad personal y prevengan ciberataques<sup>37</sup>. Por ello es que existen programas de encriptación de datos personales o hasta servicios de seguridad especializados. En cuyo caso, se puede poner a discusión el hecho de que la vulneración a la intimidad personal pueda incurrir en daños cuantificables patrimonialmente.

Como se ha visto, la intimidad es una necesidad y tiene un derecho correlativo que se ha reconocido en muchos ordenamientos jurídicos, independientemente de la tradición jurídica que

---

<sup>34</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-696/96.

<sup>35</sup> Tribunal Constitucional Español, Sentencia 170/1987.

<sup>36</sup> Lorena Parra Membrilla, «Responsabilidad civil derivada de la vulneración de los derechos de la personalidad en la red», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* N° 21 (2017): 1-49.

<sup>37</sup> Desarrollando Ideas de Llorente y Cuenca, «Hiperconectados e hipervulnerables», pp.12.

tengan<sup>38</sup>. Además, la intimidad nace como un intento por evitar injerencias arbitrarias o ilegítimas de terceros en la esfera de privacidad individual, por ello gran parte de la doctrina se centra en buscar márgenes de delimitación para dicha protección.

Ahora bien, como se puede notar, la intimidad no nació con una concepción laboral. Por ello, la concepción tradicional no se adapta a una situación en la que el tercero puede intervenir legítimamente debido a su derecho de control. La relación laboral es, en esencia, una interacción social y, por ello, entra dentro de la discusión de la privacidad personal.

En la actualidad, en una realidad digital forzada por el COVID-19, el derecho a la intimidad es más necesario que nunca, pero a su vez encuentra más dificultades de aplicación en su concepción tradicional. Concretamente, “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”<sup>39</sup>.

En la concepción tradicional del derecho a la intimidad en ámbitos laborales, se limitaba la protección a la distinción espacial. Es decir, a una distinción en escenarios físicos de trabajo, donde resulta relativamente fácil definir espacios públicos o de interés del empleador y espacios privados. En los espacios públicos — como los cubículos en las oficinas —, se da una protección básica a la intimidad porque se considera prima el derecho de control del empleador sobre sus trabajadores. Mientras que, en los espacios privados —como los sanitarios o espacios de descanso— se entiende que aquellos son espacios reservados a la intimidad del trabajador. Extendiéndolo más aún, es indudable la facultad de control que tiene el empleador en horas y espacios laborales; como es indudable también que se protege la intimidad del trabajador en sus espacios personales y, más aún, en su domicilio. No obstante, dichas distinciones en principio indudables, se ven difuminadas frente a los escenarios digitales, aspecto que sirve de motor para el presente trabajo.

### **2.3. Marco regulatorio nacional del derecho de control y el derecho a la intimidad**

Resulta interesante la diferencia entre la atención que pone el legislador ecuatoriano a los derechos de trabajadores, en comparación con los del empleador. Los derechos humanos son

---

<sup>38</sup> Claro ejemplo de ello es que el concepto de derecho a la intimidad nace desde una perspectiva de *common law* y es complementado con características teóricas dadas por una corte de *civil law*.

<sup>39</sup> Cuvillo, «La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales».

instituciones jurídicas que los países se jactan de proteger, por ello no sorprende el hecho de que Ecuador dé reconocimiento expreso al derecho a la intimidad. A manera de preámbulo, cabe contrastar entre lo dispuesto por la Constitución de 2008, en la que el Estado reconoce y garantiza la intimidad personal y familiar<sup>40</sup>; y, la Constitución de 1998, en la que el Estado reconoce y garantiza “derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona”<sup>41</sup>.

En la concepción legislativa anterior —la de la Constitución de 1998— se entendía que el derecho a la intimidad personal y familiar comprendía también el derecho a la honra, buena reputación y buen nombre. Es decir, se entendía que estos eran manifestaciones o efectos resultantes de la protección del derecho a la intimidad. Por otro lado, la actual Constitución entiende que la honra, buen nombre y reputación son derechos individuales que no necesariamente convergen en toda situación con el derecho a la intimidad<sup>42</sup>, siendo esta última una concepción más acertada en opinión del autor.

Los derechos a la honra, buen nombre y buena reputación son, efectivamente, inherentes a la dignidad humana, tal como lo es la intimidad. No obstante, es totalmente factible el afectar a los primeros sin afectar al segundo, y viceversa<sup>43</sup>. Por ello es que dichos derechos no son concurrentes en todos los casos con el derecho a la intimidad y, por ende, deben ser reconocidos como derechos individuales.

Otro aspecto a resaltarse es que el texto Constitucional, tanto en 1998 como en 2008, reconoce que la intimidad puede ser aplicable tanto en el aspecto personal, como en el familiar. Dicha afirmación puede ponerse a discusión en cuanto podría contravenir las características doctrinarias del derecho a la intimidad, en específico aquellas de inherencia y el carácter personalísimo. Todo esto en cuanto el objeto de la protección parece deslindarse del individuo y

---

<sup>40</sup> Artículo 66, inciso 20, Constitución de la Republica del Ecuador, 2008.

<sup>41</sup> Artículo 23, Constitución de la Republica del Ecuador, 1998.

<sup>42</sup> Artículo 66, inciso 18, Constitución de la Republica del Ecuador, 2008.

<sup>43</sup> Un claro ejemplo es el dado por Urquiaga: constituye un atentado contra la intimidad el “divulgar públicamente hechos privados, aún cuando aquellos no atenten contra el honor o no sean lesivos para la persona”. Ver: Pfeffer Urquiaga, Emilio, y "LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD O PRIVACIDAD, A LA HONRA Y A LA PROPIA IMAGEN. SU PROTECCIÓN FRENTE A LA LIBERTAD DE OPINIÓN E INFORMACIÓN." *Ius et Praxis* 6, no. 1 (2000):465-474. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19760123>.

radicarse en terceros. No obstante, correctamente empleado o no, es seguro que en la legislación ecuatoriana hay una protección expresa a la intimidad como un derecho humano.

