

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS AMÉRICAS**

**ESCUELA DE DERECHO**

**“ALCANCES DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y  
PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA RELACIÓN  
LABORAL EN COSTA RICA: PROPORCIONALIDAD ENTRE  
PRIVACIDAD DEL TRABAJADOR Y LIBERTAD DE  
EMPRESA”**

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO**

**ANGIE DANIELA ARAYA ROJAS**

**TUTOR: LIC. GUILLERMO RODRIGUEZ ZÚÑIGA**

**SEDE ARANJUEZ**

**ABRIL, 2022**

## CONTENIDOS

Agradecimientos .....	6
Dedicatoria.....	7
Lista de acrónimos .....	8
Resumen .....	9
<b>CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>10</b>
Planteamiento del Problema.....	10
Pregunta de Investigación .....	13
Objetivos.....	13
Justificación .....	13
Antecedentes.....	17
Proyecciones .....	38
<b>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO .....</b>	<b>40</b>
Derecho de libertad de empresa .....	40
Origen jurídico y concepto del derecho de libertad de empresa. ....	41
Alcances y límites del poder de dirección de empresa en la relación laboral. ....	43
Control y vigilancia del cumplimiento de la prestación laboral como facultad de la libertad de empresa del patrono. ....	47
Protección y fiscalización de los bienes y activos del lugar de trabajo como facultad de la libertad de empresa del patrono. ....	50
Libertad de contratación y despido de personal como facultad de la libertad de empresa del patrono. .	53
Derecho de protección de datos personales.....	58
Origen jurídico y concepto del derecho de protección de datos personales.....	58
La captación y requerimiento de datos personales del trabajador.....	63
Tratamiento de los datos personales del trabajador antes, durante y después de la relación laboral. ....	70
Instrumentos jurídicos para la protección de datos personales del trabajador. ....	77
Derecho de imagen propia .....	80

Origen jurídico y concepto del derecho a la propia imagen. ....	80
Límites hacia el patrono frente al derecho de imagen personal del trabajador. ....	84
Imagen personal de los servidores públicos. ....	85
Cesión y explotación comercial de la imagen personal de los trabajadores.....	86
Imagen personal de los trabajadores respecto a la videovigilancia.....	89
Apariencia personal de los trabajadores como extremo de su derecho a la propia imagen.....	90
Protección de la propia imagen como dato personal del trabajador.....	93
Derecho a la privacidad .....	95
Origen jurídico y concepto del derecho a la privacidad. ....	95
Derecho a la privacidad del trabajador frente al control del patrono que involucra su imagen propia y datos personales. ....	98
Derechos digitales: contexto contemporáneo de la participación digital.....	102
Derecho a la desconexión digital. ....	104
Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral: videovigilancia, grabación de sonidos y sistemas de geolocalización. ....	106
Derecho a la neutralidad de internet.....	107
Derecho al acceso universal de internet. ....	108
Derecho a la seguridad digital.....	109
Derecho al olvido en internet. ....	110
Derecho de rectificación en internet.....	111
Derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales. ....	112
Derecho a la portabilidad. ....	113
Derechos digitales en la negociación colectiva. ....	114
<b>CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO .....</b>	<b>116</b>
Enfoque de la Investigación .....	116
Diseño de la Investigación .....	116
Variables o Unidades de Análisis.....	117

Instrumentos .....	119
Sujetos y fuentes de Información .....	122
Proceso para la Recolección y Análisis de Datos .....	124
<b>CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS</b> .....	126
Variables del objetivo No. 1 .....	126
Localizar el marco jurídico de la protección de datos personales del trabajador desde la etapa precontractual, durante la relación laboral y hasta la disolución del vínculo.....	126
Principales hallazgos.....	162
Variables del objetivo No. 2 .....	171
Contrastar el derecho a la privacidad de los trabajadores, en cuanto al tratamiento de sus datos personales, cuando el patrono ejerce la libertad de gestión de su empresa. ....	171
Principales hallazgos.....	201
Variables del objetivo No. 3 .....	208
Reafirmar la tutela al derecho de imagen de los trabajadores como parte de los extremos que comprende la protección de datos personales.....	208
Principales hallazgos.....	235
<b>CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b> .....	244
Conclusiones.....	244
Recomendaciones .....	249
<b>REFERENCIAS</b> .....	251
<b>APÉNDICES</b> .....	263
Apéndice 1: propuesta de proyecto de ley.....	264
Adición de un nuevo título XIII referente al derecho de privacidad del trabajador, enfatizando en el derecho a la protección de datos e imagen propia, al Código de Trabajo, ley N.º2, de 23 de agosto de 1943, y sus reformas. ....	265

## Lista de acrónimos

Constitución Política	C.POL
Código de Trabajo	CT
Código Civil	CC
Organización Internacional del Trabajo	OIT
Ministerio de Trabajo y Seguridad Social	MTSS
Agencia de Protección de Datos de los Habitantes	PRODHAB
Instituto Nacional de Estadística y Censo	INEC
Superintendencia de Telecomunicaciones	SUTEL
Corte Suprema de Justicia	CSJ
Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición	ARCO
Global Positioning System (sistema de posicionamiento global)	GPS

## Resumen

La presente investigación, denominada Alcances del Derecho a la Propia Imagen y Protección de Datos Personales en la Relación Laboral en Costa Rica: Proporcionalidad entre Privacidad del Trabajador y Libertad de Empresa, tiene por objeto identificar las medidas para preservar la proporcionalidad entre los derechos fundamentales, previamente mencionados, tanto del trabajador como de la parte empleadora.

Esta investigación se centra en encontrar posibles vacíos legales que no permiten un equilibrio entre el derecho a la privacidad del trabajador, tras verse involucrada su imagen propia y datos personales en la relación laboral, y el ejercicio de las facultades de libertad de empresa del patrono cuando necesita de esos elementos para el desarrollo del contrato de trabajo.

Además, se emplea un enfoque cualitativo en el análisis y recolección de información para examinar doctrina, legislación y jurisprudencia; instrumentos necesarios para obtener conclusiones puntuales y recomendaciones viables para aplicar en el ordenamiento jurídico costarricense.

De esta forma, una de las principales conclusiones que se obtienen es que la normativa vigente en materia de protección de datos no abarca su influencia, de manera específica y como otras legislaciones, en la relación laboral. Así mismo, la legislación laboral no considera la captación y tratamiento de datos personales que puede surgir cuando el patrono ejerce sus facultades de dirección de empresa, afectando a su vez el derecho a la privacidad del trabajador. Como tercer punto, se concluye que es necesario regular la protección de la imagen personal del trabajador, como uno de sus datos personales, y la libertad de disposición de su apariencia física, de manera que esta no sea valorada como un elemento negativo que le impida a la persona acceder a una posición laboral, o bien, que represente un impedimento para disfrutar de igualdad de condiciones laborales dentro del contrato de trabajo.

Por último, se recomienda incorporar en el Código de Trabajo un título sobre el derecho a la privacidad de los trabajadores, específicamente respecto a la protección de sus datos personales e imagen propia frente a las facultades de libertad de empresa del patrono. De esta forma, se podrá regular su alcance dentro de la relación laboral y ambas partes podrán ejercer sus derechos dentro de un marco jurídico proporcional.

## CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

En este primer capítulo se plantearán el problema, los objetivos, justificación y proyecciones que demostrarán la importancia de desarrollar la presente investigación. Así como los antecedentes que evidenciarán la viabilidad de sustanciar científicamente los resultados obtenidos.

### **Planteamiento del Problema**

La fase precontractual marca el inicio de una relación laboral, de ahí su importancia de enfocar el reclutamiento en conocer al candidato, solicitarle información y, con esto, crear el perfil objetivo que servirá al patrono para formalizar su elección final de personal. Sin embargo, cuando en esta fase se transgrede la línea entre solicitar datos irrestrictos y datos sensibles, se genera inevitablemente un perfil subjetivo del candidato, invadiendo incluso su fuero íntimo. Teniendo en cuenta que, en una relación laboral, la parte más fuerte es el patrono, es inevitable que el trabajador o, en este caso, el candidato, se vea afectado por esta desigual distribución de poder incluso desde la fase de reclutamiento y selección.

Anudado a lo anterior, y considerando las altas tasas de desempleo que se presentan hoy en día, para algunos entrevistados es imprescindible brindar respuesta a la mayor cantidad posible de preguntas que se le formulen con tal de conseguir el empleo. De esta forma, se van desplazando sus derechos a un segundo plano por la necesidad de obtener una posición laboral. Bajo este panorama, y como consecuencia del requerimiento de datos sensibles por parte del empleador, se podría presentar discriminación en la contratación, tratos desiguales en el lugar de trabajo, futuros despidos basados en información personal que el patrono posea del trabajador y hasta el tratamiento de datos personales después del despido o del fallecimiento del trabajador.

No es necesario que el tratamiento de datos personales suceda después del relevo del cargo, pues basta con la creación de una necesidad de utilizarlos para ignorar el deber de comunicación de procedimientos, que implica la posesión y tratamiento de una base de datos, y romper el deber de confidencialidad para iniciar una comercialización ilegal de la información personal de los trabajadores.

Con el desarrollo continuo de actividades comerciales e implementación de nuevas tecnologías, la necesidad de compra y venta de datos personales se deriva de muchas razones, tales como la gestión de recursos humanos, estudios de las necesidades del consumidor, configuración de algoritmos, estrategias de mercadeo, utilización de plataformas digitales y hasta gestiones de cobro al adquirir carteras de clientes.

Todo este tratamiento de datos incluye una vulneración al derecho de protección de datos, en el sentido de que se ignora el principio de consentimiento informado y de garantizar el derecho de autodeterminación informativa.

Siguiendo la misma línea, se reconoce la potestad del patrono de verificación o fiscalización empresarial, la cual incluye la implementación y uso de nuevas tecnologías de información y comunicación en el entorno laboral. No obstante, con esta necesidad también se genera un riesgo, que no solo involucra la protección de datos personales, sino también la privacidad e intimidad de los trabajadores. Lo último, porque se vislumbra la separación entre un ámbito laboral y un ámbito personal cuando se aumentan categóricamente los medios de vigilancia por parte de la empresa.

También se podrá en discusión el abuso en la instalación de sistemas de grabación de imágenes o audio en los espacios de trabajo, incluso en los hogares cuando se trata de teletrabajo, o bien, el uso de plataformas virtuales para la comunicación entre patrono, empleado y entre los mismos empleados. Si bien estas tecnologías constituyen instrumentos necesarios para la empresa; para fines tales como seguridad, fiscalización del trabajo que realizan los empleados o coordinación de labores, estas también pueden ser un medio para motivar el acoso laboral, la violación del secreto de comunicaciones, intromisión en los límites de la privacidad de los trabajadores y hasta pueden favorecer la toma de decisiones subjetivas o discriminatorias.

Dichas intromisiones a la privacidad e intimidad de los trabajadores también pueden extenderse al derecho a la propia imagen y comprometer su protección como un dato personal. Lo anterior derivado del almacenamiento o tratamiento de grabaciones de imagen captadas en el lugar de trabajo.

Incluso, los constantes cambios en la industria conllevan, a veces, a exigencias por parte de las empresas para que la indumentaria o el aspecto de sus trabajadores se ajuste a un lineamiento

especial y acorde con la actividad que desempeñan o la regularidad con la que se exponen como representantes de la compañía. Podría mencionarse el caso de deportistas profesionales, actores y actrices, periodistas, empleados gubernamentales y otras figuras políticas, donde se pretende proteger su aspecto físico con el fin de que los objetivos del patrono no se vean afectados por el escrutinio público o estereotipos sociales.

Como resultado, se dificulta la libertad de los trabajadores para disponer ilimitadamente de su imagen personal, ya que podría afectar su posición dentro de la empresa. Lo ideal sería evitar una condicionada difusión de su imagen que pueda afectar el anonimato del trabajador (si así lo desea) o futuras oportunidades laborales.

A lo anterior se suma el supuesto de que parte de las exigencias de indumentaria pretendan sexualizar la imagen del trabajador o comprometer sus creencias religiosas, éticas y la moral pública. Se debe recordar que, en el mercado comercial y laboral, se pueden identificar claros choques de intereses, por ejemplo, debe valorarse qué pasaría en el caso de convertir a un trabajador en la figura comercial de una empresa o incorporarlo en espacios publicitarios, condicionando con esta campaña su contratación por empresas de la competencia en determinado momento y bajo las causas legales que lo permitan.

Por último, al trasladar la controversia que contiene la imagen personal a lo interno de la compañía, es relevante analizar el impacto que puede generar la influencia, control y hasta configuración de la imagen personal por parte de los empleadores desde otra perspectiva. Si las compañías demandan requisitos extremistas para aplicar a la imagen propia de sus trabajadores, y solo algunos lo pueden acatar, se puede ocasionar una brecha de desigualdad de oportunidades; no solo en la circunstancia a futuro en que los empleados renuncien o sean despedidos, sino también en el mismo entorno de la empresa.

Si bien es importante fomentar una competencia sana entre los trabajadores, la cual se base en objetivos académicos, desempeño, desarrollo de habilidades blandas y otros logros a lo largo de la relación laboral, también es importante priorizar la creación del perfil objetivo del cual se hablaba al principio de este capítulo, definir los límites entre la imagen laboral versus la imagen extralaboral y dar relevancia a las capacidades que califican a una persona para desempeñar el puesto para el cual fue contratado; rechazando la creación de un perfil objetivo conformado por juicios sobre datos sensibles de la parte trabajadora o de su imagen propia. De esta forma, es

posible evitar consecuencias tanto para el trabajador como para el patrono ante los mecanismos legales disponibles para tutelar los derechos laborales y constitucionales de sus empleados.

### **Pregunta de Investigación**

¿Qué medidas permitirían el ejercicio de los derechos a la propia imagen, protección de datos personales y privacidad de los trabajadores de forma proporcional a las facultades de libertad de gestión de empresa del patrono?

### **Objetivos**

#### **Objetivo General.**

Identificar medidas para preservar la proporcionalidad entre los derechos a la propia imagen, protección de datos personales, privacidad del trabajador y la libertad de gestión de empresa del patrono.

#### **Objetivos específicos.**

Localizar el marco jurídico de la protección de datos personales del trabajador desde la etapa precontractual, durante la relación laboral y hasta la disolución del vínculo.

Contrastar el derecho a la privacidad de los trabajadores, en cuanto al tratamiento de sus datos personales, cuando el patrono ejerce la libertad de gestión de su empresa.

Reafirmar la tutela al derecho de imagen de los trabajadores como parte de los extremos que comprende la protección de datos personales.

### **Justificación**

La constante evolución tecnológica y la dinámica actividad empresarial que gira en torno a ella no sería posible sin los trabajadores que impulsan diariamente el mercado desde las diferentes áreas del comercio, o sin los funcionarios y empleados públicos que permiten el cumplimiento de los objetivos de las leyes y la adecuada convivencia en sociedad. Para ello, los patronos, indiferentemente del sector al que pertenezcan, les facilitan a los empleados una serie de instrumentos de trabajo que tienden a lograr mayor eficiencia y productividad, esto como parte del ejercicio de su derecho a la libre gestión de empresa. Sin embargo, dichas herramientas también

significan un medio de control tecnológico para la parte trabajadora, creando un riesgo para sus derechos, tal como la protección de sus datos personales y su imagen propia.

De hecho, el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), en la última Encuesta Nacional de Hogares, de julio 2019 y julio 2020, sobre Tecnologías de Información y comunicación en hogares, publicó resultados sobre el aumento de la tenencia de artefactos tecnológicos en las viviendas; se estimó que, en julio 2019, la cantidad de viviendas con servicio de internet era de 1.362.554, y con computadora 741.165. En julio del 2020, la cifra correspondía a 1.339.492 viviendas con servicio de internet y aumentó a 761.986 viviendas con computadora (INEC, 2020). Siendo así, estas cifras del INEC son de gran importancia, porque no solo contemplan el hecho de que las familias cuentan con artefactos tecnológicos para sus ratos de esparcimiento y ocio, o como herramientas para la educación, sino que también incluyen el caso de los trabajadores que ya laboraban bajo la modalidad de teletrabajo antes de la pandemia del COVID-19 y quienes, a raíz de este acontecimiento, iniciaron con la modalidad remota y requirieron de herramientas tecnológicas para el cumplimiento de su prestación laboral a distancia.

Por lo tanto, para la presente tesis no solo es importante delimitar los poderes de control y vigilancia del empleador para proteger la privacidad de los trabajadores, indiferentemente del lugar o forma en el que desempeñen su trabajo, sino también determinar un balance entre ambos elementos que permita al patrono el alcance de sus objetivos como líder de su empresa, y, a la parte trabajadora, el cumplimiento de su prestación laboral sin que ello implique exponer sus datos sensibles y perder la libertad de disposición de su imagen personal.

Es necesario que la presente tesis permita evidenciar que el tratamiento de datos personales o el condicionamiento de imagen personal puede iniciar desde la fase precontractual, es en ese momento donde el candidato, presionado por conseguir el empleo, se limita a brindar todo tipo de información que se le solicite o configura su imagen de acuerdo con los estándares de la empresa.

Así mismo, la prestación laboral puede ir evolucionando con el pasar del tiempo y los requerimientos del patrono pueden cambiar, pero el presente estudio busca concientizar acerca de la necesidad de que el trabajador no coloque en una balanza sus derechos o reste valor a algunos que considere imprescindibles.

Según el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), en la última Encuesta Continua de Empleo, publicada en septiembre 2021, y sobre la “Comparación interanual. Población nacional según indicadores generales de la condición de actividad”, se refleja que la tasa de desempleo ampliada (porcentaje que incluye a la población desempleada en conjunto con la población fuera de la fuerza de trabajo disponible desalentada) corresponde a 18,9, con un total de 422.711 personas desempleadas (INEC, 2021). Por ende, es importante para esta tesis reconocer las dificultades que presente el mercado laboral y sus efectos, para que, en tiempos donde las altas tasas de desempleo presionan a los trabajadores a proteger su oportunidad laboral, esto no les detenga cuando se trate de defender sus derechos.

De esta manera, la presente investigación pretende ser de utilidad para proporcionar una visión y orientación en cuanto al tratamiento de datos personales e imagen propia de los trabajadores, enfatizando en los derechos que les son inherentes como ser humano, ante la implementación de tecnología y el derecho laboral.

Además, esta tesis procura instruir sobre la difusión condicionada del aspecto físico de los trabajadores, y que estos puedan utilizar las vías legales para controlar la explotación comercial de su imagen, o bien, que conserven la libertad de configurar su forma de presentarse a los demás sin que ello les perjudique su posición dentro de la empresa.

Así mismo, la tesis se referirá a la teoría de protección de datos para el caso específico de los trabajadores, sobre cómo pueden acceder a ellos, rectificarlos y hasta suprimirlos, tal como la ley les faculta. También se pretende informar acerca de la necesidad de que se les requiera a los trabajadores su consentimiento si en la relación laboral se llega a precisar la cesión de sus datos. Sin embargo, para ello es necesario que esta tesis proporcione medidas aplicables a los espacios de trabajo para proteger los intereses tanto del trabajador como de su patrono.

Es determinante que esta investigación comprenda ambas partes de la relación laboral, porque si bien el patrono puede requerir de bases de datos específicas para promover sus actividades comerciales o para la toma de decisiones a nivel de recursos humanos, el trabajador tiene derecho a proteger su fuero íntimo. De igual forma, el empleador debe velar por la seguridad de sus instalaciones o controlar el cumplimiento de funciones de sus empleados, pero la parte trabajadora también tiene derecho a proteger su privacidad en algunos espacios del lugar de trabajo o en su hogar, si se trata de una modalidad de prestación laboral remota.

Adicional a esto, es fundamental que el enfoque de esta tesis busque proteger al trabajador ante la desigualdad de poderes que implica la relación laboral y los posibles tratos discriminatorios que se puedan originar a causa de su propia imagen o los datos relativos a su fuero íntimo. Según un repaso sobre la Encuesta sobre Percepciones de Desigualdad del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD, 2019), se determinó que la población de Costa Rica ha sufrido tratos discriminatorios tal como se resume a continuación:

El 45% de las personas costarricenses se ha sentido discriminado alguna vez en su vida. La clase social (15,8%), el lugar donde vive (13,1%), la edad (12,5%) y el sexo (12,1%) son las principales razones. Asimismo, el 85% de la población reconoce que existe discriminación contra personas homosexuales, 84% contra nicaragüenses, 78% contra personas con discapacidad, 70% contra indígenas, 66% contra mujeres y 64% contra afrodescendientes. (párr.1-2)

Con base en lo anterior, se determina entonces que es necesaria una protección de los derechos de imagen, protección de datos y privacidad que incluya a los trabajadores que ya se encontraban en una situación vulnerable antes de integrarse en una relación laboral, esto para eliminar los tratos discriminatorios, ya sea por razones de etnia, sexo, religión, orientación sexual, opinión política, origen social, discapacidad o situación económica, o que, de acuerdo con esto, se pretenda limitar el desarrollo de la propia individualidad del trabajador.

Siendo así, el presente análisis jurídico sobre los alcances del derecho a la propia imagen y protección de datos personales en la relación laboral en Costa Rica no solo busca incentivar la autodeterminación informativa de los trabajadores, sino también reafirmar el derecho a la propia imagen dentro de esta misma autodeterminación. De esta manera, se podrá determinar cómo proteger en dicho ordenamiento la propia imagen de los trabajadores como parte de su fuero íntimo.

Finalmente, esta tesis pretende tanto analizar como aportar al buen desarrollo de las relaciones patrono – trabajador, y promover que ambas partes colaboren mutuamente para cumplir sus objetivos; tal cual es el fin de la prestación laboral. Esta contribución implica preservar la proporcionalidad entre privacidad de la parte trabajadora y la libre gestión de empresa de su empleador, brindando pautas que puedan negociarse a lo interno, ya sea en el contrato laboral o al incorporarse en el reglamento interno de trabajo, y, a lo externo, incentivando a la producción de

doctrina y proponiendo medidas para implementar en la legislación costarricense referentes a la protección de datos e imagen personal con énfasis en la relación laboral.

## **Antecedentes**

### **Fuentes internacionales.**

#### ***Investigación sobre “El Derecho a la Protección de Datos y a la Privacidad. Una Perspectiva Comparada entre la Unión Europea y Estados Unidos” (Pérez, 2018)***

En este Pérez (2018) compara dos modelos de protección de la privacidad, como los de Estados Unidos y la Unión Europea, tratando de estudiar los principales elementos de cada modelo, sus diferencias y afinidades. El autor inicia con la definición de los conceptos de privacidad y de protección de datos, más la delimitación de ambas figuras jurídicas.

Así pues, sobre la privacidad, Pérez (2018) expone que “autores estadounidenses como Alan Westin en 1967 conciben la privacidad como una forma de control sobre la información personal (que enlazara el Tribunal Constitucional alemán en su concepto de autodeterminación informativa”, además, en el mismo párrafo agrega que “otros autores la ven como una forma de acceso circunscrito a uno mismo, al individuo. Y otros la conectan de manera reducida al concepto de intimidad, como concepto suficiente” (p. 4).

Posteriormente, sumado al concepto de privacidad, se introduce el principio de protección de datos según el modelo europeo. Pérez, L (1991) citado por Pérez, J (2018) dice que “la libertad informática y la autodeterminación informativa son términos más coincidentes aludiendo en ambos casos al nuevo derecho fundamental resultado de la incorporación de la informática a las sociedades contemporáneas...” (p. 7). Sin embargo, este derecho fundamental a la libertad informática y autodeterminación informativa también debe contemplar los elementos del derecho de protección de datos que, según Pérez (2018), son el consentimiento, el derecho de información, el de acceso, rectificación, cancelación y oposición (p. 10). Y para visualizar mejor la concatenación del derecho a la privacidad y protección de datos, Piñar (2009, citado por Pérez, 2018), indica que “al par de conceptos intimidad informática, se añade ahora uno más: valor económico de los datos personales en relación con el respeto a los Derechos y en particular al Derecho a la intimidad” (p. 10).

Teniendo claros los conceptos fundamentales, el autor avanza hacia uno de los puntos que más interesa para esta tesis: la legitimidad de los datos por tratar. Pérez (2018) resume los supuestos donde se configura esta licitud en el modelo estadounidense de la siguiente manera:

- Respecto al interesado en su previo consentimiento inequívoco, o en su necesidad para la ejecución de un contrato suscrito por él o para proteger su interés vital.
- En el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento.
- Las necesidades de interés público o la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado. (p. 381)

Ya en las conclusiones, el autor Pérez (2018) destaca la necesidad de regular el derecho a la privacidad en una época donde el avance de la tecnología y los medios exponen los datos que se alojan en las redes sociales o la totalidad de la red de internet (p. 504). Entonces, comenta Pérez (2018) que nuestros datos son tratados, reorganizados y clasificados para la elaboración de perfiles u otras gestiones mercantiles, por lo que:

Todo ello sería la vertiente de mercado de la situación que pretende regular el derecho a la protección de datos. En su otra vertiente, está la actuación que sobre esos datos se pueda realizar desde los poderes públicos. En general, se trata de una actuación necesaria para el funcionamiento del Estado y, sobre todo, para la prestación de los servicios públicos esenciales que éste tiene encomendado. (p. 504)

Finalmente, el autor Pérez (2018) comenta que “llegamos a la distinción de la protección de datos como derecho fundamental y su falta de unanimidad jurídica global sobre esa percepción, sobre todo, por la falta de apuesta clara por parte de Estados Unidos...” (p. 505).

Entonces, el punto de enlace de la investigación de Pérez (2018) con la presente tesis consiste en que, al considerarse la protección de datos como un derecho fundamental, que intrínsecamente va de la mano con la privacidad del titular de los datos, se debe garantizar su tutela a todas las personas por igual, aún dentro de sus relaciones laborales. Entonces, al vincular esta

investigación, se puede obtener una delimitación de los conceptos de privacidad, protección de datos, libertad informática y autodeterminación informativa.

Además, esta tesis contempla facultades adicionales, y que también son importantes e inherentes a todo trabajador, por su calidad de persona, para tutelar su privacidad e información personal. Sumado a ello, se desarrollan los supuestos donde, para el derecho comparado, es lícito el tratamiento de datos personales.

No obstante, la investigación en mención también es relevante en cuanto amplía sobre las falencias de algunos ordenamientos jurídicos y cómo estas pueden provocar una afectación a los derechos que son objeto de la presente tesis, súmese a ello la posición de vulnerabilidad que ya presentaba la persona afectada. Lo último porque, en el caso de los trabajadores, si bien se debe garantizar su derecho a la protección de datos y privacidad, los vacíos legales de algunos ordenamientos jurídicos no son el único problema, sino también la desigualdad de la relación laboral, que puede terminar permitiendo arbitrariedades patronales en cuanto al tratamiento de los datos personales de sus empleados.

***Investigación sobre “Datos Personales Biométricos Dactiloscópicos y Derechos Fundamentales: Nuevos Retos para el Legislador” (Domaica, 2019)***

Partiendo del antecedente anterior, donde se concluyó que el derecho a la protección de datos personales es considerado como un derecho fundamental, se expone, como siguiente antecedente, la tesis doctoral de Domaica (2019), para la Escuela Internacional de Doctorado EIDUNED (España), la cual se titula “Datos Personales Biométricos Dactiloscópicos y Derechos Fundamentales: Nuevos Retos para el Legislador”.

El objetivo principal de la investigación de Domaica (2019) se orienta hacia las “técnicas de captación de datos personales identificativos del individuo, que, habiendo multiplicado los lugares y métodos de captación, han llegado incluso, en algunos casos, a captar de manera inconsciente dichos datos de su titular” (p. 14).

Adicionalmente, y parafraseando a Domaica (2019), no solo debe analizarse el tratamiento de datos personales de una persona identificada, sino también el tratamiento del dato de una persona anónima y sus efectos, dentro de los cuales se puede mencionar la discriminación en un caso concreto y hasta un riesgo para el ejercicio de la autodeterminación informativa (p. 14).

Dicho lo anterior, surge la presencia de la figura del “gap informativo” que, según Llácer (2011, citado por Domaica, 2019) consiste en:

...un entorno de riesgo informacional en un doble sentido: por una parte, al desconocer la captación de un dato personal de su titularidad desconoce su posterior tratamiento y, por otra parte, desconociendo esta captación y tratamiento no utiliza los medios jurídicamente a su alcance para su control. (pp. 14-15)

Para esta investigación, la metodología utilizada por la autora consiste en un análisis de un sistema de captación de huella dactilar, además de las implicaciones jurídicas del dato biométrico dactiloscópico en sí, y, por último, la aplicación de los sistemas biométricos dactiloscópicos con énfasis en el sector público.

En cuanto a las implicaciones jurídicas de los datos biométricos y dactiloscópicos, explica Domaica (2019):

Como ya hemos concluido en el capítulo I, los datos biométricos y, en particular, los dactiloscópicos son datos de carácter personal. Debemos poner de relieve que la base física de un dato dactiloscópico (los surcos y valles de la huella dactilar) no revelan, sin el concurso de un medio tecnológico, ningún dato relevante de un individuo y lo mismo ocurre con el iris o el fondo de ojo. Por tanto, la base física citada por sí sola en nada puede afectar a la dignidad de la persona o a sus derechos al honor, intimidad o propia imagen. Sin embargo, la imagen del rostro, dato biométrico indiscutible, por sí sola sí puede ser identificativa y, por ello, afectar a tales derechos. (p. 97)

Entonces, los datos biométricos y dactiloscópicos son considerados como datos personales, y si bien no revelan causal para afectar la dignidad de su titular, la imagen del rostro sí puede afectar el derecho al honor, intimidad o propia imagen, que son el pilar de esta tesis y de ahí su relación.

De hecho, Domaica (2019) define el derecho a la propia imagen de la siguiente forma:

El derecho a la propia imagen lo que protege es la captación y reproducción de la imagen física de un sujeto, a través de cualquier medio. Se protege un ámbito propio y reservado

del sujeto que sin ser íntimo sí está amparado frente a la acción y reconocimiento de los demás. (p. 136)

Así mismo, indica la autora Domaica (2019) que, en el momento de la recolección del dato dactiloscópico, ingresa el derecho fundamental a la protección de datos personales y autodeterminación informativa como requisitos jurídicos de este proceso, que a su vez debe involucrar criterios de proporcionalidad, necesidad y licitud de la causa (p. 140).

Finalmente, esta misma autora concluye en que los datos biométricos biológicos son la base de la autonomía de las personas, y que su tratamiento puede afectar sus derechos fundamentales. Además, Domaica (2019) agrega que la afectación puede agravarse en caso de desconozca que los datos de huella dactilar fueron captados y los procesos a los que estos pueden estar siendo sometidos. También, concluye que existe una relación entre la videovigilancia y la captación de datos biométricos, que incluso la fotografía de una persona constituye un dato de carácter personal biométrico y requiere de tutela jurídica. Por último, la autora indica que la protección de datos contempla incluso a las personas fallecidas, porque tal información puede ser solicitada, rectificada y hasta suprimida por sus herederos o legatarios.

Siendo así, este antecedente tiene vital importancia para la presente tesis, puesto que es determinante en los supuestos donde, por ejemplo, los datos biométricos o dactilares de los trabajadores son recopilados por sus patronos para fines de seguridad, de control de horarios o de configuración de credenciales para acceso a plataformas. También se relaciona con sus derechos de imagen en cuanto a las fotografías que pueden almacenar los empleadores o los derechos que protegen los datos personales e imagen del trabajador después de la relación laboral; cuando la proporcionalidad y causa de mantener los datos desaparece, o bien, cuando el trabajador fallece.

El trabajo de Domaica (2019) también se relaciona muy bien con los objetivos de la presente tesis en los casos donde se llegue a tratar de forma ilícita o anónima los datos biométricos o dactilares de los trabajadores, o si se captan sin su previo consentimiento. Este antecedente también adquiere importancia porque reviste a los datos biométricos y dactiloscópicos con carácter personal, determinando que su tratamiento no solo puede afectar la privacidad o intimidad de las personas, sino también su imagen personal. De modo que, se puede rescatar este meticuloso trabajo citado para dar énfasis a la situación de la parte trabajadora ante el requerimiento y captura de sus

datos biométricos y dactiloscópicos, validando las herramientas de las cuales puede hacer uso para protegerse de los efectos de esta solicitud.

***Investigación sobre “La privacidad del trabajador y el control tecnológico de la actividad laboral.” (A. Delgado, 2020)***

En este estudio llamado “La privacidad del trabajador y el control tecnológico de la actividad laboral”, A. Delgado (2020) postula su tesis doctoral en la Universidad Complutense de Madrid, España. Su objetivo de estudio, y a la vez metodología, consistió en analizar los efectos del control tecnológico del patrono durante la actividad laboral hacia los derechos a la intimidad y protección de datos personales, individualizando los derechos en juego, su regulación y, posteriormente, emitiendo las conclusiones (pp. 7-8). En cuanto a la intimidad en el espacio de trabajo, A. Delgado (2020) indica que:

En esta sentencia se afirma que el derecho a la intimidad, en cuanto derivación que es de la dignidad personal consagrada en el art. 10 CE, supone, también en el ámbito de las relaciones de trabajo, la existencia de un ámbito propio y reservado frente al conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestro sistema cultural, para el mantenimiento de una calidad mínima de vida humana, de modo que el trabajador precisa disponer de una expectativa razonable de intimidad... (p. 51)

Sin embargo, además de los espacios reservados como personales para el trabajador dentro de su lugar de trabajo, se genera la controversia en cuanto a las limitaciones o el control que puede imponer el patrono conforme a los medios de trabajo que se ponen a disposición del empleado, a esto se refiere A. Delgado (2020) a continuación:

No obstante, recientemente, el art. 87 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, reconoce y regula el derecho a la intimidad de los trabajadores en la utilización de dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador autorizando al empresario a acceder al contenido de los dispositivos a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de garantizar la integridad de dichos dispositivos, debiendo las empresas establecer criterios de utilización de los mismos respetando los estándares mínimos de protección de la intimidad y con la participación de los representantes de los trabajadores. (p. 58)

Posteriormente, A. Delgado (2020) indica que los mismos criterios de utilización deben incorporarse en cuanto al uso del internet en el lugar de trabajo (p. 59). Además, dado el derecho de secreto de las comunicaciones, se impide que el patrono intercepte las conversaciones por correo electrónico o chat que mantienen sus empleados entre sí o con personas ajenas a la compañía (p. 81). Seguidamente, y con respecto a la videovigilancia, el autor enfatiza en el deber de que esta sea proporcional, en conocimiento del empleado y para fines concretos. Adicionalmente, A. Delgado (2020) dice lo siguiente:

Por su parte, la aportación de la sentencia López Ribalda radica en condenar el ejercicio de la video vigilancia encubierta de los trabajadores en el lugar de trabajo de modo indiscriminado y durante un largo período de tiempo por considerarlo una intromisión ilegítima en la vida privada de aquéllos al incumplir el empresario la obligación de información previa acerca de la existencia y características del sistema de recogida de datos de carácter personal. (p. 89)

Finalmente, el autor A. Delgado (2020) concluye con varios aspectos, entre ellos el énfasis en que el trabajador pueda brindar su consentimiento para que el patrono acceda a los contenidos de su actividad laboral siempre y cuando el trabajador estuviera informado, su consentimiento sea de modo expreso y que la investigación no exceda el alcance y finalidad indicada previamente. También sintetiza el hecho de que inclusive si las normas del patrono restringen la vida social privada de los empleados en el establecimiento de sus labores, esta restricción no puede reducirse a cero.

En cuanto a la videovigilancia, el autor concluye que la ubicación física de las cámaras son clave para determinar una intromisión en la privacidad, que las mismas no deben ubicarse en espacios de descanso y esparcimiento del trabajador, y que la captación de audio se permite para casos de extrema necesidad ante la existencia de un riesgo para la empresa (A. Delgado, 2020, pp. 333-340).

La investigación de A. Delgado (2020), en específico, tiene trascendental relación con el objetivo de esta tesis, porque introduce los medios de videovigilancia empresarial y ejemplifica la revisión del ordenador o del correo electrónico del trabajador por parte del patrono como un supuesto donde pueden vulnerarse sus derechos fundamentales, tal como el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales. Además, otorga importancia al requerimiento del

consentimiento del trabajador para que el patrono acceda a los instrumentos necesarios para su desempeño laboral en caso de que ello pueda significar una intromisión en su privacidad.

También, esta investigación se relaciona con la presente tesis porque promueve la creación de pautas claras en los espacios de trabajo, que regulen el uso de los elementos puestos a disposición del trabajador (como el internet) con el fin de que no se dé un mal uso de ellos. Esto último tiene el fin de evitar una revisión constante, por parte del patrono, sobre la gestión de los recursos de su empresa, lo cual implique una intromisión en la privacidad del trabajador.

***Investigación sobre “El Derecho a la Propia Imagen de los Trabajadores.” (Arrúe, 2019)***

En este importante precedente de Arrúe (2019), correspondiente a su tesis titulada “El Derecho a la Propia Imagen de los Trabajadores”, para la obtención del grado de Doctora en la Universidad del País Vasco, España, el objeto consistió en estudiar la eficacia del derecho de los trabajadores en sus relaciones privadas laborales. Así mismo, la autora pretendía individualizar las manifestaciones del derecho de imagen propia de los trabajadores valorando las influencias entre su ejercicio y los intereses de la empresa para la cual laboran, con esto pretendía obtener algunas reglas que permitirían una adecuación entre los derechos de ambas partes sociales (pp. 13-19).

Primeramente, es importante partir de los efectos que puede generar la libertad de disposición de la imagen propia desde la fase de reclutamiento, donde la apariencia física, el género del candidato e incluso el vestuario con el que se presenta a su entrevista juegan un papel crucial para su contratación, y también podrían favorecer la discriminación. Ante ello, desarrolla Arrúe (2019) que:

Como ya avanzamos, la limitación prevista por la normativa está en el principio de no discriminación. Nos situamos en un escenario en el que convergen la libertad de empresa (art.38 CE) en cuyo amplio contenido se integra la gestión de personal<sup>4</sup>, –por tanto, la libertad de selección y contratación de la plantilla– y el derecho de los candidatos a no sufrir una discriminación en el acceso al empleo. En este proceso de reclutamiento el empresariado privado goza de una generosa libertad para elegir y contratar a los trabajadores que considere más adecuados. (p.100)

Ante este choque de libertades, se interpone una “carga de justificación” que, según Arrúe (2019), entra en juego cuando se cuenta con indicios de que la decisión de contratación se basa en

criterios discriminatorios (p. 101). Incluso, la autora indica que “la finalidad es erradicar el mantenimiento de las diferencias que «han situado a sectores de la población, [...], en posiciones no solo desventajosas sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona»” (Arrúe, 2019, p.101).

No obstante, ya dentro de la relación laboral, se pueden presentar ciertas exigencias adicionales por parte del patrono, algunas legítimas y razonables. Sin embargo, como bien indica Arrúe (2019):

...si bien la imagen de los empleados pueda limitarse o condicionarse en atención a las relaciones laborales en las que desempeñan su actividad profesional, ello no significa que el contrato de trabajo pueda totalmente privar o «expropiar» a los empleados de esta libertad y de los posibles derechos a ella vinculados. (p. 118)

Este antecedente también es relevante porque delimita el modo en el que debe protegerse la imagen propia de los trabajadores y las facultades con las que cuenta la parte trabajadora en casos donde su imagen sea objeto de tratamiento. Siendo así, expone Arrúe (2019):

No hay duda de que las imágenes, cuando en ellas resultan identificados los trabajadores, son datos de carácter personal cuyo tratamiento por parte de la empresa entra de lleno en el contenido esencial protegido por la autodeterminación informativa. [...] En definitiva, se garantiza el derecho a disponer o al menos a conocer –cuando se excluya la necesidad de consentimiento– el acceso, uso y destino de las imágenes de carácter personal de los trabajadores por parte de la empresa. (p. 241)

Para finalizar, Arrúe (2019) indica que, dentro de los derechos humanos reconocidos en textos constitucionales, se desprenden los derechos a la personalidad, entre ellos el derecho a la propia imagen. Adicionalmente, la autora afirma que la imagen personal de los trabajadores ha ido cobrando relevancia al concatenarse con la imagen corporativa de su empleador; es aquí donde inician los conflictos sobre la posibilidad del patrono de limitar o restringir la apariencia de la parte trabajadora. Así mismo, es probable que las limitaciones impuestas a la apariencia puedan contener estereotipos o pretendan sexualizar incluso la imagen personal, a lo cual recomienda la autora que se utilicen los mecanismos legales que promuevan la igualdad de oportunidades y la no discriminación (pp. 367-377).

Para los objetivos de la presente tesis, es de mucha importancia enlazar esta investigación citada, pues se determina que resulta factible la protección de la imagen propia de los trabajadores como un dato personal. Además, el trabajo de Arrúe (2019) profundiza acerca de las necesidades de proteger este derecho, mientras analiza supuestos adicionales a los descritos en el planteamiento del problema, y esto puede ser de gran ayuda a la hora de aportar las pautas para mantener un equilibrio con la libre gestión de empresa del patrono en Costa Rica, ya que se pueden definir mejor los lineamientos e incluir consideraciones preventivas sobre situaciones que podrían generarse en el futuro.

Además, la investigación de Arrúe (2019) se vincula con la tesis en desarrollo porque fomenta la libertad de disposición de la imagen personal de los trabajadores y determina las consecuencias de la elaboración de un perfil subjetivo de la parte trabajadora a partir de su apariencia. Incluso, la tesis citada es de gran importancia porque establece cómo las limitaciones a la imagen personal de los trabajadores pueden determinar un trato discriminatorio en su contra.

Finalmente, este trabajo es necesario como antecedente, ya que enfatiza en la necesidad del consentimiento del trabajador para que su patrono disponga de su imagen personal, y constituye un aporte que, en definitiva, será necesario analizar dentro de la presente tesis.

***Investigación sobre “Los Derechos de Imagen del Deportista Profesional: su Calificación como Componente Retributivo.” (Díez, 2017-2018)***

En esta investigación de Díez (2017-2018), titulada “Los Derechos de Imagen del Deportista Profesional: su Calificación como Componente Retributivo”, para optar por el Grado Universitario en la Universidad de León, España, el principal objetivo fue dar a conocer la regulación de los derechos de imagen de los deportistas en su régimen laboral (p. 11). Adicionalmente, la metodología utilizada fue la recopilación, lectura, comprensión y sistematización de información obtenida desde diversas fuentes como monografías y artículos que ampliaran el RD 1006/1985 o la Ley Orgánica 1/1982 y las sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo o Tribunales Superiores de Justicia de España (p. 9).

Primeramente, Díez (2017-2018) define los derechos de imagen citando a O’Callaghan (1991), y realiza una importante comparación con otro término presentado a continuación:

El derecho de imagen es definido, como “la facultad que concede el ordenamiento jurídico a las personas para decidir cuándo [*sic*], por quién y de qué forma pueden ser captados, reproducidos o publicados sus rasgos físicos reconocibles”. Hay que diferenciar en un primer enfoque entre derechos de imagen individuales, donde su titular sería el deportista, y los derechos colectivos, donde la titularidad corresponderá a la entidad organizadora o club propio. (p. 19)

Entonces, si los conceptos de derecho de imagen individual y derecho colectivo presentan un choque, lo ideal es que una figura jurídica elimine la causal de ilicitud de comercialización de la imagen personal ajena en los supuestos donde esta persona así lo permita. Siendo así, se estaría hablando de la cesión de imagen, que en la presente tesis adquiere relevancia para los objetivos, puesto que se desarrolla en un ámbito explícitamente laboral. Así pues, y según Díez (2017-2018):

Una persona, puede dar la autorización a través de contrato del uso de su propia imagen, pero esto sería considerado como un acto singular de autorización, sujeto siempre a límites temporales y objetivos hablando de un doble consentimiento, el que aporta la obtención de la imagen y el de su correspondiente destino publicitario. Atendiendo a esta cesión se debe pactar expresamente si esta se realiza con carácter exclusivo o no, debido a que en principio, esta exclusividad no se presume. (p. 19)

Posteriormente, Díez (2017-2018) concluye su investigación con que la protección a la imagen personal del trabajador en el ámbito deportivo debe contemplar también el consentimiento expreso y el principio de la autonomía de la voluntad para avalar su comercialización, esto como parte de la libertad de disponer de la imagen personal (pp. 43-46).

Por tanto, el antecedente citado se relaciona con la presente tesis puesto que analiza cómo la ocupación del trabajador puede modificar los requisitos, limitaciones y libertades para el uso y control de su imagen personal. Asimismo, esta investigación permitirá ampliar la perspectiva de los alcances al derecho de imagen cuando se autoriza su cesión mediante un contrato que, generalmente, involucra al trabajador como una figura mediática y aumenta su exposición ante medios de prensa o distintas plataformas sociales.

El trabajo de Díez (2017-2018) también se relaciona con esta tesis porque, al incorporar el derecho de imagen de los deportistas en su ámbito laboral y su análisis según el ordenamiento

jurídico español, permite contar con un punto de referencia para identificar las desventajas de la regulación de estos derechos en Costa Rica, permitiendo así una mayor claridad a la hora de desarrollar las pautas necesarias para cumplir con el objetivo general.

### **Fuentes nacionales.**

*Investigación sobre “Los principios de igualdad y de no discriminación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans (LGBT) en las relaciones laborales de Costa Rica.” (Brenes, 2019)*

Este primer antecedente nacional, que corresponde a Brenes (2019), quien titula su tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho en la Universidad de Costa Rica: “Los principios de igualdad y de no discriminación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans (LGBT) en las relaciones laborales de Costa Rica”, tuvo como principal objetivo analizar el principio de igualdad y la no discriminación de las personas por su orientación sexual (p. 8), esto tras la entrada en vigor de la Ley 9343, sobre la reforma procesal laboral, el 25 de enero de 2016, D.O. No. 16, en su artículo 404, donde incluye la prohibición de discriminar.

Como metodología, Brenes (2019) afirma utilizar diversos métodos de investigación: como el sistemático, el inductivo, el deductivo y el analítico. Además, la autora emplea la doctrina del Derecho Laboral y Derechos Humanos, estadísticas y un trabajo de campo para obtener opiniones de diferentes actores sociales (pp. 8-9).

En cuanto a los descubrimientos de Brenes (2019), respecto a la no discriminación y el principio de igualdad, se expone que:

La cita transcrita reitera que, en su noción formal, el principio de no discriminación estuvo intrínsecamente ligado a la noción material del principio de igualdad, por lo que se consideraban como discriminatorios aquellos tratamientos diferenciados carentes de una justificación objetiva y razonable. Sin embargo, la discriminación vista desde un sentido meramente formal se fue dejando de lado y se abrió paso a la noción material de la discriminación, la cual tiene carácter autónomo. (p. 40)

De esta forma, Brenes (2019) afirma que la discriminación en el ámbito laboral sucede cuando al trabajador: “se le califica con criterios denigrantes claramente contrarios a la opinión

científica mayoritaria, como sería considerar que una persona por su color, género, etnia u orientación sexual (entre otros) sea un individuo de menor valía o bien una persona enferma” (p. 55), y que, según la Organización Internacional del Trabajo OIT, la discriminación puede ser directa cuando “las normas, prácticas y políticas excluyen o dan preferencia a ciertas personas por el mero hecho de pertenecer éstas a un colectivo específico.” (p. 56). Mientras que la discriminación indirecta sucede en caso de que “ciertas normas o prácticas aparentemente neutras tienen efectos desproporcionados en uno o más colectivos determinables, y ello sin justificación alguna.” (Brenes, 2019, p.57)

Ahora bien, dentro de las conclusiones, Brenes (2019) expone que el principio de no discriminación, determinante de la prohibición de realizar exclusiones que menoscaben el ejercicio de derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones, es una especie dentro del género que incluye el principio de igualdad, que implica que los trabajadores que se encuentren en las mismas condiciones tienen el derecho de recibir el mismo trato que el resto de sus compañeros de trabajo. Además, concluye que la orientación sexual y la identidad de género deben comprenderse como protegidas por las normas jurídicas, el principio de igualdad, de no discriminación y los derechos del trabajo (pp. 295-306).

Es fundamental enlazar el contenido de esta investigación con el de los objetivos de la presente tesis, ya que la Ley 8968, sobre la protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, del 7 de julio de 2011, D.O. No. 170, en su artículo 3, inciso e), indica lo siguiente: “Datos sensibles: información relativa al fuero íntimo de la persona, como por ejemplo los que revelen origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o espirituales, condición socioeconómica, información biomédica o genética, vida y orientación sexual, entre otros”.

Es decir, la orientación sexual de las personas constituye un dato sensible por relacionarse con su fuero íntimo, y su tutela jurídica implica que el empleador no puede solicitar a la parte trabajadora esta información. De ser así, se podría realizar una toma de decisiones basadas en este dato, las cuales podrían ser discriminatorias al obstruir la igualdad de oportunidades. Así pues, al utilizar los descubrimientos de Brenes (2019), se podrá orientar esta tesis a una protección más completa de los derechos de los trabajadores.

Además, la tesis de Brenes (2019) permite profundizar en la no discriminación laboral, no solo en cuanto a la imagen personal del trabajador, como se mencionó en antecedentes pasados, sino también con base en datos sensibles que pueda conocer el empleador de la parte trabajadora.

Así mismo, es de gran relevancia la investigación citada debido a que la lucha de la comunidad LGBTQ+ por sus derechos como personas no termina, también deben tutelarse dentro de la relación laboral para garantizarles la igualdad y el trato digno que merecen. Siendo así, en la presente tesis también debe incluirse esta comunidad cuando se trate de la protección de sus datos sensibles e imagen personal.

***Investigación sobre “Retos regulatorios en la protección de datos personales en Costa Rica” (Medrano, 2020)***

Seguidamente, tras precisar cómo la exposición de datos sensibles del trabajador pueden afectar sus derechos en igualdad de condiciones, Medrano (2020), en el Informe Hacia la Sociedad de la Información y el Conocimiento 2020, titulado “Retos regulatorios en la protección de datos personales en Costa Rica”, expone como problema principal el hecho de que no es posible acceder a la mayoría de servicios digitales sin originar un tratamiento de datos personales, marcando el inicio de una pérdida de control directo de estos datos y permitiendo que residan en sistemas informáticos alrededor del mundo. De esta manera, los datos traspasan fronteras y pueden quedar sujetos a ordenamientos jurídicos totalmente distintos al del país de residencia del titular de la información, dejando por fuera el beneficio que quizás podría mantener respecto a la tutela de su privacidad bajo la de su ordenamiento (pp. 319-320).

Medrano (2020) inicia exponiendo un origen sobre la necesidad de tratar datos personales al indicar que:

La actividad económica en el mundo cada vez más depende de los datos y el análisis de estos, por lo que uno de los principales retos regulatorios que nos encontramos, es el cómo puede protegerse la privacidad de las personas, sin que esto se convierta en un obstáculo para el progreso económico y la innovación tecnológica y científica. (p. 320)

Entonces, al definir las fuentes creadoras de necesidades de disponer de datos personales, el autor comienza con el análisis de las debilidades en materia de protección de datos en Costa Rica. Una de ellas recae sobre la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes (Prodhab)

como órgano de desconcentración máxima adscrito al Ministerio de Justicia y Paz, ya que, como indica Medrano (2020):

A partir del caso UPAD se han dado señalamientos con respecto a la independencia real de la agencia, la cual por ley tiene independencia de criterio. En este caso controversial, el Poder Ejecutivo a través de un decreto buscó regular la transferencia de datos personales, con base a las excepciones al ejercicio del derecho de autodeterminación informativa contenidas en la ley de protección de datos desde diferentes instituciones estatales con fines estadísticos, lo cual fue señalado como ilegal y tuvo como consecuencia que el decreto fuese derogado. (p. 349)

Es razonable la relación que hace el autor Medrano (2020) con el análisis y propuesta del diputado Villalta de trasladar Prodhab a la Defensoría de los Habitantes para evitar situaciones como la mencionada y proveer de una mejor tutela a los derechos de protección de datos de las personas (p. 349). Sería ideal esta búsqueda de independencia y fortaleza de la Prodhab para cumplir de lleno con los objetivos asignados por el legislador, más una reforma que se ajuste a los parámetros internacionales en cuanto a la protección de datos personales.

Así mismo, en las conclusiones, el autor Medrano (2020) también considera necesaria una regulación fuerte en cuanto al tratamiento de los datos biométricos. Esta necesidad se asocia perfectamente con los objetivos de la presente tesis si se analiza desde el aspecto de los sistemas de identificación de los trabajadores. Adicionalmente, el autor agrega que también se requiere de una normativa especial para los datos personales de salud, es decir, los referentes al expediente médico (pp. 361-362).

Ahora bien, este antecedente es relevante para la presente tesis porque, al tratar sobre la funcionalidad del tratamiento de datos personales, se podrá contar con un punto de partida para determinar cómo se puede proteger la privacidad del trabajador sin que ello implique una afectación directa a los intereses de su patrono cuando su actividad económica depende de esa información. Lo anterior gracias a que el autor detalla las necesidades de tratar datos personales y esto amplía los mercados donde se implican trabajadores cuya información también puede quedar expuesta.

Además, se vincula esta investigación con la presente tesis en cuanto a las debilidades descubiertas en el ordenamiento jurídico de Costa Rica con respecto a la protección de datos que expuso el autor, también se facilita la propuesta de pautas que pueden tutelar de una forma más amplia los derechos de protección de datos de los trabajadores.

Otro punto de convergencia entre ambas tesis consiste en el desarrollo de las herramientas con las que cuentan las personas para proteger sus datos y privacidad, y que, por ende, asisten también a los trabajadores.

***Investigación sobre “Las Nuevas Tecnologías y su Impacto en los Derechos Constitucionales de los Trabajadores” (Potoy y Salazar, 2017)***

Potoy y Salazar (2017) nombran su investigación “Las Nuevas Tecnologías y su Impacto en los Derechos Constitucionales de los Trabajadores”, la cual se desarrolló para optar por el grado de Licenciatura en Derecho en la Universidad de Costa Rica, y cuyo objetivo fue demostrar la necesidad de tutelar y proteger los derechos constitucionales de los trabajadores tras la implementación de nuevas tecnologías en los lugares de trabajo. Para lograr este objetivo, las autoras se apoyaron en una metodología sustentada en un enfoque cualitativo y descriptivo, por medio del cual recopilaron la doctrina, legislación y jurisprudencia más relevante para este caso (pp. 9-10).

A los aportes de los antecedentes anteriores, se suma entonces la libertad o el poder de dirección de empresa que posee el patrono. Alonso (1965, citado por Potoy y Salazar, 2017) explica que “el poder de dirección se atribuye al empresario porque naturalmente lo exige el contrato de trabajo para el desarrollo ordenado de las prestaciones...” (p. 58), a esto, agregan Potoy y Salazar (2017), que “el contrato de trabajo es la figura jurídica que hace que surja el poder de dirección de la empresa, con el fin de ordenar las prestaciones de la misma.” (p. 58)

Una vez definida la libertad de empresa, Blancas (2016, citado por Potoy y Salazar, 2017) expone sus alcances:

La libertad de empresa comprende varios aspectos. El primero de ellos supone la libertad de “emprender” actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y de libre acceso al mercado de bienes y servicios; también, como parte esencial de la misma, la libertad de organización, de elección de “formas”, nombre o identidad de la empresa,

libre desplazamiento, constitución interna, etc. y, finalmente, la libertad de ejercicio de la actividad empresarial, libertad de tomar decisiones y de competir en un mercado libre. (p. 59)

Ahora bien, entre las tecnologías que le permiten al patrono alcanzar sus objetivos económicos, se puede mencionar la implementación de grabación de llamadas, video grabaciones, GPS, sistemas biométricos, correo electrónico, ordenadores de distintos tipos y hasta redes sociales para sus estrategias de mercadeo. No obstante, ¿en qué punto pueden estas herramientas convertirse en una intromisión en la privacidad del trabajador?, o bien, ¿dónde pueden comprometer la protección de sus datos personales e imagen propia? Potoy y Salazar (2017) desarrollan esta problemática de la siguiente manera:

El poder de dirección no puede extenderse a los aspectos de la vida íntima del trabajador, esos que resultan ajenos a la actividad laboral como la vida personal o familiar, sus costumbres, ideas, credos religiosos o políticos, opiniones, etc. [...] El poder de dirección además debe ser razonable, esto en relación con las decisiones que tome, quiere decir que, bajo la premisa de libertad de empresa, el empleador no puede tomar decisiones o posiciones arbitrarias, por el contrario, cada decisión debe ser legitimada por una causa objetiva y razonable. La misma racionalidad debe imperar cuando se trate de medidas disciplinarias, acompañada del criterio de proporcionalidad. Las medidas por ningún motivo pueden causar perjuicios morales ni materiales a los trabajadores, esto implica que a la hora de dar órdenes el empleador debe utilizar un tono de voz adecuado, sus expresiones y el trato en general, tampoco debe hacer burlas, ni comentarios despreciativos excusándose en el poder de dirección. (p.74)

Las autoras Potoy y Salazar (2017) concluyen entonces que los seres humanos gozan de derechos intrínsecos a ellos, es decir, que aun cuando la legislación no lo diga explícitamente, a los trabajadores también les corresponden estos derechos, como derechos inespecíficos, por su condición de persona.

Por otra parte, al empleador también se le reconocen derechos que le brindan la posibilidad de emprender, tales como el derecho a la propiedad privada y el derecho a la libre empresa. Por lo tanto, los límites del ejercicio de esta libertad de empresa están delimitados jurisprudencialmente para que no puedan interferir con los derechos de los trabajadores.

Para especificar el uso de la tesis citada como un antecedente relacionado con el objetivo de la presente investigación, es importante recordar que esta última pretende buscar la proporcionalidad entre los derechos de los trabajadores y la libertad de empresa. Siendo así, en los antecedentes ya desarrollados se ha introducido el concepto de los derechos de protección de datos, imagen personal y privacidad, pero restaba definir la libertad de empresa como facultad del patrono y sus límites para no causar una intromisión en la privacidad del trabajador. Gracias a la investigación de Potoy y Salazar (2017), se puede partir de las necesidades del patrono para analizar dónde convergen con las necesidades del trabajador y, con base en ello, brindar recomendaciones que promuevan la proporcionalidad entre los derechos de ambas partes.

El trabajo de Potoy y Salazar (2017) se relaciona de forma más concreta con la presente tesis porque su énfasis radica en los derechos constitucionales del trabajador. Además, ambas investigaciones se orientan en mantener la relación laboral distanciada de los aspectos de la vida privada de los trabajadores, pero más específicamente, en cuanto a la protección de sus datos e imagen propia.

***Investigación sobre “El uso de los sistemas de videovigilancia como medida de seguridad y su incidencia en los derechos de vida privada, propia imagen y la protección de datos personales” (I. Madrigal, 2019)***

En esta tesis, la sustentante I. Madrigal (2019) expone sobre “El uso de los sistemas de videovigilancia como medida de seguridad y su incidencia en los derechos de vida privada, propia imagen y la protección de datos personales”, con el fin de optar por el grado de licenciatura en derecho en la Universidad de Costa Rica. Este antecedente involucra una herramienta para que el empleador ejerza la libre gestión de su empresa y sus efectos en los derechos de los trabajadores, que son objeto de investigación de la tesis en desarrollo, de ahí su relevancia.

El objetivo de la tesis de Madrigal (2019) consistía en analizar las condiciones en las que los sistemas de videovigilancia inciden sobre los derechos de vida privada, imagen y protección de datos desde varios puntos, como el legal, práctico, técnico y organizativo. Entonces, como metodología, la autora destaca el método deductivo y analítico, situando su investigación en Costa Rica (I. Madrigal, 2019, pp. 2-4).

El problema de la arbitrariedad en el uso de la videovigilancia se encuentra en eliminar la posibilidad de que “cada quien cuente con un área que se encuentre libre de la intromisión de extraños que comprenda ciertos aspectos de su vida individual como familiar” (De Dienheim, 2001, como se cita en I. Madrigal, 2019, p. 71).

Así mismo, la privacidad y la protección de datos deben comprender ciertos aspectos que garanticen a las personas su intimidad, tal como expone Morales (2007, citado por I. Madrigal, 2019):

Para Morales Godo, el derecho a la intimidad se divide en tres puntos importantes, primero, la tranquilidad que se refiere al “derecho de ser dejado solo y tranquilo” o “ser dejado en paz”. El control de la información que se refiere a la autodeterminación informativa; esta tiene dos aspectos: “la posibilidad de mantener ocultos algunos aspectos de la vida íntima”, y segundo “la posibilidad de controlar el manejo y circulación de la información, cuando ha sido confiada a un tercero” y finalmente la autonomía que consiste en la capacidad de elección, de libertad en la toma de decisiones, sin que otros puedan interferir, manipular o chantajear. “Está referida a la libertad del ser humano para la toma de decisiones respecto a su vida sin interferencias directas, indirectas o sublimadas”. (p. 72)

Posteriormente, en la convergencia entre la captación de imagen y la privacidad de los datos recolectados, el administrador que contenga esta base de datos también debe reconocer su cuota de responsabilidad al tratar la información obtenida. Sobre este punto, I. Madrigal (2019) expone que:

En cuanto a la privacidad de los datos recopilados, los encargados o responsables del tratamiento de datos tienen la obligación de guardar secreto y confidencialidad de la información, también deben resguardar los datos con mecanismos que eviten su divulgación o fuga, finalmente, sólo pueden utilizar la información para los fines por los cuales se recopilan. Como señala Vincenzo Ricciuto “de la privacidad, entendida como el rechazo a dar conocer a terceros aspectos de la propia persona, se ha llegado a hablar de un derecho a que los aspectos de la propia persona conocidos por terceros no sean utilizados con finalidades de discriminación y, en consecuencia, de un derecho a que las informaciones personales pasen de ser secretas a ser controlables”.

De esta manera, la autora I. Madrigal (2019) concluye que, si bien la instalación de cámaras y sistemas de vigilancia tienen una naturaleza preventiva, también propician una discusión con respecto a la intromisión en los derechos de privacidad, imagen y protección de datos. Además, la autora concuerda con que la instalación de estos mecanismos debe cumplir con los parámetros de legalidad, proporcionalidad, necesidad, eficiencia y eficacia (pp. 211-215).

Así pues, la investigación de I. Madrigal (2019) contribuye al desarrollo de la presente tesis, ya que fija un precedente al determinar que la naturaleza preventiva de la videovigilancia implica consecuencias cuando no se sujeta a una proporcionalidad en su razón de uso. Se puede ampliar desde acá el efecto en los derechos de los trabajadores cuando la videovigilancia en sus lugares de trabajo no se ajusta a parámetros proporcionales, lícitos o permite conductas carentes de ética por parte del empleador.

De la misma forma, la tesis citada es relevante no solo porque define el derecho de privacidad, sino que también describe de qué forma y en cuales zonas las personas deben contar con un espacio íntimo y libre de intromisiones. Siendo así, esta tesis permite profundizar sobre los espacios donde los trabajadores necesitan que se respete su privacidad, incluyendo los medios de videovigilancia que pertenezcan al patrono y que puedan captar su imagen personal o sus datos sensibles. Así mismo, este antecedente reconoce que, aunque se recopilen datos sin interferir con la privacidad de las personas, quien tenga disposición de ellos aún responde al deber de confidencialidad. Sobre esta misma línea, cabe entonces relacionar esos deberes de confidencialidad con el patrono que disponga de los datos e imagen de sus empleados, lo que, en un principio, debería limitar el tratamiento ilícito de estos.

***Investigación sobre “El Derecho a la Imagen de la Persona Servidora Pública” (Hines, 2019)***

Como último antecedente, Hines (junio 2019) desarrolla un artículo denominado “El Derecho a la Imagen de la Persona Servidora Pública”, para la Revista Judicial del Poder Judicial de Costa Rica, en su edición N. º 126, cuyo principal objetivo fue responder a la pregunta “¿la imagen de las personas servidoras públicas de una entidad pública, está disponible para un uso indiscriminado por su patrono o por terceros, sin previa autorización del o la titular por el simple hecho del cargo que ocupa?” (p. 109).

El autor incluso delimita el derecho a la propia imagen y sus efectos, de modo que se ejemplifican los supuestos donde, en la vida cotidiana, se puede ignorar por completo el requerimiento de consentimiento para difundir la imagen propia, para ello Hines (2019) indica que:

El contenido del derecho a la propia imagen desde la altura constitucional, transporta una prohibición absoluta para que terceros no autorizados o desautorizados la propaguen, la utilicen o la tergiversen con cualquier finalidad, sea esta de naturaleza económica (para uso en publicidad comercial o institucional, por ejemplo) para atracción política partidista (cuando la imagen de una persona atrae votantes a sus huestes) o para actos de altruismo social (como en campañas de beneficencia, ambientales, preventivas, y similares). Para cualquiera de los casos indicados, se requerirá del previo y expreso consentimiento de la o el titular de la imagen, quien en la misma medida ostenta el derecho subjetivo a la indemnización, que se transmite a sus herederas y herederos cuando la infracción a ese derecho se ejecute *post mortem*. (p. 113)

Primeramente, Hines (2019) define la diferencia entre funcionario y empleado público de la siguiente forma “El funcionariado público tiene dos formas de ocupar el cargo: a) por elección popular, o, b) por decisión política, mientras que los empleados o servidores regulares lo adquieren por concurso de oposición con exclusión de la discrecionalidad” (p. 119). Esto es relevante en la investigación porque indica que la representación hacia lo externo de la administración pública determina la exposición de su imagen.

Siendo así, y de acuerdo con la diferencia de responsabilidades aludidas a los servidores públicos, dependiendo de su rango, Hines (2019) enfatiza que:

[...] las personas funcionarias representantes institucionales, por el solo hecho de serlo, dejan al descubierto su imagen física, pues forma parte de los deberes públicos de transparencia, publicidad y rendición de cuentas, que asumen con el cargo. Quedan a salvo por supuesto, las actividades ajenas al cargo del orden estrictamente familiar, siempre que no involucren o participen de la funcional. (p.125)

Ahora bien, en el caso de los empleados públicos, el autor toma un ejemplo muy importante; el de las personas juzgadoras, demás trabajadores de los juzgados y sus derechos de

imagen cuando se crea la necesidad de hacer público un procedimiento en el que ellos participan. Al respecto, indica Hines (2019) que:

Por lo tanto, con independencia de lo que la prensa considere de interés público, la imagen individual no forma parte de esa atracción, en tanto lo importante son las actuaciones judiciales para la satisfacción de la justicia, con independencia del rostro que las realiza, es el cargo, no es la persona. (p.130)

En las conclusiones, Hines (2019) expone que el derecho a la propia imagen de las personas servidoras públicas, cuando no tienen representatividad institucional, es sellado a cualquier difusión no autorizada, por terceros o la entidad para la cual labora. Sin embargo, el autor concluye también que este derecho en los funcionarios públicos es relativo porque depende de su jerarquía y actividad. En cuando a los juzgadores y demás empleados judiciales, Hines (2019) indica que estos gozan de la misma protección porque su actividad no es pública (p. 130).

Entonces, la relación de este artículo con la presente tesis es que constituye otro ejemplo de cómo la ocupación del trabajador puede variar los efectos en su imagen personal. En caso de los servidores públicos, por quedar ante el escrutinio público casi de forma diaria, quedan expuestos a una mayor cantidad de medios de prensa que pueden difundir su imagen por distintas plataformas. Esto último compromete sus derechos a la propia imagen, sumado al consentimiento que precede la difusión de esta por el simple hecho de cumplir con su prestación laboral.

Es relevante para esta tesis analizar desde varias aristas cómo el derecho de imagen personal de los trabajadores se puede violentar durante el ejercicio de su ocupación laboral, más allá de que acepten el cargo público y lo que este conlleva. Es por esto que esta tesis es citada como antecedente, por el importante contraste que realiza el autor entre los funcionarios y empleados públicos y cómo sus derechos de imagen pueden estar comprometidos en diferentes formas.

### **Proyecciones**

- Recomendar medidas para preservar la proporcionalidad entre los derechos a la propia imagen, protección de datos personales, privacidad del trabajador y la libertad de gestión de empresa del patrono en las relaciones laborales en Costa Rica.

- Delimitar los alcances de los derechos de propia imagen y protección de datos personales de los trabajadores para que, a partir de ahí, el patrono pueda ejercer su derecho a la libre gestión de empresa.
- Orientar sobre las vías legales disponibles para que los trabajadores protejan sus datos personales y su derecho a la propia imagen antes, durante y después de la relación laboral.
- Generar un antecedente para la promoción de la tutela de los derechos de protección de datos e imagen personal, con énfasis en los trabajadores.
- Desarrollar una investigación cuyo énfasis incentive a producir doctrina y jurisprudencia nacional, innovadora, en materia de protección de datos e imagen personal en la relación laboral.
- No se profundizará sobre la protección de datos personales, el derecho a la propia imagen o la privacidad de los trabajadores desde los delitos informáticos, para así dar prioridad a la responsabilidad de la parte empleadora como administrador de las bases de datos.
- La presente tesis no abarcará la protección de datos personales, el derecho a la propia imagen o las intromisiones a la privacidad de los trabajadores respecto a sus redes sociales personales.
- No se desarrollará el tema de seguridad informática como medio para proteger los datos personales y propia imagen de los trabajadores, con el fin dar énfasis a las facultades que otorga la legislación a las personas de acceder, rectificar y suprimir su información directamente ante el patrono como administrador de la base de datos.
- El desarrollo de la investigación no profundizará en temas de derecho informático, a no ser que sea necesario para comprender cómo los requerimientos del patrono para fiscalizar su empresa o gestionarla pueden involucrar la teoría de protección de datos y otros derechos digitales contemporáneos.

## CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

En el presente capítulo se expondrán y analizarán las teorías y conceptos necesarios para el encuadre del estudio. De esta forma, antes dar inicio al desarrollo de los alcances de los derechos a la propia imagen y protección de datos personales en la relación laboral en Costa Rica y cómo se podría lograr esa proporcionalidad entre privacidad del trabajador y libertad de empresa; es importante primero definir el origen jurídico y contenido de los citados derechos para luego hacer el énfasis sobre su tutela y efectos en las partes del contrato laboral.

Al conformarse la relación laboral, también se configura una serie de derechos y obligaciones tanto para el patrono como para el trabajador, los cuales a su vez se clasifican respecto a su contenido. Es por esto que Blancas (2016, citado por K. Delgado, 2019), posiciona los “derechos laborales propios” como aquellos atribuidos al trabajador, tales como un salario mínimo, jornadas de trabajo o indemnizaciones por término de contrato. Seguidamente, el autor recuerda que también existen los “derechos fundamentales específicos”, tales como los colectivos (libertad sindical, negociación colectiva y huelga) y los individuales (derecho al trabajo, salud, etc.).

Por último, se encuentran los “derechos fundamentales inespecíficos”, que son aquellos atribuidos al trabajador por su condición de ciudadano; estos a su vez se clasifican en “derechos inespecíficos laboralizados”, que son aquellos reconocidos por el legislador; y los “derechos inespecíficos no laboralizados”, que son los derechos que no han sido reconocidos para aplicarse dentro de la relación laboral (pp. 28-29). Dentro de esta última clasificación (derechos fundamentales inespecíficos), es donde se encuentran los derechos a la protección de datos personales, propia imagen, privacidad (del trabajador) y libertad de empresa (del patrono) que se analizarán en la presente tesis.

### **Derecho de libertad de empresa**

Según indica Calderón (2019), “El derecho al trabajo y la libertad de empresa confluyen e interactúan cotidianamente en nuestro sistema económico, pues quien produce necesita del asalariado para generar riqueza e inversamente el trabajador necesita del empresario para ganar su sustento” (p. 63) Sin embargo, en algunos casos, las decisiones del patrono, amparado en su facultada de dirección de empresa, pueden ir desde el requerimiento de datos personales al trabajador hasta la disposición y configuración de su imagen personal. Tales exigencias pueden

resultar en una intromisión en el derecho de privacidad e intimidad de la parte trabajadora o transgredir directamente sus fundamentales al omitir el requerimiento de consentimiento o afectar su honor y dignidad.

De esta manera, para la presente investigación surge la necesidad de definir el contenido de la libertad de empresa como facultad del patrono, los alcances de esta potestad dentro de la relación laboral, sus implicaciones y los límites que separan esta potestad de una violación a los derechos fundamentales del trabajador.

### **Origen jurídico y concepto del derecho de libertad de empresa.**

Para dar inicio, sobre el origen de la libertad de empresa, dice Anzures (2019) que el término “empresa” encuentra su fundamento en el derecho constitucional mexicano, al definirlo como “una actividad que el hombre puede ejercer libremente, como si se tratase de una industria, trabajo o profesión; y lo hace cuando habla del régimen económico que deberá seguir nuestro país; y principalmente cuando habla de los derechos laborales” (p. 81). Por lo tanto, la libertad de empresa se refiere más a una actividad económica que a un concepto jurídico. Incluso, Barrera (1983) citado por Anzures (2019) indica que se trata “de un concepto económico que el derecho acoge a falta de instituciones y elementos jurídicos que expliquen dicha figura; aunque sí contiene conductas jurídicas que el derecho regula, como es la actuación del empresario.” (p. 81)

Así mismo, la “libertad de empresa” en sí es reconocida como un derecho fundamental y de ejercicio. Es un derecho fundamental porque, como desarrolla Anzures (2019), ha sido incluido en la doctrina constitucional desde épocas antiguas:

[...] no se trata de un derecho que haya sido reconocido por el primer constitucionalismo ni por las declaraciones liberales del periodo decimonónico; por el contrario, se trata de un derecho recogido en diversos textos constitucionales después de la Segunda Guerra Mundial. (p. 85)

Además, de acuerdo con Anzures (2019), la libertad de empresa se considera como un derecho fundamental porque consagra los bienes jurídicos de dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad y sociabilidad de la persona humana (pp. 87-88). Y, por último, este se considera un derecho de ejercicio porque “a través de él se ejercen otros derechos fundamentales

como la libertad de trabajo o profesión, la libertad para operar en el mercado y la libertad de perseguir un fin lucrativo” (Anzures, 2019, p. 88).

Ahora bien, si se habla de perseguir fines lucrativos, se debe evitar confundir el derecho fundamental de libertad de empresa con la libertad de comercio. Por este motivo, Anzures (2019) explica que su diferencia radica en la capacidad de actuar y, por otro lado, de ejercer actos de comercio:

Si bien es cierto que la libertad de empresa es la evolución de la libertad de comercio, el primero comprende la capacidad de actuar en el mercado y, por tanto, en el desarrollo económico del país, mientras que el segundo se limita a la facultad de la persona para ejercer actos de comercio. (p. 91)

Una vez definido el concepto de la libertad de empresa, su rango de derecho fundamental y su diferencia con la libertad de comercio. Se reconoce como objeto de la libertad de empresa el libre desarrollo de actividades económicas referidas a la producción de bienes y servicios, así lo desarrollan Potoy y Salazar (2017):

En ese sentido la libertad de empresa en la dinámica de una economía de mercado, regida por la prohibición de establecer monopolios u oligopolios, lo que busca en definitiva es garantizarle a la persona un ámbito de libertad mínimo que le permita el desarrollo pleno de todas las libertades, sin interferencias del Estado ni conductas desleales de los demás actores que participan en el desarrollo de la actividad económica, y que tienen que ver con la realización de actividades económicas referidas a la producción de bienes y servicios... (p. 37)

Es decir, mediante la restricción para establecer monopolios, el legislador permite a las personas desarrollar actividades económicas en las cuales se procura prevalecer la lealtad entre ellas y, al mismo tiempo, se les garantiza la mínima intervención del Estado con las excepciones que establece la ley.

Con respecto al fundamento constitucional de la libertad de empresa en Costa Rica, se ubica la norma vinculante en el artículo 46 de la carta magna. Lo anterior es justificado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución 13939 – 2013, porque indica que, tanto la libertad de empresa como la libertad de comercio, “como garantías constitucionales

(artículo 46, párrafo 1º, de la Constitución), consisten en el derecho que cualquier persona tiene de escoger, sin más restricciones, la actividad comercial o empresarial legalmente permitida que más convenga a sus intereses” (párr. 36).

### **Alcances y límites del poder de dirección de empresa en la relación laboral.**

Si bien la libertad de empresa es la facultad de todo ciudadano de elegir la actividad económica de su preferencia para la producción de bienes y servicios, en la mayoría de los casos se requiere de personal para alcanzar los objetivos comerciales propuestos. Es en este punto donde la libertad de empresa se involucra en el derecho laboral. Posteriormente, cuando en el contrato de trabajo los empleados se obligan a prestar sus servicios al patrono, bajo su subordinación y dirección, este último puede disponer del nuevo vínculo laboral para lograr los objetivos que el ordenamiento jurídico le permite con fundamento de su derecho a la libertad de empresa.

Para alcanzar sus metas, organizar la prestación laboral y otras funciones, el patrono recurre a su facultad de dirección de empresa que, según Fernández (2019), corresponde a aquellas “facultades del empleador de impartir órdenes e instrucciones al trabajador dependiente para lograr la correcta ejecución de la prestación debida y mantener la disciplina al interior de la empresa” (p. 53). Por tanto, dentro de esa subordinación, a la cual se somete el trabajador en la relación laboral, le corresponde obedecer y ejecutar las órdenes de su patrono en función de cumplir con el objetivo de la dirección de empresa.

La calificación que ha recibido la dirección de empresa corresponde a la de un “derecho subjetivo”, ya que, según Fernández (2019), “se ejecuta a través de diversas facultades, como lo son las órdenes e instrucciones en forma verbal o escrita, impartidas individual o colectivamente, a los trabajadores. De ahí que se le defina como un “conjunto de facultades” (p. 57). Sin embargo, aclara el autor que esta facultad no puede calificarse solo como un derecho potestativo porque estos constituyen, modifican o extinguen situaciones jurídicas, pero el poder de dirección actúa solamente a lo interno del contrato de trabajo y no modifica lo convenido en él (Fernández, 2019, p. 57).

Lo que si puede suceder es que la dirección de empresa adquiera un carácter de “derecho subjetivo potestativo”, ya que, como explica Fernández (2019), dentro de la relación laboral no solo se ejecuta la prestación, sino que también se configura una serie de derechos, obligaciones y

prohibiciones respecto a distintos aspectos, como lo son la convivencia entre empleados, seguridad ocupacional, higiene, espacios de descanso y diversos protocolos para el cumplimiento de las labores diarias.

Por tal motivo, Fernández (2019) expone que la dirección de empresa tiene “una función normativa constitutiva, que va más allá de explicitar la prestación debida, constituyendo obligaciones y prohibiciones que deben ser obedecidas por el trabajador, lo que hace que el mismo sea un derecho subjetivo potestativo” (p. 58). Es factible que se presente de esta forma porque se permite que el patrono ajuste algunos criterios de la relación laboral conforme a la dinámica de su actividad comercial. De hecho, la dirección de empresa también comprende otras facultades del patrono, tal como el *ius variandi*, el poder de control sobre los trabajadores y el poder de extinción del contrato de trabajo (Fernández, 2019, p. 59).

Una vez determinado el contenido y la calificación de la “dirección de empresa”, esta se puede contrastar con la “libertad de empresa” como derecho fundamental del patrono, pues, a pesar de que ambos términos pueden confundirse, tienen una diferencia delimitada. Indica Fernández (2019) que “el poder de dirección se ejerce y es legítimo al interior del contrato de trabajo, en cambio, las facultades organizativas tienen su título en la libertad de empresa reconocida constitucionalmente” (p. 60). Siendo así, se puede determinar que el poder de dirección de empresa es exclusivo del contrato del trabajo y, como se ejerce a lo interno del mismo, consiste en aquellas facultades inherentes a la subordinación de los trabajadores con su patrono. Sin embargo, la libertad de empresa como derecho fundamental del patrono, conlleva también todos los requerimientos que el patrono puede exigir a la parte empleada con el fin de organizar su actividad productiva. Se puede concluir incluso que el poder de dirección de empresa se encuentra incluido dentro de la libertad de empresa.

Seguidamente, el poder de dirección no estaría completo sin una potestad que permita al patrono la corrección de aquellos comportamientos del trabajador que van en contra del contrato y del reglamento interno de trabajo. Ante esto, Potoy y Salazar (2017) introducen el poder disciplinario como facultad de la libertad de empresa:

[...] el poder disciplinario de cierto modo viene dar sentido o a completar al poder de mando y al poder de control, ya que el poder de mando dirige y ordena la prestación debida, el poder de control fiscaliza que se lleve a cabo las instrucciones dadas y por su parte el

poder disciplinario es el que posibilita al empleador establecer medidas de coacción con el fin de obtener disciplina y orden a nivel interno de la empresa, así como también que el trabajador se sujete a las directrices dadas. (p. 72)

No obstante, este poder disciplinario debe ser proporcional y racional con respecto a las faltas cometidas por la parte empleada, no puede involucrar actos denigrantes o que de alguna forma violenten la dignidad humana. El poder disciplinario puede incluir desde llamadas de atención verbales, hasta una amonestación escrita con o sin apercibimiento, suspensión sin goce de salario y el despido sin responsabilidad patronal.

Ahora bien, además de aquellas facultades que se conceden al patrono bajo su derecho fundamental de libertad de empresa, para organizar y dirigir su compañía, o bien, sancionar y corregir a los trabajadores, también se deben tomar en cuenta aquellas restricciones que delimitan el ejercicio de la libertad de empresa y que se configuran cuando un acto de la parte patronal tiende a restringir los derechos fundamentales de los empleados. Según Potoy y Salazar (2017), la doctrina divide estas limitaciones en dos grupos; límites internos o funcionales y límites externos o jurídicos. (p. 73)

En cuanto al primer grupo, correspondiente a los límites internos o funcionales, indican Potoy y Salazar (2017) que “El poder de dirección no puede extenderse a los aspectos de la vida íntima del trabajador, esos que resultan ajenos a la actividad laboral como la vida personal o familiar, sus costumbres, ideas, credos religiosos o políticos, opiniones, etc.”. Es decir que, como la dirección de empresa aplica hacia lo interno de la relación laboral y de forma exclusiva, uno de sus límites consiste en no abarcar aspectos de la vida privada o íntima del trabajador. Para efectos de esta tesis, es importante este límite porque más adelante se analizará con respecto a la afectación al fuero íntimo ante un uso indebido de la imagen del trabajador, o bien, ante el requerimiento de datos personales sensibles que expongan sus credos religiosos, políticos o hasta su orientación sexual.

Los límites internos o funcionales también incluyen, según Potoy y Salazar (2017), el deber de la parte empleadora de ofrecer un trato igualitario a sus trabajadores, respetando su integridad física, intimidad y dignidad humana. Lo cual se complementa con el poder disciplinario, ya que debe carecer de posiciones arbitrarias, y no causar perjuicios morales o materiales a los trabajadores. Incluso, mencionan las autoras que el patrono debe utilizar un tono de voz y las

expresiones adecuadas, sin hacer burlas, ni comentarios despreciativos excusándose en el poder de dirección (p. 74).

Respecto al segundo grupo de limitaciones a la libertad de empresa en la relación laboral, correspondientes a los límites externos o jurídicos, dicen Potoy y Salazar (2017) que “estos límites son los que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico; en la Constitución Política, las Leyes y en los Convenios Colectivos. El empleador está en la obligación de respetar y sujetarse a la normativa” (p. 74). Para un mejor entendimiento, uno de los límites externos o jurídicos a la libertad de empresa son los derechos humanos. Potoy y Salazar (2017) explican que:

No existe ningún problema por parte del empleador a la hora de respetar como límite los derechos constitucionales laborales: como lo son el derecho a huelga, al salario mínimo, libertad sindical etc. Sin embargo, no ocurre lo mismo al tratarse de los derechos inespecíficos, éstos son todos aquellos que no se dirigen solamente a sujetos de una relación laboral, sino a todos por igual y el hecho de que se celebre un contrato laboral no implica que la persona trabajadora se despoje de sus derechos constitucionales. (p. 75)

En otras palabras, es importante hacer referencia al supuesto donde la parte empleadora cumple a cabalidad con las obligaciones que el derecho laboral le asigna como patrono, pero descuida su respeto hacia aquellos derechos inespecíficos de los trabajadores que son inherentes a ellos por su sola condición de ser humano. De hecho, Bolaños (2011, citado por Potoy y Salazar, 2017) amplía el marco jurídico de estos derechos de la siguiente forma:

Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos que son ejercidos en el seno de una relación jurídico laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en la que se hacen valer, en derechos constitucionales inespecíficos. (p. 75)

Adicionalmente, la doctrina laboral también implica otra limitación a la libre empresa, tal como menciona Calderón (2019) “la libertad de empresa puede ser limitada por medio de un régimen de estabilidad en el empleo, ya que es una medida proporcional, idónea y necesaria para defender el derecho al trabajo” (p. 63). Lo que se procura con la limitación anterior es concientizar

sobre los despidos colectivos, sobre un ejercicio responsable de la libertad de empresa y prevalecer el derecho al trabajo y el principio de continuidad de la relación laboral.

Ante las posibles transgresiones de la parte empleadora a los límites de la libertad de empresa, se reconoce también la “*ius resistentiae* del trabajador”. Este término es explicado por Potoy y Salazar (2017) como “la posibilidad que tiene el trabajador de desobedecer de manera justificada, esto ante aquellas directrices que considere que exceden el poder de dirección del empresario” (pp. 75-76).

Sin embargo, surge duda en cuanto a los supuestos donde queda habilitada esta facultad al trabajador, es decir, cómo se pueden identificar este tipo de situaciones para que no se lleguen a confundir con un simple desacato de órdenes del trabajador que afecte considerablemente su posición laboral. Ante esto, Poquet (2014), citada por Potoy y Salazar (2017) explica que el *ius resistentiae* del trabajador puede presentarse ante situaciones en donde “las órdenes del empleador exista ilegalidad manifiesta” (p. 76). De estas situaciones de ilegalidad manifiesta, se pueden mencionar aquellas que atenten directamente contra la vida, salud, integridad o los derechos fundamentales del trabajador.

### **Control y vigilancia del cumplimiento de la prestación laboral como facultad de la libertad de empresa del patrono.**

Ahora bien, dentro de las facultades organizativas de la libertad de empresa del patrono, se encuentra también la obligación de facilitar los medios y dispositivos para que sus trabajadores cumplan con la prestación laboral, o bien, la facultad para disponer de estos dispositivos para el control de la ejecución de la prestación, e incluso le atañe la responsabilidad de incorporar aquellas medidas que le servirán para proteger sus bienes. Por ejemplo, actualmente el aumento en el volumen de opciones tecnológicas para implementar en el espacio laboral también ha generado una disminución en el control presencial del patrono sobre las actividades de sus colaboradores, tal y como lo expone Lanzadera (2017):

La tradicional vigilancia “in situ” por parte del patrono o del capataz de cada uno de los movimientos del trabajador, se ha ido sustituyendo por la vigilancia tecnológica, que si bien, no implica la presencia de quien ejerce físicamente la vigilancia, sí que pasa a ser en

muchos casos “invisible”, “permanente” e incluso, susceptible de ser grabada, en audio o vídeo, por instrumentos de control. (p. 305)

No obstante, explican Potoy y Salazar (2017) que se genera una situación controvertida cuando se hace un uso excesivo de la tecnología en la empresa y a los trabajadores se les fiscaliza de manera invasiva, pero también resultaría perjudicial para el empleador cuando es el trabajador quien no da el uso correcto a los insumos para la ejecución de su trabajo, lo cual le generaría pérdidas a la empresa. Respecto a lo anterior, es entonces necesario que “el derecho debe responder a todas estas necesidades de manera tal que tanto el trabajador como el empleador no vean vulnerados sus derechos constitucionales” (Potoy y Salazar, 2017, p. 82).

Sin embargo, ¿cuáles son estos medios de control y vigilancia del cumplimiento de la prestación laboral?, algunos de los más comunes e implementados por la parte empleadora son los ordenadores, la mayoría con acceso a internet, un correo electrónico empresarial y en ocasiones chats para comunicación interna. Sin embargo, si el trabajador da un mal uso de estas herramientas, por ejemplo, con fines personales, puede provocar un detrimento considerable a la empresa. Por lo tanto, al patrono le corresponde fiscalizar el empleo de las computadoras o el uso de internet, del correo electrónico y hasta el tiempo empleado en el uso de estos para descartar que sus subordinados estén utilizándolos con otros fines y desencadenen una baja en la productividad.

Entonces, se genera la discusión de cómo poder supervisar el uso del internet o del correo electrónico laboral sin ocasionar una interferencia en la intimidad de los empleados o lesionar su derecho a la protección de datos personales. Para lo anterior, agregan Potoy y Sequeira (2017), que una opción es “restringir el uso del internet, esto mediante programas o codificaciones de acceso, esto consiste en que el mismo sistema no da acceso a páginas de internet que no sean las autorizadas por la empresa” (p. 109), lo cual reduce el margen de actividades personales que los trabajadores podrían llevar a cabo con las herramientas de trabajo sin que resulten invadidos en su esfera privada.

La única excepción a lo anterior es aquella que indica Roig et al. (2007, citado por Potoy y Sequeira, 2017) y corresponde a casos “en los cuales se tengan indicios claros de la comisión de algún acto delictivo por parte del trabajador, podrá pensarse en un control sobre contenidos” (p. 109). Fuera de esto, una revisión al ordenador, correo electrónico, navegadores de internet,

comunicaciones internas o hasta del contenido de un teléfono celular brindado por la empresa a los trabajadores es permitido únicamente con el consentimiento expreso de los mismos.

Otra herramienta importante por analizar corresponde a las plataformas de control de actividades, estas sirven para asignar tareas o verificar los horarios de los colaboradores; para este último fin, incluso se implementan sistemas de verificación biométricos o dactiloscópicos, es decir, comprueban la huella dactilar del trabajador para validar que efectivamente es la persona que registra sus horarios laborales.

Al respecto, Domaica (2019) analizaba resoluciones de los órganos judiciales españoles al respecto y determinaba que la implementación de datos biométricos o dactiloscópicos atiende al principio de calidad en cuanto a la finalidad, que es controlar el cumplimiento por los trabajadores de su jornada laboral, lo cual resulta legítimo. Además, la autora afirma que la lectura de la huella no hace visible la imagen del trabajador por terceros ni puede ser captada por éstos, quedando todos los datos del sistema guardados en los ordenadores de la empresa para efectos de su custodia (p. 42).

Por consiguiente, la lectura de huella dactilar de los trabajadores no solo resulta de ayuda al patrono para el control de sus horas de entrada, salida y tiempos de descanso, sino que también contribuye a la seguridad del establecimiento laboral al comprobar la identidad de la persona que ingresa al recinto de trabajo. Añadido a esto, corresponde al patrono el uso proporcional, racional y con adecuación al fin de esta medida.

Otro insumo importante para los empresarios consiste en los datos personales y todos aquellos procesos de tratamiento de estos que se ven facilitados con los avances tecnológicos y que les ayudarán a cumplir con algunos de sus objetivos comerciales, de reclutamiento, cumplimiento de obligaciones legales y de control de los trabajadores y la prestación laboral en general.

En cuanto a los fines de reclutamiento y selección de personal, Remolina (2013, citado por Galvis y Pesca, 2019) indica que “En el mundo laboral, los datos también son la fuente para realizar un proceso de selección de personas para proveer un cargo” (p. 56).

Además de los ordenadores, las plataformas digitales, los datos biométricos, dactilares y demás de clasificación personal, también la parte patronal suele instalar sistemas de

videovigilancia o GPS. Estos dispositivos, además de facilitar el control de la prestación laboral, servirán para garantizar la seguridad de los bienes y activos de la empresa; sin embargo, estos deben implementarse en la relación laboral con suma precaución, ya que un uso desproporcional y sin una necesidad justificada puede originar una lesión a otros bienes jurídicos, como lo son el derecho de privacidad e intimidad de los trabajadores.

A modo de ejemplo, Anzures (2019) recuerda que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha señalado que “cuando el trabajador sea objeto de medidas de vigilancia, este deberá ser informado de las razones que lo motivan, de las horas en que se aplican, de los métodos y técnicas utilizadas, y de los datos que serán acopiados” (p. 90). De esta forma, el empleador puede ejercer las facultades de control, dirección y organización que le corresponden y no lesiona los derechos fundamentales de sus colaboradores.

A continuación, se analizará el fundamento de la protección y fiscalización de bienes y activos del patrono como parte de su derecho a la libertad de empresa, además, se citarán algunos de los medios tecnológicos más comunes para la protección de estos.

### **Protección y fiscalización de los bienes y activos del lugar de trabajo como facultad de la libertad de empresa del patrono.**

En un principio, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia reconoce los componentes de la libertad de empresa en su resolución 11545 – 2016. La Sala indica que, primero, existe “el derecho de la persona de escoger y desarrollar una determinada actividad económica” (párr. 12); luego, se encuentra “el derecho de la persona de organizar la empresa y programar sus actividades en la forma que más convenga a sus intereses” (párr. 13); seguido del “libre acceso de las empresas al mercado” (párr.15). También se debe mencionar la libertad de dirección de la empresa o el libre ejercicio empresarial como una libertad de tomar decisiones (párr. 18); el derecho de anunciar los bienes y servicios que se produce o presta (párr.19) y; por último, el “derecho de las personas a obtener un beneficio económico (lucro), o por lo menos a obtener los recursos para subsistir (principio de autosuficiencia)” (párr. 14).

No obstante, aclara la Sala que el riesgo económico queda a cargo de la persona que ejerce su derecho, ya que el Estado no está en el deber de asegurar un lucro razonable (párr. 14). Es decir, si bien la Sala prevé que el fin de la libertad de empresa es también obtener un lucro para la

subsistencia del interesado, el Estado no tiene la obligación de otorgar sustento a aquellos emprendedores cuyas aspiraciones desencadenan en una insolvencia económica.

Es por esto que las facultades de dirección de empresa no solo encuentran su fundamento constitucional en la libertad de empresa, como garantía a toda persona de desarrollar libremente cualquier actividad económica, sino que también puede relacionarse estrechamente con el derecho de propiedad. Lo anterior, en el tanto que el patrono ponga a su disposición sus bienes para la ejecución de la prestación laboral y deba protegerlos de un riesgo material y económico.

Además, como se desarrolló anteriormente, el legislador garantiza a toda persona el derecho de emprender, pero deja a su responsabilidad todo riesgo económico que puede devengar de su actividad comercial. Esto incluye los posibles daños a los bienes que integran el activo de una empresa y sirven para la ejecución de los actos de comercio, por lo tanto, es importante que el empleador controle el adecuado uso que sus trabajadores brindan al equipo de trabajo para prevenir daños al mismo o un uso inadecuado que genere gastos innecesarios o pérdidas significativas.

De esta forma, surge la necesidad para la parte empleadora de disponer de medios para la protección y fiscalización de sus bienes y activos, los cuales pueden ser los mismos dispositivos tecnológicos que se analizaron para las facultades de control de cumplimiento de la prestación laboral, o bien, pueden tratarse de medidas disciplinarias. Estas medidas disciplinarias, según Fernández (2019), “hace indispensable que le asista el poder de dirección para la correcta gestión de la prestación de trabajo y la disciplina, evitando perjuicios a su propiedad” (p. 62).

Por otra parte, como indican las autoras Potoy y Salazar (2017), el trabajador está en la obligación de utilizar los bienes del patrono para los fines del trabajo para los cuales se les contrató:

El poder de control abarca también la fiscalización o vigilancia del uso de los bienes que son propiedad de la empresa, esto debido a que el trabajador está en la obligación de utilizar los bienes para los fines del trabajo para el cuales le contrató. (p. 71)

Tal aspecto incluso encuentra su fundamento normativo en el artículo 71, inciso a), de nuestro Código de Trabajo.

Con respecto a los posibles medios para garantizar la seguridad de los bienes del patrono, la autora C. Ruiz (2017) extrae las siguientes conclusiones de la Ley 5/2014 de seguridad privada

de España. No sin antes adicionar que esta norma no hace referencia expresa a su concreta aplicabilidad laboral, pero pueden extraerse las siguientes pautas orientativas:

- Primero, si la finalidad empresarial es, con carácter general, de protección del centro de trabajo y su contenido frente a actos deliberados, riesgos accidentales, etc., procedentes del exterior deberán emplearse cámaras de videovigilancia.
- Segundo, si la finalidad empresarial es preventiva, bien frente a daños a personas y bienes, o bien frente a accesos no autorizados, dichos servicios deberán ser llevados a cabo mediante vigilantes de seguridad.
- Tercero, para ambas pretensiones anteriores las empresas no podrán valerse de sus empleados.
- Cuarto, si la finalidad empresarial comprende las dos anteriores pretensiones (de protección y prevención) pero no frente a terceros, sino frente a los propios empleados de la empresa, esto es, si lo anterior no tiene proyección de protección frente al exterior sino el interior del centro de trabajo, podrá utilizarse a los trabajadores y/o videocámaras.
- Quinto, la redacción que otorga la ley a las medidas de seguridad electrónica e informática abre la puerta a los nuevos sistemas emergentes de control que, aún en grado menor a las videocámaras, empiezan a implantarse en las empresas como ocurre con las tarjetas RFID o los sistemas biométricos. (p. 200)

Caso similar ocurre con la instalación de GPS. Como explica Carrillo (2020), el uso de este dispositivo puede estar justificado “si se lleva a cabo formando parte del control del transporte de personas o bienes o de la mejora de la distribución de los recursos para servicios en puntos remotos” (p. 151). De este modo, Carrillo (2020) expone como ejemplo la planificación de operaciones en tiempo real o la seguridad del empleado o de los bienes o vehículos a su cargo (p. 151).

Además, explica Mercader (2017, citado por Carrillo, 2020) que debe quedar acreditada la existencia de una necesidad específica (control de transporte de bienes o personas, seguridad, planificación en tiempo real, seguimiento o facturación) para determinar la adecuación de la medida de la geolocalización (p. 154).

Por último, amplía Carrillo (2020) que, si bien la existencia de una relación laboral faculta a la empresa para ejercer sus facultades de control y con ello la vigilancia de los desplazamientos por medio de geolocalización, cuando finaliza la jornada laboral, dichas facultades empresariales desaparecen y es imprescindible el consentimiento de los trabajadores para mantener en funcionamiento los dispositivos GPS (p. 156).

### **Libertad de contratación y despido de personal como facultad de la libertad de empresa del patrono.**

En un principio se analizaba que los datos personales cumplían un papel importante para el patrono en los procesos de reclutamiento para conocer a los candidatos que podrían ocupar un puesto laboral dentro de su empresa. Lo anterior incluso opera en aras de promover la libertad de contratación de la parte patronal, lo cual se encuentra comprendido dentro de la libertad de empresa y como parte de las acciones organizativas que puede ejecutar. De esta manera lo detalla Fernández (2019) cuando dice que:

Dentro de las primeras se comprenden las facultades de la empresa para determinar el número de trabajadores a contratar, las modalidades del contrato de trabajo, las remuneraciones a convenir, las jornadas laborales a cumplir, la planilla de trabajadores y tipo de cargo, la externalización del trabajo a través, por ejemplo, de la subcontratación o el suministro de personal, la extinción del contrato de trabajo,<sup>58</sup> entre otras decisiones de índole laboral. (p. 69)

Por consiguiente, se faculta al patrono para que, con el objeto de organizar su empresa, pueda contratar a quien considere que aporte más a sus objetivos. No obstante, el proceso de reclutamiento debe estar orientado a una elección de personal basada en criterios objetivos que, a su vez, permitan justificar la elección o el descarte de los candidatos. Al respecto, indica Lanzadera (2017) que:

El empresario puede contratar a quien quiera, a pesar de que todos tengan derecho al trabajo. Incluso, en estos casos, cabría de acuerdo a la finalidad de la empresa, una justificación objetiva y razonable, para no admitir al trabajo, a quien no cumpliera determinadas condiciones, que si bien, tendrían que ser objetivas, contienen una parte

importante de subjetividad (por ejemplo, en las empresas de tendencia o ideológicas, que restringen la admisión, de acuerdo a este criterio). (p. 188)

La facultad del patrono por elegir su personal también tiene su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad. Ante esto, Bercovitz (1900, citado por Lanzadera, 2017) explica cómo la voluntad individual predomina frente a la igualdad:

Es inherente al propio concepto de autonomía privada el predominio de la voluntad individual frente a la igualdad: "Se contrata con quien se quiera y como se quiera, se dispone de testamento a favor de quien uno quiera y como se quiera, se dona a quien se quiera y como se quiera, y se asocia uno con quien quiera y para lo que quiera". Lo que prohíbe el art. 14 CE, como parte del orden público es que el ejercicio arbitrario de la autonomía privada pueda producir discriminaciones manifiestas, contrarias a las expresamente previstas. (p. 188)

Es decir, la necesidad de que la libertad de contratación de personal involucre criterios objetivos es para evitar tratos discriminatorios hacia los candidatos del proceso de reclutamiento, ya que, si bien se garantiza la libertad de contratación de personal, se debe tomar en cuenta que la prohibición de discriminación se impone como límite al patrono, aún desde la fase precontractual, para garantizar a toda persona su derecho fundamental al trabajo.

Para un mejor entendimiento, K. Delgado (2019) profundiza en el contenido de la autonomía de la voluntad, como principio del derecho privado, y sus efectos en la fase precontractual de una relación laboral:

En materia laboral, se ha creado una distinción acerca del contenido de la autonomía privada. TOYAMA citando a DE LA PUENTE señala: "La autonomía privada tiene un doble contenido: en primer lugar, la libertad de contratar (...) que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata, sabiendo que con ello se crean derechos y obligaciones; y, en segundo lugar, la libertad contractual, llamada también, más propiamente, libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato". (pp. 62-63)

Hasta el momento se pueden identificar cuatro elementos relacionados con la libertad de contratación de personal; primeramente, la facultad de elegir el cómo, cuándo y quién obtiene el

puesto de trabajo; segundo, la potestad de crear derechos y obligaciones tras esa elección mediante el contrato laboral; y, tercero, la limitación de lesionar los derechos fundamentales de los participantes en el proceso de reclutamiento. Este último aspecto lo explica K. Delgado (2019) de la siguiente forma:

Y si bien, es por la autonomía privada, que las personas pueden decidir sobre sus derechos, pudiéndose determinar con quién se contrata y el contenido de este; existen determinados derechos irrenunciables (principio de irrenunciabilidad); ante la posible desigualdad que presentan las partes de la relación laboral (empleador - trabajador). Así, el derecho a la protección y reserva de la vida privada, es un derecho inherente a la naturaleza de la persona y; por lo tanto, de cumplimiento y respeto en todos los ámbitos, incluyendo el laboral. (pp. 62-63)

En resumen, la única limitación a la forma en que un patrono configura sus procesos de reclutamiento es cuando involucra tratos discriminatorios, fuera de eso, puede ejercer de su autonomía de voluntad para organizar su empresa:

El límite a la libertad de contratación está en la no discriminación por un motivo tasado en la ley, pero incluso en estos casos, la voluntad del empresario y sus preferencias no pueden ser limitadas, salvo que se conviertan en regla, en el sentido de norma que se impone y que debe ser respetada por los demás. (Lanzadera, 2017, pp. 187-188)

Sobre la limitación de interferir en los derechos fundamentales del candidato durante el proceso de reclutamiento, ya se ha desarrollado que el principal riesgo para los candidatos es el de sufrir tratos discriminatorios. Lanzadera (2017) explica que en la legislación española se acepta la nulidad de las decisiones empresariales que contengan este tipo de actos que resultan desfavorables para el candidato, y que estos, generalmente, versan sobre aspectos subjetivos, íntimos o relativos a su vida privada, por lo cual denotan un trato desigual:

En principio, en el contrato de trabajo, por ejemplo, el empresario contratará a quien quiera, salvo que ello implique una discriminación basada en alguno de los motivos prohibidos por el ordenamiento y, especialmente, en el art. 17 ET, que expresamente prevé la nulidad de aquellas decisiones empresariales que den lugar “a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de

discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español”. Esta nulidad se extiende a las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación. (p. 218)

De lo anterior se despliega que el margen para calificar un trato discriminatorio es amplio; el candidato al que se le niegue una posición laboral por razones de edad, discapacidad, sexo, origen racial o étnico, estado civil, condición social, religión, convicciones políticas, orientación o condición sexual puede alegar discriminación y una transgresión a sus derechos de igualdad, dignidad humana e incluso intimidad.

Ahora bien, ¿cómo podría el patrono aclarar que su elección no se basó en criterios desigualitarios? Una solución a la interrogativa anterior puede ser el proveer de información oportuna a los candidatos durante el proceso de reclutamiento, de esta forma pueden tener en cuenta el estado del mismo y las oportunidades que han tenido de acceder al puesto en cuanto a sus capacidades físicas o intelectuales. En caso de que no lleguen a ser elegidos, sabrán de antemano las razones objetivas que impulsaron a los reclutadores a rechazar su oferta. Sobre esta misma línea, indica Lanzadera (2017) que:

De acuerdo a esta doctrina, si bien la legislación de la UE no prevé el derecho de un trabajador a acceder a la información sobre el proceso de selección, cuando el empresario ha contratado a otro candidato que reúne las condiciones exigidas, una denegación total de acceso a esa información puede constituir una presunción de la existencia de una discriminación. Esta presunción es alegable ante un tribunal u otro órgano competente para presumir la existencia de una discriminación. (p. 264)

Siendo así, la legislación europea no contempla una norma que respalde al trabajador para acceder a las actualizaciones que surjan en los procesos de recursos humanos; pero el empleador sí puede respaldarse de acusaciones sobre tratos discriminatorios al brindar al candidato los detalles oportunos sobre el proceso en el que se le incluyó. Lo que queda claro es que los derechos

fundamentales en materia laboral cumplen una importante tarea al procurar la protección del trabajador, como parte más débil, desde la fase precontractual hasta verse concluido el contrato de trabajo.

Por otro lado, la doctrina laboral también desarrolla otra limitación a la libre empresa, pues, tal como menciona Calderón (2019): “la libertad de empresa puede ser limitada por medio de un régimen de estabilidad en el empleo, ya que es una medida proporcional, idónea y necesaria para defender el derecho al trabajo” (p. 63). Lo que se procura con la limitación anterior es concientizar sobre los despidos colectivos, sobre un ejercicio responsable de la libertad de empresa y la prevalencia del derecho al trabajo y el principio de continuidad de la relación laboral.

Con esta medida, como lo mencionaba la Sala Constitucional en la resolución citada anteriormente, no se limita el ejercicio del derecho fundamental de libertad de empresa, “porque la estabilidad en el puesto de trabajo no reduce el margen de discrecionalidad de las personas para dedicarse a actividades comerciales lícitas” (Calderón, 2019, p. 63).

Por otra parte, si bien la libertad de empresa aplicada en el derecho laboral encierra la potestad del despido, como indica Calderón (2019):

[...] en vista que en la actualidad se sostiene con fundamento en los artículos 63 y 85 inciso d) de la Constitución Política y el Código de Trabajo respectivamente el principio de libre despido, que en términos simples consiste en una libertad absoluta del empleador de prescindir de sus colaboradores, siempre y cuando cancele las indemnizaciones de preaviso y auxilio de cesantía. (p. 64)

Asimismo, en la actualidad existen normas que regulan el despido sin justa causa, como el artículo 368 del Código de Trabajo. Además, con respecto a las normas con alta jerarquía que pueden contradecir el libre despido, menciona Calderón (2019) que se encuentran las que regulan la estabilidad en el empleo, las cuales son la “Carta de las Naciones Unidas (art. 55), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 6), Protocolo de San Salvador (art. 7) y la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11)” (p. 64).

## **Derecho de protección de datos personales**

Según se analizaba previamente, los datos personales son un insumo importante en la relación laboral. De modo que, por medio de algunas acciones que emprende el patrono para formalizar y controlar una relación laboral, generalmente se involucran datos personales de los trabajadores y, si bien en algunas ocasiones ellos los brindan sin ningún inconveniente, en algunos otros supuestos, tras el requerimiento o tratamiento de este tipo de información personal, el colaborador es consciente de una interferencia directa en su esfera íntima o su vida privada.

Lo cierto es que todos los datos personales de los trabajadores contienen una protección especial y que se intensifica de acuerdo con su clasificación. Al respecto, Villalba (2018) dice que particularmente la implementación de nuevas tecnologías en la relación laboral involucra de manera directa el derecho fundamental de protección de datos de los trabajadores:

La búsqueda de cierta certeza jurídica pudiera explicar que, en la actualidad, la conformidad a derecho del control de la prestación llevado a cabo por el empresario valiéndose de las nuevas tecnologías se dirima atendiendo al respeto de otro derecho fundamental, cual es el derecho a la protección de datos de carácter personal. (p. 5)

Por lo tanto, es necesario para la presente tesis analizar el papel de los datos personales en la relación laboral, iniciando por el origen y contenido del derecho de protección de datos personales, hasta su captación, tratamiento y derechos que asisten al trabajador para proteger su información personal.

### **Origen jurídico y concepto del derecho de protección de datos personales.**

Polo (2020) indica que el origen del derecho de protección de datos personales, como derecho constitucional, se remonta a la corriente germana, específicamente al año 1983, cuando el Tribunal Constitucional Federal (BverfG) utilizó por primera vez el instituto jurídico del “derecho a la autodeterminación informativa” (p. 172), y, citando la sentencia de 15 de diciembre de 1983 sobre la Ley del Censo y de Población, Polo (2020) define este término como “la facultad del individuo de decidir cuándo y con qué límites dar a conocer situaciones de su vida privada, siendo necesaria la protección del individuo ante la recopilación, almacenamiento, uso y cesión ilimitados de sus datos” (p. 172).

Como cuenta Medrano (2020), la Ley del Censo y de la Población “le permitía al Estado alemán ocultar la localización de sus misiles, pero por otro lado, permitía una recolección de datos personales de los ciudadanos bastante amplia” (p. 329). En consecuencia, se generó una serie de reclamos por parte del pueblo, por lo que el Tribunal Constitucional, en la sentencia citada por Polo (2020), “bautiza el derecho de protección de los datos personales como el derecho de autodeterminación informativa” (p. 329). De esta manera, se concluye que “en la corriente germana, el BverfG alemán creó el derecho a la autodeterminación informativa como un nuevo derecho constitucional” (Polo, 2020, p. 172).

Polo (2020) también apunta que, en la corriente estadounidense, la protección de datos es parte del derecho a la privacidad y que se desarrolla para hacer frente los avances tecnológicos y las implicaciones que conlleva, lo cual determina a su vez dos corrientes distintas en las que asienta la protección de datos, siendo entonces “la anglosajona en la privacidad y la germana en el control total y absoluto del individuo sobre sus datos y vida privada” (p. 172). Aun con ambas corrientes sobre la protección de datos personales, este derecho termina siendo amplio en cuanto a su garantía constitucional, ya que involucra otros derechos fundamentales tanto en el proceso de su tutela como en los casos donde se encuentra violentado.

Ahora bien, en el caso de Costa Rica, París (2019) indica que el derecho de protección de datos personales encuentra su fundamento en la Constitución Política, y lo explica de la siguiente forma:

Las garantías constitucionales que conforman el conjunto de derechos relacionados con la intimidad en Costa Rica son los artículos 23, 24 y 28 de la Constitución Política, que son a su vez el fundamento del derecho a la protección de los datos personales. (p. 3)

De esta manera, la corriente anglosajona, con su estrecha relación entre privacidad en la protección de datos, se ve reflejada en el ordenamiento jurídico de Costa Rica. Adicionalmente, Medrano (2020) agrega que el artículo 24 de nuestra Constitución Política efectivamente incorpora el derecho de autodeterminación informativa cuando explica que:

[...] desde la Constitución Política de 1949 se protegió la inviolabilidad de los documentos privados y las comunicaciones escritas u orales. Sin embargo, en 1996, a través de la Ley № 760721, se hizo una reforma constitucional que amplió dicha protección, con un enfoque

más moderno incorporando la protección a la intimidad y la libertad del individuo que en conjunto sustentan a su vez el derecho de autodeterminación informativa. (p. 335)

Por otro lado, I. Madrigal (2019) también apunta a que la protección de datos personales “Se alberga dentro de la rama del Derecho Informático y su reconocimiento se encuentra fuertemente ligado al desarrollo social, y a los cambios progresivos de una sociedad cada vez más tecnológica” (p. 89). Por lo tanto, inicia también la concientización sobre la protección de datos que, como indican Uscanga y Rivera (2019) “no se trata de mantener los datos aislados, sino más bien de las reglas y opciones con respecto a su transmisión y uso” (p. 59).

Por otro lado, Uscanga y Rivera (2019) definen datos personales como “el conjunto de información relacionada a una persona que la identifica y/o lo hace identificable, la describe, le da identidad, puede precisar el origen, edad, lugar de residencia, trayectoria académica, laboral o profesional” (p. 504).

Así mismo, en el caso de Costa Rica, indica Medrano (2020) que:

Uno de los principales avances de nuestro país en esta materia fue la protección del derecho a la autodeterminación informativa, el cual tiene como objetivo la protección jurídica de los datos personales, al permitirle al titular del dato ejercer un control sobre el tratamiento que se le dé a estos, salvo las excepciones que establezca la ley, sin que importe la titularidad del soporte en el que se encuentran alojados. (p. 320)

En el mismo sentido, se debe señalar que, en el derecho europeo, con el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), se han incorporado los Derechos ARCO, que define Medrano (2020) como “los derechos de los titulares frente a los responsables de las bases de datos, con el fin de proteger sus datos personales o su derecho de autodeterminación informativa, se les conoce los derechos ARCO (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición)” (p. 332).

Si bien la normativa en materia de protección de datos en nuestro país contempla las facultades de acceso, rectificación y supresión (cancelación), los derechos ARCO contienen el derecho de oposición para los casos donde el titular de los datos se quiera oponer al tratamiento de los mismos y en aquellas circunstancias donde no se requiere de su consentimiento. También se introduce el derecho de portabilidad cuando se indica que los ciudadanos de la Unión Europea tienen el derecho de recibir sus datos personales cuando están en posesión de un responsable, con

su consentimiento y bajo un tratamiento determinado, en un formato viable para ser transmitidos a otro responsable de su tratamiento (Medrano, 2020, pp. 332).

Inclusive, los derechos ARCO, según Medrano (2020), consideran la posibilidad de “limitar” el tratamiento de datos personales cuando no se desea recurrir al extremo de la supresión total. También se contempla el derecho a no ser no ser objeto de una decisión basada en el tratamiento automatizado de datos, además del derecho al olvido, en caso de que los datos hayan cumplido su propósito o tras haberse cumplido una obligación legal por parte de su titular (pp. 333-334).

En el caso de Costa Rica, Medrano (2020) explica que “nuestro país ha dado importantes avances al contar con legislación sobre derecho informático, que buscan proteger al ciudadano de las principales amenazas o riesgos en el uso de las TIC” (p. 320), ya que la tecnología, además de beneficios, también contempla una serie de portillos para la comisión de delitos informáticos y financieros.

Así pues, la normativa que regula el derecho de autodeterminación informativa de una forma más específica en nuestro país corresponde a la Ley No. 8968 sobre la Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales.

Ahora bien, Medrano (2020) también introduce las distintas clasificaciones de datos personales reconocidos en Costa Rica:

- Datos sensibles: es la información personal relativa al fuero íntimo de la persona, los datos que revelen origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o espirituales, condición socio económica, información biomédica o genética, vida y orientación sexual, entre otros.
- Datos de acceso restringido: la información personal que, aun formando parte de registros de acceso al público, no son de acceso irrestricto por ser de interés solo para su titular o para la Administración Pública. Por ejemplo, las infracciones que pueden llevarse en la Administración Pública.
- Datos de acceso irrestricto: los contenidos en bases de datos públicas de acceso general, según dispongan leyes especiales y de conformidad con la finalidad para la cual estos

datos fueron recabados. Por ejemplo, las bases de datos públicas que se encuentran en el Tribunal Supremo de Elecciones o en el Registro Público.

- Datos referentes al comportamiento crediticio: datos de carácter socioeconómico vinculadas con el comportamiento de una persona con entidades financieras que, de acuerdo con Ley No. 8968, se regulan por las normas del Sistema Financiero Nacional. (p. 323)

De estas cuatro categorías, los datos que requieren de mayor protección son los datos sensibles, ya que pueden desencadenar actos discriminatorios o que atenten contra el honor y dignidad de las personas.

Según Medrano (2020), cuatro ejemplos de datos sensibles pueden ser la huella digital, el expediente de salud (resultados de laboratorio, otros exámenes médicos, tipo de sangre), el historial genético y el salario. Además, expone el autor que la prohibición de su tratamiento es expresa a excepción de que sean necesarios para salvaguardar el interés vital del interesado o de otra persona durante las actividades lícitas de organizaciones o fundaciones con el debido consentimiento de su titular, cuando los datos se hayan hecho públicos voluntariamente por el interesado, o bien, cuando el dato sensible sea necesario para gestiones médicas sujetas al secreto profesional. Adicionalmente, Medrano reconoce que, cuando una persona pierde el control sobre su potestad de autodeterminación informativa, existe el riesgo de que sus datos personales sensibles sean tratados con fines comerciales, electorales y hasta delictivos (Medrano, 2020, pp. 343-344).

A esta clasificación se suman los datos biométricos que, según el Reglamento General de Protección de Datos (2016), artículo 4, inciso 14), que es citado por Medrano (2020), corresponden a “aquellos obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos” (p. 344).

La importancia de una protección especial de los datos biométricos y dactiloscópicos (impresiones dactilares) no solo radica en la autodeterminación informativa de sus titulares o la protección a su privacidad, honor e intimidad que conlleva su captación por medios de identificación digital, videovigilancia y hasta métodos de reconocimiento facial, sino que estos datos también son requeridos para la ejecución de diversos delitos informáticos por su valor como

credenciales para distintas plataformas tecnológicas. Por lo tanto, la responsabilidad, respecto a la protección física y logística del administrador de una base de datos que contenga este tipo de ficheros, aumenta considerablemente.

### **La captación y requerimiento de datos personales del trabajador.**

La captación y el requerimiento de datos personales por parte del empleador puede justificarse para varios fines, como lo son sus actividades comerciales. En este caso, Remolina (2013, citado por Galvis y Pesca, 2019) dice que los datos personales pueden ser requeridos de la siguiente forma:

[...] para unas es el bien que comercializan en desarrollo de su objeto social principal, ofreciendo a terceros el suministro de la información que reposa en sus bases de datos. Para otras, se convierte en el insumo cardinal para fijar estrategias de publicidad, emprender tácticas de fidelización de los clientes, evaluar el riesgo crediticio de las personas, prestar servicios o vender bienes ajustados a la medida del perfil virtual de cada cliente, etc. (p. 56)

También los patronos pueden necesitar datos personales para el cumplimiento de sus obligaciones legales. Dice Remolina (2013, citado por Galvis y Pesca, 2019) que “los datos personales son información necesaria para cumplir obligaciones legales y que por tanto deben enviarse a las autoridades y terceros para fines de, entre otras, seguridad social, impuestos, investigaciones judiciales, etc.” (p. 56). En este caso, se podrían citar como ejemplo aquellos datos concernientes a las planillas que se envían a las autoridades gubernamentales para el cumplimiento de las obligaciones patronales. o aquellos que se suministran a los bancos para los pagos de salarios.

Finalmente, otro objeto de la necesidad de datos personales por parte del patrono consiste en el reclutamiento, control y seguimiento de los trabajadores, así como el cumplimiento de la prestación laboral de estos. Explica Galvis y Pesca (2019) que:

En virtud de la relación de subordinación, trabajadores de todos los niveles de dirección y ejecución laboral se exponen continuamente a ser controlados, sin tener delimitadas las políticas de acceso a la información personal o los programas de gestión integral de datos. (p. 56)

No obstante, atendiendo a los derechos de protección de datos personales y la privacidad de los trabajadores, el requerimiento de datos personales en una relación laboral debe versar sobre el objeto del contrato de trabajo, y su motivación deberá ser proporcional, racional y adecuada al fin para no llegar a interferir con los derechos fundamentales del trabajador. Al respecto, Lanzadera (2017) cuestiona cuáles datos personales son necesarios para el mantenimiento de la relación laboral y dice que “estos datos quedarían circunscritos a la existencia de intereses objetivos relacionados con la dinámica de la relación laboral, datos que han de ser relevantes en ese ámbito” (p. 755). Con esto el autor concluye que, a falta de un parámetro más específico, se debe “estudiar caso por caso qué datos se pueden considerar laborales, y cuales no, atendiendo a la justificación y finalidad de los mismos” (Lanzadera, 2017, p. 755).