Tal es el estándar de protección que se da a la intimidad en el derecho positivo ecuatoriano, que incluso la vulneración a esta se sanciona con una pena privativa de la libertad de uno a tres años<sup>44</sup>. La excepción a la norma general del Código Orgánico Integral Penal se funda en el consentimiento o autorización legal para intervenir, en cuyo caso no se vulnera la intimidad, sí como tampoco se viola tal intimidad cuando quien ha participado de una conversación es a la vez el revelador de una grabación de la misma. Esta distinción es fundamental al momento de analizar la relación laboral, donde del consentimiento manifestado en el contrato de trabajo<sup>45</sup> se deriva una autorización a cierto nivel de intervención en la intimidad del trabajador, en la medida de que esté relacionada con el ejercicio de la actividad laboral propiamente dicha. Dicha autorización se ve reflejada en el derecho de control del empleador.

Ahora bien, la discusión cambia cuando se trata acerca de la regulación del derecho de control en la legislación nacional. El Código del Trabajo no contempla regulación expresa sobre el derecho de control, menos aún sobre su alcance o limitaciones.

De hecho, y en especial en el ámbito del teletrabajo, la primera referencia expresa que se tiene a tal respecto fue introducida con la disposición reformativa primera de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19, publicada en el Registro Oficial Suplemento 229 del 22 de junio de 2020. Dicha disposición agrega un artículo innumerado después del artículo 16 del Código del Trabajo, a través del cual se reguló por primera vez, a rango de ley, al teletrabajo como una modalidad laboral, con regulaciones expresas para ello. En lo pertinente al derecho de control dispone que “[e]n esta modalidad el empleador ejercerá labores de control y dirección de forma remota y el trabajador reportará de la misma manera<sup>46</sup>”.

El avance que representa esta disposición es mínimo, se da un reconocimiento a la facultad de control del empleador, pero da paso a nuevas preguntas como: (i) ¿cuál es el alcance de ese derecho de control?; (ii) ¿el derecho de control es únicamente aplicable a escenarios digitales?; y,

---

<sup>44</sup> Artículo 178, Código Orgánico Integral Penal.

<sup>45</sup> Ver: Fernando Suárez González, «El origen contractual de la relación jurídica de trabajo».

<sup>46</sup> Artículo in numerado, Código del Trabajo.



(iii) ¿qué sucede con el derecho de control en los casos en que los implementos de trabajo son de propiedad del empleador?<sup>47</sup>.

Dichas preguntas serán abordadas con posterioridad, pero frente a la falta de pronunciamiento legislativo, las preguntas se resuelven con: (i) el límite al derecho de control son los espacios reservados a la intimidad del trabajador y la dignidad humana; (ii) el derecho de control toma especial importancia en una relación de teletrabajo, pero no se ve limitado por esta; y, (iii) una limitación al ejercicio del derecho a la intimidad de un trabajador es el uso indebido de implementos propiedad del empleador para fines distintos de aquellos para los cuales fueron entregados.

Por último, en rango internacional, la Organización Internacional del Trabajo ha generado desarrollos importantes en garantizar la protección de la intimidad personal de los trabajadores, en especial en cuanto a protección de datos personales. En ese sentido, se busca el reconocimiento de derechos individuales a los trabajadores como: (i) derecho a ser “informados con regularidad sobre los datos personales que les conciernen y sobre el tratamiento de estos”<sup>48</sup>; (ii) derecho de los trabajadores a acceder a sus datos personales<sup>49</sup> y saber que uso se les da<sup>50</sup>; y, (iii) derecho a la exigir la supresión o rectificación de datos personales erróneos<sup>51</sup>.

### **3. Soluciones de derecho comparado**

Habiendo delimitado la concepción doctrinaria del derecho de control y el derecho a la intimidad, habiendo diferenciado las potenciales zonas de conflicto y habiendo entendido el escaso pronunciamiento legislativo ecuatoriano, cabe enfocarse sobre potenciales soluciones que ha dado el derecho comparado. En específico, es oportuno analizar la jurisprudencia, ámbito del derecho que ha visto la diversidad de problemas prácticos del conflicto entre ambos derechos. Por ello, se analizarán las sentencias del TCE por tener similitudes coyunturales con la realidad ecuatoriana y por ser precursoras de las sentencias hitos del TEDH.

---

<sup>47</sup> Vale la pena mencionar que ello es una obligación del empleador ya que el Artículo in numerado del Código del Trabajo establece que “el empleador deberá proveer los equipos, elementos de trabajo e insumos necesarios para el desarrollo del teletrabajo”.

<sup>48</sup> Oficina Internacional del Trabajo. *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT: Protección de los datos personales de los trabajadores*. Ginebra, Organización Internacional del Trabajo (1997), 11.1.

<sup>49</sup> *Ibid*, 11.2.

<sup>50</sup> *Ibid*, 11.3.

<sup>51</sup> *Ibid*, 11.9.

### 3.1. Disposiciones de derecho comparado

La forma en la que el derecho evoluciona es mediante la reproducción, adaptación y mejora de las disposiciones o soluciones pensadas anteriormente, por ello es que es deseable el estudio del derecho comparado<sup>52</sup>. En el caso del derecho de control, se le ha dado reconocimiento, pero poco se ha dicho legislativamente sobre su alcance. No es lo mismo al momento de hablar sobre el derecho a la intimidad, donde grandes esfuerzos se han empleados para darle protección y limitar su alcance.

Ese es el caso de la Unión Europea, se ha reconocido que “[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”<sup>53</sup>. Así también, la propia Unión Europea reconoce a la intimidad como un derecho humano a ser respetado<sup>54</sup>. Resalta del texto la protección a la intimidad personal tanto en el aspecto de la vida privada como en la vida familiar, tal como la reconoce la Constitución ecuatoriana.

Ahora bien, la diferencia sustancial con la legislación nacional radica en la importancia que la Unión Europea da a la protección de datos personales, reconociéndolos como un derecho fundamental<sup>55</sup>. Más aún, se dan más rangos de protección mediante el Reglamento 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y libre circulación de estos, añadiéndose al sistema de protección el CEPD (Comité Europeo de Protección de Datos)<sup>56</sup>.

No es de extrañar que se ponga tanto hincapié en la protección de la intimidad y la protección de datos, como no es tampoco extraño el encontrar que no existen disposiciones expresas acerca del derecho de control del empleador. No obstante, el sistema legislativo europeo merece estudio debido a las decisiones jurisprudenciales del TEDH, para lo cual es necesario conocer el contexto normativo.

En cuanto a un país específico, resulta interesante el estudio de la legislación española debido a la particular atención que se pone en materia laboral. Es especialmente interesante el análisis de las sentencias del TCE que motivaron ciertas discusiones y decisiones hitos del TEDH.

---

<sup>52</sup> Alessandro Somma, *Introducción al derecho comparado*, Historia Legal (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015), pp. 11.

<sup>53</sup> Artículo 7, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>54</sup> Artículo 8, Convenio Europeo de Derechos Humanos.

<sup>55</sup> Artículo 8, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>56</sup> Reglamento de la Unión Europea 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, 27 de abril de 2016.

El cuerpo normativo base del derecho laboral español es la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Bajo dicho cuerpo legal resulta interesante lo específico que es al momento de regular el conflicto de la intimidad del trabajador y el control del empleador en las relaciones laborales, incluso en escenarios digitales.

Respecto de la intimidad del trabajador, se reconoce su derecho en cuanto al uso de dispositivos digitales propiedad del empleador, en cuanto a la desconexión digital y en cuanto a la intimidad frente a la videovigilancia y geolocalización<sup>57</sup>. De dicha disposición cabe resaltar que no es hecha en miras a una realidad de teletrabajo, pero es perfectamente aplicable.

Ahora bien, respecto del derecho de control es que surge la controversia. La Ley del Estatuto de Trabajadores dispone que:

3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad<sup>58</sup>.

Dicha disposición ya fue referenciada con anterioridad, pero es de real importancia debido a que es el primer ejemplo de texto legislativo literal que reconozca expresamente el derecho de control del empleador. No obstante, no es suficiente para saldar dificultades prácticas como el alcance del derecho y los escenarios de conflicto con la intimidad del trabajador, cosa que es analizada a detalle por la jurisprudencia del TCE.

De manera específica, la misma preocupación de la Unión Europea sobre la protección de datos personales es reflejada en la legislación española a través de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales, la diferencia es que esta ley hace referencia expresa a los escenarios laborales.

Como inicio, reconoce el derecho a la intimidad respecto del uso de dispositivos digitales, limita el acceso del empleador a los contenidos derivados de ellos en cuanto sea con efectos de controlar el cumplimiento de las disposiciones laborales y establece que los empleadores deberán tener criterios de utilización de los dispositivos digitales<sup>59</sup>. Lo que cabe resaltarse es que se

---

<sup>57</sup> Artículo 20 bis, Ley del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>58</sup> *Ibid.* Artículo 19.

<sup>59</sup> Artículo 87, Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales.

mencionan los estándares de uso debido<sup>60</sup> y expectativas razonables de privacidad<sup>61</sup> como limitación al ejercicio del derecho a la intimidad.

Enfocándose en casos específicos, la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales establece regulaciones en cuanto al derecho a la intimidad frente a la videovigilancia<sup>62</sup> y la geolocalización<sup>63</sup>. La condición común que tienen ambas formas de ejercicio del derecho de control es el informar previamente a los trabajadores que están siendo filmados o geolocalizados. En particular, cabe resaltar que la videovigilancia encuentra otro límite en que en “ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores [...] tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos”<sup>64</sup>. Es decir, se reconoce como limitación al derecho de control los espacios reservados y en donde el trabajador tiene una expectativa legítima a gozar de intimidad.

### **3.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español**

Habiendo analizado las disposiciones legislativas españolas respecto del derecho de control y el derecho a la intimidad, es importante abordar, por un lado, cómo se llegó a establecer los estándares mínimos y, por otro lado, cómo se han hecho frente a problemáticas más específicas. Para ello, se analizarán por orden cronológico las sentencias del TCE número 186/2000, 29/2013 y 39/2016.

Primero, la sentencia del TCE 186/2000 es citada en múltiples ocasiones por la jurisprudencia posterior y versa sobre la controversia entre Cirilo José Manuel Pérez Gutiérrez y la Empresa Nacional Siderúrgica (ENSIDESA) a razón del despido del accionante. En dicho caso se presenta un patrón que se ha de replicar en las sentencias posteriores: frente a una anormalidad, en este caso un descuadre significativo entre el rendimiento de la sección textil y la de calzado, se contrata a una empresa de seguridad para la instalación de un sistema de videovigilancia. En el caso, dicho descuadre advertía sobre una potencial actuación irregular de los cajeros, por lo que el sistema de videovigilancia se estableció como un circuito cerrado que se enfocaba “únicamente a

---

<sup>60</sup> *Ibid.* Artículo 87, inciso 2.

<sup>61</sup> *Ibid.* Artículo 87, inciso 3.

<sup>62</sup> *Ibid.* Artículo 89.

<sup>63</sup> *Ibid.* Artículo 90.

<sup>64</sup> *Ibid.* Artículo 89, inciso 2.

las tres cajas registradoras y al mostrador de paso de las mercancías desde el techo, en un radio de acción aproximado que alcanzaba el cajero en sus manos”<sup>65</sup>.

Como resultado de la videovigilancia, se comprobó que el actor manipuló el cobro de artículos a clientes para sustraer diferentes cantidades de la caja, resultando en su despido. El 21 de julio de 1995 el actor solicitó al Juzgado de lo Social No.1 de Avilés que se declare el despido improcedente y se condene a ENSIDESA a la readmisión o al pago de indemnización, esto por considerar la videovigilancia transgresora de su derecho a la intimidad.