Posteriormente, Villalba (2018) realiza un análisis sobre la captación de datos personales a lo largo de la relación laboral y determina que es legítimo el requerimiento de estos cuando son necesarios para la ejecución y mantenimiento del contrato, para la fiscalización del cumplimiento de la prestación laboral y los demás supuestos en los que pueda existir algún otro tipo de interés empresarial en el registro y tratamiento de datos (Villalba, 2018, p. 7). A estas tres clasificaciones resta agregar lo que sucede desde la etapa precontractual.

Primeramente, en cuanto a los datos necesarios para la ejecución y mantenimiento del contrato, señala Villalba (2018) que, por ejemplo, la legislación española, en el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal, se excluyen algunos ficheros que almacenan datos básicos sobre los trabajadores, tales como “nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales” (p. 8). Fuera de esto, debe analizarse la función que se pretende completar con la captación de información personal y que se ajuste con el propio objeto del contrato, es decir, que los datos personales deben ser necesarios para ejecutar la prestación de servicios. Un ejemplo claro de lo anterior es el expuesto por Villalba (2018):

Qué duda cabe de la necesidad que subyace en aquellos supuestos donde el objeto mismo del contrato de trabajo consista en la cesión de dicha información. Así acontece, p. ej., de haberse celebrado un contrato para filmar la imagen del asalariado y/o para registrar su voz para luego difundirla con fines publicitarios. (p. 8)

En este caso sí se justifica el requerimiento de datos personales, siempre y cuando se cumpla con los requisitos legales predispuestos, como lo son el consentimiento expreso de su titular o bien un contrato de cesión de datos, imagen o voz.

A contrario sensu, el caso del ejemplo que expone Villalba (2018), contenido en la resolución STC 99/1994 del 11 de abril “concerniente al despido de un trabajador tras su negativa a mostrar ante las cámaras sus habilidades como cortador de jamón durante una muestra de este producto a los medios de comunicación y a las autoridades autonómicas allí presentes” (p. 8). O bien, Villalba (2018) presenta otro ejemplo:

Piénsese en la labor del docente, que tradicionalmente no merecía especial consideración desde el punto de vista de la protección de sus datos personales. No obstante, la introducción de las nuevas tecnologías que han hecho posible la docencia a distancia exige replantear la necesidad del tratamiento de datos como la voz y/o la imagen del trabajador. (pp. 9-10)

Es decir, para este tipo de prestaciones laborales, en las que se vuelve indispensable el uso de datos personales, imagen y voz de los colaboradores, el requerimiento del patrono debe ir acompañado del debido contrato de cesión, ya que, como indica Villalba (2018): “Cuando el empresario registra la imagen o la voz del trabajador, existe una cesión de datos personales por parte de la persona vigilada, ante lo que debe cuestionarse la necesidad de contar con su consentimiento” (p. 11).

Seguidamente, en cuanto al consentimiento, indica Villalba (2018) que “la necesidad de recabar el consentimiento inequívoco del afectado cuando los datos fuesen necesarios para el «mantenimiento o cumplimiento» del contrato, el tribunal deduce que también lo será cuando se trate de verificar el cumplimiento en cuestión” (p. 11). Es decir, es necesario el consentimiento del trabajador para el uso de sus datos personales cuando sean necesarios para el mantenimiento y/o cumplimiento del contrato y para verificar el cumplimiento de la prestación laboral, lo cual conduce al segundo estadio de este análisis.

Por otra parte, respecto a la fiscalización del cumplimiento de la prestación laboral, Villalba (2018) determina que se faculta al empleador para tratar los datos obtenidos a través de sistemas de cámaras o videocámaras, pero “«siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco

legal y con los límites inherentes al mismo», debiendo cumplir con el deber de informar a los trabajadores acerca de la aplicación de dicha medida” (p. 13). De esta forma, se limita el poder de dirección empresarial del patrono al obligársele a informar a sus trabajadores sobre la presencia de dispositivos que puedan recolectar sus datos personales, así como su imagen o incluso voz.

Villalba (2018) aclara posteriormente cuáles datos recabados por el empresario en uso de sus facultades de libertad de empresa pueden reputarse de carácter personal:

Responde a dicha descripción la imagen del trabajador, o su voz, que bien pueden ser objeto de registro de manera continuada o puntual. También los mensajes enviados o recibidos, especialmente susceptibles de control cuando su transmisión se lleva a cabo a través de medios puestos a su disposición por el empresario. A esta información cabe añadir otra menos convencional, proporcionada por el propio trabajador cuando navega a través de la red. Esta última no es menos valiosa, y el riesgo que entraña su transmisión es tanto más elevado cuanto su recopilación se lleva a cabo de forma subrepticia, sin que apenas se percate el emisor. (p. 5)

A todos estos supuestos, Villalba (2018) añade los datos de localización, identificadores en línea y los datos biométricos o genéticos, porque “aunque en ningún momento se precisa que dicha información deba referirse a la vida personal del interesado, toda vez que comprende «toda actividad de la persona, relativa o no a su esfera privada»” (Villalba, 2018, p. 6). Estos datos adquieren singular importancia en el tanto el patrono requiera que sus empleados mantengan un dispositivo de localización global dentro de los vehículos de la empresa, o bien, en aquellos supuestos donde sea necesario comprobar constantemente la identidad del empleado, para lo cual se solicite su huella dactilar, su voz o acceso al reconocimiento facial.

En cuanto al tercer supuesto, sobre aquellos casos donde pueda existir algún otro tipo de interés empresarial en el registro y tratamiento de datos, resta solicitar el consentimiento al trabajador, porque la finalidad es del todo ajena al cumplimiento del contrato.

De hecho, Villalba (2018) dice que el consentimiento inequívoco del trabajador es necesario “cuando el tratamiento de datos no fuera imprescindible para el cumplimiento del contrato de trabajo, pero no en la totalidad de los supuestos donde se pretenda controlar la prestación.” (p. 17).

Con más atención, se requiere del consentimiento expreso cuando se “atañe al tratamiento de datos especialmente protegidos, como los relativos a la ideología, afiliación sindical, religión o creencias” (p. 19), o bien, al origen racial, a la salud y a la vida sexual del afectado, además del deber de informar sobre su derecho de no brindar este tipo de información (Villalba, 2018, p. 19).

No obstante, Lanzadera (2017) explica que “en las empresas ideológicas, dadas sus peculiaridades y finalidades, las informaciones relativas a la ideología, creencias o religión del trabajador poseen una inmediata y directa relevancia en la valoración de su idoneidad para desarrollar determinadas funciones.” (p. 761).

Entonces, se determina la importancia, para estos casos, de una adecuada gestión de los datos personales relativos a estos extremos, para que a su vez puedan desempeñar plenamente la prestación laboral y se conserve la “gestión ideológica de la entidad y garantice su autonomía y existencia”. (Lanzadera, 2017, p. 761).

Además, en cuanto a la vida sexual del trabajador, datos relacionados, o a su identidad sexual “sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente” (Lanzadera, 2017, p. 762).

Por otro lado, en la etapa precontractual se tiene un primer contacto con la información personal del aplicante, pues es primordial obtener su información a fin de determinar si es apto o no para el puesto. Incluso Lanzadera (2017) caracteriza la posición del candidato como “de mayor fragilidad”, porque le corresponde demostrar al patrono que tiene el mejor perfil con tal de conseguir la posición laboral:

Por tanto, el primer contacto con la empresa implica que el candidato todavía no es trabajador, pero revela un interés por conseguir un contrato de trabajo en la organización. Este es el momento de mayor fragilidad para el futuro trabajador, pues tiene que mostrar todo aquello que el empresario pueda valorar positivamente de cara al desempeño de las funciones ofertadas o que se deseen desempeñar. Esto sitúa al candidato en una situación de desigualdad respecto al empresario, pues la libertad de contratación de éste, puede excluirle ante otros candidatos. (p. 763)

Una de las principales consecuencias del requerimiento de datos personales del trabajador corresponde a los tratos discriminatorios a los que puede ser sometido a raíz de esta información

personal. Para iniciar se podría hablar de la negatoria de contratación para un puesto laboral basada en una decisión subjetiva tras el requerimiento de datos personales en la etapa de reclutamiento. Al respecto, indica Villalba (2018) que la contratación estandarizada depende de la existencia de lagunas en la normativa:

Un buen ejemplo de terreno baldío es la ausencia de regulación heterónoma datos de carácter personal propios del trabajador, en la medida en que su cesión se abandona, en último término, al consentimiento del trabajador. No debe sorprender que la autonomía individual haya comenzado a cultivar este terreno mediante la imposición de cláusulas por cuya aceptación el trabajador cede ciertos datos personales en el momento de firmar el contrato. (p. 20)

De hecho, Lanzadera (2017) ejemplifica uno de los supuestos de exclusión de candidatos para un puesto laboral por sus “características personales”, el autor describe cómo se afecta el principio de no discriminación tras requerir de una candidata información referente a su maternidad, condicionando sus opciones de acceso al empleo:

Es un caso tipo el siguiente: El hecho de someter a una candidata a preguntas familiares y personales totalmente ajenas al trabajo a desempeñar, previa información de que "no querían a alguien que se cogiera una baja por maternidad". El hecho de hacer confesar que se había ligado las trompas y que no podía tener más hijos supone una conducta discriminatoria, al verse obligada a revelar sus planes familiares y datos médicos pertenecientes a su más estricta intimidad, innecesarios para una gestión de personal responsable y respetuosa con la dignidad del empleado. Las consecuencias fueron una sanción para la empresa y una indemnización de 3.000 euros para la candidata. (p. 262)

Además, cuando el patrono solicita una prueba de embarazo o examen del SIDA, no solo está solicitando datos sensibles, sino que también constituye una conducta discriminatoria. Así lo considera la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS, 2003), en su pronunciamiento DAJ-AE-223-2003, cuando explica que el requerimiento de esta información, por ejemplo, a la hora de llenar la oferta de servicio de un candidato a un puesto de trabajo, constituye en una práctica discriminatoria y violenta el derecho a la intimidad del oferente (p. 5).

Indica el MTSS (2003) que podría justificarse la necesidad de conocer este dato si, por el tipo de trabajo que se va a prestar, se considera estrictamente necesario. Por ejemplo, en el caso de los enfermos de SIDA, si de ser contratados, podrían poner en riesgo la salud de terceras personas en especiales circunstancias; y, en el caso de la mujer embarazada, si el tipo de actividad por desarrollar fuera peligroso para su salud y la del feto. Sin embargo, ambas excepciones deben manejarse con extrema precaución para no violentar los derechos fundamentales del oferente; sería voluntario aportar la certificación médica, y la solicitud de empleo debe justificar las razones objetivas para su requerimiento (pp. 5-6).

Por otra parte, el principio de igualdad que, en el derecho laboral, busca garantizar que los trabajadores no sufran tratos discriminatorios, no implica prohibir un tratamiento desigual para quienes son sustancialmente diferentes, así lo explica la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (2012) en su pronunciamiento DAJ-AE-115-09. Amplía el MTSS (2012) que es posible que, de acuerdo con las características de un trabajador, se le asigne una remuneración salarial superior a la que percibe otro trabajador, en la misma categoría laboral, pero esto se debe al cumplimiento de requisitos especiales por parte del primero. De esta forma, el MTSS (2012) aclara que, en materia laboral, se pueden establecer privilegios que dependen de habilidades personales, las cuales no configuran una discriminación contra los demás, sino que se trata de un incentivo para el buen trabajo, y que lo que diferencia este supuesto de un trato discriminatorio es la existencia de igualdad de condiciones y habilidades (p. 60).

Así mismo, la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS, 2003) de Costa Rica ya se había referido al respecto, e indicaba que, en el caso de los datos solicitados a cualquier habitante a través de cuestionarios de contratación de personal, existen dos intereses contrapuestos: el interés legítimo del empleador de solicitar toda la información que considere necesaria para formarse un perfil del candidato al puesto, y el riesgo para los derechos fundamentales del trabajador al solicitar de manera desmedida cualquier tipo de información sobre su vida, en especial, su derecho a la intimidad (p. 2).

De esta forma, el MTSS (2003) recomendaba que la información solicitada en estas ofertas sea dirigida a considerar las aptitudes y cualidades técnicas o profesionales del trabajador en relación directa con el puesto, esto para evitar posibles prácticas discriminatorias o una intrusión a la intimidad del trabajador al requerir datos personales sensibles o restringidos. Un ejemplo que

mencionaba el MTSS (2003) es cuando la oferta laboral de una mujer, aun cuando demuestre idoneidad para el puesto, no sea considerada por encontrarse en estado de embarazo (pp. 2-3).

En conclusión, los datos personales que se recopilen en una relación laboral han de ser relacionados con el objeto del trabajo y su finalidad deberá corresponder a la constitución de la relación laboral y la fiscalización de la prestación; fuera de estos supuestos, se debe requerir el consentimiento. Como indica Villalba (2018): “en concreto, no ha de mediar el consentimiento en la recogida de datos referidos a las partes de un contrato o precontrato de una relación laboral siempre y cuando resulten «necesarios para su mantenimiento o cumplimiento» (p. 7).

### **Tratamiento de los datos personales del trabajador antes, durante y después de la relación laboral.**

Es importante analizar que la captación de los datos de los trabajadores generalmente es seguida de un tratamiento general o específico y, como menciona Lanzadera (2017), el control del cumplimiento del trabajador es uno de los principales supuestos donde se presenta esta recolección de información:

El control a través de medios telemáticos, a diferencia del control “directo”, no es generalmente inmediato, sino que precisa una recogida sistemática y exhaustiva de datos, para un posterior almacenamiento y tratamiento. El control laboral supone ya una finalidad que debe ser conocida por el trabajador, así como la propia recogida de estos datos. La obtención de datos que se identifica con el control laboral es aquella que permite elaborar informaciones sobre el cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores. (p.595)

De la misma forma, Villalba (2018) reconoce que, durante el control de la prestación laboral, se pueden presentar distintas formas de tratamiento de datos personales que inician con la captación de la imagen personal o la voz del trabajador, así como la vigilancia de las comunicaciones enviadas por este mediante los dispositivos de la empresa:

Es, por consiguiente, un tratamiento de datos de carácter personal del trabajador el control directo consistente en la grabación de su imagen y/o de su voz, pero también lo es el acceso a los mensajes por él enviados o recibidos sí como el registro de su actividad en dispositivos puestos a su disposición por la empresa a través de programas en ellos instalados a tal efecto. (p. 6)

Inclusive, Lanzadera (2017) agrega a la lista otros medios de control del cumplimiento de las obligaciones del trabajador que implican un tratamiento de su información personal y que se incorporan en la legislación española, pero que a su vez deben ser captados y utilizados de acuerdo con los preceptos normativos en materia de protección de datos:

El espectro del derecho a la protección de datos es todavía más amplio si nos referimos a las medidas de vigilancia y control que puede adoptar el empresario, tales como medios audiovisuales, ópticos o telemáticos, controles de acceso, mediante datos biológicos (huella biométrica), sistemas de geolocalización o los derivados de registros sobre la persona o los efectos personales del trabajador (arts. 20.3 y 18 del ET). Sin perjuicio del riesgo de intromisión en la esfera privada del trabajador, los datos obtenidos en estas actividades de control, son datos personales, por lo que deberán ser recabados y tratados de acuerdo a la normativa de protección de datos. (p. 272)

Sin embargo, como menciona Lanzadera (2017), el riesgo ante el tratamiento de datos personales inadecuado para el trabajador recae en una posible intromisión en su esfera privada, especialmente cuando los medios de control empleados por el patrono resultan ser invasivos o pueden “recoger comunicaciones o situaciones por las que el empleador llegue a conocer datos relativos a la ideología política, religiosa, sindical o de cualquier otra índole, que podrían ser utilizados para fines ilegítimos.” (p.519) En este caso, Lanzadera (2017) razona que, si por un registro o monitoreo prohibido el patrono conoce algún dato personal de sus subordinados y los utiliza en su perjuicio, la legitimidad del control del empleador perdería su legitimidad y el acto sería nulo por discriminatorio. (p.519)

De esta forma, ya sea por medio de ciber-vigilancia o control directo, si bien la captación y el tratamiento de datos personales de los trabajadores es necesaria para la fiscalización de la prestación, el patrono debe tener en cuenta los límites que ello implica y que se encuentran estrechamente relaciones con los límites de sus facultades de libertad de empresa:

Los límites que se derivan del respeto al derecho a la intimidad han de operar en los dos momentos: En la recogida de los datos y de la información, de forma adecuada al fin perseguido, que no podrá ser otro que la verificación del cumplimiento de sus obligaciones laborales por el trabajador, y, además, en el momento del posterior registro físico para el tratamiento de los datos capturados. (Lanzadera, 2017, p.595)

No obstante, como se ha determinado en ocasiones anteriores, no solo debe prevalecer el derecho a la intimidad ante estos supuestos, sino el derecho de protección de datos como derecho específico y cuyo propósito es, como indica Lanzadera (2017), el control sobre su tratamiento:

El asunto controvertido no ha de centrarse en la forma de recogida de la información, que puede tener amparo en el derecho a la intimidad. El ámbito del derecho a la protección de datos ha de centrarse en el tratamiento y posible uso de la información así obtenida, por cuanto existe la posibilidad de almacenar datos, cruzarlos y tratarlos, obteniendo así un determinado perfil del trabajador. El problema es hasta qué punto es posible reelaborar y utilizar esta información para atender a finalidades distintas a las que justificaron su obtención. En concreto, si los datos circunstancialmente tomados al trabajador pueden servir para verificar algún ilícito derivado de su conducta y si ese dato puede ser utilizado como medio de prueba válido a efectos de su acreditación. (p. 518)

Posteriormente, Lanzadera (2017) también indica que aquella información obtenida por el patrono a través del control de las páginas web visitadas por sus empleados, los correos electrónicos almacenados o la información guardada en el ordenador personal “constituyen datos personales del trabajador, quien ostenta el derecho a ser informado de quién posee esos datos, a qué uso se están sometiendo y a oponerse, en su caso, a una posesión ilegítima o uso ilícito” (p. 596).

De esta forma, Lanzadera (2017) explica que el tratamiento de estos datos se limita a una finalidad lícita, y la conservación del fichero se considerará para “solo aquellos datos que sean imprescindibles y por el tiempo necesario, para cumplir con la finalidad perseguida” (p. 596). Para un mejor entendimiento, el autor ejemplifica cómo una captación y tratamiento de información obtenida del ordenador de un trabajador puede convertirse en un comportamiento ilegítimo y alejado de las facultades de libertad de empresa del patrono:

Así, en un caso concreto sobre el control empresarial de las páginas web visitadas por el trabajador, se comprobó que, en lugar de limitarse a recoger una estadística de accesos, los datos recogidos permitían el acceso sistemático de los sitios visitados, así como de su frecuencia, tiempo de conexión y navegación, permitiendo reconstruir aspectos subjetivos relativos a la intimidad del trabajador. (Lanzadera, 2017, p. 597)

Con este caso se evidencia la necesidad de graduar la captación y el tratamiento de los datos personales del trabajador, ya que, al pretender fiscalizar el cumplimiento de la prestación laboral, aún con el consentimiento del colaborador, se puede elaborar un perfil subjetivo de este. Así mismo, se pueden obtener datos sensibles, que no precisamente deben relacionarse solo con la identidad del empleado, sino también con su esfera íntima, y desencadenar un comportamiento discriminatorio o que viole los derechos de protección de datos de los colaboradores.

Ahora bien, respecto al consentimiento del trabajador, Villalba (2018) realiza un análisis sobre sus “camino alternativos a seguir”. Explica el autor que, primeramente, se puede imposibilitar la captación de dato alguno con la finalidad de controlar el cumplimiento de la prestación del trabajador, ya que no existe fundamento jurídico expreso que legitime el “tecnocontrol” y, además, porque resulta inválido un consentimiento que se presume otorgado bajo presión (Villalba, 2018, p. 12).

Seguidamente, Villalba (2018) explica que también se puede sostener la licitud del control tecnológico como medio para garantizar el cumplimiento del contrato de trabajo. En cuanto a este segundo camino, el autor analiza que este control puede prevalecer siempre y cuando esté justificado en atención al objeto del contrato de trabajo y no a la mera conveniencia de su utilización, es decir, resulta oportuno para el empresario acudir al control tecnológico y recabar pruebas del incumplimiento contractual de un trabajador cuando puede ser detectado también a través de otros medios menos invasivos. De igual manera, se defienden aquellos casos donde urge la detección inmediata del incumplimiento del trabajador en atención a los intereses en juego, por ejemplo, se comprende la filmación de los trabajadores de atención de personas especialmente vulnerables por razón de los bienes jurídicos objeto de protección (Villalba, 2018, p. 12).

Concretamente, en la captación y el tratamiento de datos personales debe prevalecer también una finalidad adecuada al contrato de trabajo y que sea racional y proporcional a los medios empleados.

Ahora bien, con respecto a la información que no puede ser tratada por el empleador, por salir del marco jurídico correspondiente, indica Villalba (2018) que “incumbe al legislador, por tanto, y no al empresario, ni tampoco al trabajador determinar el tipo de información protegida desde un punto de vista material” (pp. 6-7). De esta forma, tanto el trabajador como la parte empleadora tendrán conocimiento, de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente, sobre

qué tipo de información puede ser objeto de tratamiento y en cuáles casos se requiere el consentimiento del colaborador.

Respecto a este último requisito, expone Villalba (2018) que incluso la legislación española otorga un plazo para que los trabajadores manifiesten la negativa de otorgamiento de un consentimiento libre, inequívoco y específico:

Cumplido el deber de información, corresponde constatar que el consentimiento del trabajador haya sido prestado de manera libre, inequívoca y específica. Para que el consentimiento pueda considerarse emitido de manera específica e inequívoca, el RPD se conforma con que el interesado omita su negativa en un plazo de treinta días desde que ha sido informado de los extremos anteriormente citados y recogidos en el art. 5 LOPD. En ese instante, debe ser advertido de que, en caso de no pronunciarse a tal efecto, se entenderá que consiente el tratamiento de sus datos de carácter personal (art. 14.2). (p. 18)

Aun así, Lanzadera (2017) introduce una excepción a la necesidad de requerir el consentimiento del trabajador cuando expone que la Agencia Española de Protección de Datos ha permitido la filtración del correo electrónico de los empleados siempre que se trate de una cuenta empresarial y con el debido informe previo al colaborador:

Lo más llamativo es que en virtud de la "no necesidad" del consentimiento y en base al art. 20.3 ET que permite al empresario el control y vigilancia del trabajador, la AEPD adopta un criterio enormemente amplio de permisividad. Así, entiende que existe legitimación para filtrar el contenido del correo electrónico de los empleados, pero siempre que se trate de una cuenta de correo proporcionada por la empresa para el desarrollo de sus funciones laborales y siempre que se haya informado previamente a los trabajadores sobre dicho filtrado y los medios que se van a utilizar. (p. 517)

Adicionalmente, el autor Lanzadera (2017) hace un importante aporte al citar los principios recogidos en El Repertorio de Recomendaciones Prácticas Sobre Protección de los Datos Personales de los Trabajadores de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), del año 1997, los cuales tienen su fundamento en las Directrices de la OCDE sobre la protección de la vida privada y la transmisión de datos personales, de 1980/1559 y la Directiva 95/46/CE de la UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995. Estos principios son relativos a la

protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos. Así, la OIT define, en cuanto al tratamiento de datos personales de los trabajadores, que:

- 1) El tratamiento de datos personales de los trabajadores debería efectuarse de manera ecuánime y lícita y limitarse exclusivamente a asuntos directamente pertinentes para la relación de empleo del trabajador.
- 2) En principio, los datos personales deberían utilizarse únicamente con el fin para el cual hayan sido acopiados.
- 3) Cuando los datos personales se exploten con fines distintos de aquéllos para los que fueron recabados, el empleador debería cerciorarse de que no se utilizan de un modo incompatible con esa finalidad inicial y adoptar las medidas necesarias para evitar toda interpretación errada por causa de su aplicación en otro contexto.
- 4) Los datos personales reunidos en función de disposiciones técnicas o de organización que tengan por objeto garantizar la seguridad y el buen funcionamiento de los sistemas automatizados de información no deberían servir para controlar el comportamiento de los trabajadores.
- 5) Las decisiones relativas a un trabajador no deberían basarse exclusivamente en un tratamiento informático de los datos personales que a él se refieran.
- 6) Los datos personales obtenidos por medios de vigilancia electrónica no deberían ser los únicos factores de evaluación profesional del trabajador.
- 7) Los empleadores deberían evaluar periódicamente sus métodos de tratamiento de datos para reducir lo más posible la información de carácter personal y mejorar el modo de proteger la vida privada de los trabajadores.
- 8) Los trabajadores y sus representantes deberían ser informados de toda actividad de acopio de datos, de las reglas que la gobiernan y de sus derechos.
- 9) Las personas encargadas del tratamiento de datos personales deberían recibir periódicamente una formación que les permita comprender el proceso de acopio de datos y el papel que les corresponde.

10) El tratamiento de datos personales no debería conducir a una discriminación ilícita en materia de empleo u ocupación.

11) Los empleadores, los trabajadores y sus representantes deberían cooperar en la protección de los datos personales y en la elaboración de una política de empresa que respete la vida privada de los trabajadores.

12) Los empleadores, los representantes de los trabajadores, las agencias de colocación y los trabajadores que tengan acceso a los datos personales de los trabajadores deberían tener una obligación de confidencialidad, de acuerdo con la realización de sus tareas.

13) Los trabajadores no pueden renunciar a su derecho a proteger su vida privada. (pp. 715-716)

Los principios de la OIT citados anteriormente son fundamentales, pues reúnen todos los preceptos que se han venido desarrollando a lo largo de esta sección. Además de que dan relevancia a la vida privada del trabajador, pues obligan al patrono a guardar la confidencialidad de los datos personales que capta, almacena y le brinda tratamiento; fomentan la creación de políticas internas de la empresa al respecto; rechazan las conductas discriminatorias a raíz de la tenencia de datos personales; fomenta el deber de informar a los colaboradores; y pretenden que solo los datos necesarios para la relación laboral sean recopilados.

A modo de conclusión, los autores Galvis y Pesca (2019) resumen en un análisis de la jurisprudencia colombiana la importancia de la protección y el adecuado tratamiento de datos de los trabajadores:

La jurisprudencia colombiana se refiere, sobre la protección del historial laboral de un trabajador, acotando que allí se [...] encuentra registrada toda la información, positiva o negativa, relacionada con su hoja de vida, desempeño en el ejercicio de funciones tales como reconocimientos, llamados de atención, suspensiones. Así mismo, la historia laboral contiene la información referente al tiempo laborado, las cotizaciones a la seguridad social, los periodos de vacaciones disfrutados o pendientes, el registro de sus cesantías, nombramientos, ascensos, traslados, retiros, incapacidades, comisiones de trabajo, entre otros datos indispensables para el goce de las prestaciones laborales que nuestro ordenamiento concede al trabajador. (Sentencia T-718, 2005, pp. 65-66)

De este modo, se concluye también que el patrono es una gran base de datos que se enriquece conforme se amplía la relación laboral y, por ello, la información que almacene le obliga a brindarle un tratamiento responsable, pues puede afectar los derechos fundamentales del trabajador incluso tras haber finalizado el contrato de trabajo. Es por esto que también es necesario que el trabajador conozca los derechos que le asisten sobre sus datos personales, para que pueda controlar su tratamiento, así como los institutos jurídicos o mecanismos legales que tiene a su disposición para estos efectos.

### **Instrumentos jurídicos para la protección de datos personales del trabajador.**

Ahora bien, para proteger los datos personales del trabajador, estos deben contemplarse como un todo, no solamente por la estrecha relación que tienen con el derecho a la privacidad, sino porque, al ser derechos separados, cada clasificación de información personal debe ser protegida de forma específica. De hecho, Remolina (2013, citado por Galvis y Pesca, 2019) explica que:

El derecho de la protección de datos personales no se reduce a los datos relacionados con la privacidad o intimidad de las personas. No debe confundirse el primero con el derecho a la intimidad. La protección de datos personales comprende cualquier naturaleza de información (privada, sensible, semiprivada y pública), lo cual implica que toda clase de dato personal del trabajador debe ser tratado debidamente por parte del empleador. (p. 65)

Es decir, el derecho de protección de datos personales es autónomo y, por ser un derecho fundamental e inherente a todas las personas por su condición de ser humano, también debe prevalecer en la relación laboral. Por lo tanto, Galvis y Pesca (2019) dicen que “el empleador por ningún motivo está facultado para limitar el derecho a la privacidad de la información personal de los trabajadores, salvo en aquellos asuntos que expresamente se encuentren en la ley” (p. 65).

Por otro lado, Villalba (2018) amplía que:

Si el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar constituye el garante de una esfera de intimidad que comprende aquellos aspectos de la vida privada que el trabajador puede salvaguardar de toda intromisión empresarial, el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal será el que le permitirá impedir el registro de su actividad a través de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. (p.5)

De esta forma, la complementación entre las normas de protección de datos y la legislación laboral se orienta, más que a proteger al trabajador, a establecer los institutos jurídicos que solucionarán las controversias con el patrono a raíz de la captación y tratamiento de su información personal.

Si bien es cierto que el patrono tiene a su cargo la responsabilidad sobre los datos que alberga sobre sus empleados, en los casos donde se ignora esta obligación, el trabajador queda en una posición vulnerable y hasta cede ante sus derechos con tal de no verse afectado dentro de su posición en la empresa, tal y como lo amplía Cruz (2019):

Asuntos tales como la interceptación de las comunicaciones vía las tecnologías informáticas, el uso del correo electrónico, la protección de datos informáticos, el reclamado derecho al olvido en los datos que circulan por la red, el derecho a la desconexión digital, etc. se plantean en el ámbito de las relaciones laborales con matices de superior complejidad al que se produce en otros ámbitos de las relaciones sociales. (p. 40)

De hecho, los autores Galvis y Pesca (2019) explican que el Reglamento 679 del Parlamento Europeo y del Consejo del año 2016, en su numeral 88, se pronuncia sobre el tratamiento de datos personales en la relación laboral, estableciendo la facultad a sus miembros de dictar normas más específicas en el ámbito laboral para proteger los datos de los trabajadores. Esta disposición es sumamente importante porque procuran que no solo se regule lo que ocurre con los datos de los colaboradores durante la relación laboral, sino también durante el periodo de contratación, entre otros principios relevantes:

Los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos

y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral. (pp. 59-60)

De momento, en Costa Rica, la Ley 8968 sobre la Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, en su artículo 7, garantiza a toda persona a ejercer su derecho de acceso, rectificación y supresión de sus datos personales, de forma gratuita y en un plazo de cinco días hábiles. Ahora bien, en caso de que el responsable de la base de datos no proceda con la solicitud del interesado en tiempo y forma, la Ley 8968 prevé, en su artículo 24, que, de ostentar un derecho subjetivo o un interés legítimo, el titular de los datos puede denunciar ante la PRODHAB el incumplimiento de una base de datos de las reglas y principios básicos para la protección de los datos personales.

No obstante, ¿qué sucede si un trabajador no encuentra amparo a sus derechos de protección de datos ante el patrono o, posteriormente, en sede administrativa? Indica Paris (2019) que existe un instituto jurídico aplicable ante la Sala Constitucional “el Hábeas Data no está regulado como tal en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, la Sala Constitucional lo ha admitido en su jurisprudencia como una modalidad del recurso de amparo” (p. 24).

Sin embargo, luego Paris (2019) explica que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 8968, y en especial de la entrada en funciones de la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes, la Sala Constitucional delegó el conocimiento de procesos de protección de datos a la PRODHAB, y “en algunos casos la Sala Constitucional sigue arrogándose el conocimiento de casos que entran dentro del ámbito de aplicación de la Ley, siendo el análisis de competencia muy casuístico” (p. 4).

Finalmente, a parte de la sede administrativa y la judicial constitucional, el trabajador que sufra una violación a sus derechos en materia de protección de datos personales podrá acudir a vía judicial en sede laboral, lo anterior con fundamento en el artículo 70 del Código de Trabajo. Al respecto se ha pronunciado el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pues explica que si el trabajador tiene pruebas de que el patrono no ha cumplido sus obligaciones al permitir que las actividades de control y fiscalización de la prestación laboral violenten la protección de sus datos personales, y con ello, su intimidad, el afectado podrá acudir a la vía judicial y solicitar ante un juez competente el término de la relación laboral en amparo al artículo 70, inciso i); y 83, inciso

i), del Código de Trabajo, así como el numeral 24 de la Constitución Política que tutela el derecho a la intimidad (MTSS, 2009, p. 3).

### **Derecho de imagen propia**

Como parte de las facultades de libertad de empresa del patrono, una de sus prioridades es proteger la imagen de la empresa y, si bien algunos de sus trabajadores tienen la responsabilidad de representar a la entidad para la que trabajan, esto no debe condicionar la libre disposición de su derecho a la propia imagen como persona física, por lo tanto, en la presente sección se analizará el origen y concepto de imagen personal, así como el derecho a la propia imagen del trabajador según su ocupación, cómo se manifiesta la libertad de configuración de su apariencia, cuáles son los límites de las facultades de libertad de empresa respecto a la imagen de sus trabajadores y porqué se considera la imagen propia como un dato personal.

#### **Origen jurídico y concepto del derecho a la propia imagen.**

Sobre el concepto del derecho de imagen personal, indica Latorre (2017, citado por Moraleda, 2020) que este consiste en “la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción; y, en sentido jurídico, la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, a evitar su reproducción” (pp. 14-15). Es decir, esto se refiere al derecho de propia imagen por aquellas facultades que posee una persona sobre la captación de su figura o apariencia, que incluyen la potestad de difundirla y comercializar con ella, así como limitar su obtención, tratamiento y difusión por parte de terceros.

También Castilla (2011, citada por Cantoral, 2018) afirma que “el derecho a la imagen viene a asegurar a cada ser humano un monopolio de uso sobre la representación de los rasgos fundamentales de su aspecto físico que permiten su clara identificación” (p. 58). Por lo tanto, como representaciones de los rasgos físicos que forman parte de la identificación de una persona, se pueden nombrar fotografías, grabaciones, dibujos o caricaturas, entre otros.

Además, dice Hoper (2018) que “la imagen ha sido interpretada tanto en doctrinaria como en la jurisprudencia, como la representación gráfica de la figura corpórea del sujeto, esto es, una reproducción de sus elementos físicos” (p. 55). Es decir, la imagen corresponde a una captación de los rasgos físicos identificables de una persona. Por lo tanto, es un requisito para hablar de una

tutela o transgresión a este derecho que, en la representación mencionada, la imagen sea “visible y reconocible de modo que la persona pueda verse y poder ser reconocida” (Hoper, 2018, p. 55).

Siendo así, sobre el contenido del derecho de imagen personal, San Antonio (2019) indica que “la doctrina constitucional y la jurisprudencia han caracterizado el derecho a la propia imagen como un derecho de la personalidad, con un contenido propio, específico y diferenciado de los demás, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas” (p. 17). Así mismo, es importante determinar con especificidad cuál ámbito del individuo se lesiona tras un tratamiento de su imagen personal sin consentimiento, para lo cual San Antonio (2019) cita una importante sentencia del Tribunal Constitucional español 139/2001, donde el órgano apunta que el derecho a la propia imagen:

[...] se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Por ello atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera persona de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y protección exterior, y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual. (p. 18)

De esta forma, el Tribunal Constitucional español introduce una distinción entre el ámbito privado del individuo, como propio y reservado; y un ámbito íntimo que prácticamente no se ve afectado frente a la difusión de su aspecto.

Por otra parte, como se venía desarrollando, adicional a su tutela como derecho de la personalidad, el derecho de imagen propia contiene un rango de derecho fundamental, esto al proteger la esfera personal y la dignidad humana de los individuos. También, el derecho a la propia imagen incluye la potestad para decidir sobre el uso que las personas desean darle a la misma, de hecho, la autora Cantoral (2018) cita la resolución 24/2016 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, donde se explica esta potestad de decidir:

[...] el derecho fundamental a la propia imagen es un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana, que no sólo protege la autonomía de las personas para decidir libremente la imagen con la que quiere mostrarse frente a la sociedad —una de cuyas manifestaciones es la “apariencia física”—, sino que además otorga poder de decisión sobre las representaciones o manifestaciones gráficas de esa imagen y los usos o finalidades que se pretenda dar a éstas. (p. 59)

En cuanto al ordenamiento jurídico costarricense, las únicas dos normas contenidas en la Constitución Política que pueden contemplar la protección del derecho a la propia imagen corresponden, primero, al artículo 24, ya que incorpora el derecho a la intimidad que, si bien es un derecho con contenido distinto y que ya fue analizado en la resolución 139/2001 del Tribunal Constitucional español, algunos doctrinarios como Moraleda (2020) dicen que “son derechos separados y distintos; aunque, la publicación de una imagen de una persona pueda lesionar también el derecho al honor o a la intimidad” (p. 15).

En segundo lugar, se encuentra el artículo 41 de la carta magna, ya que, como indica la Sala Constitucional, en su resolución 2006-17947: “respecto del derecho fundamental a la imagen, el artículo 41 de la Constitución Política, si bien no lo prevé en forma expresa, sí lo hace en forma indirecta, al disponer que toda persona tendrá derecho a encontrar reparación contra los daños que sufra en su persona y bienes” (párr. 17). Es decir, que un tratamiento sin consentimiento de la imagen personal de un individuo debe ser debidamente reparado, y toda persona tiene derecho a recurrir a los mecanismos legales a su disposición para esos efectos.

Ahora bien, con respecto a la titularidad de las personas sobre su imagen personal, indica Bello (2020) que, si a una persona se le garantiza un derecho de características tan particulares, entonces también debe gozar de herramientas eficientes que aseguren el ejercicio de este frente a otros sujetos (p. 119).

Según lo anterior, Hoper (2018) explica las dos vertientes: positiva y negativa, sobre las cuales se puede disponer de la imagen propia:

El derecho de la propia imagen como derecho de la personalidad, es un derecho subjetivo con dos aspectos: uno positivo, que es la facultad personalísima de captar, imprimir, difundir, publicar o distribuir nuestra imagen, para fines personales como recuerdos de

familia, o bien la imagen personal puede traer aparejada consigo beneficios económicos como los ejercidos por modelos profesionales, actores, actrices, deportistas. El aspecto negativo es el derecho a excluir la mera obtención o la reproducción y publicación de la propia imagen por un tercero que carece del consentimiento del titular para ello; en este aspecto negativo se incluye la publicación que altera la imagen con un trucaje o le da un sentido anómalo por un pie de foto sin consentimiento; y finalmente, se define como el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura, sin consentimiento del sujeto. (p. 55)

Es decir, si bien se garantiza a todas las personas la posibilidad de utilizar su imagen personal para fines personales, laborales, comerciales, etcétera. También se les protege de una captación y tratamiento por parte de terceros que no cuenten con un consentimiento expreso del titular.

Por otra parte, el derecho civil incorpora dentro de su rama lo concerniente a la propia existencia de las personas, desde que establece cuándo inicia la vida humana, así como la capacidad jurídica, capacidad de actuar de los individuos y los derechos que les permite el libre desarrollo de su personalidad. Así pues, los derechos de la personalidad son aquellos que, como indica Arrúe (2019) “ya estimados como cualidades de la persona, derechos innatos o derechos esenciales o fundamentales, porque constituyen el núcleo alrededor del cual giran los demás” (p. 27). Estos derechos también son conocidos como “bienes de la personalidad” (Hines, 2019, p. 113).

En el Código Civil de Costa Rica se incorporan los derechos de la personalidad en el título II, denominado “Derechos de la Personalidad y Nombre de las Personas”, y, en el capítulo primero, llamado “Derechos de la personalidad”, artículos 47 y 48, se regula la imagen personal.

Así mismo, Navarro (2016, citado por Bello, 2020) dice que “el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental enmarcado en lo que se denominan derechos personalísimos, derechos de la personalidad o derechos existenciales” (p. 119).

Si bien ya fueron definidos con anterioridad, los derechos a la personalidad son definidos de nuevo por Villalba (2003, citado por Bello, 2020) cuando indica que “son aquellos derechos

inherentes a la persona humana y que le son reconocidos por el sólo hecho de su existencia” (p. 119).

En cuanto a la responsabilidad civil del daño a la imagen personal, expone Flores (2019) que este puede reclamarse como un daño moral, y lo define a su vez como “el dolor cierto y actual sufrido por una persona física, o el desprestigio de una persona, física, en sus derechos de la personalidad, con motivo de un hecho ilícito o lícito y que la ley considere para responsabilizar a su autor” (p. 388). Así mismo, indica Flores (2019) que, como consecuencia al daño moral por transgresiones al derecho de imagen, se reconoce en la doctrina de las legislaciones civiles aquella que “acepta la reparación del daño moral con una indemnización compensatoria con independencia de daño económico que pueda resultar por la afectación a la persona en sus derechos de la personalidad” (p. 393).

De esta forma, el legislador contempla el derecho a la propia imagen, como derecho fundamental y de la personalidad, como la potestad de ser utilizada por su titular para los fines que considere necesarios, pero resguardándola del uso sin consentimiento por parte de terceros y otorgando medios para reclamar indemnizaciones por los daños adjudicados a la moral propia. Además, establece las excepciones pertinentes para el uso de la imagen personal con fines de una correcta administración de justicia.

### **Límites hacia el patrono frente al derecho de imagen personal del trabajador.**

El derecho a la propia imagen, como derecho fundamental inherente a toda persona, tutela también la representación gráfica y la apariencia de los trabajadores por su condición de ser humano. De hecho, Nogueira (2007, citado por Risso, 2019) dice que un contrato laboral no consiste en un “título legitimador de recorte de los derechos fundamentales del trabajador”, sino que se modula a lo estrictamente indispensable para el desarrollo de la actividad productiva (p. 126).

Ahora bien, aunque todos los trabajadores tienen derecho a que se tutele su derecho a la propia imagen, no todos exponen su imagen personal de la misma forma al desempeñar sus funciones. Es por esto por lo que se vuelve indispensable analizar cómo la ocupación del trabajador influye en su imagen propia. Al respecto, Bello (2020) expresa que:

Hablamos aquí de una representación pública que puede ser igual o diferente de la identidad privada de la persona pero que pretende un significado en el marco de la labor que desempeña. La tarea referida a esa elaboración de imagen profesional también es protegida por el Derecho. En este caso por las normas de propiedad intelectual como, por ejemplo, el registro de la imagen como marca. (p. 120)

### ***Imagen personal de los servidores públicos.***

Uno de los supuestos importantes por analizar es la imagen personal de los servidores del estado. En estos casos, si bien no es muy común la patrimonialización de la imagen personal, pueden surgir otros supuestos como la captación o tratamiento y aquellos requerimientos que pretendan configurar la apariencia del colaborador tras considerarse un representante de la entidad para la cual presta sus servicios. Para ello, Hines (2019) nos explica que la influencia del derecho a la imagen personal del servidor del Estado también depende de su rango como funcionario o empleado público:

En esa misma línea de pensamiento, un elemento de gran calado en las diferencias que separan a la funcionaria y al funcionario de la empleada y del empleado (ambos públicos) es la distinta naturaleza jurídica de los actos de investidura para cada uno. El funcionariado público tiene dos formas de ocupar el cargo: a) por elección popular, o, b) por decisión política, mientras que los empleados o servidores regulares lo adquieren por concurso de oposición con exclusión de la discrecionalidad. (p. 119)

Siendo así, se reconoce que, si bien la notoriedad de un trabajador no abre un portillo para desconocer sus derechos, el someter su nombre al escrutinio público también involucra su imagen personal. Así lo explica Hines (2019):

Esto es, se reconoce una renuncia voluntaria a determinados ámbitos de la intimidad y la privacidad; entre ellos, al de su propia imagen, que deja de ser propia e individual para pasar al patrimonio público, para lo bueno y para lo malo, sin que en ningún caso pueda reclamar derechos exclusivos a su utilización, mientras se encuentre en el ámbito público y en el ejercicio del cargo. (p. 120)

Ahora bien, aclara Hines (2019) que, a pesar de lo expuesto anteriormente, se excluye la posibilidad de utilizar la imagen de esas personas para fines distintos a los informativos. Se

menciona incluso la publicidad comercial o institucional, como lo sería, por ejemplo, la del patrono correspondiente, pues para estos casos se requiere aún la autorización previa y expresa, por tratarse de intereses privados, aunque sean perseguidos por una entidad pública (p.123).

En el caso de los empleados públicos, indica Hines (2019) que el escenario cambia porque sus obligaciones son frente a su patrono “salvo el caso de delito, por lo que su imagen física está excluida del uso público no autorizado o desautorizado” (pp. 121-122). Amplía el autor que la rendición de cuentas, publicidad y transparencia en la gestión pública recae en la representatividad institucional, no ante el empleado público, aunque sí ante los funcionarios públicos representantes institucionales, quedando a salvo sus actividades ajenas al cargo (pp. 121-125).

Cabe además señalar que, en palabras de Hines (2019), como la entidad patronal no contrata al servidor público por su imagen personal, y no puede utilizarla sin su consentimiento, en caso de ignorar este requisito, debe indemnizar a la persona afectada. En el caso de los empleados públicos, explica el autor que, como sus obligaciones son de orden interno y carecen de representación ajena a la judicial, ni terceros ni la entidad a la que prestan sus servicios pueden hacer uso de su imagen para promocionar la entidad, eventos, publrreportajes sobre el quehacer institucional o para publicitar la imagen de la organización (pp. 125-126).

Un claro ejemplo de lo anterior corresponde al de los jueces y juezas o funcionarios judiciales que son captados por la prensa durante procesos judiciales de interés público. Indica Hines (2019) que las excepciones al derecho de imagen contenidas en el artículo 47 del Código Civil no comprenden la difusión no autorizada de estos trabajadores, porque, con independencia de lo que la prensa considere de interés público, la imagen personal de estos servidores públicos no forma parte de ello, solamente las actuaciones judiciales (Hines, 2019, p.130).

### ***Cesión y explotación comercial de la imagen personal de los trabajadores.***

Otro aspecto importante por analizar acerca de la imagen personal de los trabajadores es que, en primer lugar, si esta pretende ser utilizada por terceros, es importante recordar que se debe contar con el consentimiento del titular, a no ser que, como indica Hines (2019), se involucren aquellas excepciones del derecho a la imagen personal, en cuanto a la captura y publicación de fotografías, sin autorización de su titular “cuando tienen por objeto fines científicos, académicos o didácticos, o bien, se relacionen con hechos o acontecimientos públicos de interés colectivo”, o

bien, cuando “la persona reproducida está inmersa en actividades que por su propia naturaleza resultan de interés público” (p. 114). Entonces, el autor ejemplifica lo anterior mencionando a las personas consideradas como figura pública, como los candidatos a puestos de elección popular, los deportistas de alto nivel o artistas, representantes de arte, etc., y para ello menciona el artículo 47 del Código Civil de Costa Rica, que así lo permite.

No obstante, en la relación laboral, en ocasiones la cesión de imagen puede contenerse incluso dentro del mismo contrato de trabajo, pero solamente en aquellos casos donde el objeto de este no hubiera podido llevarse a cabo sin la explotación de la imagen del trabajador, de lo contrario podría tomarse como una forma de excluir el consentimiento voluntario del trabajador para su cesión. Sobre esta misma línea, explica Villalba (2018) que:

[...] lo que parece configurarse como una exclusión del consentimiento del trabajador no lo es tal, sino que ha de entenderse que el trabajador ha consentido la cesión de datos en la celebración misma del contrato, ya que, sin aquella, su cumplimiento no hubiera sido posible. Desde entonces, se requiere al empresario acreditar la imposibilidad de alcanzar el legítimo objeto del contrato perseguido a través de otras alternativas. A falta de dicha acreditación, será nula y se tendrá por no puesta la cláusula contractual por la que el trabajador se comprometa a ceder su imagen. (p.9)

Así mismo, Villalba (2018) se refiere a la resolución SAN de 15 junio 2017 (AS 2017, 1528), sobre la cesión de imagen del trabajador dentro del contrato de trabajo, donde se resolvía un conflicto colectivo cuando se demandaba la nulidad de pleno derecho de una práctica empresarial que incorporaba a los contratos de trabajo una cláusula para ceder la imagen que fuera captada mediante la cámara web, o cualquier otro medio, con el fin de cumplir el objeto de trabajo y de la satisfacción de los requerimientos de los clientes. Comenta Villalba (2018) que este pronunciamiento confirmó lo establecido por el Tribunal Constitucional al validar la cesión de la imagen del trabajador cuando resultara imprescindible para el cumplimiento del objeto del contrato, sin necesidad de requerir del consentimiento explícito del trabajador, pero que, al analizar el “Convenio Colectivo de Ámbito Estatal del Sector de Contact Center”, en su artículo 2, se concluía que el contacto con terceros en entornos multimedia fue excepcional. De hecho, en el caso en concreto, este requerimiento había sido objeto de unos quince trabajadores de entre los seis mil que podía haberlos realizarlos, y al descartar entonces que fueran objeto del contrato de

trabajo, si se determinó que se requería del consentimiento del trabajador para la cesión de su imagen. (Villalba, 2018, p.9)

Bajo estas circunstancias lo que debe analizarse es cuales actividades implican una relación directa de la prestación laboral con la imagen del trabajador y de esta forma concluir en la necesidad de la cesión de esta o establecer límites a los poderes de organización y dirección de empresa del patrono. Villalba (2018) analizaba pronunciamientos de los órganos judiciales españoles y determinaba que:

Ante estas situaciones, «quien aceptó prestar tareas de esta índole, no puede luego invocar el derecho fundamental para eximirse de su realización, si la restricción que se le impone no resulta agravada por lesionar valores elementales de dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.) o de intimidad de ésta. (p.8)

Posteriormente, Villalba (2018) reconocía que, por la naturaleza contractual de una cesión de imagen, también deben prevalecer las buenas costumbres y evitar que la prestación laboral para la cual se utilice esta imagen constituya a un objeto contrario a la ley (p.8). El autor Villalba (2018) citaba el siguiente ejemplo “Piénsese, p. ej., en un acuerdo cuyo objeto consistiera en filmar a la contraparte realizando actos vejatorios, humillantes o contrarios a su dignidad personal” (p. 8)

Para fines de la presente investigación, resulta también una prioridad que se consideren otros derechos fundamentales de los trabajadores, como lo son la intimidad, privacidad o dignidad humana, si se trata de involucrar su imagen personal como parte del desempeño de su cargo.

Adicionalmente, en el caso específico de cuando se pretende patrimonializar la imagen personal del trabajador durante una relación laboral, comenta Lanzadera (2017) que “cabe plantearse si la utilización consentida de la imagen de un trabajador o incluso de un colectivo, es una cuestión laboral o civil, sobre todo, por la tutela del derecho” (p. 270). Adicionalmente, el autor toma el ejemplo de los deportistas, específicamente en las retransmisiones de los partidos de fútbol, así como los trabajadores en espectáculos públicos, entonces menciona que, en estos supuestos, lo correcto es equiparar al salario del trabajador la utilización de su imagen por considerarse una cuestión laboral, aunque el derecho de imagen personal no retribuya el trabajo realizado, sino que se trataría de una compensación por su uso para fines comerciales (Lanzadera, 2017, p. 270).

### ***Imagen personal de los trabajadores respecto a la videovigilancia.***

Otro de los temas más cuestionables sobre facultades de libertad de empresa del patrono respecto a la imagen personal de sus empleados, es específicamente durante el control de la prestación laboral, y consiste en el caso de la videovigilancia en los espacios laborales. En España, la autora K. Delgado (2019) indica que:

[...] las actividades de videovigilancia laboral, como ya adelantamos, se encuentra legitimadas por las facultades de control empresarial reconocidas en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y, por ello, la captación y el tratamiento de imágenes de los trabajadores para controlar el cumplimiento de sus obligaciones laborales no requiere del consentimiento de estos, pues tal se entiende implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empleador. (p. 76)

Sin embargo, concluye la autora K. Delgado (2019) que, el hecho de que no se requiera el consentimiento por parte de los trabajadores, no elimina la responsabilidad del empleador de informar expresa, clara e inequívocamente sobre la existencia de este tipo de control en la empresa. (p. 76). De igual manera, las imágenes de los trabajadores que son obtenidas por estos medios de vigilancia solamente podrán ser difundidas si “reflejan acontecimientos que tienen repercusión social y el protagonista, cuya imagen se difunde, se encuentra en relación directa con la comunidad o en el ejercicio de una función pública” (Risso, 2019, p. 134). Para otros objetivos, el patrono requerirá del consentimiento del trabajador, donde este último acepte la cesión de su imagen personal.

Por otro lado, surge la duda en cuanto al consentimiento del trabajador para la captación de su imagen cuando el motivo sea por seguridad de la empresa. Al respecto, K. Delgado (2019) cita un oficio donde se consultaba si las grabaciones de las imágenes de seguridad se encontraban dentro de la Ley de Protección de Datos Personales, a lo que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Perú señalaba que la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (APDP), con base en las disposiciones de la Ley de Protección de Datos Personales (LPDP) (numerales 4, 1 y 17 del artículo 2), resolvía que las grabaciones sí se consideran dentro de la ley, pues no existe duda de que la imagen es un dato personal (pp. 85-86).

Por ende, es necesario el consentimiento del trabajador o, al menos, que el patrono informe de forma expresa sobre la presencia de estos dispositivos de videovigilancia. De igual forma, se debe recordar que la instalación de las cámaras de seguridad debe respetar los criterios de proporcionalidad y razonabilidad en cuanto a su ubicación, ya que aún en el espacio de trabajo es necesario que se respete el derecho de intimidad y privacidad de los trabajadores en sus áreas de esparcimiento o descanso dentro de la empresa, tales como vestidores, baños, comedores, zonas de lactancia, etc.

***Apariencia personal de los trabajadores como extremo de su derecho a la propia imagen.***

Resta por estudiar otro aspecto que podría implicar un límite hacia el patrono en cuanto a la imagen personal de sus empleados, y constituye en solicitar arreglos y/o cambios en su apariencia física. El autor Cruz (2019) explica cómo el derecho a la propia imagen se desenvuelve en las relaciones privadas como una manifestación de la identidad propia y presenta una estrecha relación con el derecho a la intimidad, en el tanto se limita a “una facultad negativa de oponerse a la difusión de la imagen personal, admitiendo cualquier exteriorización pública en la medida en la que el interesado lo autorice expresamente” (p .40).

Sin embargo, en el derecho laboral aumenta el grado de complejidad, por ejemplo, si se genera una situación particular en aquellos casos donde la apariencia física del trabajador tiene un papel importante, como para obtener una posición laboral, o para definir su crecimiento dentro de la empresa. Tal y como lo explica Cruz (2019) a continuación:

[...] en la medida en que se trata de dilucidar hasta qué punto el empleador puede condicionar la apariencia e indumentaria de sus empleados durante su tiempo de trabajo y, hasta qué punto, ello incluso llega a tener repercusión sobre los tiempos de no trabajo. O bien dicho a la inversa, hasta qué punto el trabajador puede gozar de una libertad de elección de su propia imagen, no condicionable por el empleador. (pp. 40-41)

Ante esto, Risso (2019) aclara que no debe confundirse el derecho a la imagen con el derecho a la apariencia, ya que este último se conforma por la forma de vestir y otras características de arreglo personal como peinados, estética, etc. (p. 126). De la misma forma, Risso (2019) explica que el derecho a la propia imagen no protege “la imagen artística” y, por ende, tampoco debe

confundirse con la “patrimonialización del derecho a la imagen”, y cita como ejemplo el caso de los deportistas (p. 126).

También Bello (2020) introduce la imagen profesional indicando que “quien ejerce una profesión, vinculada o no con la imagen, realiza una construcción especial que intenta comunicar el tipo de servicio o trabajo que realiza y la calidad de la prestación” (p. 120).

Entonces, al cuestionar si en una relación laboral existe libertad plena para que una persona disponga de su imagen propia como mejor lo considere, involucrando los arreglos a su apariencia física que se ajusten a sus gustos o creencias, y si el patrono puede hacer uso de sus facultades de libertad de empresa para influir en la vestimenta y otros componentes de la imagen de sus trabajadores, Lanzadera (2017) explica que, en las relaciones laborales, este derecho de imagen personal “contribuye no solo a disponer libremente de la imagen, voz o el nombre de la persona, sino a preservar su dignidad salvaguardando una esfera de reserva personal frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros, en este caso a través del empresario” (p. 267).

En el caso de Costa Rica, no existe normativa que se refiera específicamente a la apariencia física de los trabajadores, su libertad de disponer de ella, o bien, cuándo el patrono puede requerir de sus empleados ciertas condiciones, como, por ejemplo, el uso de determinado uniforme.

De hecho, en el pronunciamiento DAJ-AE-146-11 de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), se explica que las reglas en cuanto a la vestimenta que deben usar los empleados están contenidas en los Reglamentos Internos de Trabajo y, en caso de no existir uno, deberá regirse por la costumbre y no reñir con la buena imagen del lugar de trabajo (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2011, p. 11).

Posteriormente, sobre el uso del uniforme, indica el MTSS (2012) en su pronunciamiento DAJ-AE-139-12 que, en caso de que el trabajador no utilice el uniforme y esto ocasione un perjuicio a la imagen de la empresa, o de alguna forma el patrono considera que lo perjudica, se daría una falta grave que puede permitir el despido sin responsabilidad patronal (p. 179). Lo anterior podría fundamentarse en el artículo 81 del Código de Trabajo, que regula las causas justas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo.

No obstante, como aclara la Dirección de Asuntos Jurídicos, esta es una circunstancia que le corresponde determinar a los Tribunales de Justicia. Por ejemplo, correspondería a un juez

analizar si los requerimientos del uniforme que exige el patrono van en contra de las creencias religiosas o convicciones morales del trabajador, si esto conlleva una transgresión a su derecho a la dignidad humana, o bien, si limita su libertad de disponer de su apariencia física en tanto que se vulnera su derecho a la propia imagen.

No obstante, después el autor Lanzadera (2017) cita un caso donde el patrono, amparándose indebidamente en sus poderes de dirección y organización de empresa, prohibía a un trabajador dejarse barba, al extremo que se le despidió por esta causa y tuvo que acudir a la vía legal. En primer lugar, explica el autor que el Tribunal Constitucional, en su resolución STC 170/1987 del 30 de octubre, en lugar de proceder a un enjuiciamiento sobre el alcance y límites del derecho a la apariencia física de los trabajadores, se limitó a legitimar el actuar del patrono debido a que la ocupación del recurrente correspondía en brindar servicios de hostelería, y por el contacto con sus clientes era preferible que permaneciera afeitado. Así que, como indica Lanzadera (2017), el órgano decisor “considera un uso local, como instrumento adecuado y suficiente para la limitar o condicionar una decisión personal del trabajador en cuanto a un aspecto de su apariencia física, como es el de dejarse barba” (Lanzadera, 2017, p. 268).

Pese a la posición señalada, distintos doctrinarios se han manifestado en el tanto el derecho a disponer de la imagen personal corresponde a una libertad de la persona y la misma debe ser preservada de terceros. Por ejemplo, Bercovitz (1990, citado por Lanzadera, 2017) entiende que el Tribunal tuvo que haber planteado la justificación del “uso local”, pero en concordancia con los derechos fundamentales que se garantizan en la Constitución española y que son de orden público (p. 268). Mientras que Pérez (1988, citado Lanzadera, 2017) explica que, para proclamar la eficacia erga omnes del derecho a la propia imagen, basta con dirigirse a la Ley Orgánica 1/1982, que trata de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, donde se reconoce la eficacia del derecho a la propia imagen frente a terceros, en este caso, frente al patrono (p. 269).

De esta forma, el trabajador debería conservar la libertad de disponer de su apariencia física al formar parte de su imagen personal como una reserva frente a intromisiones a su fuero íntimo o su vida privada. No obstante, aclara Lanzadera (2017) que, primeramente, queda fuera de esta libertad de disposición de la imagen personal el uso de equipo especial de trabajo o protección

individual, porque su objetivo es prevenir riesgos laborales y que prevalezca la seguridad e higiene en el espacio laboral (p. 268).