Con fecha 26 de septiembre 1995, se declara la procedencia del despido y se niegan las pretensiones del actor. Esto sobre la argumentación de que las cintas de videovigilancia eran pruebas ajustadas a derecho ya que se plantearon frente a una sospecha justificada, fueron encargadas a terceros –compañía de seguridad– para que sirvan de testigos y los métodos empleados estuvieron sujetos a los límites mínimos ya que el espacio donde se videovigiló era uno público, donde era improbable que el trabajador entre en su esfera de intimidad personal.

La sentencia fue recurrida y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias resolvió el 2 de febrero de 1996 volver a desestimar la causa. El argumento fue que las cintas de videovigilancia *per se* son pruebas válidas y que “la intimidad del trabajador no resulta agredida por el solo hecho de ser objeto de filmaciones en los hechos [...] en los que desarrolla su actividad laboral”<sup>66</sup>.

En el caso de análisis, el objeto de la videovigilancia no era obtener información sobre la vida privada del trabajador, sino obtener información sobre el desempeño y comportamiento laboral de este. Adicionalmente, se adjuntaron los testimonios de los autores de las cintas de videovigilancia, pudiéndose así corroborar su fehaciencia y autenticidad. Por ello se estimó que si eran pruebas válidas en el proceso.

Finalmente, el 17 de noviembre de 1997 la Sección Segunda del TCE decidió admitir a trámite el recurso de amparo planteado por el accionante, luego de que hubiese fracasado previamente un recurso de casación que había sido planteado. En esta ocasión, el accionante puso especial atención en la presunción de inocencia y en el hecho de que esta no podía ser rota debido a lo que consideraba como prueba ilícita por atentar contra su intimidad. En la misma línea,

---

<sup>65</sup> Tribunal Constitucional Español, Sentencia 186/2000.

<sup>66</sup> Tribunal Constitucional Español, Sentencia 142/1993.

argumentó que se violó su derecho a la tutela judicial efectiva por admitirse a en el proceso las cintas de videovigilancia.

Respecto de la intimidad, el Tribunal razona que:

El empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control [...] intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo. [...] L]a constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por [...] la estricta observancia del principio de proporcionalidad.<sup>67</sup>.

Habiendo fijado los estándares para delimitar una conducta abusiva del derecho intimidad y una conducta de control empresarial, el Tribunal decide que en este caso no hubo una vulneración a la intimidad del recurrente ya que: (i) la medida era justificada por las irregularidades de caja detectadas; (ii) era idónea porque verificaba la actuación del trabajador y su incidencia en las irregularidades; (iii) era necesaria porque serviría de prueba para medidas disciplinarias; y, (iv) era proporcional porque se limitó a la zona de caja y a un tiempo determinado.

En vista de que la medida de control tomada por el empleador no fue intrusiva de la intimidad del trabajador, se estimó admisible como prueba. Entonces, al tener pruebas sobre la conducta del trabajador, se rompe la presunción de inocencia y se legitima el despido. Bajo esa argumentación y secuencia lógica, el Tribunal desestima el recurso de amparo.

Años después de la sentencia, se presentó una situación de videovigilancia que llegó a conocimiento del TCE: la causa 29/2013, seguida entre Adolfo Tomás Freile Nieto y la Universidad de Sevilla. En este caso, se repitió el patrón de la anterior sentencia, con la diferencia que la anormalidad se presentó en la asistencia del trabajador a los horarios laborales. Como resultado de dicha anormalidad, el departamento de recursos humanos decide utilizar el ya existente circuito de videovigilancia para monitorear el cumplimiento de horarios laborales por parte del trabajador.

En este caso también, las sospechas se confirmaron y se encontró que el trabajador declaraba y registraba su ingreso a las 8h00 cuando en verdad llegaba con atraso de 30 minutos, pudiendo ser hasta de varias horas. Debido a esto se abrió un expediente disciplinario y se sancionó al trabajador por incurrir entre faltas muy graves, siendo una de ellas faltar a la buena fe contractual y declarar horarios no correspondientes a la realidad.

---

<sup>67</sup> Tribunal Constitucional Español, Sentencia 186/2000.

El trabajador dedujo una acción ante el TCE aduciendo que las cintas de videovigilancia son pruebas ilícitas y vulneradoras de su intimidad. La gran diferencia de este caso es que la Universidad de Sevilla contaba con varias autorizaciones expresas de la Agencia Española de Protección de Datos para regular, mediante sistemas de videovigilancia, el acceso de las personas de la comunidad universitaria. Por ello es que se saldó relativamente fácilmente la discusión de proporcionalidad de la medida, considerándose que la utilización de la información recopilada era válida como prueba. No obstante, otra discusión se formula respecto de la obtención de dicha información ya que el recurrente adujo que se vulneró su derecho a la protección de datos de carácter personal.

Lo que diferencia a la sentencia 29/2013 de la 186/2000 es que, en la segunda, la videovigilancia se rigió al espacio material de trabajo, uno en que era público por confluencia de clientes y que, por ello, era muy difícilmente propenso a interactuar con la esfera de intimidad y privacidad personal. En este caso, la videovigilancia no se restringía al espacio laboral del trabajador, sino a espacios de circulación, derivando así la discusión de la intimidad a una de los datos personales.

En el presente caso, se le confirió a la Universidad de Sevilla las autorizaciones para establecer un sistema de videovigilancia para controlar el acceso a sus instalaciones, es decir, se le facultó legalmente para recabar información personal. No obstante, la Universidad de Sevilla nunca comunicó a los trabajadores que dicha información personal podía ser empleada para tomar medidas disciplinarias de carácter laboral. En ese sentido, el TCE menciona que:

[...S]e confundiría la legitimidad del fin [...] con la constitucionalidad del acto [...], cuando lo cierto es que cabe proclamar la legitimidad de aquel propósito (incluso sin consentimiento del trabajador [...]) pero, del mismo modo, declarar que lesiona el art. 18.4 CE la utilización para llevarlo a cabo de medios encubiertos que niegan al trabajador la información exigible. [...] Por tanto, no será suficiente que el tratamiento de datos resulte en principio lícito [...] o que pueda resultar eventualmente, en el caso concreto de que se trate, proporcionado al fin perseguido; el control empresarial por esa vía, antes bien, aunque podrá producirse, deberá asegurar también la debida información previa<sup>68</sup>.

En vista de la falta de información a los trabajadores sobre el fin que se les daba a sus datos personales, el Tribunal encontró que se vulneró su derecho constitucional, ello a pesar de que la recopilación de datos fue autorizada legalmente y, debido a eso, no fue vulneradora de la intimidad

---

<sup>68</sup> Tribunal Constitucional Español, Sentencia 29/2013.

personal. Por ello, en tal causa se decidió otorgar el amparo solicitado y declarar nulas las sentencias anteriores.

Como se evidenció, el fin de la recopilación de datos sí tiene relevancia al momento de analizar si una conducta de control es vulneradora de los derechos fundamentales de los trabajadores o no. Un supuesto parecido al primer caso sucede con la Sentencia 39/2016, pero en este caso el razonamiento del Tribunal es esclarecedor.

En este caso, se detectan irregularidades en la caja a cargo de Mónica Rebeca Liberato Rodríguez mientras desempeñaba sus labores en la empresa Bershka España. A raíz de estas irregularidades se contrata una empresa de seguridad que instale una cámara de videovigilancia para el espacio material específico de caja. No se comunicó a los trabajadores, pero se colocó un distintivo informativo en un lugar visible. Se corroboraron las sospechas y se despidió a la cajera, quien recurre ante el Tribunal con una acción de amparo.

Resulta interesante que el razonamiento del Tribunal en este caso es que:

La empresa entiende que la medida ha sido adoptada para proteger su patrimonio, no para monitorizar el trabajo de la recurrente, y además está justificada, es idónea, necesaria y equilibrada, por lo que no se ha producido vulneración alguna del derecho a la intimidad personal ni a la protección de datos de la trabajadora<sup>69</sup>.

Es decir, se excluye de la discusión la necesidad de información al trabajador del tratamiento de sus datos personales ya que no se busca monitorear la actividad laboral, sino proteger patrimonio de la empresa. Por ello, y al pasar el test de proporcionalidad, se niega el amparo solicitado por la recurrente.

Entonces, del análisis de la jurisprudencia del TCE se puede concluir que hay dos escenarios fundamentales a la hora de analizar un potencial conflicto por el ejercicio del derecho de control del empleador: (i) en cuanto a la vulneración de la intimidad personal; y, (ii) en cuanto a la protección de datos personales. Si bien el enfoque del presente trabajo es el primero, es oportuno hacer la distinción entre ambos para entender el alcance del derecho a la intimidad y su aplicabilidad.

### **3.3. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

---

<sup>69</sup> Tribunal Constitucional Español, Sentencia 39/2016.



Las sentencias españolas se han hecho eco en la Unión Europea, llegando incluso a ser discutidas en el TEDH. Eso es lo que sucedió en el Caso López Ribalda y otros contra España, en donde la controversia gira en torno a la intimidad y protección de datos personales captados por sistemas de videovigilancia<sup>70</sup>.

A manera de preámbulo, cabe analizar una sentencia que precede al caso anteriormente mencionado: el Caso Barbulescu contra Rumania, resuelto también por el TEDH, pero dos años antes del caso español<sup>71</sup>. En dicho caso, el accionante alega que su empleador dio por terminado su contrato laboral por razones atentatorias a su derecho a la intimidad y que las cortes nacionales habían fallado en su deber de proteger ese derecho.

Bogdan Mihai Barbulescu se encontraba empleado como ejecutivo de ventas en la empresa S. domiciliada en Bucharest, Rumania. Bajo solicitud de su empleador, el trabajador creó una cuenta de correo electrónico en la plataforma Yahoo! Messenger. A ese momento, el trabajador ya tenía una cuenta personal en dicha plataforma, por lo que esta nueva cuenta la generó con fines laborales.

Luego de que la empresa emitiera un comunicado acerca del uso del tiempo de trabajo exclusivamente para actividades laborales, se hizo un control estricto de los trabajadores. En una llamada de atención a Barbulescu se le pidió que explique porqué emplea tiempo laboral para actividades personales. Como prueba de la alegación del empleador se adjuntaron 45 páginas de transcripciones de mensajes personales efectuados al hermano de Barbulescu en horas laborales, incluso se transcribieron mensajes enviados por su cuenta personal de Yahoo! hacia su prometida.

Barbulescu contestó diciendo que los actos del empleador constituían un delito en cuanto vulneraban el secreto y la intimidad de su correspondencia personal. Días después, Barbulescu fue despedido, lo que este contestó demandando a la empresa. Sus pretensiones eran que: (i) se declare nulo el despido; (ii) se ordene al empleador el pago de valores laborales pendientes y se lo reincorpore al cargo; y, (iii) se ordene el pago de una indemnización por daños.

El caso llegó a conocimiento del TEDH, quien decidió: (i) aceptar que hubo una vulneración al artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos; (ii) aceptar la vulneración del derecho es suficiente satisfacción para el daño no pecuniario; (iii) que Rumania

---

<sup>70</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. Caso López Ribalda y otros v. España, 17 de octubre de 2019.

<sup>71</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Barbulescu v. Rumania, 5 de septiembre de 2017.

pague los valores de costas y honorarios de los abogados; y, (iv) negar la indemnización pretendida por daño.

La argumentación de la Corte se basa en las expectativas razonables de privacidad que tenía el recurrente. Si bien en el presente caso había disposiciones empresariales que prohibían el uso de las computadoras y recursos del empleador para fines personales, las comunicaciones personales del trabajador estaban protegidas por la intimidad personal y de correspondencia, por ello no podían ser utilizadas como evidencia en el proceso judicial. Frente a la falta de prueba lícita, los argumentos motores del empleador se quedaron sin fundamento.