### **Protección de la propia imagen como dato personal del trabajador.**

La imagen personal ha sido considerada en varios ordenamientos jurídicos, tanto explícita como implícitamente, como uno de los extremos que comprende la teoría de protección de datos; básicamente por considerarse una representación gráfica de la persona que se relaciona directamente con su identificación, o bien, cuya transgresión como derecho fundamental puede involucrar una afectación a los derechos de intimidad o privacidad.

De hecho, la autora Arrúe (2019) explica que la protección a la imagen de los trabajadores se vinculaba inicialmente con el derecho a la intimidad al tratarse también de un espacio reservado de la conducta personal, que fue incorporado a las relaciones laborales y se reconocía como su atributo más importante la facultad de exclusión de los demás, es decir, la tutela frente a injerencias externas tanto en la toma intrusiva de conocimientos como en su divulgación ilegítima (p. 241).

Posteriormente, Arrúe (2019) amplía que la conexión de la imagen personal con la intimidad reduce la tutela de los datos gráficos a aquellos ligados a la vida más reservada de los trabajadores, pero que el ámbito de protección del derecho a la propia imagen es más amplio, de modo que protege ante la “captación, reproducción o divulgación de la propia figura con independencia de que tales injerencias o intromisiones supongan o no una afectación a la intimidad” (p. 241).

En el mismo sentido, sobre el control del titular sobre su imagen personal, indica Risso (2019) que el derecho de imagen personal no solo protege la representación de los rasgos y apariencia física, sino que también “protege frente a la captación, reproducción y publicación de la imagen en forma reconocible y visible. Cada persona tiene la facultad exclusiva de decir dónde, cuándo, por quién y cómo se capta, reproduce o difunde su imagen” (p. 126).

Así mismo, indica el autor que la captación de las imágenes puede ser autorizada por el titular en forma explícita o tácita cuando existe conciencia de que se está siendo expuesto a la captación de su imagen, y lo tolera (Risso, 2019, p. 144).

De esta forma, se garantiza a toda persona un control sobre su imagen, al igual que con los datos personales, incluyendo desde el momento en que se capta hasta el tratamiento que se le pueda brindar.

De la misma forma, De Verda (2017, citado por Cantoral, 2018) explica que a través del derecho a la imagen:

[...] se tutela un bien específico de la personalidad, la figura humana, en cuanto elemento de identificación del ser humano, y ello con independencia de que mediante su captación, reproducción o publicación se develen o no aspectos de la vida privada de la persona o se atente contra su reputación. En ese sentido, es importante identificar las circunstancias de modo, tiempo y lugar sobre la forma de otorgar el consentimiento por parte del titular del derecho a la imagen y los fines para los cuales se expresa tal autorización. (p.58)

Siendo así, se requiere también de un consentimiento emitido por el titular de la imagen que se pretende captar, reproducir o publicar, junto con la aclaración de los fines para los cuales se pretende dicho tratamiento. Aunque es importante recalcar que la necesidad de este consentimiento podrá variar según las excepciones que indique la ley y que se han repasado en secciones anteriores.

Para finalizar, Arrúe (2019) explica que la tutela de la libertad de disposición de la imagen personal se ha deslizado, en las relaciones laborales, hacia el derecho a la protección de datos personales para garantizar la facultad de disposición de estos, con independencia de que sean o no íntimos (p. 241). Por ende, aclara Arrúe (2019) que, cuando en una imagen resulta claramente identificado un trabajador, este corresponde a un dato de carácter personal y su tratamiento por parte de la empresa entra en el contenido protegido por la autodeterminación informativa (p. 241). De esta forma, se impone a terceros las obligaciones de hacer el consentimiento, el deber de información, acceso y rectificación; y se garantiza el derecho de disponer, o al menos conocer, sobre el acceso, uso y destino de las imágenes de los trabajadores cuando se excluya la necesidad del consentimiento (Arrúe, 2019, p. 241).

## **Derecho a la privacidad**

Los derechos a la protección de datos personales e imagen propia no solo tienen un efecto directo en el derecho a la privacidad del trabajador por el hecho de que derivan del mismo, sino también porque una transgresión al derecho de autodeterminación informativa dentro de la relación laboral implica una intromisión en la vida privada del trabajador o en su esfera íntima. De la misma forma sucede con la captación, divulgación, tratamiento o comercialización de la imagen personal del trabajador sin su consentimiento expreso, o bien, aquellos requerimientos del patrono para modificar su apariencia de acuerdo con sus necesidades y justificándose indebidamente en sus facultades de dirección y organización de la empresa.

Es por esta razón que, en esta sección, se definirá el origen y concepto del derecho a la privacidad para posteriormente enfocarlo en la relación laboral cuando se transgreden los derechos de imagen propia y datos personales del trabajador mediante las acciones de control y vigilancia del patrono.

### **Origen jurídico y concepto del derecho a la privacidad.**

Primeramente, Suárez (2000, citado por Sanz, 2018) expone que el derecho a la privacidad puede definirse como “el derecho de toda persona a mantener fuera del conocimiento de terceros aquellos aspectos de su vida corporal o anímica que le provocan recato o pudor, aun cuando no afecten su honor, imagen o integridad física o mental, toda vez que le resultan íntimos” (p. 134). Así mismo, Toscano (2017), citando a autores como Warren y Brandeis, afirma que la privacidad “se refiere al grado de accesibilidad, o al control que ejercemos sobre el acceso de otros, a nuestra esfera íntima, cuyo núcleo está formado por pensamientos, sentimientos, etc.” (p. 543). En otras palabras, el derecho a la privacidad pretende tutelar aquella esfera corporal o anímica cuyo acceso se desea excluir a terceras personas. Incluso, Toscano (2017) relaciona el derecho a la privacidad con el conocido “derecho a no ser molestado” o “a que te dejen en paz”, que, en inglés, se conoce como “the right to be let alone” (p. 537).

No obstante, el derecho comparado reconoce como aceptable el uso indistinto del término “derecho a la vida privada” o de “derecho a la privacidad”, siempre y cuando sea “a fin de identificar una misma prerrogativa: el derecho a la exclusión del conocimiento por parte de terceros, de la información que forma parte del fuero interno de la persona” (Sanz, 2018, p. 143).

Por otra parte, aunque el derecho a la privacidad se relacione estrechamente con el de intimidad, existen diferencias entre ambos. Ekmekdjian (1993, citado por Sanz, 2018) dice que la intimidad es “la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, ámbito: privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante cualquier tipo de intromisiones” (p. 138).

También, J. López (2017) define el derecho a la intimidad de la siguiente forma:

La intimidad es considerada como un Derecho Fundamental dado que se erige como un valor que la juridicidad tutela como un bien preponderante inscrito en tal categoría en razón de que la reserva que decide hacer la persona respecto de cierta información que considera debe estar apartada de la vista del resto, al considerar que no corresponde a aquella que sea de su incumbencia, le asegura un mínimo de tranquilidad y un marco de acción suficiente que le permite tomar decisiones libremente y en ausencia de controles que lo expongan al escrutinio de los demás e incluso a la ignominia derivada de prácticas, conductas, costumbres... (p.56)

Aunque los conceptos sean tal vez muy similares al de privacidad, la intimidad comprende un rango más a lo interno que el de la vida privada, donde se puede hacer uso del raciocinio sin que esto implique una exposición ante la sociedad. Sin embargo, para ejemplificar de una forma más clara la diferencia entre privacidad e intimidad, Castilla del Pino (1989, como se cita en Toscano, 2017) contrarresta las actuaciones públicas, privadas e íntimas de la siguiente manera:

Las actuaciones públicas serían necesariamente observables, pues se desenvuelven a la vista del público. Las privadas pueden ser o no observadas dependiendo de si el agente guarda la debida reserva o cuidado, aunque podrían no ser suficientes ante la indiscreción de un voyeur. Si ensayo, por ejemplo, la conferencia con la ventana o la puerta del despacho abierta, cualquiera podría detenerse a escucharme o mirarme. Si no son observables por otros es simplemente porque tienen lugar en un espacio privado, esto es, reservado, y lo que convierte algo en privado son las disposiciones que adopta el agente para excluir la observación de los demás, como cuando cierra la puerta de su casa o de su habitación. Aquí está la diferencia crucial con las actuaciones íntimas, como fantasear, pensar o sentir, que son inobservables por principio y sólo cabe inferirlas a partir de lo que el individuo dice o calla, hace o deja de hacer. (p. 542)

Así mismo, resta contrarrestar el alcance de las esferas públicas y privadas para comprender los extremos del derecho a la privacidad. Para ello, Sanz (2018) concluye con que la esfera íntima o privada contiene una opacidad total, pero la pública permite un acceso bien definido:

Al comparar las esferas de lo íntimo, lo privado y lo público, desde la perspectiva del grado de accesibilidad del que puede disponer el individuo, observamos que la esfera íntima se caracteriza por la total opacidad, no admitiendo la posibilidad de acceso por parte de terceros. En cambio, lo contenido en la esfera de lo público se caracteriza por su acceso. Entre estos dos extremos, cabe ubicar al ámbito de lo privado como aquel en donde impera un acceso relativo. (p. 147)

No obstante, sea bajo la denominación de privacidad o intimidad, queda un vacío en el análisis cuando se menciona esa “esfera” que el individuo pretende alejar de terceras personas y la cual se tutela en los diversos ordenamientos jurídicos. Por ello, Moraleda (2020) explica que este se convierte en un concepto subjetivo, pues corresponde a cada persona definir su espacio íntimo, que incluso puede variar dependiendo de la ocupación o la forma de ser de las personas, ya que existen quienes desean hacer públicas algunas cosas más acerca de sus vidas que otras personas:

Aunque el concepto de este derecho es más claro que el del derecho al honor, el problema surge a la hora de determinar cuál es el espacio de esa intimidad, ya que siempre será un concepto subjetivo indeterminado que, a día de hoy, no viene definido en la normativa, sino que en palabras del Tribunal Constitucional (TC), “a cada persona corresponde acatar el ámbito de su intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”. (pp.16-17)

El derecho a la privacidad también se incorpora en instrumentos jurídicos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en el artículo 11, inciso 2; así como el numeral 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En Costa Rica el derecho a la intimidad, por su parte, encuentra su fundamento constitucional en el artículo 24 de la carta magna. De igual forma, se garantiza el derecho a la privacidad en otros cuerpos normativos como el Código Penal, que, por su estrecha relación con el derecho constitucional, dedica su segundo libro, en su título sexto, a tipificar los delitos contra

el ámbito de intimidad. Dentro de los más destacados resaltan el artículo 196 (párr. 1), que protege el bien jurídico de intimidad o privacidad ante la violación de correspondencia o comunicaciones; y el artículo 196 bis, que protege el mismo bien jurídico, pero ante una violación de datos personales (párr. 1). De igual forma, la Ley Penal Juvenil en su artículo 20 reviste de especial protección la privacidad de los menores de edad de la siguiente forma “Los menores de edad tendrán derecho a que se les respeten su vida privada y la de su familia. Consecuentemente, se prohíbe divulgar la identidad de un menor de edad sometido a proceso”.

De esta manera, no solo se incorpora el derecho a la privacidad en distintos cuerpos normativos, sino que también se contienen los supuestos en los que puede presentarse una transgresión de forma específica. Tal es el caso de los datos personales y la identificación de las personas que, para efectos de esta tesis, son de vital importancia contemplar.

### **Derecho a la privacidad del trabajador frente al control del patrono que involucra su imagen propia y datos personales.**

Según se analizaba en títulos anteriores, el origen y contenido de los derechos de protección de datos e imagen personal guardan una estrecha relación con el derecho a la privacidad e intimidad. Así lo detalla Hernández (2013, citado por Olivos, 2020) cuando explica que “El derecho a la protección de datos personales como derecho autónomo se fundamenta en dos conceptos: «intimidad» y «privacidad».” (p. 84). De hecho, según explica Villalba (2018), si el derecho fundamental a la intimidad personal tutela una esfera de intimidad que comprende aquellos aspectos de la vida privada que el trabajador puede salvaguardar de toda intromisión empresarial, el derecho fundamental a la protección de datos es el que le permite impedir el registro de su actividad a través de las nuevas tecnologías empleadas en la relación laboral (p. 5).

Además, Flores (2019) amplía que los derechos a la intimidad personal y propia imagen forman parte de los bienes de la personalidad, y que estos, a su vez, pertenecen al ámbito de la vida privada, salvaguardando un espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas (p. 373). En adición, la autora explica que, en ese ámbito de la intimidad, la protección del derecho a la propia imagen adquiere un valor más importante debido al desarrollo de los medios de captación, divulgación y difusión de esta, así como de datos personales (Flores, 2019, p. 373).

Por otra parte, es importante analizar cómo las acciones justificadas como parte de la libertad de empresa del patrono pueden afectar directamente al derecho a la intimidad y privacidad del trabajador, esto al involucrar sus datos personales e imagen en la relación laboral sin contemplar aquellos límites que mantienen una proporcionalidad en el ejercicio de los derechos de ambas partes. Primeramente, Prattes (2020) define el derecho a la intimidad del trabajador de la siguiente manera:

[...] el derecho fundamental del trabajador a la intimidad personal implica la existencia de un ámbito propio, reservado, otorgando una facultad negativa o de exclusión que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que se fundamenten en normas constitucionales o legales con base constitucional, o que exista un consentimiento eficaz del trabajador que lo autorice, en tanto corresponde a cada trabajador acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno... (p. 4)

De esta forma, si, aún dentro de la relación laboral, el trabajador conserva sus derechos de protección de datos e imagen personal, este también puede reservar un ámbito propio y personal de la intromisión de terceras personas (en este caso el patrono) y, en todo caso, puede brindar su consentimiento para autorizar a estas el conocimiento de dichos aspectos, que pueden consistir en información personal o el uso de su imagen para satisfacer los intereses comerciales de la parte empleadora.

Así mismo, Anzures (2019) recuerda que el derecho a la intimidad es una prerrogativa que tiene que ser respetada por todas las personas y en todas las relaciones particulares, en especial por los empresarios respecto a sus trabajadores (p. 90). Señala el autor que, hoy en día, el derecho a la intimidad comprende también la protección durante el uso del internet, del correo electrónico, las redes sociales y hasta en la video vigilancia, esto porque el poder de control y vigilancia del patrono va dirigido a la prestación del servicio y a comprobar si se está haciendo la labor de la manera estipulada en el contrato de trabajo (p. 90). Por último, Anzures (2019) explica que el derecho a la intimidad comprende a su vez muchos otros derechos como “la dignidad humana, el derecho al honor, la libertad de expresión, el derecho a la propia imagen, la confidencialidad y la petición” (p. 90).

De la misma forma sucede, por ejemplo, con la instalación de GPS en los vehículos propios de los trabajadores. Indica M. López (2020) que este *software*, por medio del cual el patrono tiene

acceso a localización geográfica de los trabajadores en todo momento e incluso fuera de la jornada laboral, es injustificada y arbitraria. Además, esto constituye una intromisión en la esfera íntima y privada del trabajador porque los reclamantes pueden emplearlo para sus comunicaciones de índole personal o, en muchos casos, ellos solventan los gastos de estos sistemas de telefonía (p. 10).

En Costa Rica, la Dirección de Asuntos Jurídicos del MTSS (2011) se pronuncia en la consulta DAJ-AE-108-11 sobre la instalación de sistemas GPS en los vehículos que pertenecen a los trabajadores y que ellos mismos ponen a disposición para el cumplimiento de la prestación laboral. Al respecto se explicaba que, aunque el patrono tiene el Poder de Dirección de empresa, este poder tiene limitaciones, como disponer de aspectos propios de la persona trabajadora como si fueran de su propiedad, de esta forma, no es procedente obligar al trabajador a instalar este tipo de dispositivos en el vehículo, pues violenta su derecho a la privacidad.

Adicionalmente, si el empleado niega a firmar el contrato sobre el uso del GPS en su vehículo, no se puede establecer sanción en su contra, al ser la pretensión patronal abusiva. Aunque la información enviada a la empresa sea durante las horas de trabajo, el dispositivo reportará a la empresa que lo administra las veinticuatro horas del día, convirtiéndose en una intrusión en la privacidad de los empleados fuera de horas laborales (p. 4).

De hecho, Villalba (2018) explicaba que el derecho a la intimidad adquiere un valor relativo cuando la prestación se realiza en el propio medio tecnológico del patrono, gozando este del derecho a comprobar si su uso se ajusta o no al fin profesional para el cual ha sido proporcionado (p. 13). Es importante recordar que, dentro de las facultades de libertad de empresa, el patrono debe velar por los bienes de esta de forma que pueda prevenir daños patrimoniales.

El problema de utilizar los instrumentos propios del trabajador para asuntos del trabajo, o bien, los instrumentos del trabajo para asuntos personales, es que, como explica Raso (2010, citado por Galvis y Pesca, 2019), si no se respetan los estándares mínimos para proteger la intimidad de los datos personales de los trabajadores, y se genera un tratamiento de estos que no corresponde a los fines establecidos, se pueden incluso conocer los aspectos más reservados de la conducta del empleado (p. 55). De esta forma, y aunque el patrono necesite de los datos personales del trabajador para cumplir con el objeto del contrato de trabajo, por ningún motivo está facultado a limitar el derecho a la privacidad de la información personal de sus trabajadores.

Adicional a lo anterior, la Dirección de Asuntos Jurídicos del MTSS (2009) de Costa Rica explica, en su pronunciamiento DAJ-AE-119-09, que es ilegal instalar cámaras de seguridad para fiscalizar a los trabajadores sin su conocimiento, salvo que sea para garantizar la seguridad pública, y cita como ejemplo el caso de los cajeros de los bancos. Además, el MTSS hace un especial énfasis de prohibición cuando se captan imágenes en los baños, vestidores o camerinos de los trabajadores (p. 7).

Otra práctica recurrente por los empleadores es grabar las conversaciones de sus trabajadores mientras atienden llamadas telefónicas con los clientes, o, en algunos casos, mientras atienden público de forma presencial. No obstante, la Dirección de Asuntos Jurídicos del MTSS (2009) también se refiere al respecto en su pronunciamiento DAJ-AE-177-09, e indica que el patrono estaría abiertamente restringiendo el derecho a la intimidad del trabajador en estos casos y, con ello, violando el artículo 70 del Código de Trabajo (p. 3). En el inciso i) del citado artículo, el legislador dispone que “Ejecutar cualquier acto que restrinja los derechos que el trabajador tiene conforme a la ley” queda absolutamente prohibido a los patronos. En caso de que una situación así se presente, la Dirección recuerda que el trabajador puede demostrarlo y solicitar la ruptura de la relación laboral con responsabilidad patronal en vía judicial, presentando las pruebas que posea y laborando hasta que el juez autorice el término del contrato laboral (p. 3).

Así mismo, el requerimiento de Pruebas de Dopaje por parte del empleador a sus subordinados constituye otra práctica violatoria a la privacidad e intimidad de los trabajadores, así lo ha indicado el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (2012) en su pronunciamiento número DAJ-AE-060-2011, con mucha más razón el obligar al empleado a orinar frente al médico para obtener estos datos personales correspondientes a su salud (p. 46). Aclara la Dirección de Asuntos Jurídicos que la obligación de someterse a exámenes médicos es para casos donde se tiene una certeza de enfermedades contagiosas, incurables o que representen una incapacidad permanente (p. 46). De lo contrario, se debe considerar que este tipo de pruebas constituyen un dato sensible referente a la salud del trabajador y, por ende, se encuentra prohibida su solicitud por considerarse contraria a los principios de la Ley 8968 sobre Protección de las Personas Frente al Tratamiento de sus Datos Personales y los derechos de intimidad y privacidad de los trabajadores.

También, en Costa Rica, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) se pronuncia a cerca de la proporcionalidad que debe existir entre las facultades de libertad de empresa y los

derechos de intimidad del trabajador, en el pronunciamiento DAJ-AE-229-13 de la Dirección de Asuntos Jurídicos, donde sugiere encontrar un punto intermedio para que la parte patronal pueda ejercer sus facultades de vigilancia sin vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores; específicamente sus derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones electrónicas (p. 5). Primero, sugiere que el empleador establezca con absoluta claridad y transparencia el uso que debe dársele a las herramientas de trabajo, o deberá respetar las comunicaciones del correo de la empresa. Para la recopilación de pruebas sobre un incumplimiento del trabajador, el patrono no puede revisar la computadora o correo electrónico cuando quiera ni de cualquier forma, debe hacerse con autorización del trabajador y estando este presente, pues el ordenador está sujeto al derecho a la privacidad de correspondencia, de lo contrario se corre el peligro de que se declare como prueba espuria y no se trate de una causal legítima de despido (p. 5).

Por último, es importante enfatizar en el contenido del poder de control del patrono para determinar si existe o no una intromisión en la privacidad del empleado. Para un mejor entendimiento, Villalba (2018) explica que, si el control ha recaído sobre el flujo de las comunicaciones o se ha adentrado en el contenido de estas, el grado de afectación hacia la intimidad del trabajador dependerá de si se han involucrado todas, una parte, quiénes hayan tenido acceso a las mismas y, una vez determinado el alcance de la injerencia empresarial, llega la hora de justificarla (p. 15).

### **Derechos digitales: contexto contemporáneo de la participación digital**

Además de los derechos a la protección de datos, imagen personal y privacidad e intimidad, también es importante estudiar, en un contexto actual, la participación de las tecnologías de la información en el derecho. Así como su influencia que ha originado un catálogo de nuevos derechos digitales y que se han reconocido poco a poco, en varios ordenamientos jurídicos, alrededor del mundo. Sin embargo, para efectos de la presente investigación, será importante hacer un énfasis en aquellos derechos digitales que se involucran en la relación laboral a raíz de los poderes de control del patrono que, como indicaba Villalba (2018) anteriormente, pueden recaer sobre los flujos de comunicaciones del trabajador.

González (2018, citado por Galindo, 2019) comenta que, ante los nuevos escenarios en la sociedad del siglo XXI, donde las tecnologías de información y comunicación (TIC) son parte de

la vida cotidiana, los derechos humanos de cuarta generación surgen para recompensar la práctica de los derechos de primera, segunda y tercera generación, ya con los nuevos entornos digitales (p. 2).

Además, Bustamante (2001, citado por Galindo, 2019) explica que la cuarta generación de los derechos humanos corresponde a aquella expansión de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en el ciberespacio que dota de nuevos sentidos y formas a los derechos desde internet (p. 2). Por otro lado, Bertoni (2012, citado por Galindo, 2019), además de ampliar los aspectos citados, manifiesta que los derechos digitales tienen otra función, que corresponde a garantizar la libertad de expresión y privacidad de los usuarios, la protección a los derechos de autor, el acceso al conocimiento sin restricciones como la vigilancia, la censura, el bloqueo de contenidos y las leyes que silencian el disenso (p. 3).

Con respecto a la definición de derechos digitales, Bizberge y Segura (2020) explican que estos son derechos ya reconocidos, pero aplicados a las nuevas tecnologías:

Los derechos digitales implican la protección y realización de derechos existentes como el derecho a la privacidad, al acceso a la información, o a la libertad de expresión en el contexto de las nuevas tecnologías digitales y de conectividad. Son los de acceder, usar, crear y publicar por medios digitales así como acceder y utilizar dispositivos electrónicos y redes de telecomunicaciones. (p. 63)

De esta forma, mediante los derechos digitales, los usuarios de la internet y otras tecnologías de la información pueden proteger los datos que se intercambian durante la navegación, así como garantizar su acceso sin discriminación y su privacidad. Incluso, Rallo (2020) explica cómo algunos ordenamientos jurídicos, como el de Francia, han acuerpado los derechos digitales de manera que protegen varias esferas de los usuarios, de las diversas tecnologías de información, incluyendo su protección hasta el ámbito laboral:

Francia se ha convertido en un modelo de referencia y su legislación opera en todos los ámbitos: garantizando la dimensión prestacional mediante la neutralidad de la red, con un derecho de acceso universal sin brechas socioeconómicas, geográficas o por condiciones de vulnerabilidad; promoviendo el acceso al conocimiento digital mediante una estrategia decidida de open data; fortaleciendo derechos tradicionales como el de protección de datos

o el secreto de las comunicaciones; incidiendo en el ámbito laboral mediante el derecho a la desconexión; persiguiendo conductas delictivas, y garantizando nuevos derechos como el de portabilidad o la muerte digital. La relevancia de estas iniciativas radica en que los poderes públicos franceses, lejos de sucumbir a los ineficientes impulsos autoregulatorios [*sic*], han otorgado rango legal a estos derechos y a las obligaciones que derivan de los mismos. (p. 111)

Ahora bien, a continuación, se analizará el catálogo de derechos digitales, algunas de sus fuentes normativas y aquellas que tienen una influencia directa en un contrato de trabajo que implemente instrumentos tecnológicos para la ejecución de la prestación laboral.

### **Derecho a la desconexión digital.**

Con respecto al derecho a la desconexión digital, el autor Gutiérrez (2020) analiza si se trata de un derecho de los trabajadores o más bien una obligación empresarial. Primeramente, define Gutiérrez (2020) que “la designación como derecho, que es la tesis mayoritaria adoptada por los distintos legisladores que han regulado la desconexión digital, reconoce la facultad de cualquier trabajador a desconectarse digitalmente de sus obligaciones laborales fuera del horario de trabajo” (p. 5). Es decir, el derecho a la desconexión digital garantiza al trabajador un tiempo de descanso en el cual puede abandonar el uso de los instrumentos tecnológicos para el cumplimiento de la prestación laboral fuera de su horario habitual.

Además, Gutiérrez (2020) señala que el derecho a la desconexión digital viene a favorecer la salud de los trabajadores, evitando que se les exija una conexión permanente. De esta forma el citado derecho se convierte más bien en una prohibición empresarial:

Los riesgos que la permanente conexión tecnológica genera para la salud de los trabajadores exigen una actuación normativa que impida que las personas empleadoras puedan requerir una conexión permanente con el entorno de trabajo. Y la forma más efectiva de introducir este enfoque transita en torno al establecimiento de una prohibición empresarial que constate explícitamente la imposibilidad de que el empresario pueda ordenar la utilización o consulta de medios digitales fuera del tiempo de trabajo. (p. 5)

De esta forma, Gutiérrez (2020) concluye que “un carácter imperativo de una obligación empresarial” (p. 5) sería el término más acorde con la finalidad que persigue el derecho a la

desconexión digital, ya que “omite el carácter optativo del derecho —o la decisión de no ejercer este para evitar represalias empresariales— y lo transforma en una imposición normativa insalvable que admitiría un mayor control de su cumplimiento por parte de los poderes públicos” (p. 5).

Por otra parte, Serrano (2018) observa que el derecho a la desconexión digital se encuentra contenido en el título X, artículo 88, de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales o Ley Orgánica 3/2018 de España, donde, además, se encuentra un amplio listado de otros derechos digitales. Serrano (2018) explica que:

En concreto, la Ley Orgánica 3/2018 establece que los trabajadores/as y los empleados/as públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar, debiéndose preservar dicho derecho, en particular, en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas (teletrabajo). (pp. 226-227)

Así mismo, el derecho a la desconexión digital se localiza en la Carta de Derechos Digitales de España, en el capítulo 4 de derechos del entorno laboral, capítulo XIX, inciso 2 a). Esta Carta de Derechos Digitales fue adoptada el 14 de julio del 2021 por el Gobierno español con el fin de incorporar criterios interpretativos que se podrían aplicar y servir de base para proyectos legislativos, es decir, no incorpora obligaciones jurídicas y no configura nuevos derechos fundamentales, sino que perfila los más relevantes en el entorno con base en la normativa vigente, como la Ley Orgánica 3/2018 o el Real Decreto-ley 28/2020 sobre trabajo a distancia (Carta de Derechos Digitales, 2021, p. 5).

Por otra parte, Rallo (2020) amplía que otros países como Francia (apartado 7, art. L. 2242-8 del Código de Trabajo), Italia (apartado 1, art. 19 de la L. 22 maggio 2017) y Bélgica (art. 16 de la Loi del 26 de marzo 2018) han regulado el derecho de los trabajadores “a su tiempo de descanso y vida privada sin la intrusión protagonizada por la omnipresencia de lo digital en el mundo laboral” (p. 121).

En nuestro país, la Ley No.9738 del 18 de septiembre de 2018, denominada Ley para Regular el Teletrabajo, establece, en su artículo 9, inciso d), que es obligación del trabajador cumplir con el horario establecido (jornada laboral) y estar disponible para el patrono dentro del mismo. Sin embargo, el 28 de septiembre del 2020 la diputada Aida Montiel presentó a la Asamblea Legislativa el proyecto de ley No. 22.230, en el que se pretende reformar el citado artículo, y agregar:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior y con el fin de garantizar el respeto de su tiempo de descanso, vacaciones, permisos y su intimidad personal y familiar, la persona teletrabajadora, tendrá derecho a la desconexión digital fuera de la jornada u horario establecido, salvo que se trate de situaciones imprevistas y urgentes. (p.1)

Con esta reforma, Costa Rica estaría implementando el derecho a la desconexión digital y favoreciendo el goce del derecho de privacidad e intimidad para los trabajadores. No obstante, el proyecto de ley aún se encuentra en tramitación.

**Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral: videovigilancia, grabación de sonidos y sistemas de geolocalización.**

Además del derecho a la desconexión digital como garante de un espacio íntimo para el trabajador tras finalizar su jornada laboral, también la intimidad se categoriza como un derecho digital mientras los trabajadores se encuentran ejecutando su prestación laboral. Por ejemplo, Galindo (2019) explica que, al interactuar con diversos servicios de internet, los usuarios intercambian datos de diversa índole durante la navegación, y el control sobre su procedencia y destino se denomina “privacidad en internet” (p. 8). De esta forma, algunos de los principios de los derechos digitales asociados al derecho a la intimidad son, según Galindo (2019), “la privacidad de los datos, el anonimato en la red y la vigilancia que ejercen determinados actores sobre los usuarios. De manera que, “desde esta perspectiva, internet es una esfera privada que tiene consecuencias públicas” (p. 8).

Si bien en secciones anteriores ya se ha abarcado el papel de la implementación de dispositivos de captación de imagen/video, sonido y localización en la relación laboral, en el caso de España, la Ley Orgánica 3/2018 incorpora, en su artículo 87, el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral propiamente como un derecho digital; en el numeral 89

enfatisa en esa intimidad cuando se incorporan sistemas de videovigilancia y grabación de sonidos, y, en el artículo 90, regula la intimidad ante el uso de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral.

De igual forma, la Carta de Derechos Digitales, en su capítulo 4 de Derechos en el Entorno Empresarial, artículo XIX de Derechos en el ámbito laboral, inciso 2 b), incorpora el derecho a la intimidad personal y familiar con respecto al honor, la propia imagen, datos, secreto de las comunicaciones en los dispositivos digitales, videovigilancia, de grabación de sonidos, herramientas de monitoreo, datos biométricos, analítica de redes sociales, procesos de toma de decisión en recursos humanos y otras relaciones laborales. Entonces, la recomendación de la carta es ampliar esta protección de derechos digitales hasta que comprenda el derecho que tiene el trabajador de conocer la presencia de estos dispositivos, la captación de información y el tratamiento que se le da a la misma, e incluso los algoritmos y parámetros que se utilizan para la toma de decisiones dentro de la empresa.

En caso de Costa Rica, en el artículo 8 de la Ley No.9738 para regular el teletrabajo, se garantizan los derechos de intimidad y dignidad de los trabajadores al exigir que el patrono solamente pueda acceder a la información contenida en los dispositivos facilitados para el teletrabajo cuando la persona trabajadora se encuentre presente.

### **Derecho a la neutralidad de internet.**

Según Wu (2003, citado por Bizberge y Segura, 2020), el derecho digital a la neutralidad de la red establece que “todos los contenidos que circulan por Internet deben recibir el mismo trato y no ser discriminados por su origen, uso o aplicación” (p. 64). De igual forma, Bizberge y Segura (2020) explican que, mediante este derecho, “se promueve especialmente el libre acceso –con un reconocimiento de los derechos de autor compatible con el libre acceso- y la producción colaborativa que la tecnología permite” (p. 64).

En caso de España, la Ley Orgánica 3/2018 contempla, en su artículo 80, que los usuarios tienen derecho a la neutralidad de internet, y que, para ello, los proveedores de estos servicios proporcionarán una oferta transparente sin discriminación por motivos técnicos o económicos. Sin embargo, la Carta de Derechos Digitales es más amplia, pues, en su capítulo 3 de Derechos de Participación y de Conformación del Espacio Público, el artículo XIII recomienda que sea

prioridad de los poderes públicos garantizar que los proveedores de servicios traten el tráfico de datos de manera equitativa y sin discriminación.

En Costa Rica, la norma general aplicable corresponde a la Ley No. 8642, denominada Ley General de Telecomunicaciones, que, en su artículo 3 inciso h), contempla la “neutralidad tecnológica” como una posibilidad que tienen los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones para escoger las tecnologías por utilizar, siempre que dispongan de estándares comunes y garantizados.

### **Derecho al acceso universal de internet.**

Además de la garantía de que todos los contenidos que circulan por la red reciban el mismo trato, y estos no sean discriminados por su origen, uso o aplicación, también es necesario garantizar su acceso a toda persona de forma igualitaria. Es por esto que se reconoce el derecho al acceso universal de internet.

De hecho, Prince (2020) cita un caso del Consejo Constitucional de Francia, Décision n°2009-580 DC del 10 de junio 2009, donde se considera que el acceso al servicio de Internet se encuentra subsumido en el derecho a la libertad de expresión, derivado a su vez de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre del año 1789. Adicionalmente, según Prince (2020), el Consejo Constitucional francés estima que los servicios de prestación de Internet no solo deben ser facilitados por tratarse de elemento de carácter generalizado, sino también porque influyen en la vida democrática, la expresión de ideas y de opiniones (p. 9).

Además del caso de Francia, Prince (2020) indica que en Grecia ya se incorpora, con rango constitucional, el acceso a la información electrónica como un derecho fundamental en la esfera de los Derechos Sociales e Individuales, no sin antes hacer la excepción del resguardo legal debido a asuntos de seguridad nacional, combate contra el crimen o protección a intereses de terceros (p. 10).

En el caso de España, la Ley Orgánica 3/2018 contempla directamente, en su artículo 81, el derecho digital de acceso a internet independientemente de su condición personal, social, económica o geográfica, de forma universal, asequible, de calidad y no discriminatoria, tanto para hombres como para mujeres de todas las edades, atendiendo la realidad de las zonas rurales y de las personas con necesidades especiales. Asimismo, en la Carta de Derechos Digitales, se dedica

el capítulo segundo a recomendar la aplicación de los derechos de igualdad y acceso en el entorno digital.

En Costa Rica, la norma general aplicable corresponde a la Ley No. 8642, denominada Ley General de Telecomunicaciones, que, en su artículo 2, garantiza a todos los habitantes el obtener servicios de telecomunicaciones, así como promover su desarrollo enfatizando en temas de cobertura y mejoras en la calidad. Adicionalmente, en el artículo 3 se incorpora el principio de universalidad que garantiza una prestación mínima a todos los habitantes del país sin discriminación alguna.

### **Derecho a la seguridad digital.**

No obstante, no solo basta la garantía de un acceso a toda clase de contenido o una navegación en una red neutral sin la seguridad de los datos que se están enviando o recibiendo. Rallo (2020) comenta que la seguridad en el uso de la red es un elemento consustancial a su uso, expansión y pervivencia, siendo una condición básica para generar confianza y credibilidad a riesgo de debilitar sus potencialidades y quebrar su cometido existencial (p. 113).

Tal es el caso de Perú, donde se publicó la Ley N°1412 denominada Ley de Gobierno Digital en el 2018, la cual define la seguridad digital, en su artículo 30, como el estado de confianza en el entorno digital que resulta de medidas proactivas y reactivas frente a los riesgos que afectan la seguridad de las personas. De esta forma, se pretende que los usuarios de la red naveguen seguros al aplicar medidas para proteger sus datos de riesgos económicos, sociales y hasta relativos a la seguridad nacional.

Por otra parte, en España, la Ley Orgánica 3/2018, artículo 82, define el derecho a la seguridad digital para las comunicaciones que transmiten los usuarios, incluyendo a los proveedores de los servicios de internet como informantes de los derechos que posee toda persona que acceda a su red. Así mismo, la Carta de Derechos Digitales, en su artículo XIX, ofrece un avance en materia laboral al establecer la obligación de informar a las personas trabajadoras respecto de las condiciones del uso de los entornos digitales destinados a la prestación laboral, con especial atención a aquellas obligaciones para garantizar la seguridad y la resiliencia de los sistemas.

En Costa Rica, la Ley No. 8642, en su artículo 42, también establece una obligación hacia los operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones de adoptar las medidas técnicas y administrativas idóneas para garantizar la seguridad de las redes y sus servicios.

### **Derecho al olvido en internet.**

Además de poder acceder y navegar de forma segura en la red, el usuario debería tener la potestad de decidir si los datos que ha ingresado durante su navegación deben ser eliminados. Es por esto que también se consagra el derecho al olvido en internet en algunos ordenamientos, por ejemplo, Rallo (2020) destaca que el derecho al olvido viene a establecer límites al derecho a informar en internet, y aunque no tiene una proyección exclusiva en los medios de comunicación digitales, su verdadero alcance se proyecta sobre datos personales publicados en cualquier plataforma digital. Por este motivo, la depuración en internet adquiere sentido para aquellas informaciones personales cuya finalidad original caduca con el transcurso del tiempo; pero, si gozan de interés público, el conflicto entre el derecho del titular a su supresión y el derecho de la sociedad a acceder la información entra en conflicto (pp. 118-119).

Por otra parte, Corral (2017) comenta que el derecho al olvido en internet ha adquirido una nueva modalidad de aplicación que consiste en la posibilidad de exigir que se elimine de la web información del pasado relacionada con alguna persona que, aunque siendo veraz y legítimamente obtenida, se considere inútil para el público y perjudicial para el interesado tras el transcurso de del tiempo (p. 6). No obstante, menciona Corral (2017) que, si los datos son reproducidos a la vez por otras fuentes de la web, eliminarlos no implica su desaparición total en la red, por lo que se plantea entonces la interrogante de si la persona afectada realmente puede ejercer el derecho al olvido, no sólo de la fuente directa, sino de los resultados que se enlazan a esta (pp. 6-7).

De hecho, la Ley Orgánica 3/2018 de España incluye el derecho al olvido tanto para las búsquedas en internet (artículo 93) como para las redes sociales y equivalentes (artículo 94). En cuanto al derecho al olvido en búsquedas en internet, la Ley Orgánica 3/2018 se refiere a eliminar de los motores de búsqueda las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona o los enlaces publicados y vinculados a esta cuando no son exactos, pertinentes, actualizados, etc. Por otro lado, respecto a las redes sociales y equivalentes, las personas tienen derecho a que se supriman los datos que publicaron en determinada red social

o que terceros facilitaron para publicar sobre estas cuando fueren inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos, etc.

En nuestro país, la Ley No.8968 sobre Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales regula el derecho de supresión de datos personales, incluso establece, en el artículo 6, que no serán conservados los datos personales que puedan afectar a su titular una vez transcurridos diez años desde la fecha de ocurrencia de los hechos registrados.

### **Derecho de rectificación en internet.**

Seguidamente, explica Rallo (2020) que el derecho al olvido en redes sociales y servicios equivalentes supone una concreción del derecho de supresión, que a su vez se encuentra amparado por el principio de calidad de los datos al resultar afectados por el transcurso del tiempo (exactitud, pertinencia, actualización) y, por ende, se instrumentaliza por medio del derecho de supresión, rectificación y oposición en atención a las circunstancias personales que afectan al solicitante. (p.120)

Según Carmona (2010, citado por Ortega y Forero, 2018), el derecho de rectificación se resume de la siguiente manera:

En la facultad que tiene toda persona, ya sea física o jurídica de solicitar la rectificación de los hechos –las legislaciones difieren en el sentido de que sean hechos únicamente o también opiniones– que la aludan, por considerarlos inexactos y puedan perjudicarla. La rectificación se hará en el mismo medio de comunicación, aunque esto no es regla general; la publicación será gratuita y se imprimirá, o en su caso, se realizará en la emisión siguiente a aquélla que generará la rectificación. (p. 133)

De esta forma, Ortega y Forero (2018) resaltan la importancia de que se realice el comunicado en condiciones de equidad para la materialización del derecho de rectificación, es decir, en las mismas condiciones, medios, alcance y tiempo en los cuales se divulgó la información que ocasionó la vulneración de un derecho fundamental. Además, recuerdan que el derecho de rectificación tiene como finalidad restablecer o preservar los derechos que se vieron afectados (p. 134).

Ahora bien, de nuevo España cumple un papel importante en la regulación de los derechos digitales, pues, en la Ley Orgánica 3/2018, artículo 85, se contempla la rectificación en internet. En primer lugar, se garantiza la libertad de expresión. Seguidamente, se establece que los responsables de las redes sociales deberán disponer de protocolos adecuados para que las personas puedan ejercer el derecho a rectificarse en caso de que, con sus publicaciones, atenten contra el derecho de honor e intimidad personal y/o familiar de otros usuarios. Así mismo, una vez recibida una solicitud de rectificación, los medios deberán publicarla a modo de aviso aclaratorio. Además, en la Carta de Derechos Digitales también se contempla el derecho de rectificación dentro del artículo III como uno de los extremos del derecho de protección de datos.

En Costa Rica, la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, No.8968, con respecto al principio de calidad de la información, que se encuentra contenido en el artículo 6 y en el numeral 7, regula el derecho de rectificación de datos personales, pero en bases de datos manuales o automatizadas.

#### **Derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales.**

Otro de los derechos digitales que se ha incorporado recientemente es el derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales. De hecho, la legislación española sigue siendo ejemplo en materia de protección de datos y derechos digitales al incorporar, en su Ley Orgánica 3/2018, artículo 86, el derecho a solicitar motivadamente la inclusión de un aviso de actualización en los medios digitales, de manera suficientemente visible, junto a las noticias que le conciernen a una persona cuando la información contenida no refleje su situación actual tras la publicación, causándole un perjuicio. Adiciona este numeral que procederá la actualización cuando las informaciones se refieran a actuaciones policiales o judiciales que, posteriormente, se hayan visto afectadas en beneficio del interesado, siendo así, el aviso hará referencia a la decisión posterior.

Así mismo, el derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales se integra en la Carta de Derechos Digitales de España en el numeral XV que tutela el Derecho a recibir libremente información veraz.

Sobre el contenido del derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales, L. Ruiz (2020) explica que la regulación apunta principalmente a

supuestos de informaciones inequívocamente perjudiciales, en específico asuntos judiciales negativos para la persona aludida, y que luego son resueltas favorablemente. Además, amplía el autor que la protección de este derecho no se limitará a estas concretas situaciones, porque al igual que el derecho al olvido, el derecho a la actualización cuenta con un campo de acción más amplio, pero naturalmente incide de manera especial en esos casos que han ofrecido argumentos más convincentes a la hora de defender el derecho a la protección de datos personales como límite a la libertad de información activa y pasiva (párr. 8).

Además, analiza el autor L. Ruiz (2020) que el derecho a la actualización entra en tutela, como último recurso, de aquellas situaciones en las que no es viable el derecho al olvido u otro instrumento jurídico por la proyección pública de la persona interesada, por el tiempo transcurrido desde la información cuestionada o por cualquier otra circunstancia que excluya la posibilidad de retirar el enlace de los buscadores generales (párr. 15).

### **Derecho a la portabilidad.**

En adición a los derechos que se han venido analizando, también se enumera el derecho a la portabilidad como uno de los derechos digitales. Sobre su contenido, Rallo (2020) explica que la Comisión Europea pretendía reforzar el control sobre los datos personales en el mundo online garantizando un derecho a retirar datos, como fotografías o listas de amigos de una aplicación o de un servicio, y transferirlos a otra aplicación o servicio siempre que fuera técnicamente posible y sin que los responsables del tratamiento lo impidan (p. 114).

En España, la Ley Orgánica 3/2018 garantiza el Derecho de portabilidad en servicios de redes sociales y servicios equivalentes, pues indica que los usuarios de estos servicios tendrán derecho a recibir y transmitir los contenidos que hubieran facilitado, así como a los que se transmitan directamente a otro prestador designado por el usuario siempre que sea técnicamente posible.

De igual manera, en la Carta de Derechos Digitales de España, se garantiza el derecho digital a la portabilidad en cuanto a las informaciones sobre la ciudadanía con la Administración Pública (artículo XVIII), también de forma específica respecto a su expediente de salud (artículo XXIII) y, en general, como parte de su derecho a la protección de datos personales (III).

En Costa Rica, la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL, 2017) se ha referido respecto a la Portabilidad Numérica, que en este país es un derecho gratuito de los usuarios, establecido en la Ley General de Telecomunicaciones, Ley No.8642. Se define como único requisito ser el dueño de la línea y que esta no esté asociada a un plan donde se haya subsidiado el aparato telefónico (párr. 4). Además, indica la SUTEL (2017) que la Portabilidad Numérica empezó a regir en el país el 30 de noviembre del 2013, y les garantiza a los usuarios trasladarse a la empresa que les ofrezca mejores opciones (párr. 5).

De esta forma, el artículo 45 de la Ley No.8642 establece que son derechos de los usuarios finales de telecomunicaciones “mantener sus números de teléfono sin menoscabar la calidad, confiabilidad o conveniencia cuando cambie entre proveedores de servicio similares” (inciso 17) y “usar igual número de dígitos para acceder a un servicio similar de telecomunicaciones, independientemente del proveedor del servicio que haya elegido el usuario final” (inciso 18).

### **Derechos digitales en la negociación colectiva.**

Para iniciar, de acuerdo con Serrano (2018), la negociación colectiva es instrumento que entraña el acuerdo entre los antagonistas sociales, contraponiéndose a la voluntad unilateral de la empresa de elaborar una política interna, por ejemplo, sobre el derecho a la desconexión digital (p. 227). Así mismo, comenta la autora que la normativa española contempla una regulación descafeinada del derecho a la desconexión desde la perspectiva de la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores, porque no se impone un deber de negociar sobre dicho derecho digital (Serrano, 2018, p. 228).

También explica Serrano (2018) que la regulación de los derechos digitales en el ámbito laboral se cierra con la expresa habilitación a la negociación colectiva, de esta forma se pueden establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y los derechos digitales en el ámbito laboral (p. 228).

En cuanto a la normativa vinculante, en España la Ley Orgánica 3/2018, en su artículo 88 inciso 2) sobre la desconexión digital, el legislador dispuso que las modalidades de ejercicio de este derecho se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Además, en el artículo 91, se establece de forma más general que los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos

relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y sus derechos digitales. Esto se establece de la misma forma en la Carta de Derechos Digitales de España, en el capítulo 4 de Derechos del Entorno Laboral y Empresarial, artículo XIX de derechos en el ámbito laboral, inciso 5.

### **CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO**

En el presente capítulo se abordará el marco metodológico, donde se desarrollarán los lineamientos que se llevaron a cabo para responder a la pregunta de investigación, abordar el problema y cumplir con los objetivos generales y específicos de la presente tesis, así como las técnicas aplicadas para la recopilación de información y análisis de esta.

#### **Enfoque de la Investigación**

La presente tesis contiene un enfoque cualitativo que, según Aranzamendi, L. (2015) citado por Nizama, L. y Nizama, M. (2020), significa que:

[...] está orientada principalmente hacia la descripción y la comprensión de una situación o fenómeno (caso del Derecho) a diferencia de la cuantitativa que se centra en la cuantificación, predicción y control. En la investigación cualitativa -el precitado autor agrega- que el conocimiento se construye, no se descubre. Con regularidad se tiende a observar, a describir e interpretar lo que se encuentra en los datos (documentales o no), y solo tiene sentido para esa situación o contexto determinado. (p. 76)

Por lo tanto, para esta investigación es fundamental un enfoque cualitativo, ya que sus objetivos apuntan a un trabajo exploratorio de indagación. De esta forma, se deben examinar hechos, doctrina, legislación y jurisprudencia para luego desarrollar la teoría que requiere el objetivo general. Además, se requiere profundizar en los conceptos que derivan de los objetivos específicos y construir nuevos a partir de las corrientes doctrinales descubiertas, por lo tanto, es determinante un enfoque cualitativo.

#### **Diseño de la Investigación**

Con respecto al diseño metodológico, esta tesis contiene un diseño transversal o transeccional porque, según Hernández-Sampieri y Mendoza (2018), “los diseños transeccionales o transversales recolectan datos en un solo momento, en un tiempo único” (p. 176). Entonces, este diseño es el adecuado ya que, para esta investigación, se pretende estudiar los alcances de la legislación y otras fuentes de derecho en materia de derecho de imagen, protección de datos, privacidad, libertad de empresa y su aplicación en las relaciones laborales en un tiempo determinado.

Además, la presente tesis posee un diseño analítico, que para Hernández-Sampieri y Mendoza (2018) “depende del planteamiento del problema” (p. 322). Así pues, es necesario un diseño analítico porque esta tesis pretende indagar el fondo del problema planteado para aportar recomendaciones a raíz del estudio desarrollado y del contexto que rodea la investigación.

Por otra parte, esta investigación se desarrolla en un diseño prospectivo, porque, según indica Álvarez (2020), “es prospectivo cuando el fenómeno a estudiarse tenga la causa en el presente y efecto en el futuro. En los estudios descriptivos también puede referirse a eventos que ocurrirán en el futuro” (p. 4). Se requiere de un diseño prospectivo para este estudio porque se analizará el problema actual, junto con la información que se ha emitido hasta el momento, pero también es necesario estudiar su efecto a futuro para garantizar una utilidad prolongada.

Por último, la presente tesis cuenta con un diseño prolectivo. Según Álvarez (2020), un diseño prolectivo se asocia al “estudio en el cual a información se obtendrá según los criterios del investigador y para los objetivos determinados de la investigación” (p. 5). Lo anterior se ajusta a esta tesis porque se requiere indagar fuentes relacionadas a los objetivos específicos para luego hacer el énfasis necesario que permita concluir el objetivo general.

### **Variables o Unidades de Análisis**

Objetivos	Variables o categorías	Definición Conceptual	Definición Operacional	Definición Instrumental
Localizar el marco jurídico de la protección de datos personales del trabajador desde la etapa precontractual, durante la relación laboral y hasta la disolución del vínculo.	Protección de datos personales	Medidas que pretenden garantizar una tutela jurídica a la información restringida, irrestricta y sensible de los trabajadores	Condiciones en las cuales es legal el requerimiento, captación y tratamiento de datos personales  Aplicación de las leyes en materia de protección de datos personales	Revisión documental  Estudio de caso
	Etapa precontractual, relación laboral y periodo posterior a la	Comprende la fase de reclutamiento y selección de personal, el inicio de la relación laboral tras la contratación y los	Responsabilidad del patrono como administrador de los datos que obtiene de sus empleados y su tratamiento	Revisión documental

	disolución del vínculo laboral.	acontecimientos tras la renuncia, despido o muerte del empleado	Derechos que protegen los datos personales de los trabajadores	Estudio de caso
Contrastar el derecho a la privacidad de los trabajadores, en cuanto al tratamiento de sus datos personales, cuando el patrono ejerce la libertad de gestión de su empresa.	Derecho a la privacidad de los trabajadores	Protección a la esfera del individuo ante las intrusiones de terceros	Alcances del derecho a la privacidad e intimidad de los trabajadores  Supuestos donde las acciones de control y vigilancia de los patronos implican una intromisión en la privacidad de sus empleados	Revisión documental  Estudio de caso
	Tratamiento de datos personales	Toda acción que pretenda recopilar, organizar, difundir, transmitir, almacenar, modificar o utilizar información personal	Condiciones en las que es lícito tratar datos personales del trabajador para el funcionamiento de la relación laboral  Operaciones y procedimientos que el patrono puede o no puede realizar con los datos personales de sus empleados	Revisión documental  Revisión documental
	Libertad de gestión de empresa	Facultad de cualquier persona de emprender una actividad comercial con fin de incrementar su patrimonio	Alcances del derecho a la libre gestión de empresa en la relación laboral  Límites al patrono cuando ejerce la libre gestión de su empresa	Revisión documental  Estudio de caso
	Tutela al derecho de	Protección a la información perteneciente a personas	Alcances de la protección del derecho de imagen en la relación laboral	Revisión documental

trabajadores como parte de los extremos que comprende la protección de datos personales.	imagen de los trabajadores	físicas y que facilita su identificación	Límites al patrono respecto al uso de la imagen personal o sobre los requerimientos de cambio en la apariencia de sus trabajadores	Estudio de caso
	Protección de datos personales	Derecho a través del cual se pretende que las personas controlen el flujo de su información personal, decidiendo sobre cómo y quienes pueden tratarla o utilizarla	Extremos que comprende el derecho de protección de datos personales  Protección de la propia imagen como un dato personal	Revisión documental  Estudio de caso

### Instrumentos

En caso de los instrumentos o técnicas, indica Hernández-Sampieri y Mendoza (2018) que tienen su finalidad “para medir toda clase de variables y en algunos casos puedes combinar varias técnicas de recolección de los datos” (p. 250). Así mismo, los autores indican que “entre las principales técnicas e instrumentos de recolección de datos se encuentran los diversos tipos de observación, diferentes clases de entrevista, estudio de casos, historias de vida, historia oral, entre otros” (Hernández-Sampieri y Mendoza, 2018, p. 520).

Siendo así, para la presente tesis se utilizarán los instrumentos definidos a continuación:

Objetivos	VARIABLES	Técnica	Instrumento	Sujetos y Fuentes de Información y muestra
Localizar el marco jurídico de la protección de datos personales del trabajador desde la etapa precontractual, durante la relación	Protección de datos personales	Revisión documental	Matriz de análisis	Legislación en materia de protección de datos personales
		Estudio de caso	Matriz de variables del estudio de caso	Jurisprudencia sobre casos de violación a la protección de datos personales con énfasis en la relación laboral
	Etapa precontractual, relación laboral y	Revisión documental	Matriz de análisis	Legislación sobre la responsabilidad del patrono como administrador de los datos de sus empleados y de su tratamiento

laboral y hasta la disolución del vínculo.	periodo posterior a la disolución del vínculo laboral.	Estudio de caso	Matriz de variables del estudio de caso	Jurisprudencia sobre casos donde se vean involucrados los derechos que protegen los datos personales de los trabajadores e instrumentos jurídicos para proteger los mismos
Contrastar el derecho a la privacidad de los trabajadores, en cuanto al tratamiento de sus datos personales, cuando el patrono ejerce la libertad de gestión de su empresa.	Derecho a la privacidad de los trabajadores	Revisión documental  Estudio de caso	Matriz de análisis  Matriz de variables del estudio de caso	Legislación sobre el derecho a la privacidad e intimidad de los trabajadores con énfasis en datos personales e imagen propia  Jurisprudencia sobre casos donde las acciones de control y vigilancia de los patronos implican una intromisión en la privacidad de sus empleados
	Tratamiento de datos personales	Revisión documental  Revisión documental	Matriz de análisis  Matriz de análisis	Legislación sobre tratamiento de datos personales del trabajador  Legislación sobre operaciones y procedimientos que el patrono puede o no puede realizar con los datos personales de sus empleados
	Libertad de gestión de empresa	Revisión documental  Estudio de caso	Matriz de análisis  Matriz de variables del estudio de caso	Legislación sobre los alcances del derecho a la libre gestión de empresa en la relación laboral  Jurisprudencia sobre casos donde se evidencien los límites al patrono cuando ejerce la libre gestión de su empresa
Reafirmar la tutela al derecho de imagen de los trabajadores como parte de los extremos que comprende la protección de	Tutela al derecho de imagen de los trabajadores	Revisión documental  Estudio de caso	Matriz de análisis  Matriz de variables del estudio de caso	Legislación sobre protección del derecho de imagen en la relación laboral  Jurisprudencia sobre casos donde se involucra la imagen y apariencia personal del trabajador en el vínculo laboral
	Protección de datos personales	Revisión documental	Matriz de análisis	Legislación sobre los extremos que comprende el derecho de protección de datos personales

datos personales.		Derecho comparado	Matriz de análisis	Análisis sobre como otros ordenamientos jurídicos integran explícitamente la tutela de la imagen personal como uno de los extremos que comprende la protección de datos personales
-------------------	--	-------------------	--------------------	--

### ***Revisión documental***

El instrumento base para el desarrollo de esta tesis será la revisión documental, que según Quintana (2006, citado por Sánchez et al., 2021) constituye “el punto de entrada a la investigación, incluso en ocasiones es el origen del tema o problema de investigación. Los documentos fuente pueden ser de naturaleza diversa: personales, institucionales o grupales, formales o informales” (p. 118).

Siendo así, esta tesis, por su enfoque cualitativo, requiere de un amplio análisis de documentos como doctrina, legislación nacional e internacional, jurisprudencia para conocer el pronunciamiento de los juzgadores sobre todas las temáticas que involucra esta investigación, dictámenes de instituciones públicas, revistas de derecho, tesis y otras investigaciones. Todos estos instrumentos, como fuentes de información, darán base a los conceptos y diferentes corrientes que enriquecerán el estudio.

### ***Estudio de caso***

De igual forma, es fundamental para esta tesis aplicar el estudio de caso que, según Chaves (2012, citada por Rivera y García, 2021) corresponde a “una investigación empírica que investiga un fenómeno contemporáneo en su contexto real, donde los límites entre el fenómeno y el contexto no se muestran de forma precisa, y en el que múltiples fuentes de evidencia son utilizadas” (p. 273), y cuya finalidad, dice Chaves (2012), es “analizar el fenómeno objeto de estudio en su contexto real, utilizando múltiples fuentes de evidencia, cuantitativas y/o cualitativas simultáneamente” (Rivera y García, 2021, p. 273).

De esta forma, mediante el estudio de casos, esta investigación podrá contar con un enfoque basado en el contexto real que necesita. Mediante este instrumento se podrán obtener distintas variantes que pueden afectar al fenómeno en estudio, y de esta forma proporcionar

recomendaciones más amplias. Así mismo, se podrá contar con el lineamiento o el actuar de los profesionales en derecho que han participado en el caso, entonces, se pueden detectar falencias en el ordenamiento jurídico o resaltar las actuaciones que pueden contribuir enormemente a la solución del problema.

### ***Derecho comparado***

Finalmente, otro instrumento esencial para esta tesis corresponde al derecho comparado, el cual describe Caramelo y Magalhães (2018) como:

El Derecho comparado es una Ciencia Jurídica que, como ciencia, tiene un método científico, o sea, un protocolo que comanda el procedimiento de investigación y que permite, en futuro, a través de la repetición (repetitividad), y la validación de las conclusiones obtenidas, garantizando así su naturaleza científica. (p. 112)

Como instrumento, indican Caramelo y Magalhães (2018) que el derecho comparado consiste en una “comparación con otras soluciones de distintas órdenes jurídicas o de distintas épocas” (p. 113), y que para ello se conforma de varias fases, según Caramelo y Magalhães (2018):

[...] la delimitación del fenómeno jurídico que se va a estudiar, los ordenamientos en los que se va hacer y porqué esos y no otros (y aquí hay que considerar que se pueden estudiar distintos países, distintos ordenamientos, o un único ordenamiento jurídico en distintas épocas, por ejemplo), y para que servirá el estudio. (p. 113)

Por lo tanto, el derecho comparado también es un instrumento clave en esta tesis, porque al cotejar el ordenamiento jurídico nacional con otras legislaciones, se pueden detectar puntos controvertidos que se convertirán en recomendaciones y mejoras para contribuir al problema en investigación. Además, el derecho comparado puede reflejar ciertos aspectos sobre la cultura o la época de la población que regula y, de esta forma, se pueden emitir sugerencias más ajustadas a la realidad mundial y con carácter preventivo.

### **Sujetos y fuentes de Información**

Los sujetos son las personas que se seleccionan para ser fuente de información en la investigación, o que, en cambio, son el objeto de estudio. Para su escogencia y la elección de instrumentos adecuados, Sampieri y Mendoza (2018) afirman que deben tomarse en cuenta

“diferencias de género, edad, conocimientos, memoria, nivel ocupacional y educativo, motivación para contestar, capacidades de conceptualización y otras diferencias en los participantes son errores que llegan a afectar la validez y la confiabilidad” (p. 237).