Tiempo después, el TEDH se vuelve a pronunciar sobre la videovigilancia empresarial. López Ribalda y el resto de accionantes ejercían como cajeros o asistentes de venta en la cadena de supermercados M. situada en San Celoni, Barcelona<sup>72</sup>.

Como en los casos tratados por el TCE, la controversia inició con irregularidades detectadas en marzo de 2019 entre el stock de la tienda y las ganancias que esta generaba. A raíz de dichas irregularidades, el gerente de la tienda decidió iniciar una investigación interna el 15 de junio de 2019 a través de la instalación de cámaras de videovigilancia, algunas a la vista y otras ocultas, siendo estas últimas enfocadas en el área las cajas registradoras.

Los trabajadores fueron llamados a una reunión general y fueron notificados sobre la instalación de cámaras, no obstante, no se informó de las cámaras ocultas. El 25 de junio de 2019, las cámaras ocultas encuentran que se están efectuando robos de mercancías en las cajas registradoras y que estos son efectuados o facilitados por los empleados.

Posteriormente, se llaman a los trabajadores a reuniones individuales para confrontarlos sobre los hallazgos, resultando esto en catorce empleados despedidos. Durante las reuniones, algunos trabajadores admitieron participar de los robos en cooperación con otros compañeros de trabajo. Los robos fueron efectuados ya sea mediante la sustracción personal de objetos o mediante el apoyo a clientes para que sustraigan bienes que no fueron pagados.

Incluso, ciertos empleados firmaron un acuerdo transaccional con la empresa para terminar la relación laboral a cambio de evitar conflictos penales futuros. Cabe puntualizar que los videos fueron enseñados al representante sindical de los trabajadores, pero los trabajadores no tuvieron acceso personal a dichos videos, ni los vieron en ningún momento.

---

<sup>72</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. Caso López Ribalda y otros v. España, 17 de octubre de 2019.

El razonamiento del Tribunal se basa en que, por norma general, es necesario informar a los trabajadores de los mecanismos de videovigilancia que se están empleando. Dicha concepción tiene excepciones, el caso en análisis es una de ellas. En este caso, la excepción se presenta debido a que hay un interés de protección de la propiedad privada – los ingresos de la compañía– y que solo bajo el requisito primordial de proteger un interés público o privado significativo se justifica la falta de información<sup>73</sup>. Es decir, la falta de información a los trabajadores no constituye *per se* una vulneración al derecho a la intimidad.

Uno de los supuestos en los que no se requiere de información previa es cuando la medida de control se tome respecto de una sospecha razonable de incumplimiento contractual, misma que debe ser probada por el empleador. Adicionalmente, la medida de control debe ser sometida al juicio de necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Entonces, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Español se acoplan al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y resuelven en la misma línea que el razonamiento de este Tribunal.

El punto más trascendente respecto del caso López Ribalda es que el Tribunal considera que el deber de información a los trabajadores constituye, para este caso, un mecanismo de valoración de la proporcionalidad de la medida, pero no es un condicionante al momento de decidir sobre su legalidad. Para la argumentación del Tribunal es fundamental resaltar que la discusión se plantea a partir del supuesto de que hubo una sospecha razonable que motivó la medida, es decir, que era necesaria.

De allí en adelante, el Tribunal centra su análisis en aplicar el test de proporcionalidad a la medida de control. De dicho análisis concluye que no hubo una transgresión al derecho a la intimidad y, por ello, niega la pretensión a los recurrentes, afirmando así los pronunciamientos anteriores del TCE. Por ello es que se trata en la siguiente sección al test de proporcionalidad como un estándar de ejercicio del derecho de control y con un enfoque especial en relación al teletrabajo.

#### **4. Estándares y parámetros de limitación al derecho de control y al derecho a la intimidad**

Del análisis de las sentencias mencionadas, se pueden extraer ciertos estándares que sirven para dirimir las potenciales zonas de conflicto entre el derecho de control y el derecho a la

---

<sup>73</sup> Traducción libre de: Corte Europea de Derechos Humanos. Caso López Ribalda y otros v. España, 17 de octubre de 2019.

intimidad. Para efectos del presente trabajo se analizará como limitación al derecho a la intimidad en los escenarios digitales, las expectativas razonables de privacidad y el uso indebido de los implementos propiedad del empleador. En cuanto a la limitación del derecho de control, se analizarán los espacios reservados a la intimidad del trabajador y, como límite general, la aplicabilidad del test de proporcionalidad.

#### **4.1. Las expectativas razonables de privacidad y el uso indebido**

La concepción de las expectativas razonables de privacidad nace a partir de la discusión entre espacios públicos y espacios privados, y se intensifica al momento de analizar espacios digitales. En ámbitos generales, puede ser entendida en dos sentidos: (i) como un “oasis” de privacidad en espacios públicos; y, (ii) como conductas o contenidos que, a pesar de ser efectuados en un espacio privado, están sujetos a control legítimo empresarial<sup>74</sup>.

La concepción de expectativas razonables de privacidad fue pensada en un aspecto general y no en uno laboral. Esta concepción es atribuida a la Sentencia Katz c. Estados Unidos del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en particular al pronunciamiento del juez Harlan<sup>75</sup>. La discusión versaba sobre el secreto de las comunicaciones en cabinas telefónicas y si el Estado estaba facultado a vigilar dichas conversaciones al tratarse de un espacio público. La decisión final fue que, a pesar de ser un espacio público, al ingresar a la cabina el particular tiene expectativas razonables de que sus comunicaciones sean privadas. Entonces, la protección a la intimidad y comunicaciones no es una que abarca espacios, sino que protege al individuo en sus interacciones.

Como el concepto no fue pensando y adaptado a las realidades laborales, presenta ciertos problemas en cuanto a su aplicación:

Recordemos que, en el espacio físico de la empresa, las fronteras materiales [...], la atribución de determinados usos a los espacios [...] y el contexto de determinadas situaciones sociales [...], determinan el “florecimiento” de determinados “oasis” de 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<sup>76</sup>.

Problemas que se traducen, en escenarios tradicionales de trabajo, a una delimitación de espacios privados en espacios físicos públicos, y viceversa. Mientras que, en escenarios digitales se ve

---

<sup>74</sup> Por ejemplo, en un escenario de atención al cliente vía telefónica, se está interactuando en un espacio que es generalmente entendido como privado y protegido por el secreto de las comunicaciones. No obstante, como dicho espacio compromete la imagen de la empresa, se entiende que el empleador tiene derecho de control legítimo.

<sup>75</sup> United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Case Katz vs. United States, October 17, 1967.

<sup>76</sup> Cuvillo, «La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales».

derivada la discusión y no se consideran espacios físicos, sino implementos laborales o tiempos de trabajo. En cuyo caso, parece ser que los tribunales — en el derecho comparado — se inclinan a dar preferencia al derecho de control por sobre el derecho a la intimidad<sup>77</sup>.

Esto, deriva la discusión a un estándar de uso debido o no de los implementos de trabajo propiedad del empleador o, extendiéndolo a escenarios digitales, al uso debido del tiempo de trabajo. La discusión de espacios con expectativas razonables de privacidad sirve para delimitar información personal con protección legal, pero dicha discusión se puede ver saldada si la información personal se encuentra en un dispositivo propiedad de la empresa.

Dos sentencias del TCE sirven de ejemplo de esta irrupción en las expectativas razonables de privacidad a razón de un uso indebido. Primero, la sentencia 241/2012 se refiere a una controversia resultante de la aprehensión de información intercambiada por dos trabajadoras mediante el uso de un programa de mensajería instantánea.

La controversia se genera debido a que, al realizar las comunicaciones mediante cuentas personales en un servicio de mensajería privado o particular, las trabajadoras tenían la expectativa razonable de que iba a estar protegida. No obstante, el factor que el Tribunal utilizó para resolver la causa fue que los servicios de mensajería instantánea fueron instalados y utilizados en un computador empresarial, al que se accedía sin contraseña y en el que estaba expresamente prohibido por las disposiciones empresariales el instalar programas personales.

Observando que, si bien el espacio o la actividad pudiese generar una expectativa razonable de privacidad, el modo en que se accedió o ejerció fue uno que contravino disposiciones empresariales expresas, generando así un uso indebido. Por ello, el Tribunal decidió que no hubo vulneración del derecho a la intimidad y que no cabía la garantía del secreto de las comunicaciones personales.

Segundo, otra decisión hito del TCE en cuanto a las expectativas razonables de privacidad es la sentencia 170/2013. En dicho caso, el trabajador tenía un correo empresarial y había un convenio sectorial estatal que prohibía expresamente el uso personal de herramientas propiedad de la empresa. Haciendo uso de su facultad de monitorear el cumplimiento del convenio sectorial estatal, el empleador accedió a los correos electrónicos del trabajador y encontró que este enviaba información sensible de la empresa a los competidores. El Tribunal decidió que el correo

---

<sup>77</sup> Ver: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia Copland c. United Kingdom.

empresarial fue indebidamente utilizado y que, por ello, las comunicaciones no gozaban de protección y no se había vulnerado el derecho a la intimidad.

#### **4.2. Los espacios reservados a la intimidad del trabajador**

Indudablemente, los límites espaciales son formas relativamente fáciles de delimitar los espacios de protección del derecho a la intimidad del trabajador y los de garantía de la facultad de control empresarial. Por regla general, el trabajador no puede estar sujeto al control empresarial sin limitación alguna. No obstante, vivimos en tiempos de excepción, en donde casi cualquier espacio físico se puede convertir en uno laboral gracias al teletrabajo.

En la realidad digital, queda justificada la adopción de ciertas medidas de control en los casos de trabajo remoto. A pesar de ello, dicha facultad no es absoluta y encuentra ciertos límites comunes, espacios físicos de intimidad revestidos de tal protección que no pueden ser objeto de mecanismos de control empresarial, a no ser que medien condiciones excepcionales. Esos espacios son diferenciados por la doctrina en: (i) el domicilio; y, (ii) los espacios reservados a estricta intimidad del trabajador.

Primero, un derecho fundamental reconocido en gran parte de los textos constitucionales a nivel mundial es la inviolabilidad del domicilio<sup>78</sup>. Si para el Estado es inviolable el domicilio personal, a excepción de que medien causales extraordinarias, más aún lo será para el empleador. La diferencia con el caso de este último es que la inviolabilidad del domicilio afecta a que ninguna medida de control empresarial involucre la intervención, ya sea física o digital, en la intimidad del domicilio del trabajador.

Incluso, debido al “carácter irrenunciable de los derechos fundamentales, ha de entenderse que ni siquiera sería aceptable que el trabajador prestase su consentimiento a la entrada o registro de su domicilio particular”<sup>79</sup>. Por ello, es muy difícil imaginar un supuesto en que el empleador esté legitimado a intervenir en el domicilio particular del trabajador.

Ahora bien, esto no es excluyente de la facultad de control del empleador en los escenarios de teletrabajo realizados desde el domicilio del trabajador. En ese caso, se faculta cualquier control que no requiera entrar ni registrar el domicilio personal. Como puntualiza Villalón:

Ha de entenderse como “entrada” no sólo la presencia física del empleador o de persona en quien éste delegue dentro del espacio del domicilio, sino también formas a distancia de lo que sucede en

---

<sup>78</sup> Artículo 66, inciso 22, Constitución de la Republica del Ecuador, 1998.

<sup>79</sup> Villalón, «Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos».

su interior; claramente, una videovigilancia o un control del sonido a distancia de la vivienda del trabajador. Naturalmente, sí serían posibles formas de trabajo en el domicilio que incluyesen conversaciones telefónicas o similares, pero sin necesidad de captar la imagen, o de captar otras conversaciones privadas que se produzcan en el seno del domicilio del trabajador<sup>80</sup>.