En cuanto a las fuentes, la noción se refiere a la procedencia de los datos que se exponen, desarrollan y analizan en la investigación, es decir, todo aquello que brinda información y conocimiento para el estudio. Como lo indica Hernández-Sampieri y Mendoza (2018):

La elaboración del marco teórico comienza con la propia revisión de la literatura, lo cual implica detectar, examinar y obtener las referencias bibliográficas que sean adecuadas para el planteamiento el problema (propósito, objetivos, preguntas y justificación), de donde se extrae y recopila la información relevante y necesaria para enmarcar nuestro estudio. (p. 72)

Así mismo, las fuentes se clasifican en fuentes primarias y secundarias. Para la presente investigación se utilizarán únicamente fuentes secundarias:

### **Fuentes secundarias**

En cuanto a las fuentes secundarias, Torres et al. (2019) indican que “son aquellas que parten de datos preelaborados, como pueden ser datos obtenidos de anuarios estadísticos, de Internet, de medios de comunicación” (p. 3). Es decir, las fuentes secundarias constituyen aquellos documentos con información ya analizada y organizada. Para esta tesis se utilizarán las fuentes secundarias que se desglosan a continuación:

- Jurisprudencia sobre casos de violación a la protección de datos personales con énfasis en la relación laboral.
- Jurisprudencia sobre casos donde las acciones de control y vigilancia de los patronos implican una intromisión en la privacidad de sus empleados.
- Jurisprudencia sobre casos donde se evidencien los límites al patrono cuando ejerce la libre gestión de su empresa.
- Jurisprudencia sobre casos donde se involucra la imagen y apariencia personal del trabajador en el vínculo laboral.
- Jurisprudencia sobre casos donde se vean involucrados los derechos que protegen los datos personales de los trabajadores e instrumentos jurídicos para proteger los mismos.

- Legislación extranjera sobre ordenamientos jurídicos que integran explícitamente la tutela de la imagen personal como uno de los extremos que comprende la protección de datos personales.
- Legislación sobre el derecho a la privacidad e intimidad de los trabajadores con énfasis en datos personales e imagen propia.
- Legislación sobre la responsabilidad del patrono como administrador de los datos de sus empleados y de su tratamiento.
- Legislación sobre los alcances del derecho a la libre gestión de empresa en la relación laboral.
- Legislación sobre los extremos que comprende el derecho de protección de datos personales.
- Legislación sobre operaciones y procedimientos que el patrono puede o no puede realizar con los datos personales de sus empleados.
- Legislación sobre protección del derecho de imagen en la relación laboral.
- Legislación sobre tratamiento de datos personales del trabajador.

### **Proceso para la Recolección y Análisis de Datos**

La noción de recolección de información, especialmente para esta tesis, cuyo enfoque es cualitativo, según Hernández-Sampieri y Mendoza (2018), corresponde a un “acopio de datos narrativos en los ambientes naturales y cotidianos de los participantes o unidades de muestreo” (p. 443). Así mismo, exponen los autores Hernández-Sampieri y Mendoza (2018) que la finalidad es recopilar datos de:

[...] de personas, otros seres vivos, comunidades, situaciones o procesos en profundidad; en las propias “formas de expresión” de cada unidad de muestreo. Al tratarse de seres humanos, los datos que interesan son conceptos, percepciones, imágenes mentales, creencias, emociones, interacciones, pensamientos, prácticas, experiencias, vivencias y roles manifestados en el lenguaje de los participantes, ya sea de manera individual, grupal o colectiva. (p. 443)

Ahora bien, en cuanto al análisis de datos, Hernández-Sampieri y Mendoza (2018) afirman que “la acción esencial consiste en que recibimos datos no estructurados, a los cuales nosotros les proporcionamos una estructura” (p. 465).

Por lo tanto, la recolección y análisis de datos se basa en la búsqueda y organización de información, estos “se recolectan con la finalidad de analizarlos y comprenderlos, y así responder a las preguntas de investigación y generar conocimiento” (p. 443).

## CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS

En este capítulo se examinarán los resultados de la investigación, cuyo enfoque cualitativo ha dado paso a una indagación de hechos, doctrina, legislación y jurisprudencia para cumplir con el objetivo general y analizar los términos que derivan de los objetivos específicos. Por ende, el diseño transversal, analítico, prospectivo y prolectivo de esta tesis permitió recolectar los datos de un momento específico, indagando sobre el fondo del problema planteado, estudiando el mismo en el presente y aportando soluciones para el futuro, respectivamente. Acto seguido, se relacionarán los fundamentos teóricos del capítulo tercero con las variables e instrumentos seleccionados para sustentar científicamente la investigación.

### **Variables del objetivo No. 1**

**Localizar el marco jurídico de la protección de datos personales del trabajador desde la etapa precontractual, durante la relación laboral y hasta la disolución del vínculo.**

Para el análisis de esta variable será necesario examinar la legislación y doctrina sobre datos personales para luego hacer énfasis en su protección dentro de la relación laboral. La jurisprudencia también servirá de instrumento para evaluar la eficacia de la normativa de protección de datos.

#### ***Legislación en materia de protección de datos personales.***

En Costa Rica el derecho de protección de datos personales encuentra su fundamento en la Constitución Política, específicamente en el artículo 24, en cuanto protege la intimidad, los documentos privados y las comunicaciones escritas:

***ARTÍCULO 24.-*** *Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.*

*Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o*

*examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.*

*Igualmente, la ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial.*

*La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos.*

*Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los Diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión.*

*No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación.*

No obstante, con la entrada en vigor de la Ley No. 8968, sobre la Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, el 5 de septiembre de 2011, y su reglamento No. 37554-JP, el 5 de marzo del 2013, se regulan las bases de datos automatizadas o manuales, públicas y privadas, así como los procedimientos para proteger la información personal. También se definen los conceptos más importantes en la materia, destacando la protección especial a los datos sensibles; se otorga al titular de datos una serie de derechos sobre su información como parte de la autodeterminación informativa y se le brinda la potestad de acceder, rectificar y suprimir la misma. Esta ley también crea la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes (PRODHAB) como órgano encargado de velar por el cumplimiento de la normativa vigente en cuanto a protección de datos personales:

**ARTÍCULO 1.-** *Objetivo y fin*

*Esta ley es de orden público y tiene como objetivo garantizar a cualquier persona, independientemente de su nacionalidad, residencia o domicilio, el respeto a sus derechos fundamentales, concretamente, su derecho a la autodeterminación informativa en relación con su vida o actividad privada y demás derechos de la personalidad, así como la defensa de su libertad e igualdad con respecto al tratamiento automatizado o manual de los datos correspondientes a su persona o bienes.*

**ARTÍCULO 2.-** *Ámbito de aplicación*

*Esta ley será de aplicación a los datos personales que figuren en bases de datos automatizadas o manuales, de organismos públicos o privados, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos.*

*El régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en esta ley no será de aplicación a las bases de datos mantenidas por personas físicas o jurídicas con fines exclusivamente internos, personales o domésticos, siempre y cuando estas no sean vendidas o de cualquier otra manera comercializadas.*

Sin embargo, a pesar de ser la única norma específica sobre manejo de datos personales, en caso de que el patrono disponga de una base de datos automatizada o manual que no pretenda comercializar, ya sea que se trate de un organismo público o privado, esta información adquiriría un rango de doméstica o interna y, por ende, quedaría por fuera del ámbito de aplicación de esta ley.

No obstante, este ámbito de aplicación sí alcanza a proteger las bases de datos internas que lleguen a ser vendidas o comercializadas de cualquier otra manera. En un supuesto donde la empresa sea vendida, cabría considerar si sus bases de datos pasarían de ser ficheros de uso interno a bases de datos comercializadas.

En su numeral 3, la Ley 8968 define las bases de datos, los datos personales y sus distintas categorías, así como los sujetos, el deber de confidencialidad y el tratamiento de datos:

**ARTÍCULO 3.-** *Definiciones*

*Para los efectos de la presente ley se define lo siguiente:*

a) *Base de datos: cualquier archivo, fichero, registro u otro conjunto estructurado de datos personales, que sean objeto de tratamiento o procesamiento, automatizado o manuales, cualquiera que sea la modalidad de su elaboración, organización o acceso.*

b) *Datos personales: cualquier dato relativo a una persona física identificada o identificable.*

c) *Datos personales de acceso irrestricto: los contenidos en bases de datos públicas de acceso general, según dispongan leyes especiales y de conformidad con la finalidad para la cual estos datos fueron recabados.*

d) *Datos personales de acceso restringido: los que, aun formando parte de registros de acceso al público, no son de acceso irrestricto por ser de interés solo para su titular o para la Administración Pública.*

e) *Datos sensibles: información relativa al fuero íntimo de la persona, como por ejemplo los que revelen origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o espirituales, condición socioeconómica, información biomédica o genética, vida y orientación sexual, entre otros.*

f) *Deber de confidencialidad: obligación de los responsables de bases de datos, personal a su cargo y del personal de la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes (Prodhab), de guardar la confidencialidad con ocasión del ejercicio de las facultades dadas por esta ley, principalmente cuando se acceda a información sobre datos personales y sensibles. Esta obligación perdurará aun después de finalizada la relación con la base de datos.*

g) *Interesado: persona física, titular de los datos que sean objeto del tratamiento automatizado o manual.*

h) *Responsable de la base de datos: persona física o jurídica que administre, gerencie o se encargue de la base de datos, ya sea esta una entidad pública o privada, competente, con arreglo a la ley, para decidir cuál es la finalidad de la base de datos, cuáles categorías de datos de carácter personal deberán registrarse y qué tipo de tratamiento se les aplicarán.*

*i) Tratamiento de datos personales: cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas mediante procedimientos automatizados o manuales y aplicadas a datos personales, tales como la recolección, el registro, la organización, la conservación, la modificación, la extracción, la consulta, la utilización, la comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a estos, el cotejo o la interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción, entre otros.*

Más adelante, en el numeral 9, la misma Ley No.8968 define con más exactitud las categorías particulares de datos personales, así como algunas prohibiciones que implican:

***ARTÍCULO 9.- Categorías particulares de los datos***

*Además de las reglas generales establecidas en esta ley, para el tratamiento de los datos personales, las categorías particulares de los datos que se mencionarán, se regirán por las siguientes disposiciones:*

*1.- Datos sensibles*

*Ninguna persona estará obligada a suministrar datos sensibles. Se prohíbe el tratamiento de datos de carácter personal que revelen el origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, espirituales o filosóficas, así como los relativos a la salud, la vida y la orientación sexual, entre otros.*

*Esta prohibición no se aplicará cuando:*

*a) El tratamiento de los datos sea necesario para salvaguardar el interés vital del interesado o de otra persona, en el supuesto de que la persona interesada esté física o jurídicamente incapacitada para dar su consentimiento.*

*b) El tratamiento de los datos sea efectuado en el curso de sus actividades legítimas y con las debidas garantías por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que se refiera exclusivamente a sus miembros o a las personas que mantengan contactos regulares con la fundación, la asociación o el organismo, por razón de su finalidad y con tal de que los datos no se comuniquen a terceros sin el consentimiento de las personas interesadas.*

*c) El tratamiento se refiera a datos que la persona interesada haya hecho públicos voluntariamente o sean necesarios para el reconocimiento, el ejercicio o la defensa de un derecho en un procedimiento judicial.*

*d) El tratamiento de los datos resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos, o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos sea realizado por un funcionario o funcionaria del área de la salud, sujeto al secreto profesional o propio de su función, o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto.*

#### *2.- Datos personales de acceso restringido*

*Datos personales de acceso restringido son los que, aun formando parte de registros de acceso al público, no son de acceso irrestricto por ser de interés solo para su titular o para la Administración Pública. Su tratamiento será permitido únicamente para fines públicos o si se cuenta con el consentimiento expreso del titular.*

#### *3.- Datos personales de acceso irrestricto*

*Datos personales de acceso irrestricto son los contenidos en bases de datos públicas de acceso general, según lo dispongan las leyes especiales y de conformidad con la finalidad para la cual estos datos fueron recabados.*

*No se considerarán contemplados en esta categoría: la dirección exacta de la residencia, excepto si su uso es producto de un mandato, citación o notificación administrativa o judicial, o bien, de una operación bancaria o financiera, la fotografía, los números de teléfono privados y otros de igual naturaleza cuyo tratamiento pueda afectar los derechos y los intereses de la persona titular.*

#### *4.- Datos referentes al comportamiento crediticio*

*Los datos referentes al comportamiento crediticio se regirán por las normas que regulan el Sistema Financiero Nacional, de modo que permitan garantizar un grado de riesgo aceptable por parte de las entidades financieras, sin impedir el pleno ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa ni exceder los límites de esta ley.*

Ahora bien, se podría definir como un interesado al trabajador cuyos datos personales se encuentren almacenados o estén siendo tratados en una base de datos de su patrono, que, como responsable de esta información, debe a su vez guardar confidencialidad sobre los datos de los que dispone y cumplir con los mandatos dispuestos en la presente ley. De hecho, la Ley No.8968 también contempla, en sus artículos 10 y 11, otras responsabilidades para el responsable de la base de datos, en este caso, responsabilidades que tendría el patrono:

**ARTÍCULO 10.-** *Seguridad de los datos*

*El responsable de la base de datos deberá adoptar las medidas de índole técnica y de organización necesarias para garantizar la seguridad de los datos de carácter personal y evitar su alteración, destrucción accidental o ilícita, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, así como cualquier otra acción contraria a esta ley.*

*Dichas medidas deberán incluir, al menos, los mecanismos de seguridad física y lógica más adecuados de acuerdo con el desarrollo tecnológico actual, para garantizar la protección de la información almacenada.*

*No se registrarán datos personales en bases de datos que no reúnan las condiciones que garanticen plenamente su seguridad e integridad, así como la de los centros de tratamiento, equipos, sistemas y programas.*

*Por vía de reglamento se establecerán los requisitos y las condiciones que deban reunir las bases de datos automatizadas y manuales, y de las personas que intervengan en el acopio, almacenamiento y uso de los datos.*

**ARTÍCULO 11.-** *Deber de confidencialidad*

*La persona responsable y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales están obligadas al secreto profesional o funcional, aun después de finalizada su relación con la base de datos. La persona obligada podrá ser relevado del deber de secreto por decisión judicial en lo estrictamente necesario y dentro de la causa que conoce.*

Asimismo, en el artículo 12, la Ley No. 8968 dispone que el responsable de la base de datos también deberá elaborar sus protocolos de actuación:

**ARTÍCULO 12.-** *Protocolos de actuación*

*Las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, que tengan entre sus funciones la recolección, el almacenamiento y el uso de datos personales, podrán emitir un protocolo de actuación en el cual establecerán los pasos que deberán seguir en la recolección, el almacenamiento y el manejo de los datos personales, de conformidad con las reglas previstas en esta ley.*

*Para que sean válidos, los protocolos de actuación deberán ser inscritos, así como sus posteriores modificaciones, ante la Prodhab. La Prodhab podrá verificar, en cualquier momento, que la base de datos esté cumpliendo cabalmente con los términos de su protocolo.*

*La manipulación de datos con base en un protocolo de actuación inscrito ante la Prodhab hará presumir, "iuris tantum", el cumplimiento de las disposiciones contenidas en esta ley, para los efectos de autorizar la cesión de los datos contenidos en una base.*

Inclusive, en el artículo 14 de la ley 8968 y el artículo 40 de su reglamento, se establece la regla general para la transferencia de datos personales. Para ello, si el patrono necesita transferir los datos personales de sus empleados deberá considerar lo siguiente:

**ARTÍCULO 14.-** *Transferencia de datos personales, regla general*

*Los responsables de las bases de datos, públicas o privadas, solo podrán transferir datos contenidos en ellas cuando el titular del derecho haya autorizado expresa y válidamente tal transferencia y se haga sin vulnerar los principios y derechos reconocidos en esta ley.*

**Artículo 40.** *Condiciones para la transferencia. La transferencia requerirá siempre el consentimiento inequívoco del titular. La transferencia implica la cesión de datos personales por parte, única y exclusivamente, del responsable que transfiere al responsable receptor de los datos personales. Dicha transferencia de datos personales requerirá siempre del consentimiento informado del titular, salvo disposición legal en contrario, asimismo que los datos a transferir hayan sido recabados o recolectados de forma lícita y según los criterios que la Ley y el presente Reglamento dispone. No se*

*considera transferencia el traslado de datos personales del responsable de una base de datos a un encargado, proveedor de servicios o intermediario tecnológico o las empresas del mismo grupo de interés económico.*

*Toda venta de datos del fichero o de la base de datos, parcial o total, deberá reunir los requerimientos establecidos en el párrafo anterior.*

Además, con la posibilidad de transferir datos personales, se vuelve incluso factible la comercialización de estos. De hecho, en el artículo 2 del reglamento a la Ley No. 8968 se contempla esta posibilidad en adición a otros conceptos:

**Artículo 2.** *Definiciones, siglas y acrónimos. Además de las definiciones establecidas en la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, para los efectos del presente Reglamento se entenderá por:*

*[...]*

*e) Comercializar: Vender, transar, intercambiar o de cualquier manera enajenar o pignorar, con fines de lucro a favor de un tercero, una o más veces, aquellos datos personales que consten en bases de datos.*

Ante esto, Medrano (2020) amplía que “en nuestro país, la compra y venta de datos personales está permitida, siempre y cuando, como todo tratamiento, cuente con el consentimiento del titular” e indica que, de no contar con el consentimiento, se puede hablar desde una violación a la Ley de Protección de Datos Personales, hasta un delito de violación de datos personales según el artículo 196 bis del Código Penal (p. 342):

**Artículo 196 bis.** *- Violación de datos personales. Será sancionado con pena de prisión de uno a tres años quien en beneficio propio o de un tercero, con peligro o daño para la intimidad o privacidad y sin la autorización del titular de los datos, se apodere, modifique, interfiera, acceda, copie, transmita, publique, difunda, recopile, inutilice, intercepte, retenga, venda, compre, desvíe para un fin distinto para el que fueron recolectados o dé un tratamiento no autorizado a las imágenes o datos de una persona física o jurídica almacenados en sistemas o redes informáticas o telemáticas, o en contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos.*

*La pena será de dos a cuatro años de prisión cuando las conductas descritas en esta norma:*

*a) Sean realizadas por personas encargadas de administrar o dar soporte al sistema o red informática o telemática, o bien, que en razón de sus funciones tengan acceso a dicho sistema o red, o a los contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos.*

*b) La información vulnerada corresponda a un menor de edad o incapaz.*

*c) Las conductas afecten datos que revelen la ideología, la religión, las creencias, la salud, el origen racial, la preferencia o la vida sexual de una persona.*

*No constituye delito la publicación, difusión o transmisión de información de interés público, documentos públicos, datos contenidos en registros públicos o bases de datos públicos de acceso irrestricto cuando se haya tenido acceso de conformidad con los procedimientos y limitaciones de ley.*

*Tampoco constituye delito la recopilación, copia y uso por parte de las entidades financieras supervisadas por la Sugef de la información y datos contenidos en bases de datos de origen legítimo de conformidad con los procedimientos y limitaciones de ley.*

Se debe aclarar que el patrono que cuente con el consentimiento para comercializar los datos personales de sus trabajadores, o bien, transmitirlos, también deberá inscribir su base de datos en la PRODHAB como responsabilidad adicional:

#### ***ARTÍCULO 21.- Registro de archivos y bases de datos***

*Toda base de datos, pública o privada, administrada con fines de distribución, difusión o comercialización, debe inscribirse en el registro que al efecto habilite la Prodhab. La inscripción no implica el trasbase [sic] o la transferencia de los datos.*

*Deberá inscribir cualesquiera otras informaciones que las normas de rango legal le impongan y los protocolos de actuación a que hacen referencia el artículo 12 y el inciso c) del artículo 16 de esta ley.*

Ahora bien, en cuanto a los derechos que asisten a toda persona titular de datos personales, en este caso, los que asisten también al trabajador, en el capítulo II de la Ley No. 8968 se

contemplan los Principios y Derechos Básicos para la Protección de Datos Personales, iniciando con la autodeterminación informativa en el artículo 4:

**ARTÍCULO 4.-** *Autodeterminación informativa*

*Toda persona tiene derecho a la autodeterminación informativa, la cual abarca el conjunto de principios y garantías relativas al legítimo tratamiento de sus datos personales reconocidos en esta sección.*

*Se reconoce también la autodeterminación informativa como un derecho fundamental, con el objeto de controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona, derivado del derecho a la privacidad, evitando que se propicien acciones discriminatorias.*

No obstante, más adelante, en el artículo 8, esta ley establece una serie de excepciones a la autodeterminación informativa:

**ARTÍCULO 8.-** *Excepciones a la autodeterminación informativa del ciudadano*

*Los principios, los derechos y las garantías aquí establecidos podrán ser limitados de manera justa, razonable y acorde con el principio de transparencia administrativa, cuando se persigan los siguientes fines:*

- a) La seguridad del Estado.*
- b) La seguridad y el ejercicio de la autoridad pública.*
- c) La prevención, persecución, investigación, detención y represión de las infracciones penales, o de las infracciones de la deontología en las profesiones.*
- d) El funcionamiento de bases de datos que se utilicen con fines estadísticos, históricos o de investigación científica, cuando no exista riesgo de que las personas sean identificadas.*
- e) La adecuada prestación de servicios públicos.*
- f) La eficaz actividad ordinaria de la Administración, por parte de las autoridades oficiales.*

Ahora bien, en el artículo 5 de la Ley No. 8968 se contempla el principio de consentimiento informado que, como se comentaba anteriormente, será necesario para la transferencia de los datos personales que estén en posesión del administrador de la base:

**ARTÍCULO 5.-** *Principio de consentimiento informado*

*1.- Obligación de informar*

*Quando se soliciten datos de carácter personal será necesario informar de previo a las personas titulares o a sus representantes, de modo expreso, preciso e inequívoco:*

- a) De la existencia de una base de datos de carácter personal.*
- b) De los fines que se persiguen con la recolección de estos datos.*
- c) De los destinatarios de la información, así como de quiénes podrán consultarla.*
- d) Del carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas a las preguntas que se le formulen durante la recolección de los datos.*
- e) Del tratamiento que se dará a los datos solicitados.*
- f) De las consecuencias de la negativa a suministrar los datos.*
- g) De la posibilidad de ejercer los derechos que le asisten.*
- h) De la identidad y dirección del responsable de la base de datos.*

*Quando se utilicen cuestionarios u otros medios para la recolección de datos personales figurarán estas advertencias en forma claramente legible.*

*2.- Otorgamiento del consentimiento*

*Quien recopile datos personales deberá obtener el consentimiento expreso de la persona titular de los datos o de su representante. Este consentimiento deberá constar por escrito, ya sea en un documento físico o electrónico, el cual podrá ser revocado de la misma forma, sin efecto retroactivo.*

*No será necesario el consentimiento expreso cuando:*

a) *Exista orden fundamentada, dictada por autoridad judicial competente o acuerdo adoptado por una comisión especial de investigación de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su cargo.*

b) *Se trate de datos personales de acceso irrestricto, obtenidos de fuentes de acceso público general.*

c) *Los datos deban ser entregados por disposición constitucional o legal.*

*Se prohíbe el acopio de datos sin el consentimiento informado de la persona, o bien, adquiridos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.*

Posteriormente, el artículo 6 de la Ley No. 8968 recoge el principio de calidad de la información, este indica los parámetros que, si bien son responsabilidad del patrono cuando administra una base de datos, también constituye una seguridad para el trabajador de que no se mantendrán datos personales suyos cuando ya no sean actuales, falten a la verdad, sean inexactos o se utilicen para un fin distinto al que se le informó a la hora de su recopilación:

***ARTÍCULO 6.- Principio de calidad de la información***

*Solo podrán ser recolectados, almacenados o empleados datos de carácter personal para su tratamiento automatizado o manual, cuando tales datos sean actuales, veraces, exactos y adecuados al fin para el que fueron recolectados.*

*1.- Actualidad*

*Los datos de carácter personal deberán ser actuales. El responsable de la base de datos eliminará los datos que hayan dejado de ser pertinentes o necesarios, en razón de la finalidad para la cual fueron recibidos y registrados. En ningún caso, serán conservados los datos personales que puedan afectar, de cualquier modo, a su titular, una vez transcurridos diez años desde la fecha de ocurrencia de los hechos registrados, salvo disposición normativa especial que disponga otra cosa. En caso de que sea necesaria su conservación, más allá del plazo estipulado, deberán ser desasociados de su titular.*

*2. Veracidad*

*Los datos de carácter personal deberán ser veraces.*

*La persona responsable de la base de datos está obligado [sic] a modificar o suprimir los datos que falten a la verdad. De la misma manera, velará por que los datos sean tratados de manera leal y lícita.*

### *3.- Exactitud*

*Los datos de carácter personal deberán ser exactos. La persona responsable de la base de datos tomará las medidas necesarias para que los datos inexactos o incompletos, con respecto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificadas.*

*Si los datos de carácter personal registrados resultan ser inexactos en todo o en parte, o incompletos, serán eliminados o sustituidos de oficio por la persona responsable de la base de datos, por los correspondientes datos rectificadas, actualizados o complementados. Igualmente, serán eliminados si no media el consentimiento informado o está prohibida su recolección.*

### *4.- Adecuación al fin*

*Los datos de carácter personal serán recopilados con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines.*

*No se considerará incompatible el tratamiento posterior de datos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre y cuando se establezcan las garantías oportunas para salvaguardar los derechos contemplados en esta ley.*

*Las bases de datos no pueden tener finalidades contrarias a las leyes ni a la moral pública.*

Igualmente, es importante analizar el contenido del artículo 7 de la Ley No. 8968, esto porque establece más derechos que le asisten a la persona titular de datos personales, en este caso, al trabajador. Por ejemplo, se podría solicitar el acceso a los datos personales que sobre él se registran, requerir su rectificación en caso de que transgredan el principio de calidad de la información y hasta se podría solicitar su supresión total o parcial:

**ARTÍCULO 7.-** *Derechos que le asisten a la persona*

*Se garantiza el derecho de toda persona al acceso de sus datos personales, rectificación o supresión de estos y a consentir la cesión de sus datos.*

*La persona responsable de la base de datos debe cumplir lo solicitado por la persona, de manera gratuita, y resolver en el sentido que corresponda en el plazo de cinco días hábiles, contado a partir de la recepción de la solicitud.*

#### *1.- Acceso a la información*

*La información deberá ser almacenada en forma tal que se garantice plenamente el derecho de acceso por la persona interesada.*

*El derecho de acceso a la información personal garantiza las siguientes facultades del interesado:*

*a) Obtener en intervalos razonables, según se disponga por reglamento, sin demora y a título gratuito, la confirmación o no de la existencia de datos suyos en archivos o bases de datos. En caso de que sí existan datos suyos, estos deberán ser comunicados a la persona interesada en forma precisa y entendible.*

*b) Recibir la información relativa a su persona, así como la finalidad con que fueron recopilados y el uso que se le ha dado a sus datos personales. El informe deberá ser completo, claro y exento de codificaciones. Deberá estar acompañado de una explicación de los términos técnicos que se utilicen.*

*c) Ser informado por escrito de manera amplia, por medios físicos o electrónicos, sobre la totalidad del registro perteneciente al titular, aun cuando el requerimiento solo comprenda un aspecto de los datos personales. Este informe en ningún caso podrá revelar datos pertenecientes a terceros, aun cuando se vinculen con la persona interesada, excepto cuando con ellos se pretenda configurar un delito penal.*

*d) Tener conocimiento, en su caso, del sistema, programa, método o proceso utilizado en los tratamientos de sus datos personales.*

*El ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo, en el caso de datos de personas fallecidas, le corresponderá a sus sucesores o herederos.*

## *2.- Derecho de rectificación*

*Se garantiza el derecho de obtener, llegado el caso, la rectificación de los datos personales y su actualización o la eliminación de estos cuando se hayan tratado con infracción a las disposiciones de la presente ley, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos, o hayan sido recopilados sin autorización del titular.*

*Todo titular puede solicitar y obtener de la persona responsable de la base de datos, la rectificación, la actualización, la cancelación o la eliminación y el cumplimiento de la garantía de confidencialidad respecto de sus datos personales.*

*El ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo, en el caso de datos de personas fallecidas, le corresponderá a sus sucesores o herederos.*

Como se mencionó al inicio de esta sección, adicionalmente a los derechos y obligaciones que asisten tanto a los interesados como a los responsables de las bases de datos, así como las regulaciones para el tratamiento y transferencia de datos, la Ley No. 8968 es la creadora de la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes (PRODHAB), a partir de su artículo 15:

### **ARTÍCULO 15.-** *Agencia de Protección de Datos de los habitantes (Prodhab)*

*Créase un órgano de desconcentración máxima adscrito al Ministerio de Justicia y Paz denominado Agencia de Protección de Datos de los habitantes (Prodhab). Tendrá personalidad jurídica instrumental propia en el desempeño de las funciones que le asigna esta ley, además de la administración de sus recursos y presupuesto, así como para suscribir los contratos y convenios que requiera para el cumplimiento de sus funciones. La Agencia gozará de independencia de criterio.*

La importancia de la PRODHAB radica en que garantiza a toda persona el derecho a un procedimiento administrativo sencillo y rápido con el fin de ser protegida contra actos que violen sus derechos fundamentales relacionados con sus datos personales. Es decir, se convierte en un instrumento, en este caso, para proteger los datos personales de los trabajadores:

### **ARTÍCULO 13.-** *Garantías efectivas*

*Toda persona interesada tiene derecho a un procedimiento administrativo sencillo y rápido ante la Prodhab, con el fin de ser protegido contra actos que violen sus derechos*

*fundamentales reconocidos por esta ley. Lo anterior sin perjuicio de las garantías jurisdiccionales generales o específicas que la ley establezca para este mismo fin.*

Posteriormente, a partir del artículo 24, se garantiza a cualquier persona la interposición de una denuncia ante la PRODHAB y, en los numerales siguientes, se establece el trámite de esta junto con los plazos, efectos, procedimiento y sanciones al responsable de la base de datos en caso de incumplimiento:

***ARTÍCULO 24.- Denuncia***

*Cualquier persona que ostente un derecho subjetivo o un interés legítimo puede denunciar, ante la Prodhab, que una base de datos pública o privada actúa en contravención de las reglas o los principios básicos para la protección de los datos y la autodeterminación informativa establecidas en esta ley.*

***ARTÍCULO 25.- Trámite de las denuncias***

*Recibida la denuncia, se conferirá al responsable de la base de datos un plazo de tres días hábiles para que se pronuncie acerca de la veracidad de tales cargos. La persona denunciada deberá remitir los medios de prueba que respalden sus afirmaciones junto con un informe, que se considerará dado bajo juramento. La omisión de rendir el informe en el plazo estipulado hará que se tengan por ciertos los hechos acusados.*

*En cualquier momento, la Prodhab podrá ordenar a la persona denunciada la presentación de la información necesaria. Asimismo, podrá efectuar inspecciones in situ en sus archivos o bases de datos. Para salvaguardar los derechos de la persona interesada, puede dictar, mediante acto fundado, las medidas cautelares que aseguren el efectivo resultado del procedimiento.*

*A más tardar un mes después de la presentación de la denuncia, la Prodhab deberá dictar el acto final. Contra su decisión cabrá recurso de reconsideración dentro del tercer día, el cual deberá ser resuelto en el plazo de ocho días luego de recibido.*

***ARTÍCULO 26.- Efectos de la resolución estimatoria***

*Si se determina que la información del interesado es falsa, incompleta, inexacta, o bien, que de acuerdo con las normas sobre protección de datos personales esta fue*

*indebidamente recolectada, almacenada o difundida, deberá ordenarse su inmediata supresión, rectificación, adición o aclaración, o bien, impedimento respecto de su transferencia o difusión. Si la persona denunciada no cumple íntegramente lo ordenado, estará sujeta a las sanciones previstas en esta y otras leyes.*

**ARTÍCULO 27.- Procedimiento sancionatorio**

*De oficio o a instancia de parte, la Prodhab podrá iniciar un procedimiento tendiente a demostrar si una base de datos regulada por esta ley está siendo empleada de conformidad con sus principios; para ello, deberán seguirse los trámites previstos en la Ley General de la Administración Pública para el procedimiento ordinario. Contra el acto final cabrá recurso de reconsideración dentro del tercer día, el cual deberá ser resuelto en el plazo de ocho días luego de recibido.*

**ARTÍCULO 28.- Sanciones**

*Si se ha incurrido en alguna de las faltas tipificadas en esta ley, se deberá imponer alguna de las siguientes sanciones, sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes:*

*a) Para las faltas leves, una multa hasta de cinco salarios base del cargo de auxiliar judicial I, según la Ley de Presupuesto de la República.*

*b) Para las faltas graves, una multa de cinco a veinte salarios base del cargo de auxiliar judicial I, según la Ley de Presupuesto de la República.*

*c) Para las faltas gravísimas, una multa de quince a treinta salarios base del cargo de auxiliar judicial I, según la Ley de Presupuesto de la República, y la suspensión para el funcionamiento del fichero de uno a seis meses.*

**ARTÍCULO 29.- Faltas leves**

*Serán consideradas faltas leves, para los efectos de esta ley:*

*a) Recolectar datos personales para su uso en base de datos sin que se le otorgue suficiente y amplia información a la persona interesada, de conformidad con las especificaciones del artículo 5, apartado I.*

*b) Recolectar, almacenar y transmitir datos personales de terceros por medio de mecanismos inseguros o que de alguna forma no garanticen la seguridad e inalterabilidad de los datos.*

**ARTÍCULO 30.- Faltas graves**

*Serán consideradas faltas graves, para los efectos de esta ley:*

*a) Recolectar, almacenar, transmitir o de cualquier otra forma emplear datos personales sin el consentimiento informado y expreso del titular de los datos, con arreglo a las disposiciones de esta ley.*

*b) Transferir datos personales a otras personas o empresas en contravención de las reglas establecidas en el capítulo III de esta ley.*

*c) Recolectar, almacenar, transmitir o de cualquier otro modo emplear datos personales para una finalidad distinta de la autorizada por el titular de la información.*

*d) Negarse injustificadamente a dar acceso a un interesado sobre los datos que consten en archivos y bases de datos, a fin de verificar su calidad, recolección, almacenamiento y uso conforme a esta ley.*

*e) Negarse injustificadamente a eliminar o rectificar los datos de una persona que así lo haya solicitado por medio claro e inequívoco.*

**ARTÍCULO 31.- Faltas gravísimas**

*Serán consideradas faltas gravísimas, para los efectos de esta ley:*

*a) Recolectar, almacenar, transmitir o de cualquier otra forma emplear, por parte de personas físicas o jurídicas privadas, datos sensibles, según la definición prevista en el artículo 3 de esta ley.*

*b) Obtener, de los titulares o de terceros, datos personales de una persona por medio de engaño, violencia o amenaza.*

*c) Revelar información registrada en una base de datos personales cuyo secreto esté obligado a guardar conforme la ley.*

*d) Proporcionar a un tercero información falsa o distinta contenida en un archivo de datos, con conocimiento de ello.*

*e) Realizar tratamiento de datos personales sin encontrarse debidamente inscrito ante la Prodhab, en el caso de los responsables de bases de datos cubiertos por el artículo 21 de esta ley.*

*f) Transferir, a las bases de datos de terceros países, información de carácter personal de los costarricenses o de los extranjeros radicados en el país, sin el consentimiento de sus titulares.*

**ARTÍCULO 32.- Régimen sancionatorio para bases de datos públicas**

*Cuando la persona responsable de una base de datos pública cometa alguna de las faltas anteriores, la Prodhab dictará una resolución estableciendo las medidas que proceda adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de la falta. Esta resolución se notificará a la persona responsable de la base de datos, al órgano del que dependa jerárquicamente y a los afectados, si los hay. La resolución podrá dictarse de oficio o a petición de parte. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal en que haya incurrido.*

Ahora bien, una de las principales consecuencias de involucrar datos personales en la relación laboral, en especial los datos sensibles, constituye en aquellos actos discriminatorios que el patrono puede cometer en contra del trabajador. Ante esto, también es necesario partir de la legislación laboral existente al respecto y las leyes complementarias. Primeramente, el Código de Trabajo de Costa Rica, en sus numerales 405, 408, 409 y 410 establece lo siguiente:

**Artículo 405.-** *Todas las personas trabajadoras que desempeñen en iguales condiciones subjetivas y objetivas un trabajo igual gozarán de los mismos derechos, en cuanto a jornada laboral y remuneración, sin discriminación alguna.*

**Artículo 408.-** *Todas las personas, sin discriminación alguna, gozarán de las mismas oportunidades para obtener empleo y deberán ser consideradas elegibles en el ramo de su especialidad, siempre y cuando reúnan los requisitos formales solicitados por la persona empleadora o que estén establecidos mediante ley o reglamento.*

**Artículo 409.-** *Toda discriminación de las contempladas en el presente título podrá ser hecha valer por las autoridades o la parte interesada ante los juzgados de trabajo, de la forma dispuesta en este Código. En estos casos, quien alegue la discriminación deberá señalar específicamente el sustento fáctico en el que funda su alegato y los términos de comparación que substancie su afirmación.*

**Artículo 410.-** *Los empleadores o las empleadoras a quienes se les compruebe haber cesado a personas trabajadoras, por cualquiera de los motivos de discriminación antes indicados, deberán reinstalarlas en su trabajo, con el pleno goce de sus derechos y las consecuencias previstas para la sentencia de reinstalación.*

*En cuanto a la Administración Pública y las demás instituciones de derecho público, todo nombramiento, despido, suspensión, traslado, permuta, ascenso o reconocimiento que se efectúe en contra de lo dispuesto por el presente título será anulable a solicitud de la parte interesada, y los procedimientos seguidos en cuanto a reclutamiento o selección de personal carecerán de eficacia en lo que resulte violatorio a este título.*

*Todo trabajador que en el ejercicio de sus funciones relativas a reclutamiento, selección, nombramiento, movimientos de personal o de cualquier otra forma incurra en discriminación en los términos de este título, incurrirá en falta grave para los efectos del artículo 81 de este Código.*

De forma más específica, el artículo 83 del Código de Trabajo prohíbe la discriminación hacia el trabajador portador de VIH, tanto por el patrono como por otros colaboradores de la empresa. Este es un dato personal sensible que, por ser referente a la salud del trabajador, no debería ser requerido por la parte empleadora:

**Artículo 81-** *Son causas justas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo:*

[ ... ]

*m) Cuando la persona trabajadora incurra en actos discriminatorios contra otra persona trabajadora con VIH.*

**ARTICULO 83.-** *Son causas justas que facultan al trabajador para dar por terminado su contrato de trabajo:*

[ ... ]

*k) Cuando la parte patronal incurra en actos discriminatorios contra alguna persona trabajadora con VIH.*

De igual forma, en la Ley General sobre el VIH SIDA No. 7771 de 1998, se especifican ciertas prohibiciones hacia el patrono, empezando por el artículo 13, que obliga a la parte empleadora a guardar confidencialidad sobre este dato sensible y, seguidamente, el artículo 44 prohíbe la discriminación laboral por esta causa:

**Artículo 13- Confidencialidad laboral**

*La persona con VIH que así lo desee podrá comunicar su estado serológico a su empleador. A partir de la comunicación al empleador, la persona no podrá ser despedida por su condición serológica ni por cualquier otro motivo de discriminación en ese o cualquier otro sentido. El empleador que ha sido notificado, conforme a esta norma, estará obligado a cumplir con la garantía del derecho a la confidencialidad y atención integral de la persona con VIH; para lo cual, el trabajador que corresponda recibirá el apoyo de la Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y del Consejo de Salud Ocupacional.*

**Artículo 44- No discriminación laboral**

*Queda prohibida toda discriminación laboral contra cualquier persona trabajadora con VIH. En caso de desarrollar alguna enfermedad que le impida continuar con sus actividades habituales, se procurará su reasignación a otras labores y se le brindará el trato previsto en la legislación laboral vigente, conforme al enfoque de derechos humanos que le corresponda.*

*Ningún empleador, público o privado, nacional o extranjero, podrá, por sí mismo ni mediante otra persona, solicitar dictámenes ni certificaciones médicas sobre la condición serológica por VIH a las personas trabajadoras, para obtener un puesto laboral o conservarlo.*

*Las personas trabajadoras con VIH, que sufran discriminación laboral, podrán acudir al proceso especial de protección previsto en el artículo 540 y siguientes de la Ley N.º 2, Código de Trabajo, de 27 de agosto de 1943, para reclamar la tutela judicial efectiva de sus derechos. En dicho proceso podrán solicitar la reinstalación en caso de despido discriminatorio y la aplicación inmediata de las demás medidas cautelares que procedan, según las circunstancias del caso.*

La Ley No. 7771, además de los citados artículos 81 y 83, también reforma el Código de Trabajo, imponiendo, en el artículo 70, la prohibición a los patronos de solicitar pruebas VIH a sus empleados:

**Artículo 70-** *Queda absolutamente prohibido a los patronos:*

[ ... ]

*j) Solicitar pruebas VIH para efectos de contratación laboral o permanencia en el trabajo. Cuando requiera pruebas de salud, podrá incluir exámenes hematológicos (pruebas de sangre) solamente en caso de que exista criterio médico que demuestre su necesidad y únicamente para efectos de protección de la salud de la persona trabajadora.*

Por último, otra prohibición expresa de discriminación a razón de un dato sensible corresponde a la contenida en el artículo 2 de la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, la cual dispone que los poderes e instituciones del Estado están obligados a velar porque la mujer no sufra discriminación alguna por razón de su género, y que goce de iguales derechos que los hombres, cualquiera que sea su estado civil, en toda esfera política, económica, social y cultural.

De esta forma, se le prohíbe también al patrono el discriminar a una trabajadora por su género, o bien, si indaga por su estado civil y otros datos sensibles, como sus afinaciones políticas o su situación económica, social y cultural, también queda expresamente prohibido utilizar dicha información como parámetro para definir su acceso a un puesto de trabajo:

**Artículo 2.-** *Los poderes e instituciones del Estado están obligados a velar porque la mujer no sufra discriminación alguna por razón de su género y que goce de iguales derechos que los hombres, cualquiera que sea su estado civil, en toda esfera política, económica, social*

*y cultural, conforme con la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", de las Naciones Unidas, ratificada por Costa Rica en la ley No. 6968 del 2 de octubre de 1984.*

Finalmente, con respecto a los instrumentos jurídicos que puede utilizar el trabajador para proteger sus datos personales, a parte de la sede administrativa de PRODHAB y el mecanismo judicial constitucional del recurso de amparo en su modalidad *habeas data*, el trabajador que sufra una violación a sus derechos en materia de protección de datos personales podrá acudir a la vía judicial en sede laboral. Lo anterior tiene fundamento en el artículo 70 del Código de Trabajo, inciso i):

***ARTICULO 70.- Queda absolutamente prohibido a los patronos:***

*[...]*

*i. Ejecutar cualquier acto que restrinja los derechos que el trabajador tiene conforme a la ley.*

Entre estos derechos del trabajador, se incluyen aquellos derechos inespecíficos como la autodeterminación informativa, imagen personal y privacidad e intimidad. Por lo tanto, si el trabajador tiene pruebas de que el patrono no ha cumplido sus obligaciones al permitir que las actividades de control y fiscalización de la prestación laboral violenten la protección de sus datos personales, y con ello, su intimidad, el afectado podrá acudir a la vía judicial y solicitar ante un juez competente el término de la relación laboral en amparo al artículo 70 (inciso i) y 83 (inciso i) del Código de Trabajo, así como el numeral 24 de la Constitución Política, que tutela el derecho a la intimidad (MTSS, 2009, p. 3).

***Jurisprudencia sobre protección de datos personales con énfasis en la relación laboral.***

*Caso No.1: indagaciones de los patronos. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 00124 a las diez horas del veintidós de enero de dos mil diez.*

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución No. 00124 del 22 de enero del 2010, se ha pronunciado sobre las indagaciones que hacen los patronos sobre sus empleados, de entre las cuales resalta la captación y/o requerimiento de datos personales que puede generar tratos discriminatorios.

En este caso, el actor (funcionario policial) promovió la acción para que en sentencia se condenara al demandado a anular las resoluciones administrativas que ordenan y confirman su despido, además de que se le reinstalara en su puesto de trabajo con paga de salarios caídos e intereses legales. Anteriormente ya que se había negado a brindar una muestra de orina para un análisis de detección de abuso de drogas, por lo tanto, la Sección de Inspección Policial del Departamento Disciplinario Legal del Ministerio de Seguridad Pública ordenó iniciar un proceso ordinario disciplinario en su contra por incumplimiento de sus deberes como funcionario policial, al no realizarse la prueba toxicológica. Tras agotar la vía administrativa, el ministro de Seguridad Pública confirmó el despido sin responsabilidad patronal.

Si bien, en primera instancia, se revoca la resolución que confirmaba el despido y se ordena la restitución del puesto que ocupaba el oficial, se rechazó el pago de los salarios caídos, puesto que se demostró que el actor incurrió en una falta a sus deberes, la cual no está revestida de una gravedad suficiente que amerite el despido. Por ende, también se rechazó la anulación de las resoluciones administrativas que ordenaron y confirmaron la realización de intervenciones corporales en el caso del actor. No obstante, en segunda instancia, sí se ordena el pago de los salarios caídos. Pero, finalmente, la Sala Segunda rechaza los extremos cobrados por el actor, así como la restitución de su puesto y, además, le condena al pago de costas en vista que su reclamo no guarda ningún sustento jurídico.

Siendo así, sobre los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, la Sala explicaba que:

IV.- DERECHOS FUNDAMENTALES Y RELACIONES DE TRABAJO: La Carta Magna costarricense posee un sistema de ordenación jurídica de las relaciones de trabajo donde son tuteladas una serie de garantías inherentes a la condición de la persona trabajadora, cimentándose a partir de ellas, la regulación de derechos atinentes a la ejecución del contrato de trabajo, ejercicio de la libertad sindical y acceso a prestaciones de seguridad sociales y riesgos de trabajo. Todas las anteriores consideradas por el precepto 74 como irrenunciables. [...] A raíz de ese modelo de derecho constitucional-laboral, se ha dado respuesta a una serie de situaciones que comprometían los derechos fundamentales del trabajador, mismas que en antaño eran legitimadas en el poder de control y dirección del empleador. Ejemplo de ello en nuestro ordenamiento jurídico es la tutela ideada para

personas objeto de despidos discriminatorios operados por razones de género, orientación sexual y creencias religiosas, tesis que han sido derivadas mayormente del principio de igualdad, consagrado por el precepto 33 de la Constitución Política. En este orden de ideas, el derecho de intimidad de la persona trabajadora emanado del ordinal 24 constitucional, se sitúa como un óbice para el ejercicio del poder del empresario, es decir, sirve para imposibilitar que se realicen controles de la vida personal del trabajador que estén disociados de la prestación personal pactada. El derecho de intimidad constriñe al empleador a abstenerse de investigar aspectos de la personalidad del trabajador tales como su orientación sexual, modo de vida, militancia política y prácticas religiosas, puesto que estos en modo alguno condicionan la capacidad profesional, física e intelectual para el ejercicio de las labores remuneradas. Por esa razón, el control de la esfera privada del trabajador, únicamente será válida en la hipótesis que el comportamiento extra-laboral sea contradictorio con las labores debidas, campo en el que se debe incluir el control de sustancias psicotrópicas... (párr.11)

De esta forma, la Sala confirma que la prohibición del patrono de investigar aspectos de la personalidad del trabajador que constituyan datos sensibles como aspectos relativos a su orientación sexual, su vida privada, sus afinaciones políticas o creencias y prácticas religiosas, no solo pretende proteger la esfera privada del trabajador, lo cual se consagra en el artículo 24 de la Constitución Política, sino que también pretende erradicar tratos discriminatorios y tutelar la igualdad cuyo fundamento constitucional se encuentra en el artículo 33 de la carta magna.

No obstante, sobre el caso en específico, explica la Sala Segunda que:

La Sala Constitucional en su voto 2002-7927 de las 15:23 horas del 20 de agosto de 2002, concluyó que los procedimientos creados en el decreto de estudio, no contravienen el derecho de la constitución al ser proporcionales y racionales con el fin perseguido, agregando que la utilización del azar como forma de escogencia no violenta el principio de igualdad consagrado constitucionalmente por el precepto 33, así en dicha sentencia se afirmó: ‘Ahora bien, para la Sala el Reglamento en cuestión tiene como fundamento legal el artículo 59 de la Ley General de Policía, que se refiere a los requisitos exigidos para el ingreso a las fuerzas de policía, cuyo inciso j) indica que además de los enumerados expresamente, se podrá exigir cualquier otro requisito que establezca la ley, sus

reglamentos y demás disposiciones aplicables y, también, el artículo 75 inciso l) ídem, que estipula como falta grave la embriaguez habitual o el uso de drogas no autorizadas durante el servicio, siendo pertinente el que se establezca un procedimiento científico para detectar el uso de dichas drogas por parte de los funcionarios policiales en sus funciones, puesto que el interés público que supone la seguridad ciudadana justifica que los funcionarios policiales sean sometidos a los exámenes de control de drogas. Consecuentemente, se considera que la obligación de los funcionarios policiales de someterse a las pruebas toxicológicas no lesiona el derecho protegido en el artículo 56 de la Constitución Política, en tanto resulta razonable que el Ministerio recurrido utilice dichas pruebas para determinar el uso de esas sustancias por parte de sus funcionarios. (...) En efecto, como bien lo señalan los recurridos en sus informes, es evidente la importancia de establecer medios idóneos para garantizar que las personas que pretendan integrar las fuerzas de policía, y las que ya son parte de la fuerza pública, no consuman drogas no autorizadas durante el servicio, y a juicio de la Sala los procedimientos establecidos en el decreto en cuestión son razonables y proporcionados al fin que busca obtener, sea optimizar el servicio que prestan las fuerzas de policía a la comunidad nacional. Por demás se debe advertir, que la actuación de la autoridad recurrida no viola el derecho protegido en el artículo 34 de la Constitución Política, en cuanto se busque la aplicación de ese Reglamento para los funcionarios que pertenecen al Estatuto Policial, pues como se dijo, la ley General de Policía fija como falta grave, que puede incluso ser sancionada con el despido sin responsabilidad patronal, la embriaguez habitual y el uso de sustancias prohibidas durante el servicio. De igual forma, tampoco vulnera el derecho reconocido en el artículo 33 constitucional el que sea aleatoria la forma de escoger a quienes deben realizar las pruebas toxicológicas, pues ello obedece a la necesidad de que se lleven a cabo sin previo aviso y, a la postre, todos los funcionarios se ven expuestos a ellas'. Desde la perspectiva del derecho del trabajo, la utilización de pruebas como estas, al menos en el caso de los oficiales de policía son válidas, no solo porque fomentan la salud ocupacional, sino que al mismo tiempo sirven para garantizar al Estado y a los miembros de la colectividad, que un servicio público de tal jerarquía como lo es la seguridad ciudadana, se encuentra en manos de funcionarios con aptitud ética, psíquica y mental, indispensables para el desempeño del cargo, amén de los riesgos que implica el medio en que se desenvuelven. De ahí, que a la luz de los preceptos 79) e inciso

f) y 81 inciso a) de la Ley General de Policía, deba estimarse que la negativa a cumplir esta clase de exámenes constituye una falta de suma gravedad, dado que con ella se contraviene la disciplina necesaria para el buen funcionamiento de los cuerpos de policía y al mismo tiempo, implica un desconocimiento de los deberes constitucionales y legales a los que se encuentra sometido el funcionario, en virtud de la jerarquía del servicio público que presta. (párr. 12)

*Caso No.2: divulgación de información referente a la salud del trabajador. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 00655 a las catorce horas cinco minutos del tres de agosto del dos mil cinco.*

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en su voto 00655 del tres de agosto del 2005, se refirió a un caso donde el actor reclamaba a su patrono el pago de extremos laborales tras romper unilateralmente la relación laboral, debidamente justificada y con responsabilidad patronal, así como la indemnización del daño moral, debido a los cuestionamientos públicos surgidos en relación con su capacidad mental, y una indemnización por daño ocasionado a su proyecto de vida, ya que su carrera profesional se vio truncada de forma irremediable por las acciones del demandado. La circunstancia anterior se generó después de que la parte patronal publicara información confidencial sobre su salud, con la intención de perjudicarlo, limitando sus nombramientos e impidiendo su contratación en otros centros de trabajo, al ponerse en duda su capacidad mental y profesional.

Siendo así, la Sala consideraba que, aunque se pusieron a disposición de los medios de prensa datos sensibles del trabajador, irrespetando el principio de proporcionalidad sobre las causas para las cuales fueron recopilados, la Sala estimaba que la ruptura de la relación laboral no estaba justificada porque el hecho no se dio en el ámbito propio de la misma, es decir, bajo el marco de subordinación entre el empleado y su empleador. La Sala incluso aclara que no pretende restar peso a la eventual responsabilidad del patrono, sino que no hay prueba fehaciente de que se haya procedido con la intención de lesionar los derechos del trabajador. Entonces, revocaba el fallo impugnado únicamente en cuanto se rechazó la indemnización del daño moral, y confirmaba el resto:

Esta Sala, en forma incipiente, ha desarrollado el tema del derecho a la intimidad de los trabajadores, en relación o frente al poder de control del empleador [...] La doctrina laboral se ha avocado [*sic*] al tratamiento de este nuevo ámbito de regulación, especialmente el control que pueda ejercer el empleador sobre los instrumentos de trabajo [...] Las posiciones doctrinales oscilan entre quienes estiman procedente una fiscalización sin límites, los que consideran que debe buscarse un equilibrio entre el derecho de control por parte del empleador y los derechos del trabajador y por aquellos que niegan la posibilidad de que el empleador pueda intervenir en el ámbito privado del trabajador. En el caso bajo análisis, sin duda, se puso a disposición de los medios de prensa, información de carácter confidencial del accionante, cuyo uso debió limitarse a los concretos fines para los cuales había sido dispuesta, en aplicación del principio de proporcionalidad (razonabilidad). En efecto, los resultados del dictamen médico por el cual se valoraba el estado de salud mental del actor, en relación con el trabajo que desarrollaba, tenía como única finalidad determinar, en forma discrecional, si podía disponerse o no la separación del accionante para el mejor servicio público. No obstante ello, por las razones que hayan mediado, sin que pueda concluirse que mediaron intenciones espúreas [*sic*], como lo pretende hacer ver el recurrente, lo cierto es que las publicaciones se dieron, con las consecuencias perjudiciales que tal circunstancia acarrearón [*sic*] al actor. Sin embargo, por la razón que de seguido se expone, esta Sala estima que la ruptura de la relación no estaba justificada, en el tanto en que tal hecho no se dio en el ámbito propio de la relación de servicio; es decir, no se dio dentro de la relación jerárquica que unía al actor con el Poder Judicial. El proceder del Departamento de Relaciones Públicas del citado Poder no afectaba directamente la relación de servicio. No fue en ese marco de subordinación jurídica donde se generó ese acto que le ocasionó perjuicio. En los autos no consta prueba alguna de que la decisión de entregar el acuerdo del Consejo Superior, donde constaban las conclusiones del Consejo Médico Forense, en relación con la salud del actor, haya sido adoptada por alguno de los jefes del demandante. No se trata de eliminar la eventual responsabilidad del proceder de la Administración –Poder Judicial-, sino que, en el caso concreto, las circunstancias dadas no podían servirle al actor para ponerle fin a la relación de servicio que mantenía con el demandado, pues no puede concluirse que los jefes del Poder Judicial; o sea, los representantes de la Administración en la relación de servicio, hayan

procedido, dentro de esa relación de poder jurídico, con la intención de lesionar los derechos del actor, de forma tal que lo legitimaran a dar por concluida, en forma justa, la relación que mantenía con el demandado. Así, solo una lesión grave en el marco de la relación de servicio por parte de los jefes del Poder Judicial pudo dar derecho al actor para dar por finalizada la relación, con responsabilidad patronal. En consecuencia, este agravio tampoco puede ser acogido y no puede concedérsele al actor el auxilio de cesantía que reclama. (párr. 38)

De lo anterior se puede concluir que, para acudir a la vía judicial, en sede laboral, a solicitar la ruptura de la relación laboral con responsabilidad patronal por motivo de transgresión a los derechos fundamentales del trabajador, es necesario contar con prueba que determine que el hecho alegado se dio dentro de la relación laboral, bajo responsabilidad del patrono y a causa de la subordinación que implica el contrato laboral.

*Caso No.3: datos en las comunicaciones privadas de los trabajadores. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 00998 a las nueve horas cuarenta y cinco minutos del diecinueve de diciembre del dos mil siete.*

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución 00998 del 19 de diciembre del 2007, se refiere a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en el ámbito laboral, específicamente analiza la intimidad de las comunicaciones electrónicas de los trabajadores, enfatizando en los datos almacenados y el derecho de autodeterminación informativa.

En este caso, el actor reclama a su patrono el pago de extremos laborales y daño moral tras su despido injustificado y sin responsabilidad patronal. Sin embargo, el demandado alegaba que el despido surgió por causas de competencia desleal, utilización del equipo de la empresa para fines propios, cobros indebidos y mala fe en el proceder del actor. Posteriormente, indicaba el actor que, a modo de prueba, se adjuntó un email extraído sin su consentimiento y de ahí la violación a sus comunicaciones privadas. A esto, la Sala explicaba que:

III.- SOBRE LA INVOLABILIDAD DE COMUNICACIONES PRIVADAS: Se expone en el recurso, que se han tomado comunicaciones del accionante para acreditar la justedad del despido, no obstante lo anterior, no existió autorización por parte del colaborador, para que se examinara su cuenta electrónica y se usaran algunas de las comunicaciones. Sobre

este tema, no abunda el tratamiento por parte de la doctrina laboral, ha sido la Sala Constitucional la que ha venido a orientar el campo de estudio, con mayor énfasis en el ámbito penal (intervención de las comunicaciones, por ejemplo) y, últimamente, se ha redimensionado, en atención al avance de la tecnología, lo que permite el manejo y archivo de datos, inclusive de los denominados ‘sensibles’, el manejo de redes informáticas de fácil acceso, lo que ha dado origen, también, al denominado derecho a la autodeterminación informativa. En relación con el derecho a la intimidad antes apuntado, la citada Sala, en la sentencia número 1026, de las 10:54 horas del 18 de febrero de 1994 explicó:

‘El numeral 24 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental a la intimidad. Se trata de un fuero de protección a la vida privada de los ciudadanos. La intimidad está formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento. Si bien, no puede menos que reputarse que lo que suceda dentro del hogar del ciudadano es vida privada, también puede ser que lo que suceda en oficinas, hogares de amigos y otros recintos privados, esté en ese ámbito. De esta manera los derechos constitucionales de inviolabilidad del domicilio, de los documentos privados y de las comunicaciones existen para proteger dicha intimidad, que es un derecho esencial de todo individuo...’.

[...]

Sobre el tema de la intimidad, esta Sala se pronunció mediante la sentencia número 655 de las catorce horas con cinco minutos del tres de agosto del año dos mil cinco.

‘Esta Sala, en forma incipiente, ha desarrollado el tema del derecho a la intimidad de los trabajadores, en relación o frente al poder de control del empleador. Concretamente se ha abarcado el tema de la intervención de los empleadores sobre las herramientas de trabajo (computadores, correo electrónico, v. gr. Al respecto, véanse las sentencias números 744, de las 9:00 horas del 28 de noviembre; y, 797, de las 15:00 horas del 18 de diciembre, ambas del 2003). [...] La doctrina laboral se ha avocado al tratamiento de este nuevo ámbito de regulación, especialmente el control que pueda ejercer el empleador sobre los instrumentos de trabajo (intervención de computadores, por ejemplo) y el control

mediante el uso de nuevas tecnologías (v. gr., mediante el uso de cámaras de video). Las posiciones doctrinales oscilan entre quienes estiman procedente una fiscalización sin límites, los que consideran que debe buscarse un equilibrio entre el derecho de control por parte del empleador y los derechos del trabajador y por aquellos que niegan la posibilidad de que el empleador pueda intervenir en el ámbito privado del trabajador'. (párr.16)

Al final, la Sala determina que el recurrente no lleva razón en cuanto acusó indebida valoración de los elementos probatorios que generaron el despido, puesto que el correo electrónico no fue la única prueba aportada al proceso y, con independencia de que al actor le asista razón, aun haciendo una supresión hipotética de esa prueba, con las demás que constaban en autos se concluye que se dio la falta.

*Caso No.4: obligación de informar sobre condiciones especiales de salud. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 00691 a las diez horas cinco minutos del dieciséis de abril de dos mil veintiuno.*

Para este caso, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución No. 00691 del 16 de abril del 2021, se refería al tratamiento de situaciones de alcoholismo en las relaciones laborales y su despido justificado. Para efectos de esta investigación, se tomará en cuenta la postura de la Sala Segunda, que entiende este padecimiento como un dato sensible.

Los hechos de este caso corresponden a que el actor, quien laboraba para la Municipalidad de Goicoechea, presentaba problemas de alcoholismo y, a causa de este padecimiento, justificaba las llegadas tardías, incapacidades y ausencias que motivaron la apertura de un proceso disciplinario en su contra y eventualmente su despido sin responsabilidad patronal. El actor solicitaba el pago de sus extremos laborales, reinstalación inmediata en su puesto y el pago de los salarios caídos fundamentando su petición en que no era obligación suya informar al patrono sobre su condición y que merecía una oportunidad para seguir en rehabilitación. Al respecto la Sala Segunda señalaba que:

Si bien es cierto los problemas de salud entran en la categoría de datos sensibles y como tales deben ser manejados y respetados por el empleador con suma prudencia y confidencialidad, salvo que la persona trabajadora lo autorice a darlos a conocer a quienes tienen competencia para buscar una solución; no es cierto lo que afirma el recurrente en

cuanto a que no tenía que cumplir con la comunicación al empleador para justificar ausencias por motivos de salud, pues se trata de una obligación que se desprende del artículo 19, 81 inciso g) en relación con los numerales 71 incisos b) y 72 incisos a) del Código de Trabajo. Esa obligación por lo tanto está regida, principalmente porque ambas partes están sujetas a una actuación de buena fe y, por parte del trabajador también si tiene obligación de cumplir con la jornada de trabajo y acudir al trabajo en dentro del horario preestablecido y tiene la prohibición de presentarse en estado de ebriedad, si esa era la situación, por el citado principio (buena fe que está previsto en el numeral 19 del Código de Trabajo), para justificar sus ausencias debía informarlo al empleador, de forma oportuna para que este buscara su reemplazo y no se afectara las tareas que debía atender en razón del cargo. De tal forma que, si dichas ausencias eran por problemas de alcoholismo, el actor sí estaba obligado a comunicarlo a la jefatura respectiva, pues solo así se podía activar, por parte del empleador, la búsqueda de atención médica por remisión del empleador. Es claro que también el actor pudo haber gestionado ese tipo de ayuda por el IAFA y comunicarlo a la demandada, pero eso no sucedió. Conviene recordar, que la relación de trabajo, exige la confianza recíproca y permanente entre las partes. Ambas deben actuar, en todo momento, de buena fe (buena fe-lealtad), lo que supone también la obligación de comunicar, de forma oportuna, cualquier circunstancia que le impida a la persona trabajadora el cumplimiento de la obligación, entre otras, de asistir al trabajo, lo que no ocurrió en este caso. (párr. 5)

Así, la Sala Segunda da sin lugar el recurso, recalando que, en estas circunstancias, el trabajador debe justificar su incumplimiento de la prestación laboral e informar al patrono sobre sus causas, bajo la relación de confianza y confidencialidad que debe operar en todo caso.

*Caso No.5: confidencialidad de datos de vacunación contra COVID-19. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 27132 a las nueve horas treinta minutos del tres de diciembre de dos mil veintiuno.*

En este caso, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución 27132 del 03 de diciembre del 2021, resuelve sobre un caso en el que la recurrente labora para el Ministerio de Educación Pública e interpone un recurso de amparado contra la vacunación

obligatoria y la obligación que se le impone de mostrar su carné de vacunación para garantizar su continuidad laboral.

Para efectos de esta tesis, la importancia de este caso versa sobre los datos personales contenidos en este carné de vacunación y cómo lo analiza la Sala Constitucional. El recurso de amparo citado fue declarado sin lugar. Esto fue lo que determinó la Sala respecto a la confidencialidad de los datos relacionados con la vacunación y la naturaleza de la información contenida en el carné de vacunas:

VIII.- SOBRE LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS RELACIONADOS CON LA VACUNACIÓN CONTRA COVID 19.- Ahora, en el caso bajo estudio, la recurrente también cuestiona que como funcionaria del Ministerio recurrido, debe entregar información sobre la vacunación contra la Covid-19, sin embargo considera que el procedimiento establecido resulta violatorio de su derecho a la intimidad, a la privacidad, por tratarse en su criterio de datos sensibles. Como punto de partida, es necesario indicar que mediante decreto ejecutivo n.º42889-S, el Estado dispuso sobre la obligatoriedad de la contra la COVID-19, siendo que en la Sentencia n°2020-0019433, de las 09:20 horas de 9 de octubre de 2020, claramente la Sala se refirió a legitimidad en general del fin que persigue el establecer el carácter obligatorio de una vacuna, e indicó que:

‘(...) esta Sala ha reconocido, en primer lugar, la importancia de la vacunación como parte de la asistencia sanitaria esencial que debe garantizar el Estado costarricense en aras de proteger el derecho fundamental a la salud de todas las personas, y, en segundo lugar, que el resguardo de la salud pública y la prevención de las enfermedades constituye un fin constitucionalmente legítimo que puede justificar válidamente la obligatoriedad de las vacunas (...)’ (el énfasis no pertenece al original).

En virtud de ello, y en cumplimiento, con lo instruido en la Ley de Vacunación N°8111, del 18 de julio de 2002 y el decreto ejecutivo N°43249-S publicado en la Gaceta N°206 del 12 de octubre del 2021, se establece la obligatoriedad de vacuna contra el COVID 19, a todos los funcionarios públicos. Además, el artículo 152, de la Ley General de Salud indica que es obligatorio para toda persona presentar los certificados de vacunación cuando la autoridad así lo determine. De modo, en cuanto este extremo, la parte recurrida actuó de conformidad al principio de legalidad o de la juridicidad que consagra

el artículo 11, de la Constitución Política, que significa que los actos y comportamientos de la Administración deben de estar regulados por norma escrita, lo que implica desde luego, el sometimiento a la Constitución a la ley, y en general a todas las normas del ordenamiento jurídico. [...]

IX. NATURALEZA JURÍDICA DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN EL CARNET DE VACUNAS CONTRA LA COVID-19. Adicionalmente, se tiene que el reclamo planteado por la recurrente radica al acceso de datos personales de la recurrente y el tratamiento y mecanismo de registro que la Administración recurrida utiliza para alcanzar esa obligación. Efectivamente, la información relativa a la historia clínica de las enfermedades que padece una persona así como el dictamen médico o epicrisis han sido calificados como datos sensibles de acceso restringido. Nótese, que la Ley de Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales n° 8968, en su artículo 3, inciso e), establece:

’ Para los efectos de la presente ley se define lo siguiente: (...)

e) Datos sensibles: información relativa al fuero íntimo de la persona, como por ejemplo los que revelen origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o espirituales, condición socioeconómica, información biomédica o genética, vida y orientación sexual, entre otros’.

A su vez, el artículo 9, en lo conducente indica:

‘Artículo 9.- Categorías particulares de los datos.

Además de las reglas generales establecidas en esta ley, para el tratamiento de los datos personales, las categorías particulares de los datos que se mencionarán, se regirán por las siguientes disposiciones:

1.- Datos sensibles. Ninguna persona estará obligada a suministrar datos sensibles. Se prohíbe el tratamiento de datos de carácter personal que revelen el origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, espirituales o filosóficas, así como los relativos a la salud, la vida y la orientación sexual, entre otros.

(...)

2.- Datos personales de acceso restringido. Datos personales de acceso restringido son los que, aun formando parte de registros de acceso al público, no son de acceso irrestricto por ser de interés solo para su titular o para la Administración Pública. Su tratamiento será permitido únicamente para fines públicos o si se cuenta con el consentimiento expreso del titular (...)'.

Resulta indudable que los datos referidos al estado de salud de una persona son considerados, en principio, íntimos, reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, que es lo que preserva el derecho a la intimidad contenido en el 24, de la Constitución Política. Lo anterior por cuanto, la información relativa a la salud física o psíquica de una persona constituyen un elemento importante de su vida privada, lo que le atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado para sí, de una publicidad no querida. En principio, no se le puede obligar, sin justificación alguna o mandato legal a difundir datos que afecten, en sentido amplio, a su salud. Sin embargo, este derecho subjetivo, como todos y sin excepción, puede ser limitado cuando sea preciso preservar otros derechos y bienes constitucionales, tales como la presencia de otros intereses generales como los estudios epidemiológicos, las situaciones de riesgo grave para la salud de la colectividad, entre otros. En todo caso, las posibles limitaciones del derecho fundamental a la intimidad personal deberán estar fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional, sea proporcionada y que exprese con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora. [...] Así las cosas, la medida tomada por la autoridad recurrida es necesaria y proporcional al fin establecido por el ordenamiento jurídico y no afecta la esfera jurídica del amparado, ya que toda persona sujeta a una vacunación obligatoria está obligada a mostrar la prueba que la llevó a cabo. En consecuencia, los carnés de vacunación contra la covid-19, que emite la Caja Costarricense de Seguro Social constituyen un mecanismo de información que la persona recibió una cantidad de dosis de la vacuna contra el Covid 19 [sic], siendo que ello no entra dentro de la conceptualización de información biomédica o genética o sobre la salud, por lo que no califica como un dato sensible, sino que es un dato personal de acceso restringido por ser de interés solo para su titular o para la Administración Pública. Así las cosas, al haber sido declarada la vacuna como obligatoria es deber de la amparada, y de todos los ciudadanos demostrar a la administración pública cuando así lo requiera, que ha cumplido

con lo instruido por el ordenamiento jurídico y ello no constituye una violación al derecho a la intimidad. En ese contexto, la parte recurrida no ha lesionado derecho fundamental alguno al recurrente. (párr. 29)

### **Principales hallazgos**

Primeramente, se encuentra que el derecho de protección de datos personales tiene fundamento de forma implícita en la Constitución Política, artículo 24, pues este numeral contempla el derecho fundamental a la intimidad, del cual deriva el derecho a la autodeterminación informativa. No obstante, esta autodeterminación informativa encuentra sus excepciones cuando los datos procuren la seguridad del Estado, la seguridad y el ejercicio de la autoridad, comisión de delitos penales o de infracciones a la deontología en las profesiones, creación de bases de datos con fines estadísticos, históricos o de investigación científica sin identificación de los titulares de estos, prestación de servicios públicos y la eficacia de la actividad ordinaria de la Administración.

Seguidamente, si bien no existe normativa que regule la protección de datos personales en la relación laboral, la Ley No. 8968 sobre la Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales aplica de forma complementaria también para el caso de los trabajadores, debido a que su objetivo es garantizar a cualquier persona el derecho a la autodeterminación informativa. De esta forma, se podría encontrar en esta norma un sustento legal para las bases de datos automatizadas o manuales, tanto de empleadores públicos como privados, además de los procedimientos para ejercer los derechos de proteger la información personal.

Según la Ley No.8968, se tiene por base de datos cualquier registro de información personal que sea objeto de tratamiento. Es decir, cualquier dato relativo a una persona física identificada o identificable, sin embargo, algunos, debido a sus características, están revestidos de una especial protección. Por ejemplo, los datos de acceso irrestricto son aquellos datos públicos de acceso general, salvo la dirección exacta de la residencia (a excepción de mandato, citación, notificación administrativa u operación bancaria), la fotografía y los números de teléfono privados. Los datos de acceso restringido son solo para uso de su titular o la Administración pública, y su tratamiento debe proceder con consentimiento del titular. Además, en esta categoría se incluyen los datos referentes al comportamiento crediticio, los cuales se rigen por las normas que regula el

Sistema Financiero Nacional. Para todas estas clasificaciones, el responsable de la base de datos debe garantizar confidencialidad.

Por otra parte, los datos sensibles son aquellos relativos al fuero íntimo de las personas, como el origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o espirituales, condición socioeconómica, información biomédica o genética, vida y orientación sexual, entre otros, los cuales ninguna persona está obligada a suministrar o revelar, excepto en las siguientes circunstancias: que sea necesario para salvaguardar el interés vital del interesado o de otra persona; que sea efectuado en el curso de sus actividades legítimas y con las debidas garantías por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical; que el interesado haya hecho los datos públicos voluntariamente o sean necesarios para el reconocimiento, el ejercicio o la defensa de un derecho en un procedimiento judicial; o bien, para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria, tratamientos médicos, o la gestión de servicios sanitarios por un funcionario o funcionaria del área de la salud, de manera sujeta al secreto profesional.

Se podría definir como interesado, en este caso en específico, al trabajador cuyos datos personales, en sus distintas clasificaciones, se encuentren almacenados o estén siendo tratados en una base de datos de su patrono. Por ende, además de la confidencialidad, el patrono es responsable, según la Ley No.8968, de adoptar medidas técnicas para garantizar la seguridad de los datos de carácter personal y evitar su alteración.

Así mismo, el patrono, como responsable de la base de datos, debe elaborar protocolos de actuación para la recolección, el almacenamiento y el manejo de los datos personales, y deberá inscribirlos ante la Prodhab, con ello se hará presumir "iuris tantum" el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la citada ley.

La transferencia de datos personales procede solamente en aquellos casos en que el titular lo haya aprobado expresamente mediante el consentimiento informado inequívoco, sobre todo para la comercialización de estos, de lo contrario, podría hablarse incluso de la comisión del delito de violación de datos personales, sancionado con pena de prisión de uno a cuatro años según las disposiciones y excepciones que establece la normativa penal costarricense.

Aun con el consentimiento del titular, el patrono que desee comercializar los datos de sus empleados debe inscribir su base de datos ante la PRODHAB y cumplir con las solicitudes de ejercicio del derecho de autodeterminación informativa que se le presenten.

El consentimiento también es necesario cuando se trata de una simple recopilación de datos personales, este deberá constar por escrito e incluso puede ser revocado de la misma forma. De igual manera existen excepciones para el requerimiento del consentimiento, la que más podría adaptarse a una relación laboral corresponde a los datos personales de acceso irrestricto obtenidos de fuentes de acceso público general o que deban ser entregados por disposición constitucional o legal.

También se prohíbe el acopio de datos sin el consentimiento informado de su titular o por medios fraudulentos, desleales o ilícitos. Siendo así, se prohibiría al patrono comprar, por ejemplo, de forma ilícita bases de datos de sus empleados o indagar sobre estos sin su consentimiento.

Según el artículo 5 de la Ley 8968, si la parte emperadora solicita datos de carácter personal, deberá informar expresa, precisa e inequívocamente de la existencia de una base de datos, de sus fines, de los destinatarios de la información y quiénes podrán consultarla, del carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas a las preguntas, del tratamiento que se dará a los datos solicitados, de las consecuencias de la negativa a suministrar los datos, de la posibilidad de ejercer los derechos que le asisten y de la identidad y dirección del responsable de la base de datos.

Posteriormente, al artículo 6 de la Ley No. 8968 recoge el principio de calidad de la información, este principio indica parámetros que, si bien son responsabilidad del patrono cuando administra una base de datos, también constituyen una seguridad para el trabajador de que no se mantendrán datos personales suyos cuando ya no sean actuales, falten a la verdad, sean inexactos o se utilicen para un fin distinto al que se le informó a la hora de su recopilación.

Según el artículo 7 de la Ley No. 8968, a la persona titular de datos personales, en este caso al trabajador, le asiste además el derecho de solicitar el acceso a sus datos personales, rectificarlos en caso de que transgredan el principio de calidad de la información y hasta suprimirlos de forma total o parcial. Además, con la creación de la PRODHAB, en su artículo 15, la Ley No.8968 también garantiza a los titulares de datos el recurrir ante este órgano para incoar un procedimiento

administrativo sencillo y rápido con el fin de ser protegidos contra actos que violen sus derechos fundamentales relacionados con sus datos personales.

Es decir, la PRODHAB se convierte en un instrumento para los trabajadores, por ejemplo, para proteger sus datos personales. Al contar con un derecho subjetivo o un interés legítimo, los empleados pueden denunciar que una base de datos pública o privada actúa en contravención de las reglas o los principios básicos para la protección de sus datos y la autodeterminación informativa, esto según el artículo 24 de la ley citada *supra*.

De esta forma, si un trabajador, por ejemplo, interpone una denuncia ante la PRODHAB al contar con un derecho legítimo, y si su patrono tiene una base de datos que contraviene la Ley No.8968 y afecta directamente sus datos personales, la PRODHAB conferiría un plazo de tres días hábiles al patrono, como responsable de la base de datos, para referirse a la veracidad de los cargos. La negatoria en responder dará por hechos los actos. En todo caso, la PRODHAB tendrá un mes para dictar su resolutoria contra la cual cabe un recurso de reconsideración.

A parte de la sede administrativa (ante PRODHAB) y la judicial constitucional (mediante el recurso de amparo en su modalidad *habeas data*), el trabajador que sufra una violación a sus derechos en materia de protección de datos personales podrá acudir a vía judicial en sede laboral. Lo anterior con fundamento en el artículo 70 del Código de Trabajo, inciso i), que prohíbe al patrono ejecutar cualquier acto que restrinja los derechos que el trabajador tiene conforme a la ley. Entre estos derechos del trabajador, se incluyen aquellos derechos inespecíficos como la autodeterminación informativa, imagen personal y privacidad e intimidad. Por lo tanto, si el trabajador tiene pruebas de que el patrono no ha cumplido sus obligaciones al permitir que las actividades de control y fiscalización de la prestación laboral violenten la protección de sus datos personales y, con ello, su intimidad, el afectado podrá acudir a la vía judicial y solicitar ante un juez competente el término de la relación laboral.

Volviendo al proceso administrativo, en caso de que la resolución estimatoria así lo indique, la PRODHAB tendría la potestad de ordenar la inmediata supresión, rectificación, adición o aclaración o impedimento de transferencia o difusión respecto a la información del interesado, por ejemplo, la información del trabajador. Todo lo anterior se sustenta en el numeral 26 de la Ley No.8968, que también dispone la posibilidad de sancionar al responsable de la base de datos en caso de incumplimiento.

Es importante recordar que la Ley No.6227, o Ley General de la Administración Pública, se aplica de forma supletoria a la Ley No.8968, por lo tanto, se debe seguir el proceder señalado en la primera.

Siempre en el mismo orden, de momento las sanciones disponibles constituyen en multas que abarcan desde los cinco hasta los treinta salarios base, dependiendo de si la falta es leve, grave o gravísima. No obstante, como se mencionaba anteriormente, ante la violación de datos personales, igualmente cabe responsabilidad penal. Respecto al régimen sancionatorio en bases de datos públicas, la misma PRODHAB dictará las medidas que proceda adoptar.

De momento, como faltas leves, la Ley No.8968 contempla recolectar datos personales por medio de mecanismos inseguros o sin que se le otorgue suficiente y amplia información a la persona interesada. Además, son faltas graves el recolectar, almacenar, transmitir o emplear datos personales sin el consentimiento informado, para una finalidad distinta a la autorizada por el titular, y negarse injustificadamente a dar acceso o a eliminar o rectificar los datos de una persona que así lo haya solicitado por medio claro e inequívoco. Por último, se encuentran reguladas como faltas gravísimas recolectar, almacenar, transmitir o emplear datos sensibles; obtener datos personales por medio de engaño, violencia o amenaza; revelar información registrada cuando se esté obligado a guardar secreto; proporcionar a un tercero información falsa o distinta contenida en un archivo de datos; tratar datos personales sin encontrarse debidamente inscrito ante la PRODHAB; y transferir información de costarricenses a bases de datos de terceros países sin consentimiento.

En cuanto a las consecuencias del requerimiento, recopilación, indagación y/o tratamiento datos personales en la relación laboral, estas acontecen a partir de actos discriminatorios que el patrono puede cometer en contra del trabajador. Con mayor razón se puede cometer discriminación contra los trabajadores al conocer sus datos sensibles, esto porque de inmediato se ingresa a una esfera íntima del empleado y, con base en estos datos, puede incluso construirse un perfil subjetivo dentro del ámbito laboral. En cuanto a este aspecto, la legislación laboral sí contempla, en el Código de Trabajo, la prohibición de discriminar, así como el proceder y consecuencias en casos donde se presente un acto discriminatorio, esto en sus numerales 405, 408, 409 y 410.

De forma más específica, en los artículos 81 y 83 del Código de Trabajo se prohíbe la discriminación hacia el trabajador portador de VIH, tanto por el patrono como por otros colaboradores de la empresa, a quienes el patrono puede dar por terminado el contrato de trabajo.

En este caso, se está hablando directamente de un dato personal sensible que, por ser referente a la salud del trabajador, no debería ser requerido por la parte empleadora. Sobre esta misma línea, la Ley General sobre el VIH SIDA, No. 7771, obliga a la parte empleadora a guardar confidencialidad sobre este dato sensible de sus colaboradores (artículo 13). Si se relaciona esta disposición con las faltas dispuestas en la Ley No. 8968, el patrono que revele este dato sensible incurriría en una falta gravísima por estar obligado por ley a guardar secreto sobre el mismo. Por último, la Ley No. 7771, además de los citados artículos 81 y 83, también reforma el Código de Trabajo imponiendo en el artículo 70 la prohibición a los patronos de solicitar pruebas VIH a sus empleados. Esta prueba como tal, también constituye un dato sensible.

La segunda prohibición expresa de discriminación a razón de un dato sensible corresponde al artículo 2 de la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, al velar porque la mujer no sufra discriminación por razón de su género y/o estado civil, prohibiendo también al patrono el discriminar a una trabajadora o definir su posibilidad de acceso a un puesto de trabajo basado en estos datos sensibles.

Por otra parte, en cuanto a la jurisprudencia traída a análisis, en el caso No. 1 (resolución No. 00124 – 2010) la Sala Segunda de la CSJ se pronuncia ante un despido de un oficial de policía tras su negatoria a realizarse pruebas toxicológicas y, al mismo tiempo, se pronuncia acerca de las indagaciones que hacen los patronos sobre sus empleados, incluyendo la captación y/o requerimiento de datos personales sensibles, lo cual puede generar tratos discriminatorios.

Primeramente, indica la Sala Segunda que, en este caso en específico, estos medios son proporcionales, racionales y no contravienen el principio de igualdad por presentarse al azar. Además, en el caso específico de los oficiales de policía, en el artículo 59 de la Ley General de Policía, se expone como una posibilidad el exigir cualquier otro requisito que establezca la ley y, en el artículo 75, inciso l) ídem, se estipula como falta grave el uso de drogas no autorizadas o la embriaguez habitual durante el servicio. Es por esto que la Sala Segunda considera pertinente el procedimiento científico para detectar el uso de drogas por parte de los funcionarios policiales en aras del interés público que supone la seguridad ciudadana.

No obstante, al entrar al análisis de los derechos fundamentales y relaciones de trabajo, la Sala Segunda define que el derecho de intimidad de la persona trabajadora, emanado del artículo 24 de la C.POL, imposibilita que el patrono realice controles de la vida personal del trabajador que

estén disociados de la prestación personal pactada. Además, analiza la Sala Segunda que el derecho de intimidad constriñe al empleador a abstenerse de investigar aspectos de la personalidad del trabajador, tales como su orientación sexual, modo de vida, militancia política y prácticas religiosas, puesto que estos en modo alguno condicionan la capacidad profesional, física e intelectual para el ejercicio de las labores remuneradas.

Hasta este punto, el requerimiento de pruebas sobre el uso de drogas resultaría un tanto contradictorio según el contenido que enmarca la Sala Segunda sobre el derecho a la intimidad, y podría relacionarse con la prohibición de solicitar datos sensibles como los referentes a la salud. Sin embargo, la Sala dice que el control de la esfera privada del trabajador únicamente será válido en la hipótesis de que el comportamiento extralaboral sea contradictorio con las labores debidas, campo en el que se debe incluir el control de sustancias psicotrópicas.

El caso No.2 (resolución 00655 – 2005) tiene gran relevancia para analizar la obligación de la confidencialidad y la seguridad de los datos que debe procurar tener el patrono. La Sala Segunda de la CSJ analiza el caso donde un trabajador rompe unilateralmente el vínculo laboral y exige a su patrono el pago de extremos laborales tras haber difundido información referente a su estado de salud, impidiendo su contratación en otros centros de trabajo al ponerse en duda su capacidad mental y profesional.

La Sala Segunda empezaba analizando el control que pueda ejercer el empleador sobre los instrumentos de trabajo, y que algunos doctrinarios apuntan a que debe buscarse un equilibrio entre el derecho de control por parte del empleador y los derechos del trabajador, mientras otros niegan la posibilidad de que el empleador pueda intervenir en el ámbito privado del trabajador.

No obstante, a pesar de que en este caso se puso a disposición de los medios de prensa información de carácter confidencial del accionante, apartándose de la finalidad para la cual fue recopilada, la Sala estimó que la ruptura de la relación no estaba justificada porque el hecho “no se dio en el ámbito propio de la relación de servicio”, y que no pretendían eliminar la eventual responsabilidad del proceder, sino que, en el caso concreto, las circunstancias dadas no podían servirle al actor para ponerle fin a la relación de servicio que mantenía con el demandado, pues no puede concluirse que se haya procedido con la intención de lesionar los derechos del actor.

Lo cierto es que se revelaron resultados de un dictamen médico en el cual se valoraba el estado de salud mental del actor en relación con el trabajo que desarrollaba, tal como la Sala lo indica. De hecho, la finalidad era determinar, en forma discrecional, si podía disponerse o no la separación del accionante para el mejor servicio público. Por ende, no debería descartarse de esa forma la responsabilidad patronal como administrador de los datos de sus colaboradores.

Seguidamente, en el caso No.3 (resolución 00998 – 2007) la Sala Segunda de la CSJ se refería a la inviolabilidad de comunicaciones privadas en el ámbito laboral, enfatizando en los datos almacenados, principalmente en aquellos sensibles. Además, la Sala se refiere al derecho de autodeterminación informativa cuando un trabajador reclamaba que su despido sin responsabilidad patronal se sustentó en un correo electrónico extraído sin su consentimiento, y de ahí la violación a sus comunicaciones privadas.

A esto, la Sala explicaba que, en atención al avance de la tecnología, lo que permite el manejo y archivo de datos, inclusive de los denominados datos sensibles, es el manejo de redes informáticas de fácil acceso que ha dado paso al derecho a la autodeterminación informativa. Además, explica que el derecho a la intimidad está formado por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños.

Bajo ese mismo orden, indicaba la Sala Segunda que, respecto a los trabajadores frente al poder de control del empleador, concretamente sobre la intervención de los empleadores sobre las herramientas de trabajo, la doctrina laboral se ha orientado al tratamiento de este nuevo ámbito de regulación, oscilando entre quienes estiman procedente una fiscalización sin límites y los que consideran que debe buscarse un equilibrio entre el derecho de control por parte del empleador y los derechos del trabajador. De esta forma, se puede extraer que un control del patrono sobre el computador, por ejemplo, de sus colaboradores, es posible que involucre datos, comportamientos y situaciones de una persona que podría estar sustrayendo al conocimiento de extraños. No obstante, se vuelve necesario un análisis de los derechos del patrono sobre estos instrumentos que son de su propiedad y cuyo mal uso podría estarle devengando pérdidas inmensurables.

En el caso No.4 (resolución 00691 – 2021), la Sala Segunda de la CSJ se refería al tratamiento de situaciones de alcoholismo como condición de salud (por ende, un dato sensible) en las relaciones laborales, así como a las circunstancias de despido justificado relacionadas. Al

respecto, decía la Sala que la categoría de datos sensibles debe ser manejada y respetada por el empleador con suma prudencia y confidencialidad, tal y como lo dispone la Ley No.8968, salvo que la persona trabajadora lo autorice a darlos a conocer a quienes tienen competencia para buscar una solución, como en el caso de este trabajador y sus problemas con las sustancias alcohólicas. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 19, 81 inciso g), en relación con los numerales 71, incisos b); y 72, incisos a) del Código de Trabajo, el trabajador tiene la obligación de informar al patrono sobre las tardías o ausencias por motivos de salud.

De ahí que la Sala Segunda recuerda que la relación de trabajo exige la confianza recíproca y permanente entre las partes, de modo que ambas deben actuar de buena fe; lo que supone también la obligación de comunicar cualquier circunstancia que le impida a la persona trabajadora el cumplimiento de la obligación y/o asistir al trabajo. Ahora bien, por el lado del patrono, este deberá guardar confidencialidad sobre las situaciones especiales sometidas a su conocimiento por parte de los empleados.

En el caso No.5 (resolución 27132 – 2021), la Sala Constitucional de la CSJ se pronuncia sobre un tema controversial a raíz de la pandemia por el COVID – 19, que trata sobre la vacunación obligatoria para los trabajadores y la necesidad de brindar el carné de vacunas para su validación. De esta forma, si bien la Sala Constitucional recuerda la importancia de la vacunación como parte de la asistencia sanitaria esencial que debe garantizar el Estado para proteger el derecho fundamental a la salud, también recuerda que el resguardo de la salud pública y la prevención de las enfermedades constituye un fin constitucionalmente legítimo, que puede justificar la obligatoriedad de las vacunas.

Pero lo realmente valioso de esta resolución, y para la presente tesis, es valorar la naturaleza jurídica de la información contenida en el carné de vacunas. La Sala apunta a la Ley No. 8968, en su artículo 3, inciso e), donde se definen como datos sensibles aquellos referentes a la información biomédica o genética, y, en el numeral 9, se indica que ninguna persona estará obligada a suministrar datos sensibles, entre ellos los relativos a la salud, prohibiendo su tratamiento. En el mismo artículo, la norma establece que los datos personales de acceso restringido son aquellos que forman parte de registros de acceso público, pero su interés concierne solamente al titular y a la Administración Pública, y se permite su tratamiento solo para fines públicos o con el consentimiento del titular.

Siendo así, se confirma que los datos referidos al estado de salud de una persona son considerados íntimos, reservados frente a la acción y el conocimiento de los demás, y protegidos por el derecho a la intimidad contenido en el artículo 24 de la C.POL. Sin embargo, la Sala Constitucional indica que este derecho es subjetivo y puede ser limitado cuando sea preciso preservar otros derechos e intereses generales, como la salud de la colectividad. Estas limitaciones deben estar fundadas en una previsión legal, constitucional, proporcional y que enuncie todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida. De esta forma, se puede concluir que, el requerimiento del carné de vacunación contra el COVID – 19 es necesario, proporcional y no afecta la esfera jurídica de las personas, ya que constituye una prueba de que la persona recibió una cantidad de dosis de la vacuna, y ello no entra dentro de la conceptualización de información biomédica, genética o sobre la salud, por lo que no califica como un dato sensible, sino que es un dato personal de acceso restringido por ser de interés solo para su titular o para la Administración Pública.

## **Variables del objetivo No. 2**

**Contrastar el derecho a la privacidad de los trabajadores, en cuanto al tratamiento de sus datos personales, cuando el patrono ejerce la libertad de gestión de su empresa.**

Para el análisis de esta variable será necesario examinar la legislación y doctrina sobre la privacidad de los trabajadores con un énfasis en el uso de su imagen propia y datos personales en la relación laboral. Asimismo, la legislación y doctrina sobre los alcances del derecho a la libre gestión de empresa en la relación laboral servirá para enmarcar las facultades que actualmente se le permiten al patrono. Por último, la jurisprudencia sobre los alcances y límites de la libertad de empresa del patrono permitirá examinar los supuestos de intromisión del patrono en la privacidad de los trabajadores y la eficacia de la ley aplicada al caso en concreto.

*Legislación sobre el derecho a la privacidad de los trabajadores: énfasis en datos personales e imagen propia.*

En Costa Rica el derecho a la privacidad encuentra su fundamento en la Constitución Política, principalmente en el artículo 24, en cuanto protege la intimidad, los documentos privados y las comunicaciones escritas:

**ARTÍCULO 24.-** *Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.*

*Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.*

*Igualmente, la ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial.*

*La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos.*

*Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los Diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión.*

*No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación.*

De igual forma, en el artículo 28, al resguardar las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público:

**ARTÍCULO 28.-** *Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.*

*Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.*

*No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.*

Con respecto a aquellas situaciones donde el patrono, como parte de sus acciones de fiscalización y control de la prestación laboral, pretende escuchar las comunicaciones de sus trabajadores, tanto entre ellos mismos como con sus clientes, también es necesario traer a análisis la Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones No.7425, de 09 de agosto de 1994, que en su artículo 9 dispone que:

**ARTÍCULO 9.-** *Autorización de intervenciones.*

*Dentro de los procedimientos de una investigación policial o jurisdiccional, los tribunales de justicia podrán autorizar la intervención de comunicaciones orales, escritas o de otro tipo, incluso las telecomunicaciones fijas, móviles, inalámbricas y digitales, cuando involucre el esclarecimiento de los siguientes delitos: secuestro extorsivo, corrupción agravada, proxenetismo agravado, fabricación o producción de pornografía, tráfico de personas y tráfico de personas para comercializar sus órganos; homicidio calificado; genocidio, terrorismo y los delitos previstos en la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas, No. 8204, del 26 de diciembre del 2001.*

*En los mismos casos, dichos tribunales podrán autorizar la intervención de las comunicaciones entre los presentes, excepto lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 26 de la presente Ley; cuando se produzcan dentro de domicilios y recintos privados, la intervención solo podrá autorizarse si existen indicios suficientes de que se lleva a cabo una actividad delictiva.*

De esta forma, el legislador indica que es procedente la intervención de comunicaciones solamente dentro de los procedimientos de una investigación policial o jurisdiccional, para el esclarecimiento de una lista taxativa de delitos y con autorización de un tribunal de justicia, de esta forma se puede acceder a comunicaciones orales, escritas o de otro tipo, telecomunicaciones fijas, móviles, inalámbricas y digitales. No obstante, el artículo 29 de la citada ley *supra* dispone que:

**ARTÍCULO 29.-** *Consentimiento del titular del derecho.*

*No existirá intromisión ilegítima cuando el titular del derecho otorgue su consentimiento expreso. Si son varios los titulares, deberá contarse con el consentimiento expreso de todos. Este consentimiento será revocable en cualquier momento.*

*Cuando la persona que participa en una comunicación oral, escrita o de otro tipo, mediante la cual se comete un delito tipificado por la ley, la registre o la conserve, esta podrá ser presentada por la persona ofendida, ante las autoridades judiciales o policiales, para la investigación correspondiente.*

*Si las comunicaciones indicadas en el párrafo anterior han servido a las autoridades jurisdiccionales para iniciar un proceso penal, las grabaciones de tales comunicaciones o los textos que las transcriben podrán presentarse como pruebas ante el juez, en el juicio correspondiente.*

Además, en el artículo 8 de la Ley N°9738 para regular el teletrabajo se definen aspectos importantes, como que es obligación del patrono proveer y dar mantenimiento a los equipos suministrados al trabajador para el cumplimiento de la prestación; pero si la persona trabajadora desea laborar con su propio equipo, debe brindar acceso al patrono a la información contenida en él siempre y cuando ambas partes estén presentes para garantizar la intimidad y dignidad del trabajador. También, se obliga al patrono a capacitar sobre el correcto uso de los equipos y programas para cumplir sus funciones:

**ARTÍCULO 8-** *Obligaciones de las personas empleadoras. Sin perjuicio de las demás obligaciones que acuerden las partes en el contrato o adenda de teletrabajo, serán obligaciones para las personas empleadoras las siguientes:*

*a) Proveer y garantizar el mantenimiento de los equipos, los programas, el valor de la energía determinado según la forma de mediación posible y acordada entre las partes y los viáticos, en caso de que las labores asignadas lo ameriten. La disposición anterior podrá ser variada en aquellos casos en que el empleado, por voluntad propia, solicite la posibilidad de realizar teletrabajo con su equipo personal y la persona empleadora acepte, lo cual debe quedar claro en el contrato o adenda y exime de responsabilidad a la persona empleadora sobre el uso del equipo propiedad de la persona teletrabajadora. En estos casos, dado que el equipo informático es propiedad de la persona teletrabajadora, esta deberá permitir a la persona empleadora el libre acceso a la información propiedad del patrono, ya sea durante el desarrollo de la relación laboral, o bien, al momento de finalizar el vínculo contractual. Dicho acceso a la información debe darse en todo momento, en presencia de la persona teletrabajadora, respetando sus derechos de intimidad y dignidad.*

*Con independencia de la propiedad de la herramienta informática, la persona teletrabajadora deberá guardar confidencialidad respecto a la información propiedad de la persona empleadora, o bien, a los datos que tenga acceso como consecuencia de la relación laboral.*

*b) Capacitar para el adecuado manejo y uso de los equipos y programas necesarios para desarrollar sus funciones.*

*c) Informar sobre el cumplimiento de las normas y directrices relacionadas con la salud ocupacional y prevención de los riesgos de trabajo, según lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente para esta materia.*

*d) Coordinar la forma de restablecer las funciones de la persona teletrabajadora, ante situaciones en las que no pueda realizar sus labores o estas se vean interrumpidas.*

*e) Reconocer el salario al empleado por no poder teletrabajar en aquellos casos donde:*

*1- La persona teletrabajadora no reciba las herramientas o los programas necesarios para realizar las labores o no se le delegue trabajo o insumos.*

*2- El equipo se dañe y la persona teletrabajadora lo haya reportado en un plazo no mayor a veinticuatro horas.*

*3- Los sistemas operativos o las tecnologías de la empresa no le permitan a la persona teletrabajadora realizar sus funciones y esta situación sea debidamente reportada en un plazo no mayor a veinticuatro horas.*

*Lo estipulado en este artículo podrá ser variado en el contrato o adenda de teletrabajo por un mutuo acuerdo entre las partes, siempre y cuando los cambios no sean en perjuicio de las personas trabajadoras, respecto a los derechos y las garantías mínimas reconocidas en este artículo, ni contravengan los derechos contenidos en la Ley N.º 2, Código de Trabajo, de 27 de agosto de 1943, y demás legislación laboral, ni varíen lo relacionado con derechos irrenunciables.*

***Legislación sobre los alcances del derecho a la libre gestión de empresa en la relación laboral.***

En Costa Rica, el derecho fundamental a la libertad de gestión de empresa encuentra su fundamento en la Constitución Política, en el artículo 46, al prohibir los monopolios y permitir la libertad de comercio:

***ARTÍCULO 46.-*** *Son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria.*

*Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora.*

*Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial.*

*Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las Municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.*

*Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias.*

Ahora bien, en el Código de Trabajo costarricense, la facultad del patrono de organizar y dirigir se encuentra contemplada en el artículo 18, donde además se define el contrato de trabajo y destaca la obligación del trabajador con su patrono, que a su vez origina la subordinación como elemento esencial del contrato:

**ARTICULO 18.-**

*Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquél en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada en ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma.*

*Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe.*

De igual forma, el artículo 71 del Código de Trabajo reafirma lo anterior tras especificar cuáles son las obligaciones del trabajador:

**ARTICULO 71.-**

*Fuera de las contenidas en otros artículos de este Código, en sus Reglamentos y en sus leyes supletorias o conexas, son obligaciones de los trabajadores:*

*a. Desempeñar el servicio contratado bajo la dirección del patrono o de su representante, a cuya autoridad estarán sujetos en todo lo concerniente al trabajo;*

*b. Ejecutar éste con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, y en la forma, tiempo y lugar convenidos;*

*c. Restituir al patrono los materiales no usados y conservar en buen estado los instrumentos y útiles que se les faciliten para el trabajo; es entendido que no serán*

*responsables por deterioro normal ni del que ocasione por caso fortuito, fuerza mayor, mala calidad o defectuosa construcción;*

*d. Observar buenas costumbres durante sus horas de trabajo;*

*e. Prestar los auxilios necesarios en caso de siniestro o riesgo inminente en que las personas o intereses del patrono, o de algún compañero de trabajo estén en peligro, nada de lo cual le dará derecho a remuneración adicional;*

*f. (Derogado por la ley N°9797 del 2 de diciembre del 2019, que reformó íntegramente la ley N°7771 del 29 de abril de 1998, "Ley General sobre el VIH SIDA")*

*g. Guardar rigurosamente los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente, o de los cuales tenga conocimiento por razón del trabajo que ejecutan; así como de los asuntos administrativos reservados, cuya divulgación pueda causar perjuicios al patrono, y*

*h. Observar rigurosamente las medidas preventivas que acuerden las autoridades competentes y las que indiquen los patronos, para seguridad y protección personal de ellos o de sus compañeros de labores, o de los lugares donde trabajan.*

Posteriormente, en el artículo 81 del mismo cuerpo normativo se establecen otras potestades organizativas de la libertad de empresa, como lo es la autoridad para dar por terminado el contrato de trabajo y las justas causales que lo permiten:

***ARTICULO 81.-***

*Son causas justas que facultan a patrono para dar por terminado el contrato de trabajo:*

*a. Cuando el trabajador se conduzca durante sus labores en forma abiertamente inmoral, o acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono;*

*b. Cuando el trabajador cometa alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra algún compañero, durante el tiempo que se ejecutan los trabajos, siempre que como consecuencia de ello se altere gravemente la disciplina y se interrumpan las labores;*

c. Cuando el trabajador, fuera del lugar donde se ejecutan las faenas y en horas que no sean de trabajo, acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o contra los representantes de éste en la dirección de las labores, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo;

d. Cuando el trabajador cometa algún delito o falta contra la propiedad en perjuicio directo del patrono o cuando cause intencionalmente un daño material en las máquinas, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados en forma inmediata e indudable con el trabajo;

e. Cuando el trabajador revele los secretos a que alude el inciso g) del artículo 71;

f. Cuando el trabajador comprometa con su imprudencia o descuido absolutamente inexcusable, la seguridad del lugar donde se realizan las labores o la de las personas que allí se encuentren;

g. Cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono, sin causa justificada durante dos días consecutivos o durante más de dos días alternos dentro del mismo mes- calendario.

h. Cuando el trabajador se niegue de manera manifiesta y reiterada a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; o cuando el trabajador se niegue en igual forma a acatar, en perjuicio del patrono, las normas que éste o sus representantes en la dirección de los trabajos le indique con claridad para obtener la mayor eficacia y rendimiento en las labores que se están ejecutando;

i. Cuando el trabajador, después de que el patrono lo aperciba por una vez, incurra en las causales previstas por los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 72;

j. Cuando el trabajador al celebrar el contrato haya inducido en error al patrono, pretendiendo tener cualidades, condiciones o conocimientos que evidentemente no posee, o presentándole referencias o atestados personales cuya falsedad éste luego

*compruebe, o ejecutando su trabajo en forma que demuestre claramente su incapacidad en la realización de las labores para las cuales ha sido contratado;*

*k. Cuando el trabajador sufra prisión por sentencia ejecutoria; y*

*l. Cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato. Es entendido que siempre que el despido se funde en un hecho sancionado también por las leyes penales, quedará a salvo el derecho del patrono para entablar las acciones correspondientes ante las autoridades represivas comunes.*

*m. Cuando el trabajador o la trabajadora incumpla con el plan de servicios mínimos durante un período de huelga.*

*n. Cuando la persona trabajadora incurra en conductas discriminatorias contra otra persona trabajadora con VIH.*

Además, en el numeral 66 del Código de Trabajo se faculta al patrono para elaborar un reglamento interno que permita especificar la prestación laboral:

**ARTICULO 66.-**

*Reglamento de trabajo es el elaborado por el patrono de acuerdo con las leyes, decretos, convenciones y contratos vigentes que lo afecten, con el objeto de precisar las condiciones obligatorias a que deben sujetarse él y sus trabajadores con motivo de la ejecución o prestación concreta del trabajo.*

Asimismo, el legislador dispone que no solamente el patrono puede ejercer los poderes de dirección y organización de la empresa y sus subordinados, sino también sus representantes. Lo anterior, en el artículo 5 del Código de Trabajo, donde define quiénes pueden ser esos representantes del empleador:

**ARTICULO 5.-**

*Se considerarán representantes de los patronos, y en tal concepto obligarán a éstos en sus relaciones con los trabajadores: los directores, gerentes, administradores,*

*capitanes de barco y, en general, las personas que a nombre de otro ejerzan funciones de dirección o de administración.*

Por otra parte, si bien la libertad de empresa aplicada en el derecho laboral encierra la potestad del despido, en la actualidad existen normas que regulan el despido sin justa causa, como lo son el artículo 63 de la Constitución Política y el numeral 368 del Código de Trabajo:

**ARTÍCULO 63.-** *Los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho a una indemnización cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación.*

**ARTICULO 368.-** *Al despido sin justa causa de un trabajador amparado en virtud de la protección que establece la presente Ley, no le será aplicable lo dispuesto en el artículo 28 de este Código. El juez laboral competente declarará nulo e ineficaz ese despido y, consecuentemente, ordenará la reinstalación del trabajador y el pago de los salarios caídos, además de las sanciones que corresponda imponer al empleador, de acuerdo con este Código y sus leyes supletorias y conexas. Si el trabajador manifiesta expresamente su deseo de no ser reinstalado, se le deberá reconocer, además de los derechos laborales correspondientes a un despido sin justa causa, una indemnización equivalente a los salarios que le hubiesen correspondido durante el plazo de la protección no disfrutada, de conformidad con el artículo anterior.*

Además, el numeral 70 del Código de Trabajo procura que el poder de dirección de empresa del patrono no obstruya los derechos constitucionales del trabajador:

**ARTICULO 70.-***Queda absolutamente prohibido a los patronos:*

*a. Inducir o exigir a sus trabajadores a que compren sus artículos de consumo a determinados establecimientos o personas;*

*b. Exigir o aceptar dinero de los trabajadores como gratificación para que se les admita en el trabajo o por cualquier otra concesión o privilegio que se relacione con las condiciones de trabajo en general;*

*c. Obligar a los trabajadores, cualquiera que sea el medio que se adopte, a retirarse de los sindicatos o grupos legales a que pertenezcan, o influir en sus decisiones políticas o convicciones religiosas;*

*d. Retener por su sola voluntad las herramientas u objetos del trabajador, sea a título de indemnización, garantía o de cualquier otro no traslativo de propiedad;*

*e. Hacer colectas o suscripciones obligatorias en los establecimientos de trabajo;*

*f. Portar armas en los lugares de trabajo, excepto en los casos especiales autorizados debidamente por la ley. La sanción en este caso será la que determina el artículo 154 del Código de Policía;*

*g. Dirigir los trabajos en estado de embriaguez o bajo cualquier otra condición análoga;*

*h. Omitir, en tratándose de fincas rurales, el plazo de que habla el artículo 691, párrafo final, del Código de Procedimientos Civiles, en caso de desalojamiento por cesación del contrato de trabajo u otro motivo,*

*i. Ejecutar cualquier acto que restrinja los derechos que el trabajador tiene conforme a la ley.*

*j. Solicitar pruebas VIH para efectos de contratación laboral o permanencia en el trabajo. Cuando requiera pruebas de salud, podrá incluir exámenes hematológicos (pruebas de sangre) solamente en caso de que exista criterio médico que demuestre su necesidad y únicamente para efectos de protección de la salud de la persona trabajadora.*

Posteriormente, el numeral 83 del Código de Trabajo permite a los trabajadores dar por terminado el contrato de trabajo si el patrono incurre en alguna de las prohibiciones detalladas en el artículo 70, y adiciona algunas prohibiciones al actuar del patrono:

**ARTICULO 83.-** *Son causas justas que facultan al trabajador para dar por terminado su contrato de trabajo:*

*a. Cuando el patrono no le pague el salario completo que le corresponda, en la fecha y lugar convenidos o acostumbrados. Quedan a salvo las deducciones autorizadas por la ley;*

b. Cuando el patrono incurra durante el trabajo en falta de probidad u honradez, o se conduzca en forma reñida con la moral, o acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra el trabajador;

c. Cuando un dependiente del patrono o una de las personas que viven en casa de éste, cometa, con su autorización expresa o tácita, alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra el trabajador;

d. Cuando el patrono directamente o por medio de sus familiares o dependientes, cause maliciosamente un perjuicio material en las herramientas o útiles de trabajo del trabajador;

e. Cuando el patrono o su representante en la dirección de las labores acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra el trabajador fuera del lugar donde se ejecutan las faenas y en horas que no sean de trabajo, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para el cumplimiento del contrato;

f. Cuando el patrono, un miembro de su familia, o su representante en la dirección de las labores u otro trabajador esté atacado por alguna enfermedad contagiosa, siempre que el trabajador deba permanecer en contacto inmediato con la persona de que se trate;

g. Cuando exista peligro grave para la seguridad o salud del trabajador o de su familia, ya sea por carecer de condiciones higiénicas el lugar de trabajo, por la excesiva insalubridad de la región o porque el patrono no cumpla las medidas de prevención y seguridad que las disposiciones legales establezcan;

h. Cuando el patrono comprometa con su imprudencia o descuido inexcusable, la seguridad del lugar donde se realizan las labores o la de las personas que allí se encuentren;

i. Cuando el patrono viole alguna de las prohibiciones contenidas en el artículo 70, y

j. Cuando el patrono incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato.

*k) Cuando la parte patronal incurra en actos discriminatorios contra alguna persona trabajadora con VIH.*

***Jurisprudencia sobre alcances y límites de las acciones de control y vigilancia de los patronos: énfasis en la privacidad de sus empleados.***

*Caso No.1: límites de la libertad de empresa del patrono. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 08600 a las quince horas y ocho minutos del doce de mayo del dos mil diez.*

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución 08600 del 12 de mayo del 2010, resolvía una acción de inconstitucionalidad donde el accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 371 y 507 del Código de Trabajo al considerarlas contrarias al principio de representatividad democrática, principio de igualdad, principio de libertad de elección y el principio libertad de empresa. Sin embargo, la Sala Constitucional rechaza por el fondo la acción en cuanto a la alegada violación a la libertad de empresa y, en lo demás, se rechaza de plano la acción por falta de fundamentación y legitimación del accionante.

Para efectos de la presente tesis, esta resolución es importante, ya que configura un límite a la libertad de empresa, específicamente cuando esta colisiona con los derechos de los trabajadores:

La libertad de empresa o comercio contenida en el artículo 46 de la Constitución Política, radica en el derecho de cada ciudadano de escoger libremente la actividad económica que desea desarrollar. Sin embargo, éste no es un derecho ilimitado, pues el Estado puede limitar dicha actividad por razones de orden público, la moral y la tutela de los derechos de terceros. Una vez que una persona escoge la actividad económica que desea desarrollar, debe ajustarse a los requisitos y lineamientos que el ordenamiento jurídico exige para llevar a cabo la actividad, siempre que estos requisitos superen el juicio de razonabilidad y proporcionalidad, y que no hagan nugatorio el ejercicio del derecho fundamental. En esta ocasión, las normas impugnadas se refieren a los mecanismos que tienen los trabajadores a su disposición para la defensa de sus derechos laborales, a saber, la huelga legal y la designación de representantes para suscribir arreglos en caso de un conflicto colectivo. Sin embargo, el uso de tales mecanismos por parte de los trabajadores de la Corporación

González y Asociados Internacional S.A., no es violatorio de la libertad de empresa, pues ello no impide que el accionante pueda continuar con el desarrollo de la actividad económica que eligió para su provecho, ni mucho menos restringe la libertad que tiene para escoger dicha actividad. Precisamente, uno de los límites a la libertad de empresa es el respeto de los derechos de terceros, y en este caso se trata del ejercicio de derechos incluso de rango constitucional que se ejercen frente a la libertad de empresa del accionante. Por lo anterior, estima esta Sala que el hecho de que los trabajadores pretendan hacer uso de los mecanismos a su disposición para la tutela de sus derechos laborales, no lesiona la libertad de empresa del accionante. (párr. 16)

Es de suma importancia este pronunciamiento de la Sala Constitucional porque no solo limita las facultades del patrono para tutelar las garantías del trabajador, sino que también incentiva a la parte empleadora a ampararse ante la ley para proteger sus derechos fundamentales. Así mismo, aclara que esto no significa un perjuicio a la libertad de empresa del empleador, puesto que no se restringe el desarrollo de la actividad económica de su escogencia.

*Caso No.2-A: instalación de cámaras en el espacio laboral. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 16357 a las doce horas y once minutos del cuatro de noviembre de dos mil dieciséis.*

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica se ha pronunciado respecto a la afectación a la privacidad e intimidad en la captación de imagen propia y el tratamiento de datos personales en el ámbito laboral. Lo anterior en la resolución No.16357 del cuatro de noviembre de 2016.

En este caso se tramitaba un recurso de amparo en el que la amparada laboró para el Ministerio de Educación Pública, y la directora del centro educativo en el que se encontraba nombrada procedió a instalar cámaras de vigilancia en el interior de cada aula, en el comedor estudiantil y en la entrada de la institución, sin haber sido puesto en conocimiento de los docentes. Por lo tanto, ni la recurrente o sus compañeros tenían acceso a las imágenes que generan las cámaras, desconocían si se registraba el sonido de lo captado en video y consideraban que la colocación de esas cámaras violentaba sus derechos a la imagen, a la intimidad y a la libertad de expresión, citando los artículos 23 y 24 de la Constitución Política.

Primeramente, se declara sin lugar el recurso dado que, en hechos probados, la Sala constató que la amparada se encontraba ausente de la institución cuando se comunicó la instalación de las cámaras, que los videos están a disposición de los docentes, que las cámaras no perciben sonidos y que no se ha demostrado que la recurrente haya solicitado formalmente las imágenes de las grabaciones de las cámaras o que se le haya denegado el acceso de alguna manera. Además, la Sala fundamentaba su decisión en las sentencias citadas a continuación:

No. 2004-01511 del 13 de febrero de 2004:

III.- Ahora bien, al analizarse la actuación de las autoridades recurridas, la Sala estima que no lesiona los derechos fundamentales del promovente, razón por la cual se debe declarar sin lugar el recurso. En efecto, aunque el actor reclama que la situación impugnada en este amparo constituye una severa afectación de su derecho a la intimidad, en cuanto se asegura el acceso a información confidencial sin el consentimiento previo de los usuarios de los servicios de salud, se tiene por acreditado que dicha acción tiene por fin resguardar los bienes del hospital recurrido -que han sido objeto de pequeñas sustracciones- respetándose en todo momento los derechos de los pacientes y de los trabajadores del nosocomio accionado. En este sentido, llama profundamente la atención de este Tribunal Constitucional, el criterio sostenido por el Director a. i. del Hospital recurrido en su informe, en cuanto a que: ‘en el proceso de instalación de las cámaras de video se tomaron las medidas necesarias para no violentar el derecho a la intimidad del que gozan nuestros pacientes y trabajadores, ya que se ubicaron los mencionados aparatos en lugares de acceso público, como lo son las distintas salas de espera que tiene el Hospital, los pasillos de ese Centro Médico, las distintas salidas y entradas con que se cuenta y en general en lugares estratégicos donde existen almacenados insumos (bodegas), medicamentos y herramientas que se utilizan en este Centro de Salud, pero respetando siempre la intimidad de nuestros usuarios, en virtud de lo cual no se ordenó la instalación de las mencionadas cámaras en los consultorios médicos, servicios sanitarios, salones de hospitalización y salas de operaciones’ (informe a folio 15), con lo cual el proceder del recurrido no lesiona el Derecho de la Constitución. De igual modo, el recurrido negó en su contestación que las cámaras por una parte, estén equipadas con un régimen de sonido y. por otra, que hayan sido colocadas en lugares ocultos como aduce el actor. No estima la Sala, se repite, que sea

ilegítima la instalación de estos aparatos de circuito cerrado, los cuales, según se informa no están posicionados para captar imágenes de los salones de hospitalización. Todas estas consideraciones obligan a desestimar el amparo, sin perjuicio de las posibilidades de que goza el recurrente de discutir el asunto en otra vía. (párr. 17)

No. 2000-04177 del 16 de mayo del 2000:

Ahora bien, en el caso concreto descrito por los recurrentes. no observa esta Sala que se infrinja dicho fuero de protección, pues como lo indican claramente los accionantes, dicha cámara abarca el cubículo en que realizan sus funciones de vigilancia, es decir, un área pública y visible, destinada exclusivamente para el ejercicio de sus labores, y por lo tanto, la cámara indicada es apta para captar conductas propias del desempeño de sus cargos, y no comportamientos que puedan estimarse como perteneciente a su vida privada, y cuya percepción pueda implicar perturbación alguna a su decoro, al punto de poder exigir privacidad respecto de las mismas. Por lo tanto, el recurso debe desestimarse. (párr. 18)

No. 2013-013842 del 18 de octubre de 2013:

En ese sentido, recuérdese que los precedentes de este Tribunal han permitido la instalación de este tipo de tecnología dentro de instalaciones públicas, siempre y cuando tengan como fin el resguardo de los bienes institucionales y, en general, devengan en un medio adecuado para que la Administración cumpla con sus fines, teniendo en cuenta que dichas cámaras no podrán ser ubicadas en lugares que comprometan la intimidad o pudor de las personas... (párr. 19)

No obstante, los magistrados Cruz Castro, Castillo Viquez y Rueda Leal salvaban el voto y declaraban con lugar el recurso, explicando, en resumen, lo siguiente:

De otra parte y citando jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, en sentencia No. 29/2013, de 11 de febrero, en un asunto análogo al que aquí se plantea, dispuso que las imágenes grabadas en un soporte físico, constituyen un dato de carácter personal que queda integrado en la cobertura del art. 18.4 CE. ya que el derecho fundamental amplía la garantía constitucional a todos aquellos datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona y que puedan servir para la confección de su perfil (ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole) o para cualquier otra utilidad que, en determinadas

circunstancias, constituya una amenaza para el individuo, lo que incluye, de igual forma, aquellos que facilitan la identidad de una persona física por medios que, a través de imágenes, permitan su representación física e identificación visual u ofrezcan una información gráfica o fotográfica sobre su identidad. En el ámbito del video-vigilancia, que ofrece múltiples medios de tratamiento de los datos, debe asegurarse que, las acciones dirigidas a la seguridad y vigilancia no contravengan aquel derecho fundamental (intimidad), que tiene pleno protagonismo, en la captación y grabación de imágenes personales que permitan la identificación del sujeto. En relación con el contrato de trabajo, este protagonismo cobra, indudablemente, mayor relevancia habida cuenta la coincidencia existente entre el locus de trabajo, que es donde pueden movilizarse por los trabajadores las garantías fundamentales y los espacios físicos sujetos a control mediante sistemas tecnológicos. Concluye la citada sentencia que, no hay una habilitación legal expresa para esa omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales y que tampoco podría situarse su fundamento en el interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas de vigilancia ocultos o carentes de información preventiva en el tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia. Esa lógica fundada en la utilidad o conveniencia empresarial, conculcaría la efectividad del núcleo esencial del derecho fundamental. En efecto, se confundiría la legitimidad del fin (en ese caso, la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de datos) con la constitucionalidad del acto (que exige ofrecer previamente la información necesaria), cuando lo cierto es que cabe proclamar la legitimidad de aquel propósito (incluso sin aviso previo al trabajador) pero, del mismo modo, declarar que lesiona el derecho a la intimidad, al utilizar procedimientos encubiertos que no le brindan al trabajador la información exigible. Para el Tribunal Constitucional Español, no es suficiente, con que existieran distintivos anunciando la instalación de cámaras y captación de imágenes en el recinto en el cual ocurrieron los hechos acusados, ni que se hubiera notificado la creación del fichero a la Agencia Española de Protección de Datos, pues ser requiere, además, la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación se dirige. Una información que debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué

casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo. Se requiere algo más que unos rótulos de advertencia, se exige una información precisa sobre finalidades y consecuencias de la vigilancia.

En similar sentido, en sentencia 39/2016 de 3 de marzo, el Tribunal Constitucional Español señaló también, que: ‘... de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental 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)’... En consecuencia, teniendo la trabajadora información previa de la instalación de las cámaras de video vigilancia a través del correspondiente distintivo informativo, y habiendo sido tratadas las imágenes captadas para el control de la relación laboral, no puede entenderse vulnerado el art. 18.4 CE. Por ello, el control que debe realizar este Tribunal de las resoluciones judiciales recurridas en amparo ha de recaer, precisamente en enjuiciar si, como exige la doctrina reiterada de este Tribunal, el órgano jurisdiccional ha ponderado adecuadamente que la instalación y empleo de medios de captación y grabación de imágenes por la empresa ha respetado el derecho a la intimidad personal de la solicitante de amparo, de conformidad, nuevamente, con las exigencias del principio de proporcionalidad.