Por puntualizaciones doctrinarias como la hecha por Villalón es que a la sociedad le parece inverosímil, y con razón, el establecimiento de medidas de control invasivas del domicilio del trabajador. Por ello es que la discusión en escenarios de teletrabajo se puede derivar a una discusión de uso indebido, expectativas razonables de privacidad y límite en la dignidad humana.

Segundo, los espacios doctrinariamente reconocidos como estrictamente reservados a la intimidad del trabajador son una distinción útil en escenarios tradicionales de trabajo, pero fútiles en cuanto al trabajo remoto. Estos espacios vetados, por norma general, de la intervención del empresario varían de acuerdo a las concepciones legislativas. Desafortunadamente, en el caso ecuatoriano no hay pronunciamientos legislativos expresos, ni tampoco precedentes jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento.

No obstante, del análisis del derecho comparado se puede entender que “[e]n ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos”<sup>81</sup>. Lista que es más ejemplificativa que taxativa, pero sirve para entender los espacios comunes y socialmente entendidos como de exclusiva intimidad del trabajador.

#### **4.3. Test de proporcionalidad**

Como se mencionó anteriormente, la legislación comparada de España establece como límite general al derecho de control la dignidad humana<sup>82</sup>. En este caso, la dignidad humana es el límite general a la actividad de control del empresario y se utiliza como punto de partida para el resto de los estándares. Ahora bien, este límite genera el cuestionamiento de: ¿cómo diferenciar entre conductas vulneradoras de la dignidad humana y conductas de control empresarial legítimo? La respuesta es la adoptada por los tribunales tanto españoles como europeos: el test de proporcionalidad.

---

<sup>80</sup> *Ibid*, 40.

<sup>81</sup> Artículo 89, inciso2, Ley Orgánica 3/2018 de España.

<sup>82</sup> Artículo 20 bis, Ley del Estatuto de los Trabajadores.

El test de proporcionalidad es una metodología que busca llegar a la conclusión de si determinada conducta es legítima. En un primer momento, surge para evaluar el accionar del estado y proteger ciudadano<sup>83</sup>, ideal que se corresponde con la idea del derecho del trabajo de proteger al trabajador. En el contexto del derecho laboral, el TCE se pronuncia de la siguiente manera:

[... P]ara comprobar si una medida [...] supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)<sup>84</sup>.

Entonces, según el razonamiento del TCE, una acción de control empresarial aparentemente vulneradora del derecho a la intimidad puede ser justificada siempre y cuando sea necesaria, idónea y proporcional. Es decir, que la situación amerite una acción de dicha naturaleza, pero que a su vez esta sea el medio idóneo de resolución de la situación y que los medios que se empleen sean proporcionales al problema. Este será entonces el punto central de la discusión, si las facultades de control del empleador, utilizadas de una forma determinada — por ejemplo, instalar cámaras de videovigilancia en un espacio determinado o la puesta en marcha de tecnologías de verificación sobre el curso de la información en una red informática— son necesarias, idóneas y proporcionales para permitir al empleado ejercer legítimamente su derecho de control.

## **5. Conclusión**

Es indudablemente necesario proteger la intimidad frente a cualquier potencial vulneración. Esa protección amerita una regulación expresa y más detallada en la esfera de una relación laboral, donde por su naturaleza existe una parte desprotegida. Ahora bien, también es necesario establecer que en la relación laboral necesariamente debe protegerse el legítimo, pero no absoluto, ejercicio del derecho de control empresarial. Por ello, es necesario que el Código del Trabajo delimite la facultad de control del empleador y que en especial se regule el necesario uso

---

<sup>83</sup> Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87 del 06 de octubre de 1987. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica.

<sup>84</sup> Tribunal Constitucional Español, Sentencia 186/2000.



del estándar de proporcionalidad a cualquier práctica que pudiere efectuar un empleador en el uso de tal derecho.

Después de haber analizado la jurisprudencia y el derecho comparado, se puede concluir que el aparentemente vago límite de la “dignidad humana” establecido por el Estatuto de los Trabajadores de España es el límite amplio necesario debido a la diversidad de potenciales conflictos. No obstante, este no es suficiente por sí mismo y, por ello, es necesario tomar en cuenta los estándares de limitación de ambos derechos, en especial al momento de resolver jurisprudencialmente un conflicto.

En la relación laboral, la dignidad humana tiene, a grandes rasgos, dos niveles de consideración fundamental: (i) derecho a la intimidad; y, (ii) derecho a la protección de datos personales. Respecto de la intimidad, se han provisto suficientes lineamientos para concluir que, si bien es un derecho fundamental, no es absoluto. No obstante, es preciso entenderlo como un derecho fundamental para garantizar su protección.

Respecto de la intimidad, la discusión se resuelve en la medida en que se delega la interpretación caso a caso de las circunstancias para decidir si la medida de control tomada es aplicable al amparo del test de proporcionalidad. Es decir, que frente a una aparente vulneración a la intimidad, el trabajo de los jueces ecuatorianos será decidir si dicha medida fue necesaria, idónea y proporcional.

Ahora bien, la jurisprudencia comparada lleva a concluir que no es suficiente el legitimar el recabo de información personal, sino que si importa el fin que con esta se pretenda. Es decir, en cuanto a la finalidad de los datos recabados es que entra a discusión el derecho a la información y el derecho de protección de datos personales. Como sucedió en el caso 29/2013 del TCE, en donde inclusive existía autorización expresa de la autoridad administrativa competente para recabar información, pero el fin para que fue declarado se la iba a utilizar limitó su aplicabilidad al ámbito laboral.

Por todo lo expuesto, la conclusión más oportuna y aplicable a la realidad ecuatoriana es que: (i) debe reconocerse expresamente el derecho de control del empleador, no limitándolo a escenarios digitales porque eso significa desconocer la realidad cambiante; (ii) establecer el límite necesario al derecho de control en la dignidad humana, explicitando la necesidad de la ejecución del test de proporcionalidad para cada caso; y, , (iii) que la jurisprudencia ecuatoriana debe centrar

sus esfuerzos en cada caso de conflicto entre el derecho de control y el derecho a la intimidad en un análisis de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas de control controvertidas.