El artículo 3 inciso b) de la Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales establece que un dato personal se refiere a cualquier dato relativo a una persona física identificada o identificable, de manera tal que el producto de las imágenes de las personas grabadas en un soporte físico constituye un dato de carácter

personal, que está protegido por el derecho de intimidad y, consecuentemente, por el derecho a la autodeterminación informativa (artículo 24 de la Constitución Política).

De otra parte, no es de recibo el argumento de las autoridades recurridas al indicar que el comedor escolar al ser un recinto destinado para que los educandos reciban la alimentación y no un lugar para los docentes, permite la instalación de las cámaras. Por el contrario, al ser los estudiantes menores de edad y contar con un fuero especial de protección, las autoridades del centro educativo se encuentran en la obligación de tutelar de conformidad con el Código de Niñez y Adolescencia la intimidad de los menores.

En virtud de los argumentos expuestos, consideramos que las autoridades del Ministerio de Educación Pública se encuentran en la obligación de informar, previamente, a las personas, cuando se soliciten datos de carácter personal. Esta información debe hacerse en forma precisa e inequívoca, lo anterior sin perjuicio de las eventuales sanciones legales que puedan derivar en caso que exista una vulneración del contenido del artículo 24 de la Constitución Política.

De esta manera, en el caso concreto echamos de menos la presencia de dispositivos visibles que adviertan sobre la instalación de las cámaras en el centro educativo. Esta es una omisión relevante, dada la naturaleza de los datos que se registran en las cámaras. Esta es una omisión esencial que lesiona el derecho a la intimidad, tanto de los docentes, como de los estudiantes. (párr. 29)

De lo anterior se resume que, al no existir una habilitación legal expresa para omitir el derecho a la información de los trabajadores sobre el tratamiento de sus datos personales, o sobre la presencia de artefactos tecnológicos que además los captan, el tratamiento no puede fundamentarse en el interés empresarial de controlar la actividad laboral, tanto a través de sistemas de vigilancia de los cuales ya se haya informado su presencia, como de aquellos que permanecen ocultos. La razón es que, bajo fundamento en la utilidad o conveniencia empresarial, se transgrediría la esencia del derecho fundamental del patrono de verificación y control de la prestación laboral y, además, se confundiría su legitimidad con la constitucionalidad del acto; la cual exige ofrecer previamente la información necesaria al trabajador.

*Caso No.2-B: criterios para la instalación de cámaras en el espacio laboral. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 12654 a las once horas y cuarenta y tres minutos del dos de setiembre de dos mil dieciséis.*

En el caso de la videovigilancia en el espacio laboral, en Costa Rica, la Sala Constitucional de la Corte Suprema ha señalado, en su resolución 12654 del 2 de septiembre de 2016, una serie de criterios aplicables a la instalación de las cámaras de seguridad que captan audio y video para la apertura de expedientes administrativos y de investigación preliminar en la Oficina de Asuntos Internos y la Inspección Judicial. Aducían que esas filmaciones y audios se toman veinticuatro horas al día, dentro de la oficina donde laboran, en un servicio sanitario dentro de la oficina donde la cámara capta o enfoca la puerta única de entrada, y en el área de lactancia que fue asignada al comedor.

Al final, el recurso de amparo fue declarado parcialmente con lugar en el tanto se ordenó la reubicación de algunas de las cámaras en tres días y previniendo de cometer el delito de desobediencia en caso de no proceder. Además, la Sala dispuso lo siguiente:

En consonancia con lo manifestado, de conformidad con la prueba aportada, la Sala verifica que el enfoque de alguna de las cámaras se encuentra dirigida a los puestos de trabajo de los funcionarios y a la mesa del espacio destinado como comedor. Al respecto, es importante señalar que los empleados tienen derecho que se respete su vida privada, por lo que las cámaras no deben ser dirigidas directamente al trabajador sino en lo posible, orientarse en un plano panorámico, tal y como consta en este caso, que la toma efectuada al despacho es general e indirecta a los funcionarios. Otro punto, que debe tomar en cuenta la autoridad recurrida, es que las cámaras deben ser instaladas en el nivel de las entradas y salidas de las oficinas, pasillos, salidas de emergencia y estacionamientos. Se aclara, que pueden existir casos en que sea objetivamente necesario que el ángulo de la toma de la cámara se encuentre dirigido, por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivo o por razones de seguridad, al puesto de un trabajador o de terceros, por ejemplo, el cajero de un banco. Ahora bien, la instalación de las cámaras en los centros de trabajo para fiscalizar su trabajo o proteger los bienes patronales, tampoco debe abarcar lugares, aun cuando se ubiquen dentro de una dependencia pública, que se encuentren destinados a salas de comedor de los trabajadores, pues su colocación debe ser justificada

por razones de seguridad. Lo anterior, significaría un control directo o vigilancia permanente en el trabajador, por medio de la jefatura, durante su periodo de ingesta de alimentos, cuya grabación sería incompatible con la dignidad humana. En este contexto, el derecho fundamental a la intimidad de los recurrentes, ha sido lesionado por la parte accionada, pues las tomas que efectúa la cámara al comedor de dicha dependencia, consiste en una intromisión arbitraria sobre dicho ámbito. Nótese, que la injerencia en la intimidad de la persona sucede con el simple hecho de ingresar en el campo que ella se ha reservado, siendo que un trabajador no puede estar sujeto de manera permanente a la observación o a la intromisión de sus semejantes, y en principio, tiene el derecho a reclamar el respeto de espacios excluidos del escrutinio público, como las áreas destinadas a la alimentación, en donde pueda desarrollarse en plena libertad. En este mismo contexto, si bien existe una cámara que abarca la entrada de los servicios sanitarios, ello no lesiona el derecho a la intimidad, pues precisamente se está filmando un espacio que es público y el ángulo de la toma, no abarca el interior del recinto, lugar que en que los individuos realizan actividades muy íntimas, por lo que su observación acarrearía una intromisión inaceptable en el ámbito de su intimidad. No obstante, se recuerda que el derecho a la intimidad no tiene un carácter absoluto y ‘puede ser objeto de limitaciones’ o de interferencias en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 24, de la Constitución Política. (párr.14)

De esta forma, se concluye que la ubicación de estos dispositivos de videovigilancia, por su función de captación de la imagen personal de los trabajadores y, por ende, datos personales referentes a su identificación, debe respetar los lugares dedicados al descanso o tiempos de comida de los empleados, así como los servicios sanitarios. La Sala recomienda su instalación en espacios de acceso público o con vista panorámica para respetar la vida privada de los colaboradores, ya que la misma no puede ser objeto de limitaciones, por constituir un derecho fundamental contenido en la carta magna.

*Caso No.3-A: grabación de conversaciones de los trabajadores. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 00172 a las once horas cinco minutos del dieciocho de febrero del dos mil once.*

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución No. 00172 del 18 de febrero de 2011, se ha pronunciado sobre las condiciones para la validez de los sistemas de monitoreo aplicados por el patrono en el recinto de trabajo y la grabación sin consentimiento de conversaciones telefónicas del trabajador, lo cual quebranta el derecho a la intimidad.

En este caso, la actora era una oficinista que reclama el pago de extremos laborales tras su despido sin responsabilidad patronal al alegar que la prueba para fundamentarlo había sido obtenida de manera ilegal y violando sus derechos constitucionales. Lo anterior luego de que el patrono realizara grabaciones y escuchas de las conversaciones de la recurrente, considerando esta que el derecho de la parte patronal de organizar su empresa no le facultaba para violentar los derechos de sus trabajadores. Entonces la Sala dictaba lo siguiente:

III.- DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL CONTRATO DE TRABAJO: La concertación de un contrato de trabajo no significa la privación para la persona trabajadora de los derechos constitucionales de los cuales es destinatario en virtud de su condición de ciudadano, pues el recinto de trabajo no es un espacio separado del resto de la colectividad, ni la libertad de empresa del patrono justifica limitaciones o despojos de esas garantías básicas. La empresa sin lugar a dudas, es el punto natural de convergencia de los intereses de las organizaciones patronales y los sectores trabajadores, por lo que el análisis de hasta donde [*sic*] puede llegar el poder de control y dirección del empleador, se convierte en tema de vital importancia para el desarrollo de las relaciones de empleo. [...] La presente controversia está dirigida a establecer si Radio Mensajes S.A. vulneró el derecho de intimidad de la actora, por ello resulta necesario referirse al contenido esencial de esa garantía. Acerca del tema, la Sala Constitucional explicó en su voto 2003-6552 de las 15:16 horas del 8 de julio de 2003: El derecho a la intimidad consagrado en el artículo 24 de la Constitución Política, se trata de un fuero de protección a la vida privada de los ciudadanos, tal y como lo ha manifestado en reiterada jurisprudencia esta Sala. La intimidad está formada por aquellos fenómenos, comportamientos datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos

puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento. Si bien, no puede menos que reputarse que lo que suceda dentro del hogar del ciudadano es vida privada, también pueda ser lo que suceda en oficinas, hogares de amigos y otros recintos privados en ese ámbito. De esta manera los derechos constitucionales de inviolabilidad del domicilio, de los documentos privados y de las comunicaciones existen para proteger dicha intimidad en general, pues como indica la Convención Americana de Derechos Humanos, ‘nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación’ (la negrita es de quien redacta). El empleador como un derecho consustancial a su condición, tiene la potestad de vigilar y comprobar el fiel desempeño de las labores que fueron pactadas por medio del contrato de trabajo. No obstante, ese poder debe ejercerse de forma afín con las garantías fundamentales del empleado, de modo que, los sistemas de monitoreo aplicados en la empresa, deben reunir al menos dos condiciones básicas, a saber, que estén originados en una necesidad objetiva amparada en su funcionamiento y, que sean proporcionales con el fin para el que están dispuestos. Ello con el objeto de descartar que estos mecanismos, se conviertan en un ambiente de acoso, que amenace con coartar un derecho tan sensible, como lo es el de intimidad. Al respecto, opina Goñi Sein: ‘(...) la facultad de control debe ser ordenada exclusivamente a la facultad productiva, lo que lejos de resolverse en una situación de supremacía debe encaminarse a verificar el comportamiento debido por el trabajador para la obtención del resultado convenido, rehusando cualquier actividad discrecional de control empresarial que no se justifique en las exigencias técnico-organizativas del trabajo (...).’ (Goñi Sein José Luis (1988). *El Respeto a la Esfera Privada del Trabajador*, Civitas, Madrid, España, pp. 112). El derecho a la intimidad en la esfera laboral, presupone que la persona trabajadora se encontrará libre de injerencias arbitrarias en su vida privada, lo que quiere decir, que contará con un ámbito autónomo y reservado de la acción y conocimiento de los demás, razón por la cual el empleador encontrará una frontera a sus potestades, con independencia de que ese derecho pudiera ser ejercicio por medio de las herramientas de trabajo por él suministradas. Hechas las anteriores precisiones se ingresa al análisis del caso concreto. (párr. 10)

Al final, el recurso fue dado con lugar y se condenó al patrono al pago de los extremos laborales. No obstante, la magistrada Camacho Vargas y el magistrado Segura Solís salvaron el voto razonando lo siguiente:

Quienes suscribimos esta nota coincidimos con el voto, salvo en cuanto en el mismo se estimó que la grabación de las llamadas telefónicas dispuesta por la empresa demandada en el caso concreto resultó violatoria del derecho a la intimidad de la trabajadora. [...] Así, entre el ejercicio del poder de dirección y control por parte del empleador y los derechos fundamentales que asisten a toda persona trabajadora debe mediar un equilibrio razonable, que no resulte en detrimento de esos derechos de mayor jerarquía. Tal y como se indica en el voto, las medidas de control que se adopten deben responder a una necesidad objetiva y deben ser proporcionales al fin buscado. La prueba que se aporte para acreditar un determinado comportamiento considerado como grave por parte del empleador resulta entonces válida en el tanto haya mediado ese equilibrio, que garantice el respeto de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. [...] Como ya se ha señalado, ni el poder de dirección ni las correlativas facultades disciplinarias que el empresario detenta, pueden expropiar al trabajador de los derechos fundamentales que por su condición de persona ostenta. De esta manera, dichos derechos pueden cumplir una importante función limitadora de la actividad empresarial previa a la materialización de un despido, impidiendo que un desenvolvimiento omnímodo de la misma los perjudique, e incluso encauzando el desarrollo de tales actuaciones del empresario en la forma más adecuada a la efectividad de los indicados derechos del trabajador. [...] En este sentido, las pautas que, en principio, habrá que tomar en consideración a la hora de tomar posición acerca de la licitud del comportamiento empresarial tendente a constatar los eventuales incumplimientos del trabajador, y que acarrearán, naturalmente, la consecuencia de que, en el proceso, el resultado de tales averiguaciones puedan ser consideradas o no medios lícitos de prueba, serán el resultado de las dos siguientes proposiciones antitéticas: a) Gozarán de presunción de licitud aquellos medios de prueba conseguidos a través del ejercicio legítimo de las facultades de dirección, vigilancia y control que la normativa laboral aplicable en cada caso atribuya al empresario. b) A la inversa, se presumirán ilícitos aquellos medios de prueba para cuya consecución se haya producido una intromisión en el área de la intimidad del trabajador, incluyendo su vida privada que, no cabe olvidarlo, tiene un

imprescindible campo de desenvolvimiento también dentro del centro de trabajo. [...] En el caso bajo análisis, consideramos que el empleador sí estaba legitimado para proceder como lo hizo, por cuanto la naturaleza del servicio, que en esencia consiste en brindar atención telefónica a los clientes de una empresa que contrata esos particulares servicios, impone la necesidad de verificar el uso de las herramientas de trabajo y la calidad del servicio prestado, a través de la escucha telefónica. El hecho de que la accionante se desempeñara como supervisora no deslegitima la medida adoptada, pues con mayor razón estaba llamada a dar el ejemplo al personal subordinado, aparte del hecho de que ella tenía conocimiento de que la grabación de las comunicaciones era práctica común, conocida y aceptada por los trabajadores en la empresa, con el fin de garantizar la eficiencia del servicio prestado. No obstante, coincidimos con el resultado del voto, por cuanto estimamos que la falta atribuida no puede considerarse lo suficientemente grave como para justificar la máxima sanción. (párr. 13)

*Caso No.3-B: escucha de llamadas telefónicas de los trabajadores. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 01021 a las nueve horas diez minutos del doce de junio de dos mil diecinueve.*

En este caso, la resolución de la Sala Segunda 01021 del 2019 adjudicó la escucha de las llamadas telefónicas de los subordinados al ejercicio de la facultad del patrono de verificar el uso de las herramientas de trabajo, por tanto, se consideraba que los empleados ya conocían que la práctica se daba de forma regular con el fin de evaluar el servicio brindado por los mismos.

Según los hechos, una analista de crédito de una cooperativa recurre a la Sala Segunda alegando que su derecho fundamental de intimidad fue vulnerado por la demandada al fundamentar la decisión de despido en la escucha indebida de una conversación suya, y que esto contraviene los numerales 24 de la Constitución Política y 10 a 20 de la Ley sobre el Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados. Señala que la escucha de aquella conversación fue inconstitucional e ilegal, ya que nunca se aportó ninguna autorización que le permitiera al patrono gravar, registrar y utilizar sus llamadas mientras le prestaba servicios.

La Sala confirma el fallo recurrido y señala lo siguiente:

El empleador, en el ejercicio de su poder de dirección y control, no está en la obligación de requerir la autorización de las personas trabajadoras para establecer un determinado mecanismo de supervisión. En atención a sus necesidades, puede disponer de los sistemas que considere pertinentes, sin perjuicio, claro está, de la posterior ponderación que los órganos jurisdiccionales puedan realizar en relación con los parámetros de necesidad objetiva y proporcionalidad con el fin, que han sido considerados como básicos para establecer si una determinada medida de control excede los límites normales e irrumpe en derechos laborales inespecíficos de las personas que trabajan, como el de la intimidad (véanse los votos de esta Sala números 917 de las 11:45 horas, del 9 de agosto y 599 de las 10:05 horas, del 5 de junio, ambas de 2013). En el caso concreto, la Sala considera que no lleva razón el apoderado especial judicial de la actora, cuando afirma que los representantes de la demandada, ilegítimamente transgredieron el derecho de intimidad de su mandante cuando la sancionaron disciplinariamente por conversaciones que había mantenido con otro trabajador de la Cooperativa demandada. Al respecto, quedó evidenciado del análisis efectuado de la prueba existente en autos, que en virtud de la naturaleza del servicio brindado por la accionada, esta realizaba un control de calidad de las llamadas de sus trabajadores (as) [...] Esto se hacía para medir el servicio al cliente y el trato correcto entre los compañeros [...] El personal sabía que todas las llamadas son grabadas, porque son parte de su evaluación. Sabían que eran escuchados, parte de la retroalimentación que se les daba era ponerlos a escucharse (ídem). Cabe añadir, según se desprende, que esa evaluación servía también para determinar el porcentaje que correspondía a cada colaborador por ese aspecto, el cual junto con otros rubros que a su vez se valoraban, daba lugar al pago de una comisión mensual así como al de un incentivo trimestral para cada uno (a). Precisamente a raíz de ello, como se advierte de la prueba evacuada, se hacían retroalimentaciones con el personal en las que se justificaba el porcentaje obtenido por cada servidor (a) en dicho rubro y se les planteaba la posibilidad de mejora, aspecto en el que incluso se ponía a estos a escucharse, [...] Ante todo el panorama expuesto, consideramos que la empleadora sí estaba legitimada para proceder como lo hizo, por cuanto la naturaleza del servicio, como se dijo, impone la necesidad de verificar el uso de las herramientas de trabajo y la calidad del servicio prestado, a través de la escucha telefónica, sumado a que no podía alegarse ignorancia sobre este hecho (grabación de las

comunicaciones), pues, como se advirtió, era una práctica común, conocida y aceptada por los (as) trabajadores (as) de la empresa, con el fin de garantizar la eficiencia del servicio prestado.

*Caso No.4: instalación de GPS. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 01866 a las nueve horas veinticinco minutos del nueve de octubre de dos mil diecinueve.*

En un caso donde un colaborador aseguraba que su patrono utilizaba el sistema de posicionamiento global (Global Positioning Service - GPS) para fiscalizar su trabajo, la Sala Segunda, en su resolución 01866 del 09 de octubre del 2019, dictó que la prueba apuntaba hacia un propósito únicamente de seguridad.

Según afirmaba la parte actora, de las pruebas se obtiene que la utilización del GPS como mecanismo de control sobre la posición de los camiones que utilizaba el trabajador implica la fiscalización directa en tiempo real, permitiéndole conocer su localización, labores y tiempos en que el camión estaba detenido. Además, que la fijación de la ruta por parte de la empresa es otro medio de fiscalización, lo que, aunado a la utilización del GPS, cámaras de seguridad instaladas en el camión y las llamadas telefónicas de los supervisores cada una o dos horas, descarta el supuesto margen discrecional del actor para ejecutar la ruta y tomar tiempo para alimentación.

La Sala Segunda confirmaba el fallo recurrido, donde se declaraban sin lugar los extremos laborales, y fundamentaba lo siguiente:

El registro de salida e ingreso de los vehículos y la utilización de GPS no puede considerarse como el ejercicio del poder de supervisión en los términos que lo prevé la normativa aplicable. Se trataba de un control sobre los activos de la empresa (automotores y mercadería), que redundaba también en la seguridad del conductor. El establecimiento de un horario y de una ruta forma parte de la organización del trabajo que normalmente tiene que hacer todo empleador con independencia de la jornada a la que estén sometidos sus empleados y de la forma directa o indirecta en que sean supervisadas sus tareas. [...] Es importante señalar que ese instrumento tecnológico puede servir tanto para objetivos de supervisión como de seguridad, pero en el caso bajo estudio la prueba que consta en el expediente apunta al segundo de esos propósitos. [...] Puntualmente sobre la utilización del GPS se ha dicho: ‘En cuanto al GPS que se encontraba en el vehículo del actor, quedó

demostrado que el mismo fue instalado por razones de seguridad y no como un medio de fiscalización por parte de la demandada' (sentencia 1081 de las 10:00 horas del 12 de octubre de 2016). (párr. 10)

*Caso No.5: revisión del computador y correo de los trabajadores. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 05607 a las quince horas y veintidós minutos del veintiséis de abril del dos mil seis.*

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica analiza un caso sobre la revisión del computador y el correo electrónico de los trabajadores, en su resolución 05607 del 26 de abril de 2006. En este caso, una farmacéutica interponía un recurso de amparo contra el Colegio de Farmacéuticos tras alegar que su ex patrono aportó todos sus correos privados para interponer una queja sobre ella ante el Colegio, los cuales fueron obtenidos en forma ilícita de su computadora personal, donde se consignan asuntos íntimos para sustentar la mencionada queja.

La Sala Constitucional declaraba con lugar el recurso únicamente por violación al derecho a la intimidad tutelado en el artículo 24 de la Constitución Política, y fundamentaba lo siguiente:

De esta manera los derechos constitucionales de inviolabilidad del domicilio, de los documentos privados y de las comunicaciones existen para proteger dicha intimidad, que es un derecho esencial de todo individuo. Ahora bien, en el caso concreto descrito por la recurrente, observa esta Sala que se ha infringido ese fuero de protección, al haberse expuesto su intimidad mediante la aportación de unos correos privados al procedimiento administrativo citado, entre los que se refieren a una supuesta relación amorosa que mantenía o mantiene con otra persona y los cuales se obtuvieron de la computadora que le había sido designada para realizar su trabajo. Se considera que no existe proporcionalidad entre el fin perseguido por el quejoso en el asunto de interés, a saber, demostrar la supuesta deslealtad de la amparada para la empresa que trabajaba con la divulgación o exposición de las citadas comunicaciones. Además, es preciso señalar que el correo electrónico y los documentos electrónicos almacenados en la computadora que utilizaba la recurrente están protegidos por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y nunca podría realizarse un control de los mismos con garantías inferiores a las establecidas por el mencionado precepto constitucional. Asimismo, el hecho que la computadora sea

propiedad de la empresa empleadora, no significa que la amparada haya renunciado completamente a la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, por cuanto, como se indicó anteriormente, la garantía del derecho fundamental no depende de la titularidad del medio sino que es independiente de la titularidad del soporte. (En este sentido, puede verse la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de agosto de 1998 No. 872/1997, caso Lambert c. Francia). Los trabajadores no dejan su derecho a la vida privada y a la protección de datos cada vez que ingresan a su lugar de trabajo, sino que, por el contrario, esperan legítimamente encontrar allí un grado de privacidad, ya que en él desarrollan una parte importante de sus relaciones con los demás. (párr. 12)

En la misma resolución citada *supra*, la Sala Constitucional explica que, si el patrono suministra equipo a los empleados, aún conserva su derecho a protegerse de responsabilidades o perjuicios sobrevenidos de un mal uso que le dé el trabajador. No obstante, esto no lo habilita a abrir mensajes de la cuenta del funcionario, porque los datos que en ellos se almacenan no son necesarios para satisfacer un interés legítimo suyo:

En otros términos, la circunstancia que al funcionario o empleado se le suministre un equipo para el cumplimiento y ejercicio de sus funciones —de propiedad de la Administración o empleador-, no excluye que el mismo sea soporte de información confidencial o personal cubierta por el secreto o reserva de las comunicaciones y, en general, por el derecho a la intimidad. Este derecho debe, no obstante, conciliarse con otros derechos e intereses legítimos del empleador — sea público o privado -, en particular, su derecho a administrar con cierta eficacia, y sobre todo, su derecho a protegerse de la responsabilidad o el perjuicio que pudiera derivarse de las acciones irregulares de los trabajadores o funcionarios. La apertura por el empleador de los mensajes electrónicos de la cuenta del funcionario o trabajador sólo es justificable en circunstancias muy limitadas ya que el acceso a este tipo de datos no es necesario para satisfacer un interés legítimo del empleador, debiendo prevalecer por el contrario el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. (párr. 12)

## **Principales hallazgos**

En Costa Rica, en cuanto al derecho a la intimidad, el artículo 24 de la C.POL caracteriza de inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República, a excepción de los casos donde, por ley, se autorice a los Tribunales de Justicia a ordenar el secuestro, registro o examen de documentos privados o la intervención de comunicaciones. De igual forma, el artículo 28 de la C.POL resguarda las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, de la inquietud o persecución de terceras personas, garantizando así una esfera privada que se puede reservar de otras personas mientras los actos desarrollados dentro de esta no infrinjan la ley.

Sobre esa misma línea, la norma que autoriza a los Tribunales de Justicia la intervención de comunicaciones y el secuestro y registro de documentos se encuentra contenida en la Ley No.7425 sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, específicamente en su artículo 9. Además, la Ley No.7425 indica que no existirá intromisión ilegítima cuando el titular del derecho otorgue su consentimiento expreso y, de esta forma, podrán presentarse como pruebas ante el juez en el juicio correspondiente.

No obstante, en la relación laboral, el derecho a la intimidad y privacidad del trabajador en ocasiones puede verse afectado por las facultades que el ordenamiento otorga al patrono dentro de su derecho fundamental de libertad de empresa. En Costa Rica, el derecho fundamental a la libertad de empresa encuentra su fundamento en el artículo 46 de la C.POL, al prohibir los monopolios, permitir la libertad de comercio y estimar que el Estado debe apoyar los organismos que defiendan los derechos tanto de consumidores como de usuarios, tales como la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos.

Ahora bien, respecto a las facultades ya normadas en el Código de Trabajo costarricense sobre las facultades del patrono de organizar y dirigir, en el artículo 18 se encuentra la obligación del trabajador con su patrono de prestar sus servicios o ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección del mismo y a cambio de una remuneración.

Posteriormente, en el artículo 71 del CT se indican las siguientes obligaciones del trabajador: desempeñar el servicio contratado bajo la dirección del patrono, con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, en la forma, tiempo y lugar convenidos; restituir al patrono los

materiales no usados; conservar en buen estado los instrumentos y útiles que se le faciliten para el trabajo; observar buenas costumbres durante sus horas de trabajo; prestar los auxilios necesarios en caso de siniestro o riesgo inminente en que las personas o intereses del patrono o de algún compañero de trabajo estén en peligro; guardar rigurosamente los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente; y observar rigurosamente las medidas preventivas que acuerden las autoridades competentes y las que indiquen los patronos, para seguridad y protección personal de ellos o de sus compañeros de labores. De esta forma, se obliga al trabajador a cuidar de los instrumentos facilitados para la ejecución de la prestación laboral.

Seguidamente, en el artículo 81 del mismo cuerpo normativo, se establecen otras potestades organizativas de la libertad de empresa, tal como la autoridad para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del patrono y las justas causales que lo permiten. Adicionalmente, el legislador dispone, en el artículo 5 del CT, que no solamente el patrono puede ejercer los poderes de dirección y organización de la empresa y sus subordinados, sino también sus representantes, que pueden ser directores, gerentes, administradores, capitanes de barco y, en general, las personas que a nombre de otro ejerzan funciones de dirección o de administración.

Por otra parte, si bien la libertad de empresa aplicada en el derecho laboral encierra la potestad del despido, en la actualidad existen normas que regulan el despido sin justa causa, como lo son el artículo 63 de la Constitución Política (fijando una indemnización cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación) y el numeral 368 del CT (que dispone que un juez laboral competente lo declarará nulo e ineficaz).

Así mismo, el numeral 70 del CT procura que el poder de dirección de empresa del patrono no obstruya los derechos constitucionales del trabajador, por ejemplo, la libertad sindical, al obligar a los trabajadores a retirarse de los sindicatos o grupos legales a los que pertenezcan; el derecho a la intimidad, dignidad humana, igualdad y protección de datos sensibles, al solicitar pruebas VIH para efectos de contratación laboral o permanencia en el trabajo; y el resto de derechos fundamentales, al ejecutar cualquier acto que restrinja los derechos que el trabajador tiene conforme a la ley.

Así mismo, el artículo 83 del CT permite a los trabajadores dar por terminado el contrato de trabajo si el patrono incurre en alguna de las prohibiciones detalladas en el artículo 70, y

adiciona algunas prohibiciones al actuar del patrono, como faltar a la probidad u honradez, actuar de forma reñida con la moral, acudir a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra el trabajador tanto dentro como fuera del lugar de trabajo, causar maliciosamente un perjuicio material en las herramientas o útiles de trabajo del trabajador, poner en peligro la salud y/o seguridad de sus colaboradores y cometer actos discriminatorios contra alguna persona trabajadora con VIH.

Por último, el artículo 8 de la Ley N°9738 obliga al patrono a proveer y dar mantenimiento a los equipos suministrados al trabajador para el cumplimiento de la prestación, a excepción de que el empleado, por voluntad propia, solicite realizar teletrabajo con su equipo personal, eximiendo de responsabilidad al patrono. En este caso, el trabajador también deberá permitir al patrono el libre acceso a la información en su equipo que sea propiedad del patrono, pero siempre en presencia de la persona teletrabajadora, respetando sus derechos de intimidad y dignidad. De igual forma, el patrono debe capacitar a los trabajadores para el adecuado manejo y uso de los equipos y programas, y sobre el cumplimiento de las normas y directrices relacionadas con la salud ocupacional y prevención de los riesgos de trabajo. También debe coordinar la forma de restablecer las funciones de la persona teletrabajadora ante interrupciones eventuales, así como reconocerle su salario si no recibe las herramientas o los programas necesarios para realizar las labores, no se le delegue trabajo o insumos, el equipo se dañe, o si los sistemas operativos o las tecnologías de la empresa no le permiten a la persona teletrabajadora realizar sus funciones. Finalmente, se obliga al trabajador a guardar confidencialidad respecto a la información propiedad de la persona empleadora.

Por otro lado, entrando en el análisis jurisprudencial, en el caso No.1 (resolución 08600 – 2010) se encontró que, según la Sala Constitucional de la CSJ, el principal límite al derecho de libertad de empresa del patrono es cuando esta colisiona con los derechos de los trabajadores. Primeramente, la Sala Constitucional confirma que la libertad de empresa o comercio se encuentra contenida en el artículo 46 de la C.POL como el derecho de cada ciudadano de escoger libremente la actividad económica que desea desarrollar.

Sin embargo, como indica la Sala, una vez que la persona escoge la actividad económica que desea desarrollar, esta debe ajustarse a los requisitos y lineamientos que el ordenamiento jurídico le exige; en este caso, se pueden mencionar los derechos fundamentales o los mecanismos

que tienen los trabajadores a su disposición para la defensa de los mismos, y que estos mecanismos no son violatorios de la libertad de empresa del patrono, pues no impiden que pueda continuar con el desarrollo de la actividad económica que eligió.

Como ejemplo del caso anterior, existe una serie de acciones que el patrono puede poner en práctica para alcanzar sus objetivos comerciales, fiscalizar el cumplimiento de la prestación laboral o proteger sus activos, pero que también pueden lesionar los derechos de sus trabajadores. De esta manera, en el caso No.2 (resolución 16357 – 2016), la Sala Constitucional de la CSJ se pronunciaba respecto a la afectación a la privacidad e intimidad de los trabajadores con la captación de su imagen propia y/o el tratamiento de sus datos personales mediante la instalación de cámaras de seguridad en el espacio de trabajo. Para ello, la Sala citaba una serie de pronunciamientos que definían su línea de resolver:

Para iniciar, en el año 2000 (resolución 04177 – 2000), la Sala estimaba que la ubicación de una cámara en el cubículo del trabajador, por constituir un área pública y visible destinada al ejercicio de sus labores, era apta para captar conductas propias del desempeño del colaborador y no comportamientos que puedan estimarse como pertenecientes a su vida privada. Seguidamente, en el año 2004 (resolución 01511 – 2004), la Sala definía que la instalación de cámaras en un hospital no lesionaba el derecho a la intimidad, tanto de trabajadores como de pacientes, ya que se acreditaba que era con el fin de resguardar los bienes del centro médico y porque no estaban posicionadas para captar imágenes de los salones de hospitalización. Finalmente, en el año 2013 (resolución 013842 – 2013) la Sala recordaba que ha permitido la instalación de este tipo de tecnología dentro de instalaciones públicas, siempre y cuando tengan como fin el resguardo de los bienes institucionales y que no estén ubicadas en lugares que comprometan la intimidad o pudor de las personas.

No obstante, en el voto salvado de la resolución principal del caso No.2, los magistrados analizaban la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y obtenían que las imágenes grabadas en un soporte físico, al constituir un dato de carácter personal, se incluye dentro de la garantía constitucional de todos aquellos datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona y que puedan servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole. Siendo así, en el ámbito de la videovigilancia, se debe asegurar que las acciones dirigidas a la seguridad y vigilancia no contravengan el derecho a la intimidad; no

obstante, en la relación laboral no hay una habilitación legal expresa para omitir el derecho a la información sobre el tratamiento de esos datos personales, aunque se justifique en el interés empresarial de controlar la actividad laboral; mucho menos a través de sistemas de vigilancia ocultos o carentes de información preventiva.

De esta forma, debe evitar confundir el núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad de empresa y la legitimidad del fin (como lo es la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de datos) con la constitucionalidad del acto que exige ofrecer previamente la información necesaria al titular de los datos captados y tratados.

Inclusive, analizaba la Sala que, para el Tribunal Constitucional Español, no es suficiente con que existieran distintivos anunciando la instalación de cámaras y captación de imágenes en el recinto, o que se hubiera notificado la creación del fichero a la Agencia Española de Protección de Datos, ya que se debe brindar información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad del control de la actividad laboral a la que esa captación se dirige.

Además, de acuerdo con la legislación costarricense, el artículo 3 inciso b) de la Ley No. 8968 establece que un dato personal se refiere a cualquier dato relativo a una persona física identificada o identificable. Entonces, las imágenes grabadas de las personas constituyen un dato personal protegido por el derecho de intimidad y a la autodeterminación informativa. Por ende, los patronos se encuentran en la obligación de informar previamente, por ejemplo, con la instalación de dispositivos visibles que adviertan sobre la instalación de las cámaras.

Asimismo, acerca de la instalación de cámaras de seguridad en el espacio laboral, se analiza una segunda parte en el caso No.2 (resolución 12654 – 2016), donde la Sala Constitucional de la CSJ emite una serie de criterios aplicables a la instalación de los dispositivos de videovigilancia. Por ejemplo, la Sala analiza que los empleados tienen derecho que se respete su vida privada y que las cámaras no deben ser dirigidas directamente al trabajador, sino, en lo posible, orientarse en un plano panorámico, a nivel de las entradas y salidas de las oficinas, pasillos, salidas de emergencia y estacionamientos. Sin embargo, existen casos donde es objetivamente necesario, por requerimientos técnicos o por seguridad, que las cámaras enfoquen al puesto de un trabajador o de terceros, por ejemplo, el cajero de un banco. Adicionalmente, las cámaras tampoco deben abarcar las salas de comedor de los trabajadores, aun tratándose de dependencias públicas, pues su colocación sería incompatible con la dignidad humana. En el caso de la entrada de los servicios

sanitarios, la Sala aclara que no lesiona el derecho a la intimidad, pues se está filmando un espacio público y no el interior del recinto, donde los trabajadores realizan actividades muy íntimas.

Además de la instalación de cámaras de seguridad en el espacio de trabajo, otra medida controvertida es la grabación de las llamadas de los empleados. En el caso No.3 (resolución 00172 – 2011), la Sala Segunda de la CSJ recordaba que el contrato de trabajo no significa la privación los derechos constitucionales de los trabajadores, pues no es un espacio separado del resto de la colectividad, y la libertad de empresa del patrono no justifica limitaciones o despojos de esas garantías básicas. Por ende, la Sala desprendía del artículo 24 de la C.POL que la intimidad está formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos del saber de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento.

Es entonces que la inviolabilidad del domicilio, documentos privados y comunicaciones existen para proteger dicha intimidad en general, con sustento incluso en la Convención Americana de Derechos Humanos. Entonces, si bien el empleador tiene la potestad de vigilar y comprobar el fiel desempeño de las labores, los sistemas de monitoreo aplicados en la empresa deben reunir al menos dos condiciones básicas; una necesidad objetiva y proporcionalidad con el fin.

En el voto salvado de la resolución citada *supra*, se consideraba legítima la escucha de llamadas por la naturaleza del servicio, que consiste en brindar atención telefónica, de ahí la necesidad de verificar el uso de las herramientas de trabajo y la calidad del servicio prestado.

Este hallazgo también es importante porque permitió determinar el criterio de la Sala Segunda respecto a la licitud de la prueba aportada por el patrono para acreditar un comportamiento grave del trabajador. Primeramente, se concluye que la prueba es válida en el tanto haya mediado un equilibrio que garantice el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores. Seguidamente, serán lícitas aquellas pruebas obtenidas a través del ejercicio legítimo de las facultades de dirección, vigilancia y control que el ordenamiento jurídico le otorga al empresario. Siendo así, se presumirán ilícitos aquellos medios de prueba en los que haya mediado una intromisión en la intimidad del trabajador y su vida privada, que también tiene un desenvolvimiento dentro del centro de trabajo.

Por último, en el caso No.3-B (resolución 01021 – 2019), nuevamente la Sala Segunda adjudica la escucha de llamadas telefónicas de los subordinados al ejercicio de la facultad de verificar el uso de las herramientas de trabajo del patrono. Se determinaba que el empleador, en el ejercicio de su poder de dirección y control, no está en la obligación de requerir la autorización de las personas trabajadoras para establecer un determinado mecanismo de supervisión mientras medien los parámetros de necesidad objetiva y proporcionalidad con el fin, los cuales han sido considerados básicos para establecer si determinada medida excede los límites normales e irrumpe en derechos laborales inespecíficos de los trabajadores, como el de la intimidad.

Un instrumento más por analizar es la implementación de sistemas de posicionamiento global (Global Positioning Service - GPS) por parte del patrono para fiscalizar el trabajo realizado por sus empleados o preservar la seguridad de sus bienes. En el caso No.4 (resolución 01866 – 2019), la Sala Segunda analizaba que el registro de salida e ingreso de los vehículos y la utilización de GPS no puede considerarse solamente como el ejercicio del poder de supervisión, pues también se trata de un control sobre los activos de la empresa, como automotores y mercadería, incluso favorece la seguridad del conductor. Aun si el patrono decide establecer un horario y una ruta, el GPS también forma parte de la organización del trabajo que normalmente tiene que hacer todo empleador, con independencia de la jornada a la que estén sometidos sus empleados y de la forma directa o indirecta en que sean supervisadas sus tareas.

Para finalizar, en el caso No.5 (resolución 05607 – 2006), la Sala Constitucional de la CSJ analiza la violación a la intimidad de los trabajadores que puede surgir a raíz de la revisión de la computadora y/o el correo electrónico de estos. Indica la Sala, que el correo y los documentos electrónicos almacenados en la computadora que utiliza el trabajador están protegidos por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y que nunca podría realizarse un control de los mismos con garantías inferiores a las establecidas por el mencionado precepto constitucional, porque, aunque la computadora sea propiedad de la parte empleadora, esto no significa que los empleados hayan renunciado a la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, por cuanto, como se indicó anteriormente, la garantía del derecho fundamental no depende de la titularidad del medio.

De esta forma, se concluye que, a pesar de que al empleado se le suministre un equipo para el cumplimiento y ejercicio de sus funciones, esto no excluye que el mismo sea soporte de

información confidencial o personal cubierta por el secreto o reserva de las comunicaciones y el derecho a la intimidad. No obstante, este derecho debe ajustarse a los derechos e intereses legítimos del empleador, como el de organizar la prestación o protegerse del perjuicio que pudiera derivarse de las acciones irregulares de los trabajadores. De esta forma, la apertura de los mensajes electrónicos de la cuenta del trabajador solo es justificable en circunstancias muy limitadas, ya que el acceso a estos datos no es necesario para satisfacer un interés legítimo del empleador.

### **Variables del objetivo No. 3**

**Reafirmar la tutela al derecho de imagen de los trabajadores como parte de los extremos que comprende la protección de datos personales.**

Para el análisis de esta variable será necesario examinar la legislación y doctrina sobre la protección a la imagen personal de los trabajadores. Asimismo, la jurisprudencia sobre supuestos donde se involucra la imagen personal del trabajador en el vínculo laboral permitirá examinar la eficacia de la ley en los casos en concreto. Por último, un análisis de cómo otros ordenamientos jurídicos integran y tutelan la imagen personal como un dato personal ayudará a valorar ajustes normativos que se pueden integrar en la legislación costarricense.

#### ***Legislación sobre protección del derecho de imagen personal de los trabajadores.***

En Costa Rica el derecho a la imagen personal no se encuentra tutelado explícitamente en la Constitución Política, sin embargo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución 04802 del año 2017, indica que:

IV.- SOBRE EL DERECHO DE IMAGEN. En reiteradas ocasiones, esta S. ha desarrollado el derecho de imagen como una extensión del derecho a la intimidad, protegido constitucionalmente en el artículo 24 de la Constitución Política, cuyo fin es resguardar el ámbito o esfera privada de las personas del público, salvo autorización expresa del interesado. De esta manera, se limita la intervención de otras personas o de los poderes públicos en la vida privada de las personas; esta limitación puede encontrarse tanto en la observación y en la captación de la imagen como en la difusión posterior de lo captado sin el consentimiento de la persona afectada. No obstante lo anterior, este Tribunal ha señalado expresamente, que para que una persona pueda invocar la vulneración a este

derecho, debe existir una plena identificación de la persona presuntamente perjudicada, sea por su nombre o por su imagen. (párr. 10)

De esta manera, la Sala Constitucional sí contempla la posibilidad de una afectación a la intimidad tras una violación al consentimiento para el tratamiento de la imagen propia de una persona, por ello considera que su protección debe desplegarse del numeral 24 de la Constitución Política. No obstante, la Sala Constitucional aclara que, como requisito para que exista una vulneración al derecho de imagen personal, la persona afectada debe quedar claramente identificada en la captación cuestionada:

**ARTÍCULO 24.-** *Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.*

*Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.*

*Igualmente, la ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial.*

*La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos.*

*Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los Diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa*

*ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión.*

*No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación.*

Además, el artículo 41 de la carta magna tutela la imagen personal de forma implícita, ya que, como indica la Sala Constitucional en su resolución 2006-17947: “Respecto del derecho fundamental a la imagen, el artículo 41 de la Constitución Política, si bien no lo prevé en forma expresa, sí lo hace en forma indirecta, al disponer que toda persona tendrá derecho a encontrar reparación contra los daños que sufra en su persona y bienes” (párr. 17). Es decir, un tratamiento sin consentimiento de la imagen personal de un individuo debe ser debidamente reparado, y toda persona tiene derecho a recurrir a los mecanismos legales a su disposición para esos efectos:

**ARTÍCULO 41.-** *Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.*

Adicionalmente, el Código Civil incluye, en su título segundo, los “Derechos de la Personalidad y Nombre de las Personas”. En el capítulo primero “Derechos de la personalidad”, el legislador dispone dos artículos a la protección de la imagen personal. Primeramente, el artículo 47 dice que:

**ARTÍCULO 47.-** *La fotografía o la imagen de una persona no puede ser publicada, reproducida, expuesta ni vendida en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que la reproducción esté justificada por la notoriedad de aquella, la función pública que desempeñe, las necesidades de justicia o de policía, o cuando tal reproducción se relacione con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público. Las imágenes y fotografías con roles estereotipados que refuercen actitudes discriminantes hacia sectores sociales no pueden ser publicadas, reproducidas, expuestas ni vendidas en forma alguna.*

Seguidamente, el artículo 48 del mismo cuerpo normativo indica el proceder en casos de transgresión al derecho de imagen:

**ARTÍCULO 48.-** *Si la imagen o fotografía de una persona se publica sin su consentimiento y no se encuentra dentro de alguno de los casos de excepción previstos en el artículo anterior, aquella puede solicitarle al Juez como medida cautelar sin recursos, suspender la publicación, exposición o venta de las fotografías o de las imágenes, sin perjuicio de lo que resuelva en definitiva. Igual medida podrán solicitar la persona directamente afectada, sus representantes o grupos de interés acreditados, en el caso de imagen o fotografías que estereotipen actitudes discriminantes.*

***Jurisprudencia sobre casos donde se involucra la imagen personal del trabajador en el vínculo laboral.***

*Caso No.1: plena identificación del trabajador en la imagen controvertida. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 00477 a las nueve horas cincuenta y cinco minutos del veinticuatro de marzo de dos mil diecisiete.*

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución 00477 del 24 de marzo de 2017, señala que para existir una violación al derecho a la intimidad (que tutela la Constitución Política en el artículo 24) derivada del derecho de imagen personal, debe existir una plena identificación de la persona afectada en las imágenes objeto de controversia.

Sobre el caso, la actora demandó a la compañía de su patrono, ya que, en la página web y en las redes sociales de la empresa, se hace uso indiscriminado de su imagen con fotografías y videos, a pesar de que fue despedida sin responsabilidad laboral desde el 15 de noviembre de 2012. Además, la actora indicó que, en la carta de despido, que le fue entregada días después, no se hizo referencia a ningún procedimiento realizado y tampoco a las razones del despido. Siendo así, la actora reclamaba el pago de extremos laborales y la remuneración por el uso de su imagen personal. La Sala Segunda confirmaba el fallo impugnado y fundamentaba lo siguiente:

**IV.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO. SOBRE EL DERECHO A LA IMAGEN.** - La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado el derecho de imagen como una extensión del derecho a la intimidad, protegido constitucionalmente en el artículo 24 de la Constitución Política, cuyo fin es resguardar el ámbito o esfera privada de las personas del público, salvo autorización del interesado. De esta manera, se limita la intervención de otras personas o de los poderes públicos en la vida privada de las personas.

Esta limitación puede encontrarse tanto en la observación y en la captación de la imagen como en la difusión posterior de lo captado sin el consentimiento de la persona afectada. Para que se pueda invocar la vulneración a este derecho, debe existir una plena identificación de la persona presuntamente perjudicada, sea por su nombre o por su imagen. Así, en la sentencia 2001-09250 de las 10:22 horas del 14 de de [sic] 2001, la Sala Constitucional, definió el derecho de imagen como: “Asimismo, en la sentencia 2533-93 de las 10:03 horas del 4 de junio de 1993, señaló: “... El caso específico de la fotografía, se trata de una reproducción de la imagen de la persona, que, dentro de los atributos esenciales de la personalidad, constituye un derecho fundamental. En el derecho positivo, la única regulación expresa sobre el derecho a la imagen es la del artículo 47 del Código Civil... (párr. 11)

*Caso No.2: reconocimiento salarial por explotación de imagen personal. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 961 a las diez horas del veinte de octubre del dos mil seis.*

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia se ha referido a los derechos de imagen de los entrenadores de clubes deportivos en su resolución número 961 del 20 de octubre del 2006, explicando que los pagos por la cesión de los derechos sobre su imagen deben ser contemplados dentro del concepto salarial. Lo anterior luego de que la Asociación Liga Deportiva Alajuelense incoara un proceso ordinario contra la Caja Costarricense De Seguro Social para que se anularan por improcedentes, nulas e ilegales, unas nuevas planillas. Además, alegaban que los pagos efectuados por concepto de derechos de imagen, fichajes, bonificaciones, premios, incentivos, servicios de mantenimiento, gastos de promesas y demás rubros no constituyen salarios, por lo que no debían ser considerados para calcular las nuevas planillas. Ante esto, la Sala procedió a confirmar la sentencia recurrida y explicaba que:

VII.- En el recurso especialmente se analiza la razón por la cual el pago por fichaje y derechos de imagen no puede considerarse retributivo de los servicios prestados, es decir, no puede estimarse como salario [...] En cuanto al derecho de imagen el autor Cardenal Carro da cuenta de la práctica en materia deportiva de suscribir contratos dobles, uno de los cuales es el denominado “contrato de imagen”, lo que motivó que en España, concibiendo su objeto como la participación en los beneficios derivados de la explotación

comercial de la imagen, hizo depender esa participación de lo que se determine en convenio colectivo o pacto individual. Para el autor "... lo que tipifica los derechos de imagen y decide su naturaleza laboral o mercantil es la vinculación con la actividad ordinaria de la empresa deportiva, es decir, si responden a una mera explotación de la competición o constituyen un propósito empresarial diferente. Por consiguiente, no existen unos límites en la estructura de la propia prestación, y en la medida en que se aprecia en los últimos años un progresivo incremento de esta explotación, ordinariamente constituirá una obligación de naturaleza laboral colaborar en los compromisos publicitarios asumidos por el Club. Esta cuestión dependerá de la configuración de cada industria deportiva ..."

(CARDENAL CARRO (Miguel) Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional, Murcia, Servicio de Comunicaciones Universidad de Murcia, sin número de edición, 1996, pp.285-286). La Sala entiende que el pago por cesión de derechos de imagen, es decir, por la explotación de la imagen del trabajador, debe conceptuarse como salario en la medida que esté vinculada íntimamente a la prestación de los servicios, es decir, al contrato de trabajo, concebida como una retribución más de aquellos. En los contratos a que se ha hecho referencia se indicó que la cesión al amparo de la mencionada Ley de Derechos de Autor y otros derechos Conexos tiene por objeto "... todos sus derechos que como jugador de fútbol le corresponden de acuerdo a las disposiciones legales precitadas, por el lapso correspondiente a las temporadas..." (para el caso de que fuese entrenador así se consignó). Dicha cláusula resalta, sin lugar a dudas, que en el caso concreto lo negociado no era el derecho de la imagen de la persona en términos generales, sino, como jugador o entrenador de fútbol, cuestión que es propia del giro normal de la actora. De ahí su carácter salarial. Nótese que los testigos ofrecidos por ella, describen en parte la explotación del derecho de imagen, haciendo mención a la transmisión (evidentemente de los partidos de fútbol), que hacía el Canal 2 así como "... actividades con los patrocinadores, anuncios de televisión y radio, actividades sociales en escuelas, [...] A mayor abundamiento, cabe hacer notar que, de acuerdo a la experiencia, lamentablemente se ha podido apreciar la existencia de una práctica contraria a la ley por defraudatoria, según la cual los patronos tratan de evadir el pago de las cargas sociales procurando disimular la naturaleza laboral de distintas relaciones o de algunos extremos que se pagan a los trabajadores con motivo de los servicios prestados, para lo cual incluso

delegan en distintas sociedades del mismo grupo la cancelación de determinados extremos, tal y como sucedió en este caso, en el cual apareció la sociedad Rojo y Negro S.A cancelando los llamados “derechos de imagen”; indicio que apreciado a la luz de las circunstancias, abona a favor de lo expuesto. (párr. 15)

De lo anterior se infiere que el derecho a la propia imagen posee naturaleza laboral cuando se le vincula con la prestación, o bien, con el objeto del contrato de trabajo. Se trata entonces de definir si la explotación de la imagen personal del trabajador forma parte de la prestación laboral o si consiste un objetivo distinto, para determinar si se debe recurrir a otra vía legal en aras de tutelar el derecho a la propia imagen. No obstante, la Sala sí es clara en cuanto al reconocimiento salarial por la explotación de la imagen personal de los trabajadores y, específicamente en el ámbito deportivo, reconoce que el pago por concepto de “fichaje” es parte del salario e involucra la compensación por el uso de imagen propia.

*Caso No.3: apariencia física del trabajador. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 961 a las nueve horas veinte minutos del seis de setiembre de dos mil diecinueve.*

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución 961 del 06 de Setiembre del 2019, se pronunciaba respecto a un caso en el que un oficial de la Fuerza Pública interpuso un recurso de amparo contra el Ministerio de Seguridad Pública tras considerar que la imposición de utilizar gorra durante el desempeño de sus funciones, incluso bajo techo o durante las horas en las que no se percibe luz solar, constituye un abuso a su integridad moral y física. Además, el oficial alega que el ministerio insiste en influir sobre el aspecto físico de los trabajadores al imponer cortes de cabello, limitando la libertad sobre su apariencia personal. Respecto a la libertad de género, si una persona quiere lucir diferente, utilizando el cabello más largo o suelto, el reglamento del ministerio no se lo permite y, a las mujeres, se les impone un peinado generalizado también limitando su expresión y generando problemas de salud como caída de cabello o dolores de cabeza.

Para este caso, la Sala Constitucional declara sin lugar el recurso de amparo y fundamenta lo siguiente:

Revisados los alegatos y la pretensión del recurrente, se impone advertir que ya esta Sala en un asunto similar al que nos ocupa indicó mediante la sentencia 2019-005589 de las 09:45 horas del 29 de marzo de 2019, lo siguiente:

V.- LA APARIENCIA FÍSICA Y EXTERNA DE LOS TRABAJADORES FRENTE A LAS POTESTADES Y DERECHOS DEL EMPLEADOR. Dentro de una relación de trabajo, el patrono tiene una serie de potestades frente al trabajador, de especial relevancia, se encuentra el poder de dirección, que es una serie de potestades que le permiten a la parte patronal el funcionamiento, la organización de una empresa o institución, así como la facultad de ordenar y regular la actividad del empleado dentro del centro de trabajo. Es decir, el patrono se encuentra facultado para dar órdenes, instrucciones o lineamientos a seguir e inclusive tiene la potestad para sancionar por el incumplimiento a los trabajadores (poder sancionatorio), todo con el objetivo de poder dar el mejor funcionamiento a su empresa, organización o institución. De ahí que en las relaciones laborales existe una verdadera subordinación del trabajador al empleador, sea esto la facultad de impartir órdenes, dirigir y disciplinar las tareas que se ejecutan. Lo anterior, se ve reflejado en el artículo 71 del Código de Trabajo, en el tanto señala que son obligaciones de los trabajadores desempeñar el servicio bajo la dirección de su patrono, ejecutar con intensidad, cuidado y esmero apropiados las tareas encomendadas por el patrono. [...] Dado que no existe en la legislación laboral, al menos de forma completa, reglas sobre los límites a la apariencia externa de los trabajadores, deben plantearse para cada caso, de conformidad con los principios constitucionales dentro del marco de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad. Entonces, cómo se puede identificar cuándo una disposición patronal podría lesionar los derechos del trabajador. Para ello se debe analizar cada caso, a la luz de las potestades patronales y determinar si el medio empleado es idóneo, necesario y proporcional, puesto que se trata de la dignidad de los empleados. En las relaciones laborales, como se indicó, existen una serie de restricciones a los derechos fundamentales, sin embargo, estas no pueden darse de forma absoluta. [...] Desde luego, el empleador como persona, también posee una serie de derechos que igual rango de protección que deben ser protegidos con la misma intensidad. La controversia surge en el momento en que, estos derechos, entran en un aparente conflicto, por un lado, los derechos y potestades del empleador y, por otro, los derechos fundamentales del

colaborador. [...] El juicio o test de proporcionalidad resulta válido para determinar, en cada caso, si las medidas aplicadas resultan proporcionadas o no en cada situación [...] Entonces será necesaria y proporcionada la disposición del empleador que restrinja derechos fundamentales del trabajador, únicamente, cuando no exista un medio menos gravoso de conseguir el objetivo perseguido. También, el juicio parcial de la proporcionalidad ha sido también denominado como “principio de indispensabilidad”, en el sentido de evaluar si la medida patronal es indispensable para el logro de un fin, el cual deberá en todos los escenarios ser legítimo, conforme al Derecho de la Constitución.

[...]

En este caso se acreditó que el recurrente se muestra inconforme con la decisión de la Administración de imponerle el uso de gorra durante el desempeño de sus funciones. A su juicio la gorra es un accesorio y como tal, se debe respetar la voluntad del empleado de utilizarla o no. Agrega que el uso de la gorra implica una vulneración al derecho a la salud y a la integridad física. Finalmente expresa que generalizar un corte de cabello para todo el cuerpo policial, le impide decidir sobre su apariencia personal y expresividad. Ante ese panorama el recurso deviene improcedente. La disposición de utilizar gorra es obligatoria únicamente durante el desempeño de funciones en la calle y en ceremonias. No es cierto que su uso sea durante todo el desempeño de sus funciones, el Reglamento de Uso de Uniformes y Distintivos de Cuerpos Policiales Adscritos al Ministerio de Seguridad Pública, señala en su acápite 6, incisos 8) que “El uso de cubrecabezas es de carácter obligatorio en el servicio en la calle y en ceremonias, EXCEPTO cuando el personal se encuentre en recintos cerrados, oficinas o dependencias”. Aunado a lo anterior no consta que el recurrente haya demostrado que, por una condición médica, el uso de gorra le implique una afectación a su derecho a la salud. En cuanto al corte de cabello, a los miembros de los Cuerpos Policiales Adscritos al ministerio recurrido les rige el Decreto Ejecutivo No. 37188-SP, Reglamento de Uso de Uniforme y Distintivos de los Cuerpos Policiales el cual en su artículo 7 prohíbe al personal policial y en el caso de los hombres cabello largo, así como tintes con tonalidades que no sean las naturales del cabello. Dicho lo anterior y tomando en cuenta que, a la fecha de interposición del recurso de amparo, el recurrente no ha sido objeto de algún proceso administrativo en su contra ni de ninguna

sanción por parte de la autoridad recurrida, precisamente por el tipo de corte de cabello que luce, el recurso deviene improcedente por la inexistencia de un acto en concreto. Ante ese panorama el recurso deviene improcedente en todos sus extremos. (párr.14)

*Caso No.4: difusión de imagen de los funcionarios públicos. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 007392 a las once horas y treinta y cuatro minutos del uno de junio del dos mil doce.*

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución 007392 del 1 de junio del 2012, declara con lugar un recurso de amparo y condena a la Sociedad Periodística Extra Limitada tras revelar material fotográfico con contenido sexual sobre un diputado de la Asamblea Legislativa, justificándose en su rango de funcionario público. La Sala Constitucional fundamentaba su proceder de la siguiente manera:

Pues bien, con independencia de la discusión acerca del supuesto montaje de ese material fotográfico, es claro que todo individuo, incluyendo, lógicamente, las figuras públicas, como los Diputados de la Asamblea Legislativa, ostentan o gozan de una esfera intangible de intimidad, que desde todo punto de vista debe ser tutelada por este Tribunal Constitucional. En este sentido, si bien el actor como figura y funcionario público, ve disminuido el ámbito de protección de su intimidad a favor del derecho a la información, ello en modo alguno faculta a los recurridos a difundir fotografías del tutelado con alto contenido sexual, lo cual no guarda ninguna relación con las funciones que desempeña el recurrente como miembro de la Asamblea Legislativa. [...] En este sentido, si bien se ha comentado que el derecho a la intimidad y a la imagen no tiene un contenido absoluto, sino que puede ser objeto de múltiples limitaciones en el ejercicio de la ponderación frente a otros derechos y libertades fundamentales, como es el caso del derecho a la información, lo cierto es que la condición de funcionario público del actor, únicamente habilita al recurrido para difundir imágenes sin el consentimiento del tutelado cuando se trate de la actividad que realiza el sujeto como titular de su función, es decir, en su condición de Diputado de la Asamblea Legislativa, no así sobre actividades relativas a la vida íntima y personal del tutelado, todo lo cual forma parte del núcleo puro y duro del derecho a la imagen y a la intimidad, en los términos en que ha sido proclamado en el artículo 24 constitucional, así como en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, en que se consagra el derecho a la protección de la honra y la dignidad... (párr. 17)

Así pues, la Sala Constitucional recuerda que el derecho a la intimidad debe tutelarse de igual forma para los funcionarios públicos, guardando entonces, para el derecho a la información, únicamente aquellas imágenes de los funcionarios donde estos se encuentran en el ejercicio de sus potestades o que se ajusten al cargo que desempeñan.

***Análisis de como otros ordenamientos jurídicos integran y tutelan la imagen propia como un dato personal.***

*España*

En la legislación española, se reconoce el derecho a la imagen personal desde la Constitución en su artículo 18. No obstante, en la ley 3/2018 del 5 de diciembre, denominada Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, se incorpora explícitamente la imagen propia como un dato personal e incluso se regulan los siguientes aspectos en los cuales se introduce la imagen personal dentro de la relación laboral:

***Artículo 22. Tratamientos con fines de videovigilancia.***

*1. Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, podrán llevar a cabo el tratamiento de imágenes a través de sistemas de cámaras o videocámaras con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones.*

*2. Solo podrán captarse imágenes de la vía pública en la medida en que resulte imprescindible para la finalidad mencionada en el apartado anterior. No obstante, será posible la captación de la vía pública en una extensión superior cuando fuese necesario para garantizar la seguridad de bienes o instalaciones estratégicos o de infraestructuras vinculadas al transporte, sin que en ningún caso pueda suponer la captación de imágenes del interior de un domicilio privado.*

*3. Los datos serán suprimidos en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones. En tal caso, las imágenes deberán ser puestas a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de setenta y dos*

*horas desde que se tuviera conocimiento de la existencia de la grabación. No será de aplicación a estos tratamientos la obligación de bloqueo prevista en el artículo 32 de esta ley orgánica.*

*4. El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información. En todo caso, el responsable del tratamiento deberá mantener a disposición de los afectados la información a la que se refiere el citado reglamento.*

*5. Al amparo del artículo 2.2.c) del Reglamento (UE) 2016/679, se considera excluido de su ámbito de aplicación el tratamiento por una persona física de imágenes que solamente capten el interior de su propio domicilio. Esta exclusión no abarca el tratamiento realizado por una entidad de seguridad privada que hubiera sido contratada para la vigilancia de un domicilio y tuviese acceso a las imágenes.*

*6. El tratamiento de los datos personales procedentes de las imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de cámaras y videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y por los órganos competentes para la vigilancia y control en los centros penitenciarios y para el control, regulación, vigilancia y disciplina del tráfico, se regirá por la legislación de transposición de la Directiva (UE) 2016/680, cuando el tratamiento tenga fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública. Fuera de estos supuestos, dicho tratamiento se regirá por su legislación específica y supletoriamente por el Reglamento (UE) 2016/679 y la presente ley orgánica.*

*7. Lo regulado en el presente artículo se entiende sin perjuicio de lo previsto en la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada y sus disposiciones de desarrollo.*

8. *El tratamiento por el empleador de datos obtenidos a través de sistemas de cámaras o videocámaras se somete a lo dispuesto en el artículo 89 de esta ley orgánica.*

**Artículo 89.** *Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo.*

1. *Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida. En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica.*

2. *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 o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos.*

3. *La utilización de sistemas similares a los referidos en los apartados anteriores para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores. La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de esta ley.*

### *Portugal*

En Portugal, el 8 de agosto de 2019 entra en vigor la ley No.58/2019 mediante la cual se regula la ejecución del Reglamento General de protección de datos (RGPD). Primeramente, esta

ley contempla la imagen como un dato personal al otorgar protección a los datos de las personas fallecidas:

***Artículo 17.º Protección de datos personales de personas fallecidas***

*1- Los datos personales de personas fallecidas están protegidos en los términos del RGPD y de la presente ley cuando se integren en las categorías especiales de datos personales a que se refiere el n.º 1 del artículo 9º del RGPD o cuando estén relacionados con la intimidad, privacidad, imagen o sus comunicaciones, salvo los casos previstos en el apartado 2 del mismo artículo.*

*2- Los derechos previstos en el RGPD relativos a datos personales de personas fallecidas, contemplados en el apartado anterior, en particular los derechos de acceso, rectificación y supresión, son ejercidos por quien la persona fallecida haya designado para tal efecto o, en su defecto, por los respectivos herederos.*

*3.- Los titulares de los datos también pueden, bajo la ley aplicable, hacer imposible el ejercicio de los derechos mencionados en el párrafo anterior después de su muerte.*

Esta ley también enfatiza en la protección de los datos personales en el ámbito laboral mientras sea para los límites previstos en el Código de Trabajo y la legislación portuguesa. Además, determina algunas regulaciones para la captación de la imagen del trabajador mediante sistemas de videovigilancia, así como el uso que se le puede brindar a estas y a los datos biométricos de los trabajadores:

***Artículo 28.º Relaciones laborales***

*1- El empleador puede tratar los datos personales de sus empleados para los fines y dentro de los límites previstos en el Código de Trabajo y la legislación complementaria o en los regímenes sectoriales con las especificaciones establecidas en este artículo.*

*2- El párrafo anterior abarca también el tratamiento efectuado por el encargado o contable certificado en nombre del empleador, para la gestión de las relaciones laborales, siempre que se lleve a cabo en el marco de un contrato de prestación de servicios y sujetas a las mismas garantías de confidencialidad.*

*3- Salvo disposición legal en contrario, el consentimiento del trabajador no es una base de legitimación del tratamiento valida*

*a) Si del tratamiento se puede derivar una ventaja jurídica o económica para el trabajador*

*b) Si el tratamiento abarcara lo dispuesto en el punto b) del apartado primero del artículo 6.º del RGPD.*

*4- Las imágenes grabadas y otros datos personales registrados por el uso de sistemas de vídeo u otros medios tecnológicos de vigilancia a distancia, de conformidad con el artículo 20.º del Código del Trabajo, sólo puede ser utilizado en el proceso penal.*

*5 – En los casos previstos en el párrafo anterior, las imágenes grabadas y otros datos personales pueden también ser utilizados para depurar responsabilidades disciplinarias en la medida en la que se den en el proceso penal.*

*6- El tratamiento de los datos biométricos de los trabajadores se considera legítimo solo para el control de asistencia y control de acceso en las instalaciones del empleador, y debe garantizar que solo se utilicen las representaciones de los datos biométricos y que su proceso de recopilación no permita la reversibilidad de dichos datos.*

Siendo así, se consulta el Código de Trabajo portugués y se obtiene que efectivamente introduce en sus disposiciones lo referente a la videovigilancia en el lugar de trabajo, tanto cuando la prestación se da de forma remota como cuando sea necesaria para proteger las personas y bienes dentro de la empresa:

### ***Artículo 20***

#### *Medios de vigilancia remota*

*1 - El empleador no puede utilizar medios de vigilancia a distancia en el lugar de trabajo, mediante el uso de equipos tecnológicos, con el fin de controlar el desempeño profesional del trabajador.*

2 - El uso de los equipos a que se refiere el número anterior es lícito siempre que tenga por finalidad la protección y seguridad de personas y bienes o cuando lo justifiquen exigencias específicas inherentes a la naturaleza de la actividad.

3 - En los casos previstos en el número anterior, el empleador informa al trabajador sobre la existencia y finalidad de los medios de vigilancia utilizados, debiendo colocar en los lugares de asunto, según el caso, las siguientes palabras: «Este lugar está bajo vigilancia por circuito cerrado de televisión» o «Este lugar está vigilado por circuito cerrado de televisión y se graba imagen y sonido», seguido de un símbolo identificativo.

4 - Es infracción muy grave la infracción de lo dispuesto en el apartado 1 e infracción leve la infracción de lo dispuesto en el apartado 3.

De igual forma, el Código de Trabajo portugués contempla el poder de organización, dirección y control de la prestación laboral y dispone que debe preservarse la intimidad de los trabajadores, así como evitar la constante captación de su imagen personal:

#### **Artículo 169-A**

*Organización, dirección y control de obra.*

1 - Las reuniones de trabajo a distancia, así como las tareas que por su naturaleza deban realizarse en horarios precisos y en conjunto con otros trabajadores, deberán realizarse dentro del horario de trabajo y ser programadas preferentemente con 24 horas de anticipación.

2-El trabajador está obligado a presentarse en las instalaciones de la empresa o en otro lugar designado por el empleador, para reuniones, acciones de capacitación y otras situaciones que requieran presencia física, para lo cual haya sido citado con al menos 24 horas de anticipación.

3.- El empresario sufragará los gastos de viaje a que se refiere el número anterior, en la parte en que, eventualmente, exceda de los gastos normales de transporte entre el domicilio del trabajador y el lugar donde normalmente trabajaría personalmente.

4 - Las facultades de dirección y control del trabajo a distancia se ejercen preferentemente a través de los equipos y sistemas de comunicación e información

*relacionados con la actividad del trabajador, según procedimientos previamente conocidos por él y compatibles con el respeto a su intimidad.*

*5-El control de la ejecución del trabajo, por parte del empleador, debe respetar los principios de proporcionalidad y transparencia, estando prohibido imponer la conexión permanente, durante la jornada laboral, por medio de imagen o sonido.*

*6 - Es infracción muy grave la infracción de lo dispuesto en los apartados 1 y 3.*

Por último, el Código de Trabajo contempla la privacidad de trabajador, especialmente ante la captación de su imagen cuando la prestación laboral se ejecuta a través de teletrabajo:

### **Artículo 170**

#### *Privacidad de un teletrabajador*

*1 - El empleador debe respetar la intimidad del trabajador, el horario de trabajo y el descanso y tiempos de descanso de su familia, así como proporcionarle buenas condiciones de trabajo, tanto desde el punto de vista físico como psíquico.*

*2 - Siempre que el teletrabajo se realice en el domicilio del trabajador, la visita al lugar de trabajo requiere un preaviso de 24 horas y la conformidad del trabajador.*

*3- La visita prevista en el número anterior sólo deberá tener por objeto el control de la actividad laboral, así como de los instrumentos de trabajo, y sólo podrá realizarse en presencia del trabajador durante las horas de trabajo convenidas en los términos de la letra d) del n° 4 del artículo 166*

*4 - Al acceder al domicilio del trabajador, las actuaciones del empresario deberán ser adecuadas y proporcionadas a los objetivos y finalidad de la visita.*

*5-La captación y uso de imagen, sonido, escritura, historia, o la utilización de otros medios de control que puedan afectar el derecho a la intimidad del trabajador.*

*6 - Es una infracción grave la infracción de lo dispuesto en los apartados 1, 2, 3 y 4.*

*7 - Es infracción muy grave la infracción de lo dispuesto en el apartado 5.*

*Perú*

En el caso de Perú, con la entrada en vigor de la ley No. 29733 del 03 de julio de 2011, denominada Ley de Protección de Datos Personales, y su reglamento mediante el decreto supremo No. 003-2013-JUS, el 08 de mayo del 2013, se incluye dentro de los datos personales y de forma explícita la imagen personal de la siguiente forma:

**Artículo 2.-** *Definiciones.*

*Para los efectos de la aplicación del presente reglamento, sin perjuicio de las definiciones contenidas en la Ley, complementariamente, se entiende las siguientes definiciones:*

[...]

*4. Datos personales: Es aquella información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica, sobre hábitos personales, o de cualquier otro tipo concerniente a las personas naturales que las identifica o las hace identificables a través de medios que puedan ser razonablemente utilizados.*

No obstante, por medio de la Resolución Directoral No. 02-2020-JUS/DGTAIPD, el 14 de febrero del 2020 se aprueba la Directiva para el Tratamiento de Datos Personales mediante Sistemas de Videovigilancia, que especifica la regulación sobre la captación de la imagen propia como un dato personal. Primeramente, en la V de definiciones o siglas se determina dato personal como:

*5.8 Dato personal:*

*Las imágenes y las voces de una persona constituyen datos personales, ya que permiten identificar o hacer identificable a una persona natural a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados.*

Seguidamente, se define el tratamiento de datos personales a través de sistemas de videovigilancia, específicamente por medio de videovigilancia:

*5.24 Tratamiento de datos personales a través de sistemas de videovigilancia: Es cualquier operación o procedimiento técnico, automatizado o no, que permite la recopilación,*

*registro, organización, almacenamiento, conservación, elaboración, modificación, extracción, consulta, utilización, bloqueo, supresión, comunicación por transferencia o por difusión o cualquier otra forma de procesamiento que facilite el acceso, correlación o interconexión de la imagen o voz, captados por medio de un sistema de cámaras fijas o móviles ya sea en tiempo real o en visualización de grabaciones de imágenes, vídeos o audios.*

Así mismo, esta directiva establece el deber de informar sobre la captación de imagen personal, de forma que, en las zonas donde se realice la grabación, se disponga de carteles informativos. Además, esta directiva también agrega la obligación de facilitar sus disposiciones en el mismo lugar donde se captan estos datos personales a modo de que las personas puedan ejercer sus derechos:

#### *6.7 Derecho de información*

*Debe informarse sobre la captación y/o grabación de las imágenes, para tal fin se debe colocar en las zonas videovigiladas al menos un distintivo informativo ubicado en un lugar suficientemente visible, tanto en espacios abiertos como cerrados.*

*Si la información prevista en el artículo 18 de la LPDP no puede ser colocada en su integridad en el cartel informativo, en el espacio videovigilado debe tenerse a disposición de los interesados, ya sea a través de medios informáticos, digitalizados o impresos, la información mínima requerida para garantizar sus derechos, regulada en el punto 6.12 de la presente directiva.*

*Si el lugar vigilado dispone de varios accesos, el cartel se coloca en todos ellos, en un lugar visible, para que la información contenida en el mismo también lo sea.*

Por otra parte, esta directiva establece que se debe prevenir la captación de la imagen de terceras personas, es decir, personas que no son el objeto de enfoque cuando se pensó en la instalación de los sistemas de vigilancia. Por esto se debe evitar ubicar las cámaras hacia un lugar público:

#### *6.8 Respeto a los derechos fundamentales de terceros*

*Debe prevenirse la captación de imágenes de terceros ajenos a los fines de la captación. El titular del banco de datos personales o quien realice el tratamiento de los datos a través de los sistemas de videovigilancia es responsable por la implementación de mecanismos o medidas adecuadas para no afectar los derechos de terceros que aparezcan en las grabaciones. Las cámaras o videocámaras instaladas en espacios privados no deben obtener imágenes de espacios públicos, salvo que resulte imposible evitarlo. En este último caso, la cámara debe captar únicamente la sección de vía pública que resulte imprescindible para cumplir con los fines de vigilancia que se pretende con la instalación del sistema*

Inclusive, esta directiva prevé que todo banco de datos de vigilancia debe inscribirse ante un ente denominado Dirección de Protección de Datos Personales, adscrito al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Perú, excluyendo aquellos que emiten imágenes en tiempo real, pero no eximiéndolos de cumplir con los preceptos de las leyes en materia de protección de datos. Este es un caso similar a lo que ocurre en Costa Rica ante la PRODHAB:

#### *6.9 Registro de banco de datos de videovigilancia*

*La persona natural, jurídica o entidad pública que utilice un sistema de videovigilancia o cualquier dispositivo que permita el tratamiento de datos para dicho fin, debe solicitar la inscripción del banco de datos personales respectivo a la Dirección de Protección de Datos Personales, unidad orgánica de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, encargada de la administración del Registro Nacional de Protección de Datos Personales.*

*6.10 Los sistemas que no almacenan imágenes, sino que consisten exclusivamente en la reproducción y emisión de imágenes en tiempo real, no son considerados bancos de datos. Sin embargo, esto no los exime del cumplimiento de las demás obligaciones contenidas en la LPDP, su reglamento y la presente directiva, en lo que resulte aplicable.*

Otro aspecto importante sobre esta directiva es que establece un periodo límite de almacenamiento de las imágenes captadas, así como la obligación al administrador de la base de datos de guardar confidencialidad y evitar la difusión, copia o visualización de lo almacenado:

### *6.13 Plazo de conservación o almacenamiento de la información grabada*

*Las imágenes y/o voces grabadas se almacenan por un plazo de treinta (30) días y hasta un plazo máximo de sesenta (60), salvo disposición distinta en normas sectoriales. Durante ese plazo, el titular del banco de datos o encargado del tratamiento de los datos debe asegurar la reserva y confidencialidad de la información, no permitiendo la difusión, copia o visualización de imágenes por terceros no autorizados.*

*6.14 El registro de las imágenes, videos o audios que presenten indicios razonables de la comisión de un delito o falta debe ser informado haciendo entrega del soporte que contiene el mismo de manera inmediata a la Policía Nacional del Perú o al Ministerio Público, según corresponda.*

Además, la directiva en análisis garantiza el derecho de acceso al titular de las imágenes captadas y otorga a los interesados las opciones de presentar un escrito con la solicitud, recibir las imágenes o videos en un CD y hasta asistir a visualizarlas en el sitio donde se almacenan:

### *6.31 Derecho de Acceso*

*Dadas las particularidades propias de los sistemas de videovigilancia, el derecho de acceso reviste características singulares:*

*6.31.1 El titular del dato personal debe precisar la fecha, rango de horas, lugar o cualquier otra información que permita facilitar la ubicación de la imagen requerida. Asimismo, de ser necesario, aportará una imagen actualizada de sí mismo que permita al titular o encargado del tratamiento verificar su presencia en el registro.*

*6.31.2 Con la finalidad de no afectar la protección de datos personales de terceros, el titular del dato personal puede escoger entre las siguientes alternativas para acceder a su información:*

*a) Acceso mediante un escrito: El titular del dato personal presentará una solicitud escrita a la dirección física o electrónica que aparece en el cartel o documento informativo, adjuntando e indicando lo señalado en el numeral*

*6.31.1. La respuesta emitida por el titular del banco de datos personales o por el encargado del tratamiento debe detallar los datos requeridos que son objeto de tratamiento, sin afectar derechos de terceros.*

*b) Entrega de las imágenes, vídeos o audios: El titular del dato personal debe entregar un CD en blanco o dispositivo análogo al titular del banco de datos personales o al encargado de tratamiento con el fin de que este grabe su información. En este supuesto, el titular o encargado del tratamiento debe utilizar máscaras de privacidad para difuminar la imagen o cualquier otro medio que impida la afectación de terceros, así como implementar un mecanismo de protección para el archivo (cifrado, contraseña u otros).*

*c) Visualización en sitio: El titular del dato personal debe acercarse físicamente a las instalaciones del titular del banco de datos o responsable del tratamiento para acceder directamente a su información.*

No obstante, aunque las normas sobre protección de datos personales, como la Ley No.8968 de Costa Rica o las disposiciones de los derechos ARCO, se garantiza el derecho de rectificación, la directiva peruana establece que es imposible ejercerlo sobre las imágenes captadas a través de videovigilancia debido a su naturaleza y al reflejar un hecho objetivo que no puede ser modificado:

### *6.33 Imposibilidad de ejercicio del derecho de rectificación*

*No es posible el ejercicio del derecho de rectificación en el tratamiento mediante sistemas de videovigilancia, dado que, por su naturaleza, las imágenes captadas reflejan un hecho objetivo que no puede ser modificado a petición del titular del dato personal.*

Además, la directiva agrega algunas prohibiciones adicionales para la instalación de las cámaras de videovigilancia, dentro de ellas se encuentra la imposibilidad de instalar estos dispositivos en baños y vestuarios, lo cual se podría adaptar a una situación hipotética en el lugar de trabajo.

### *7.1 Prohibiciones de uso de sistemas de videovigilancia en determinados espacios.*

*En espacios públicos de uso privado, como establecimientos comerciales, restaurantes, lugares de ocio, entre otras, se deberá cumplir en estricto con el principio de proporcionalidad, de esta forma a título enunciativo se tiene que:*

*7.1.1 Se encuentra prohibida la instalación de cámaras en baños y vestuarios.*

*7.1.2 En los lugares de ocio:*

*a) El sistema de videovigilancia sólo puede ser visual, está prohibida la grabación de las conversaciones. Además, deberá utilizarse sólo cuando no exista otro método de seguridad menos invasivo e igual de eficaz que cumpla con la finalidad legítima determinada.*

*b) No se pueden utilizar las imágenes captadas por sistemas de videovigilancia con fines comerciales o promocionales, salvo consentimiento de las personas cuyas imágenes han sido grabadas.*

Por otra parte, en los entornos escolares también se establece una serie de prohibiciones en cuanto a los sistemas de videovigilancia, las cuales beneficiarían tanto a los menores, por su fuero de protección especial, como al personal administrativo y docentes:

### *7.3 Requisitos de los sistemas de videovigilancia en entornos escolares*

*En el caso de uso de sistemas de videovigilancia, se debe instalar un distintivo o cartel informando a los miembros de la comunidad educativa de la existencia de cámaras u otros dispositivos análogos, en un lugar completamente visible, tanto si los dispositivos están en el interior como en espacios abiertos. En dicho distintivo o cartel debe también indicarse dónde se puede obtener la información que regula el artículo 18 de la LPDP.*

*7.4 La zona objeto de videovigilancia será la mínima imprescindible para el fin de vigilancia trazado, pudiendo abarcar espacios públicos o comunes como accesos y pasillos, patio de recreo, comedores, y siempre con miras a la protección y defensa del interés superior del niño, niña y adolescente.*

*7.5 En ningún caso deben instalarse cámaras de videovigilancia en espacios privados como baños, vestuarios o aquellos en los que se desarrollen actividades cuya captación pueda afectar la imagen o la intimidad de forma desproporcionada.*

*7.6 Los usos de sistemas de videovigilancia con fines de seguridad en aulas y otros ámbitos en los que se desarrolla la personalidad de los niños, niñas y adolescentes podrán grabar imágenes si existen circunstancias excepcionales, justificadas por la presencia de un riesgo objetivo y previsible para la seguridad y los derechos fundamentales de los menores.*

*7.7 El acceso a las imágenes de los sistemas de videovigilancia queda restringido al director del centro o a la persona designada como responsable del tratamiento. No puede ser de libre acceso para cualquier personal docente o administrativo no autorizado para ello.*

#### *7.8 Cancelación de las imágenes*

*Las imágenes se conservarán por un plazo máximo de treinta (30) días desde su captación. Transcurrido dicho plazo, el titular del banco de datos o responsable del tratamiento únicamente podrá conservar aquellas imágenes que revelen algún hecho trascendente que deba ser puesto en conocimiento de los padres de familia o tutores, quienes de acuerdo a sus facultades pueden actuar velando por los intereses de sus menores hijos en defensa y protección de sus derechos o, de ser el caso, frente a la comisión de presuntos actos delictivos poniendo en conocimiento los hechos a la Policía Nacional o del Ministerio Público.*

Posteriormente, desde el numeral 7.9 hasta el 7.25, la directiva contempla la protección del dato personal de la imagen exclusivamente en la relación laboral. Primeramente, se aclara la posición del patrono frente a la videovigilancia como una de sus facultades de libertad de empresa:

#### *7.9 Excepción al consentimiento en torno de la finalidad*

*En virtud del poder de dirección del empleador, este se encuentra facultado para realizar controles o tomar medidas para vigilar el ejercicio de las actividades laborales de sus trabajadores, entre las que se encuentra la captación y/o tratamiento de datos a través de sistemas de videovigilancia.*

Sin embargo, ello no significa que el patrono debe omitir su deber de informar sobre la presencia de estos dispositivos de videovigilancia.

Además, según esta directiva, no se debe obligar al trabajador a instalar dichos sistemas en su hogar cuando trabaje de forma remota:

#### *7.10 Deber de Informar*

*El empleador se encuentra obligado a informar a sus trabajadores de los controles videovigilados, a través de carteles (o en su defecto de los avisos informativos mencionados en la presente directiva); ello, sin perjuicio de informar de manera individualizada a cada trabajador, si se considera pertinente. En el caso de trabajadores del hogar, para acreditar el cumplimiento del deber de informar, bastará con que los empleadores acrediten de forma razonable que han cumplido con el deber de informar contenido en el artículo 18 de la LPDP.*

Así mismo, la directiva aclara que la captación de imagen de los trabajadores por estos medios será con el único propósito de controlar y supervisar la ejecución de la prestación laboral, y que, para otros fines, se requerirá del consentimiento del trabajador:

#### *7.11 Finalidad de los sistemas de videovigilancia*

*El tratamiento de los datos de los trabajadores se limita a las finalidades propias del control y supervisión de la prestación laboral, de tal forma que no pueden utilizarse los medios o el sistema de videovigilancia para fines distintos, salvo que se cuente con el consentimiento del trabajador o se trate de alguna de las excepciones señaladas en el artículo 14 de LPDP.*

*7.12 Son fines legítimos para el control y la supervisión de la prestación laboral, la protección de bienes y recursos del empleador; la verificación de la adopción de medidas de seguridad en el trabajo; y, aquellos otros que la legislación laboral y sectorial prevea.*

Otro punto importante es la proporcionalidad del uso de estos sistemas de vigilancia. Esta directiva da un paso significativo al prohibir la captación de imagen de los trabajadores en sus áreas de descanso y/o esparcimiento:

### *7.13 Principio de proporcionalidad*

*El control laboral a través de sistemas de videovigilancia sólo se realiza cuando sea pertinente, adecuado y no excesivo para el cumplimiento de tal fin.*

*7.14 Asimismo, la instalación de las cámaras o, en todo caso, su ámbito de captación debe restringirse a los espacios indispensables para satisfacer las finalidades de control laboral.*

*7.15 En ningún caso se admite la instalación de sistemas de grabación o captación de sonido ni de videovigilancia en los lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores, como vestuarios, servicios higiénicos, comedores o análogos.*

*7.16 La grabación videovigilada con sonido en el lugar de trabajo sólo se admitirá cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad y finalidad.*

De igual forma, se garantiza al trabajador la necesidad de su consentimiento si el patrono desea comercializar o publicitar su imagen personal, así como el derecho de cancelación del banco de datos en cierto plazo determinado, el derecho de acceder a las imágenes captadas y un debido proceso si se debe sancionar al trabajador con base en las grabaciones:

### *7.17 Prohibición de uso de las imágenes para fines comerciales o publicitarios.*

*Las imágenes captadas a través de los sistemas de videovigilancia laboral no pueden ser utilizadas con fines comerciales o publicitarios, salvo que se cuente con el consentimiento de los trabajadores.*

### *7.18 Cancelación de imágenes y/o voces*

*Las imágenes y/o voces grabadas se almacenan por un plazo de treinta (30) días y hasta un plazo máximo de sesenta (60) días, salvo disposición distinta en las normas laborales. Durante ese plazo, el titular del banco de datos o encargado del tratamiento debe cuidar que la información sea accesible sólo ante las personas que tengan legítimo*

*derecho a su conocimiento y manteniendo así la reserva necesaria respecto a las imágenes y/o voces.*

*[...]*

*7.22 El trabajador podrá solicitar el acceso a las grabaciones o a una copia digital de las mismas que contengan información sobre una conducta o incumplimiento laboral que se le haya imputado, pudiendo utilizar esta grabación como medio de prueba. El empleador deberá resguardar el derecho de terceros que, sin estar involucrados con la conducta o incumplimiento, de manera directa o indirecta, puedan aparecer en registros captados; ello se hará adoptando las medidas técnicas necesarias para difuminar su imagen e impedir su identificación.*

*7.23 En el caso de que el empleador, en base a lo captado por los sistemas de videovigilancia, decida imputar una falta grave a un trabajador, deberá proceder de conformidad con lo establecido en las normas laborales. Asimismo, el empleador deberá proceder a resguardar el derecho de terceros que puedan aparecer en los registros captados, de la forma establecida en el párrafo anterior.*

Finalmente, esta directiva obliga a la parte empleadora a informar sobre el proceso implementado para el tratamiento de los datos personales, así como los derechos disponibles a ejercer. Además, se exige informar y/o requerir el consentimiento del trabajador para efectos de transferencia de datos:

#### *7.24 Tutela Directa de los trabajadores*

*Los trabajadores deben estar informados por los medios establecidos en la directiva sobre el procedimiento implementado por el empleador para ejercer sus derechos de acceso, cancelación y oposición.*

#### *7.25 Transferencia de datos personales*

*Si el empleador debe transferir los datos personales de sus trabajadores captados mediante videovigilancia a un tercero por motivos no laborales, debe informar de ello a los trabajadores, conforme la LPDP y su reglamento. De igual modo, cuando corresponda, debe solicitar su consentimiento.*

## Principales hallazgos

En Costa Rica el derecho a la imagen personal no se encuentra tutelado explícitamente en la C.POL, pero la Sala Constitucional de la CSJ (resolución 04802 – 2017) lo ha reconocido como una extensión del derecho a la intimidad, protegido constitucionalmente en el artículo 24 de la C.POL, cuyo fin es resguardar el ámbito o esfera privada de las personas del público, salvo autorización expresa del interesado: esta limitación puede encontrarse en la captación y difusión de la imagen sin el consentimiento de su titular.

Adicionalmente, el artículo 41 de la C.POL tutela la imagen personal de forma implícita, y la Sala Constitucional de la CSJ (resolución 17947 – 2006) dispone que toda persona tendrá derecho a encontrar reparación contra los daños que sufra en su persona y bienes, introduciendo la posibilidad, por ejemplo, de solicitar una indemnización por daños a la imagen propia.

Por otro lado, en el CC se incluye la imagen personal explícitamente como uno de los derechos a la personalidad. De esta forma, en el numeral 47 se prohíbe publicar, reproducir, exponer o vender la fotografía o imagen que no cuente con el consentimiento de su titular. Una excepción a dicha prohibición corresponde a que la reproducción esté justificada por la notoriedad de la persona, la función pública que desempeñe, las necesidades de justicia o de policía, o cuando tal reproducción se relacione con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público.

Seguidamente, el CC prohíbe la publicación, exposición, reproducción o venta de las imágenes y fotografías con roles estereotipados que refuercen actitudes discriminantes hacia sectores sociales, independientemente de la notoriedad de la persona que en ella se encuentre.

Por último, la segunda norma del CC que contempla la imagen personal se encuentra en el artículo 48, donde se indica el proceder en casos de transgresión al derecho de imagen. Esta dicta que se puede solicitar ante un juez, como medida cautelar, suspender la publicación, exposición o venta de las fotografías o de las imágenes mientras se resuelva en definitiva el conflicto.

Ahora bien, sobre la jurisprudencia, en el caso No.1 (resolución 00477 – 2017), la Sala Segunda de la CSJ explica que la fotografía, al tratarse de una reproducción de la imagen de la persona, involucra el derecho a la imagen, que constituye un derecho fundamental dentro de los atributos esenciales de la personalidad, el cual también consiste en una extensión del derecho a la

intimidad, protegido en el artículo 24 de la C.POL, ya que su fin es resguardar el ámbito o esfera privada de las personas del público, salvo autorización del interesado, limitando entonces la observación y la captación de la imagen o su difusión posterior sin su consentimiento. Sin embargo, para que se pueda invocar la vulneración a este derecho, debe existir una plena identificación de la persona perjudicada por su nombre o por su imagen.

Ahora bien, una vez teniendo una clara identificación de la persona en imágenes, ¿qué sucede respecto a la explotación comercial de estas? En el caso No.2 (resolución 961 – 2006), la Sala Segunda de la CSJ se ha referido a los derechos de imagen de los entrenadores de clubes deportivos. La Sala aclara que el pago por cesión de derechos de imagen del trabajador, cuando se da una explotación de esta, debe conceptuarse como salario siempre y cuando esté vinculada a la prestación de los servicios.

Además, de manera importante se concientiza sobre la existencia de una práctica contraria a la ley en la que los patronos tratan de evadir el pago de las cargas sociales, o algunos de sus extremos, procurando disimular la naturaleza laboral de distintas relaciones, incluso delegan en distintas sociedades del mismo grupo la cancelación de determinados extremos.

Además, la Sala cita la doctrina de Cardenal (1996), quien explica que lo que decide la naturaleza laboral o mercantil de los derechos de imagen personal es si responden a una mera explotación de la competición y una ordinaria actividad de la empresa deportiva o si constituyen un propósito empresarial diferente. De esta forma, generalmente será una obligación laboral colaborar en los compromisos publicitarios y, por ende, las remuneraciones por explotación de la imagen propia serán asumidas por el club.

Para efectos de explotar comercialmente la imagen del trabajador por su importancia como representante de los distintos intereses comerciales de su patrono, en ocasiones se solicita a los trabajadores realizar ajustes a su imagen personal o cambios en su apariencia física.

Por ejemplo, en el caso No.3 (resolución 16945 – 2019) la Sala Constitucional de la CSJ se pronunciaba al respecto de la apariencia física y externa de los trabajadores frente a las potestades y derechos del trabajador. Explicaba la Sala que, al no existir en la legislación laboral normas sobre los límites a la apariencia externa de los trabajadores, debe plantearse para cada caso en específico su constitucionalidad y convencionalidad. De esta forma, se puede identificar cuándo

una disposición patronal puede lesionar los derechos del trabajador, y determinar si el medio empleado es idóneo, necesario e indispensable para el logro de un fin legítimo y proporcional, acorde a la dignidad de los empleados.

Además, la Sala analiza cómo, en el caso en cuestión, no existe la violación alegada, porque la normativa referente al uso de gorra y el cabello para los oficiales de Fuerza Pública no contraviene su disposición de apariencia en el sentido en el que el recurrente lo indica. Sin embargo, la Sala no amplía su análisis sobre cómo el uso indistinto del cabello de los oficiales, por ejemplo, no afectaría de manera objetiva el cumplimiento de sus deberes como trabajadores.

A parte de la explotación comercial de la imagen personal y la libertad de disposición de la apariencia física del trabajador, también resultaba importante determinar la línea que sigue la jurisprudencia respecto a la difusión de la imagen propia de aquellos colaboradores quienes, por su ocupación, registran una exposición pública constante. Para ello, en el caso No. 4 (resolución 007392 – 2012), la Sala Constitucional explica que, aunque un empleado se exponga como figura y funcionario público, únicamente se habilita al empleador para difundir imágenes de un trabajador sin su consentimiento cuando se trate de la actividad que realiza y como titular de su función. Esto excluye las actividades relativas a su vida íntima y personal, por formar parte del derecho a la imagen y a la intimidad, contenido en el artículo 24 de la C.POL.

En adición, también resta analizar los hallazgos sobre los ordenamientos jurídicos que integran la imagen propia de forma más completa, enfatizando en su necesidad de protegerla ante la captación y tratamiento, debido a su calificación como dato personal.

Para iniciar, a diferencia de Costa Rica, la legislación española reconoce el derecho a la imagen personal desde la Constitución en su artículo 18. Adicionalmente, la Ley 3/2018, denominada Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales incorpora la imagen propia como un dato personal.

Primeramente, en su artículo 22, la Ley 3/2018 regula el tratamiento de datos con fines de videovigilancia, es decir, el tratamiento de imágenes con fines de preservar la seguridad de las personas y bienes. Asimismo, esta ley contempla un plazo máximo de un mes para la supresión de los datos captados, con excepción de aquellos necesarios para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones. En cambio, en Costa Rica, el

artículo 6 de la Ley No.8968 contempla que no se pueden conservar los datos personales que puedan afectar a su titular una vez transcurridos diez años.

De igual forma, la Ley 3/2018 justifica, en el deber de información, la obligación de colocar los dispositivos de videovigilancia en lugares visibles, con información del responsable y de la posibilidad de ejercitar los derechos de protección de datos.

Adicionalmente, la Ley 3/2018, en su artículo 89, relaciona directamente el uso de dispositivos de videovigilancia y grabación de sonidos en el lugar de trabajo con el derecho a la intimidad de los trabajadores. De esta forma, habilita a los empleadores a tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el control de los trabajadores o los empleados públicos siempre que se ejerza dentro del marco legal. Sin embargo, el legislador no elimina la obligación a los empleadores de informar previa, expresa, clara y concisamente a los trabajadores sobre la presencia de dispositivos de grabación de imagen y/o sonido.

Esta norma también resulta muy completa puesto que al mismo tiempo prohíbe la instalación de sistemas de grabación en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores, como vestuarios, “aseos” y comedores.

Por último, se aclara que la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo, y siempre respetando el principio de proporcionalidad. Además, se señala que la supresión de los sonidos también debe proceder en un mes tras su captación.

Asimismo, se localizó otro ordenamiento jurídico en el que incluso las disposiciones sobre intimidad e imagen de los trabajadores se incorpora en su Código de Trabajo. Este es el caso de Portugal, donde la Ley No.58/2019 regula la ejecución de un Reglamento General de protección de datos (RGPD), y, en su artículo 17, contempla la imagen como un dato personal, otorgando protección a los datos de las personas fallecidas y estableciendo que la información tutelada corresponde a la que se relaciona con la intimidad, privacidad, imagen o comunicaciones. Por otra parte, la ley aclara que los herederos de las personas fallecidas pueden ejercer los derechos de acceso, rectificación y supresión de los datos de sus relativos, más no en los casos donde los titulares de esos datos lo hayan imposibilitado antes de su muerte.

Esta Ley No.58/2019 también enfatiza directamente en la protección de los datos personales en el ámbito laboral mientras sea para los límites previstos en el Código de Trabajo, y determina algunas regulaciones para la captación de la imagen del trabajador mediante sistemas de videovigilancia, así como el uso que se le puede brindar a estas y a los datos biométricos de los trabajadores. Primeramente, en el artículo 28 de la Ley No.58/2019 se establece que el empleador o el encargado o contable certificado en nombre del patrono puede tratar los datos personales de sus empleados para los fines y dentro de los límites previstos en la ley, y siempre sujetos a garantías de confidencialidad.

No obstante, el numeral citado *supra* también prohíbe tratar datos personales del trabajador que puedan derivar en una ventaja jurídica o económica para el trabajador. Además, habilita a utilizar las imágenes captadas para depurar responsabilidades disciplinarias en la medida en la que se den en el proceso penal y a tratar los datos biométricos de los trabajadores solo para el control de asistencia y acceso en las instalaciones del empleador.

De este modo, como se introducía anteriormente, se consulta el Código de Trabajo portugués y se obtiene que efectivamente introduce en sus disposiciones lo referente a la videovigilancia en el lugar de trabajo, tanto cuando la prestación se da de forma remota como cuando sea necesaria para proteger las personas y bienes dentro de la empresa. Primeramente, en el artículo 20, se prohíbe al empleador utilizar medios de vigilancia a distancia en el lugar de trabajo para controlar el desempeño profesional del trabajador, considerándola una infracción muy grave, ya que esto solamente es lícito siempre que tenga por finalidad la protección y seguridad de personas y bienes, o cuando lo justifiquen exigencias específicas inherentes a la naturaleza de la actividad. Además, no se elimina la obligación de informar al trabajador sobre la existencia y finalidad de los medios de vigilancia utilizados, debiendo colocar avisos informativos, de lo contrario, se considera una infracción leve.

El Código de Trabajo portugués contempla el poder de organización, dirección y control de la prestación laboral, y dispone, en su artículo 169-A, que las reuniones de trabajo a distancia deben realizarse dentro del horario de trabajo y ser programadas preferentemente con 24 horas de anticipación. Asimismo, el trabajador está obligado a presentarse a las instalaciones donde se lleven a cabo estas reuniones en caso de que se requiera su presencia física, pero el empresario debe asumir los gastos de viaje.

En cuanto a las facultades de dirección y control del trabajo a distancia, el Código establece que, si los mecanismos de control proceden a través de los equipos y sistemas de comunicación e información, estos deben ser previamente conocidos por el trabajador y ser compatibles con el respeto a su intimidad y los principios de proporcionalidad y transparencia, prohibiendo imponer la conexión permanente, durante la jornada laboral, por medio de imagen o sonido.

Por último, el Código de Trabajo contempla la privacidad del trabajador, especialmente ante la captación de su imagen, cuando la prestación laboral se ejecuta a través de teletrabajo. Por ejemplo, según el artículo 170, son infracciones graves el no respetar la intimidad del trabajador, el horario de trabajo, el tiempo de descanso o el no proporcionar buenas condiciones de trabajo, tanto desde el punto de vista físico como psíquico, así como no avisar con 24 horas de anticipación sobre la necesidad de la visita al lugar de trabajo para el control de la actividad laboral y de los instrumentos de trabajo, que solo podrá realizarse en presencia del trabajador. También consiste en una infracción grave el acceder al domicilio del trabajador sin prever una actuación adecuada y proporcionada a los objetivos y finalidad de la visita. Finalmente, constituye una infracción muy grave la captación y uso de imagen, sonido, escritura, historia, o la utilización de otros medios de control que puedan afectar el derecho a la intimidad del trabajador.

Por último, se encontró que la legislación de Perú también contempla la imagen propia como un dato personal, esto en su Ley No. 29733, denominada Ley de Protección de Datos Personales, así como en su reglamento, ya que, en su artículo 2 se señala que un dato personal también corresponde a la información fotográfica.

Además, esta legislación cuenta con un importante instrumento en materia de protección de datos personales, este es la Directiva para el Tratamiento de Datos Personales mediante Sistemas de Videovigilancia, donde, en su artículo 5.8, se reafirma que las imágenes y las voces de una persona constituyen datos personales, ya que permiten identificar o hacer identificable a una persona natural a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados.

La citada directiva *supra* también contempla, en su artículo 5.24, el tratamiento de datos personales a través de sistemas de videovigilancia, y establece el deber de informar sobre la captación de la imagen personal, de forma que, en las zonas donde se realice la grabación, se disponga de carteles informativos. Asimismo, en el artículo 6.7, esta directiva también agrega la

obligación de facilitar sus disposiciones en el mismo lugar donde se captan estos datos personales de manera que las personas puedan ejercer sus derechos.

Por otra parte, esta directiva, en su artículo 6.8, establece que se debe prevenir la captación de la imagen de terceras personas, es decir, personas que no son el objeto de enfoque cuando se pensó en la instalación de los sistemas de vigilancia, por esto se debe evitar ubicar las cámaras hacia un lugar público.

Además, el numeral 6.9 prevé que todo banco de datos de vigilancia debe inscribirse ante un ente denominado Dirección de Protección de Datos Personales adscrita al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Perú, excluyendo aquellos que emiten imágenes en tiempo real, pero no eximiéndolos de cumplir con los preceptos de las leyes en materia de protección de datos. Caso similar a lo que ocurre en Costa Rica ante la PRODHAB.

Otro aspecto importante sobre esta directiva es que, al igual que la legislación española, establece un periodo límite de almacenamiento de las imágenes captadas; en este caso, de treinta y hasta sesenta días máximo (artículo 6.13). Además, estipula la obligación al administrador de la base de datos de guardar confidencialidad y evitar la difusión, copia o visualización de lo almacenado.

Además, la directiva en análisis garantiza el derecho de acceso al titular de las imágenes captadas y otorga a los interesados las opciones de presentar un escrito con la solicitud, recibir las imágenes o videos en un CD y hasta asistir a visualizarlas en el sitio donde se almacenan, todo esto en el numeral 6.31. Sin embargo, explica que es imposible ejercer el derecho de rectificación de las imágenes captadas a través de cámaras de video a razón de que no pueden ser modificadas.

Por otra parte, la directiva agrega en el artículo 7.1 algunas prohibiciones adicionales para la instalación de las cámaras de videovigilancia, entre ellas se encuentra la imposibilidad de instalar estos dispositivos en baños y vestuarios, lo cual se podría adaptar a una situación hipotética en el lugar de trabajo.

En el numeral 7.3, incluso se regulan los sistemas de videovigilancia en los entornos escolares, lo cual beneficiaría tanto a los menores, por su fuero de protección especial, como al personal administrativo y docentes. Primeramente, se obliga a colocar un distintivo o cartel informando a los miembros de la comunidad educativa de la existencia de cámaras u otros

dispositivos análogos, y se dispone que la zona objeto de videovigilancia será la mínima imprescindible para el fin de vigilancia trazado, pero en ningún caso deben instalarse cámaras de videovigilancia en espacios privados como baños, vestuarios o aquellos en los que se desarrollen actividades cuya captación pueda afectar la imagen o la intimidad de forma desproporcionada. En caso de aulas y otros ámbitos en los que se desarrolla la personalidad de los niños, niñas y adolescentes, se podrán grabar imágenes si existen circunstancias excepcionales, justificadas por la presencia de un riesgo objetivo y previsible para la seguridad y los derechos fundamentales de los menores. Por último, el acceso a los registros queda restringido al director del centro o a la persona designada como responsable del tratamiento, exceptuando incluso al personal docente o administrativo no autorizado para ello.

Posteriormente, desde el numeral 7.9 hasta el 7.25, la directiva contempla la protección del dato personal de la imagen exclusivamente en la relación laboral.

Primeramente, en el artículo 7.9 se aclara la posición del patrono frente a la videovigilancia como una de sus facultades de libertad de empresa, facultándolo para realizar controles o tomar medidas para vigilar el ejercicio de las actividades laborales de sus trabajadores. Sin embargo, ello no significa que el patrono debe omitir su deber de informar sobre la presencia de estos dispositivos de videovigilancia.

Además, según el artículo 7.10, no se debe obligar al trabajador a instalar dichos sistemas en su hogar cuando trabaje de forma remota.

Así mismo, en el numeral 7.11, la directiva aclara que la captación de imagen de los trabajadores por estos medios será con el único propósito de controlar y supervisar la ejecución de la prestación laboral, y que, para otros fines, se requerirá del consentimiento del trabajador.

Otro punto importante es la proporcionalidad del uso de estos sistemas de vigilancia. Esta directiva da un paso primordial al prohibir la captación de imagen de los trabajadores en sus áreas de descanso y/o esparcimiento.

De igual forma, se garantiza al trabajador la necesidad de su consentimiento si el patrono desea comercializar o publicitar su imagen personal, así como el derecho de cancelación del banco de datos en el mismo plazo de 30 a 60 días, el derecho de acceder a las imágenes captadas y un debido proceso si se debe sancionar al trabajador con base en las grabaciones.

Finalmente, esta directiva obliga a la parte empleadora a informar sobre el proceso implementado para el tratamiento de los datos personales, en los artículos 7.24 y 7.25, así como los derechos disponibles a ejercer. Además, se exige informar y/o requerir el consentimiento del trabajador para efectos de transferencia de datos.

## CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En este capítulo se responderá a la pregunta de investigación y a los objetivos propuestos, en el apartado de conclusiones, resaltando la importancia de haber llevado a cabo este estudio. Seguidamente, se darán las recomendaciones viables al problema planteado y con base en los resultados obtenidos.

### Conclusiones

Tras los objetivos generales y específicos propuestos, el desarrollo del encuadre teórico sobre los mismos y la aplicación de los instrumentos de investigación a las fuentes consultadas, se extraen las siguientes conclusiones:

- Los datos personales son aquellas informaciones relacionadas con una persona y las cuales la identifican. El derecho de protección de datos personales se ha reconocido como derecho fundamental desde que se empezó a utilizar el término “derecho de autodeterminación informativa” (en el derecho constitucional) como la facultad de las personas de decidir cuándo y cómo dar a conocer aspectos de su vida privada. Actualmente, en Costa Rica la ley aplicable corresponde a la Ley No.8968 sobre la Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, pero esta no incorpora consideraciones específicas para el ámbito laboral, y su marco de aplicación es excluyente hacia las bases de datos internas o domésticas.
- Con el constante avance de las tecnologías de la información y su incorporación en los lugares de trabajo, los datos personales se han ido involucrando en las relaciones laborales. Sin embargo, la captación y el requerimiento de datos personales por parte del empleador debe versar sobre el objeto del contrato de trabajo, y su motivación deberá ser proporcional, racional y adecuada al fin para no llegar a interferir con los derechos fundamentales del trabajador. La captación de datos personales por parte del patrono puede justificarse para varios fines, como lo son sus actividades comerciales, el cumplimiento de sus obligaciones legales, reclutamiento de personal, la ejecución y mantenimiento del contrato de trabajo y la fiscalización del cumplimiento de la prestación laboral, para los demás supuestos en los que pueda existir algún otro tipo de interés empresarial en el registro y tratamiento de datos (en especial si son datos sensibles) debe estudiarse caso por caso qué datos se pueden considerar laborales y cuales no, atendiendo a la justificación y finalidad de estos.

- El control de la prestación laboral puede conllevar distintas formas de tratamiento de datos personales al incorporar nuevas tecnologías, tales como dispositivos de videovigilancia, controles de acceso mediante datos biométricos y dactiloscópicos o sistemas de GPS que constantemente captan registros sobre los trabajadores. No obstante, las informaciones obtenidas en estas actividades de control no dejan de ser datos personales y deberán ser recabados y/o tratados de acuerdo con la normativa de protección de datos, limitándose a asuntos pertinentes para la relación laboral y con respeto al derecho a la intimidad del trabajador. Los trabajadores y sus representantes deben ser informados de toda actividad de acopio de datos y esto no debería conducir a ningún tipo de discriminación. De esta forma, la finalidad del tratamiento de los datos no podrá ser otra que la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador.
- Los datos obtenidos por el patrono a través del control del historial de navegación, los correos electrónicos o la información almacenada en el ordenador personal constituyen datos personales del trabajador, reconstruyen aspectos subjetivos relativos a su intimidad y, además, están protegidos por el derecho al secreto de comunicaciones. Es por este motivo que las decisiones relativas a un trabajador, o a su evaluación profesional, no deberían basarse exclusivamente en un tratamiento de sus datos personales.
- La Ley No. 8968 sobre la Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales garantiza a toda persona a ejercer el derecho de acceso, rectificación y supresión de sus datos personales, así como un procedimiento administrativo sencillo y rápido ante la PRODHAB en caso de incumplimiento de una base de datos. Como recurso posterior a la vía administrativa, se reconoce el *hábeas data* en la jurisprudencia de la Sala Constitucional como una modalidad del recurso de amparo y, en sede judicial laboral, se podrá solicitar ante un juez el término de la relación laboral en amparo al artículo 70 (inciso i) y 83 (inciso i) del Código de Trabajo y el numeral 24 de la Constitución Política, alegando un incumplimiento del patrono al ejecutar actos que restringen los derechos de protección de datos personales del trabajador.
- El derecho de libertad de empresa se conceptualiza como la libertad de las personas de escoger la actividad económica de su preferencia para producir bienes y servicios, obteniendo sustento de estas. El legislador prohíbe el establecimiento de monopolios desde la C.POL, y, de esta forma, habilita a las personas a organizar su actividad comercial como derecho fundamental. El derecho a la libertad de empresa envuelve el poder de dirección de empresa, que es exclusivo

del contrato del trabajo y se ejerce a lo interno del mismo; la libertad de empresa, en cambio, conlleva también todos los requerimientos que el patrono puede hacer a la parte empleada con el fin de organizar su actividad productiva.

- El derecho al trabajo y la libertad de empresa coinciden debido a que quien produce necesita del trabajador para generar riqueza, y el trabajador necesita del empresario para obtener su remuneración. Sin embargo, las facultades de dirección de empresa del patrono se encuentran restringidas por límites internos (funcionales), ya que no pueden extenderse a los aspectos de la vida íntima del trabajador; y por límites externos (jurídicos), que son aquellos contenidos en la Constitución Política, las Leyes y Convenios Colectivos. Adicionalmente, la libertad de empresa en el derecho laboral puede ser limitada por medio de un régimen de estabilidad en el empleo, esto para garantizar el derecho al trabajo.
- El derecho fundamental del trabajador a la privacidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado, que impone a terceros el deber de abstenerse de intromisiones salvo fundamento legal o que exista un consentimiento previo del trabajador. Para referirse a la privacidad se puede hacer uso indistinto del término “derecho a la vida privada” o “derecho a la privacidad”. Sin embargo, el término intimidad comprende un rango más a lo interno que el de la vida privada, donde se puede hacer uso de raciocinio, dentro de la esfera propia, sin ejecutar acciones inobservables. Además, esta esfera interna es un concepto subjetivo y corresponde a cada persona definir su espacio íntimo, el cual puede variar dependiendo de su ocupación o de la forma de hacer públicas algunas cosas acerca de sus vidas.
- Si bien el derecho a la protección de datos personales es un derecho autónomo, este se fundamenta en el derecho a la privacidad. De esta forma, el derecho fundamental a la intimidad personal tutela una esfera de intimidad del trabajador que puede salvaguardarse de toda intromisión empresarial, como impedir el registro de sus datos personales o propia imagen a través de las nuevas tecnologías empleadas en la relación laboral. El derecho a la intimidad comprende también la protección de datos personales del trabajador aun durante el uso del internet, del correo electrónico, las redes sociales y hasta la videovigilancia.
- Existe una intromisión en la privacidad del trabajador si el control del empleador ha recaído sobre el flujo de sus comunicaciones o se ha adentrado en el contenido de estas. De forma que la instalación de GPS en los vehículos propios de los trabajadores es una medida injustificada y arbitraria, pero en los vehículos de la empresa será una medida procedente en el tanto se

informe al trabajador previamente y se utilice de forma proporcional para garantizar la seguridad de las personas y bienes. De igual manera, se deberá informar sobre la presencia de cámaras de videovigilancia y su instalación deberá excluir las zonas de descanso. La grabación de conversaciones o escucha de llamadas queda sujeta al secreto de comunicaciones en tanto no se informe al trabajador y se obtenga su consentimiento. El requerimiento de pruebas de dopaje constituye otra práctica violatoria a la privacidad e intimidad de los trabajadores, sin embargo, en la jurisprudencia se ha aceptado esta práctica para ciertos empleados según su función pública.

- El derecho de imagen personal tutela la representación gráfica de la figura humana y la facultad de su titular a difundirla, publicarla o evitar su reproducción por terceros que no cuenten con el consentimiento para tales efectos. El daño a la imagen propia puede reclamarse como un daño moral e implica la responsabilidad civil de indemnizar por el dolor o el desprestigio de una persona a sus derechos de la personalidad.
- La cesión de imagen puede contenerse dentro del contrato de trabajo solamente en aquellos casos donde el objeto de este no hubiera podido llevarse a cabo sin la explotación de la imagen del trabajador, de lo contrario, esto podría tomarse como una forma de excluir el consentimiento voluntario para su cesión. Debe analizarse cuáles actividades implican una relación directa de la prestación laboral con la imagen del trabajador para determinar la necesidad de la cesión o configurar un límite a los poderes de organización y dirección de la empresa del patrono. Durante la cesión de la imagen propia deben prevalecer las buenas costumbres y evitar que la prestación laboral para la cual se utilice esta imagen constituya un objeto contrario a la ley o a la dignidad humana.
- En el derecho laboral, las facultades de libertad de empresa del patrono pueden verse limitadas al disponer de la imagen personal de sus trabajadores de una forma u otra, incluso dependiendo de la ocupación. En el caso de los funcionarios públicos, debido a su exposición, se reconoce una renuncia voluntaria a determinados ámbitos de la intimidad y la privacidad, como el de su propia imagen; pero se excluye la posibilidad de utilizar la imagen de esas personas para fines distintos a los informativos, como la publicidad comercial o institucional. En cambio, en cuanto a los empleados públicos, sus obligaciones son de orden interno y no se puede hacer uso de su imagen para promocionar la entidad, eventos, publrreportajes sobre el quehacer institucional o para publicitar la imagen de la organización. Al explotar comercialmente la

imagen personal del trabajador durante una relación laboral, de previo debe existir un consentimiento de su titular y debe reconocerse la indemnización correspondiente en el salario.

- La videovigilancia en el espacio de trabajo constituye una forma de captación de la imagen personal del trabajador, por ende, también se requiere de su consentimiento, y el empleador es responsable de informar expresa, clara e inequívocamente sobre la existencia de este tipo de control en la empresa. Las imágenes obtenidas no podrán ser difundidas, a excepción de contar con el consentimiento del trabajador donde este acepte la cesión de su imagen personal.
- No debe confundirse el derecho a la imagen con derecho a la apariencia, ya que este último se conforma por la forma de vestir y otras características de arreglo personal. Si bien en Costa Rica no existe una normativa que se refiera específicamente a la apariencia física de los trabajadores, las reglas en cuanto a la vestimenta que deben usar los empleados pueden establecerse en los Reglamentos Internos de Trabajo o regirse por la costumbre. En caso de que el trabajador no utilice el uniforme proporcionado y se ocasione un perjuicio a la imagen de la empresa, se configura una falta grave que puede permitir el despido sin responsabilidad patronal. En sede judicial, se puede analizar si los requerimientos del uniforme que exige el patrono van en contra de las creencias religiosas o convicciones morales del trabajador, si esto conlleva a una transgresión a su derecho a la dignidad humana, o bien, si limita su libertad de disponer de su apariencia física al vulnerar su derecho a la propia imagen.
- La imagen personal ha sido considerada en varios ordenamientos jurídicos como uno de los extremos que comprende la teoría de protección de datos, ya que se considera una representación gráfica de la persona y se relaciona directamente con su identificación. De la misma forma que en el derecho a la protección de datos personales, la imagen propia se protege frente a la captación, reproducción y publicación, dejando a cada persona la facultad exclusiva de decir dónde, cuándo, por quién y cómo se capta, reproduce o difunde su imagen mediante el otorgamiento de su consentimiento expreso.

De esta forma, se responde a la pregunta de investigación concluyendo que un reconocimiento más explícito en la legislación laboral sobre derechos, obligaciones y limitaciones respecto a la imagen propia, datos personales y privacidad de los trabajadores frente a las facultades de libertad de empresa del patrono permitirían a ambas partes un ejercicio más proporcional de sus derechos dentro de la relación laboral.

## Recomendaciones

Con base en las conclusiones anteriormente detalladas, se recomienda principalmente incorporar un nuevo título en el Código de Trabajo sobre el derecho a la privacidad del trabajador, de modo que regule específicamente los derechos, obligaciones y limitaciones sobre la protección de datos personales e imagen propia del trabajador frente a las facultades de libertad de empresa del patrono.

De forma más específica, se recomienda:

- Reconocer los derechos de acceso, rectificación y supresión de datos personales e imagen propia que garantiza la Ley No.8968, pero aplicados a las bases de datos internas o de uso doméstico de las que dispone el patrono. En esto se debe excluir la rectificación para las imágenes captadas por sistemas de videovigilancia, ya que, por su naturaleza, reflejan un hecho objetivo que no puede ser modificado. Así mismo, se recomienda establecer un plazo para proceder, y la posibilidad de que los herederos y legatarios ejerzan este derecho para los trabajadores fallecidos.
- Definir un parámetro objetivo para brindar al trabajador la libertad de disponer de su apariencia física como parte del derecho de imagen personal. También, garantizar que los uniformes e indumentaria proporcionados por el patrono no podrán ir en contra de la dignidad humana del trabajador, sexualizarle de cualquier forma o atentar directamente contra su identidad de género o sus principios morales o religiosos. No obstante, quedaría fuera de esta libertad de disposición de la imagen personal el uso de equipo especial de protección individual (para prevenir riesgos laborales) o de aquellos accesorios para que prevalezca la higiene en el espacio laboral.
- Obligar al patrono a requerir de sus trabajadores el consentimiento informado cuando deba recopilar datos personales de ellos, guardar confidencialidad sobre los mismos e informar sobre los procesos de tratamiento a los que se someten. Al mismo tiempo, prohibir expresamente el acopio de datos sin el consentimiento del trabajador o por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.
- Al igual que en la Ley N°9738 para regular el teletrabajo (artículo 8, inciso a), y en aras de evitar una posible captación de datos personales sensibles o una intromisión en la privacidad del trabajador, se recomienda establecer la obligación para el patrono de requerir la presencia

del trabajador en caso de que desee acceder a los contenidos en los dispositivos electrónicos que se utilizan para el cumplimiento de las funciones, aunque estos sean propiedad del patrono y los haya facilitado al empleado.

- Requerir al patrono la elaboración de protocolos para los procesos de reclutamiento, de manera que se enfoquen en la elaboración de perfiles objetivos de los aplicantes, desplazando el requerimiento de datos sensibles y evitando la discriminación respecto a estas informaciones o a la apariencia de los candidatos, esto para promover que los procesos de selección sean más inclusivos e igualitarios.
- Establecer la obligación para el patrono de elaborar protocolos de seguridad para los datos personales que recopila, almacena o trata sobre sus empleados.
- Establecer la prohibición y sus excepciones para el requerimiento de datos referentes a la salud del trabajador, tales como pruebas de embarazo, enfermedades de transmisión sexual, información genética o sobre el uso de alcohol y drogas, exceptuando el requerimiento de pruebas sobre el uso de drogas y registros de vacunación solamente para el personal de primera respuesta.
- Regular la instalación, prohibición y excepciones del uso de nuevas tecnologías como medio de control y vigilancia de la prestación laboral. Por ejemplo, establecer la prohibición de instalar estos medios en las herramientas de trabajo que son propiedad del trabajador y que pone a disposición de la empresa, también cuando el empleado se encuentra laborando de forma remota para tutelar la privacidad e intimidad propia, en su hogar, y la de su familia. Además, se recomienda definir los lugares dentro del centro de trabajo donde no podrán colocarse cámaras de seguridad, y reservar la grabación y/o escucha de llamadas para los casos donde la naturaleza del trabajo lo demande. Asimismo, se aconseja destinar la instalación de GPS para la seguridad de las personas, bienes y vehículos que son solo propiedad de la empresa, así como reservar la captación de datos biométricos y dactiloscópicos únicamente para procurar la seguridad de las instalaciones y el acceso a estas.
- Regular el derecho a la imagen personal del trabajador de forma que se obligue al patrono a requerir de su consentimiento en caso de que necesite disponer de su imagen para fines comerciales, publicitarios, informativos, etc. Así como a otorgar una debida remuneración en caso de contar con el consentimiento del trabajador.

## REFERENCIAS

- Álvarez, A. (2020). *Clasificación de las investigaciones*. Universidad de Lima, Facultad de Ciencias Empresariales y Económicas, Carrera de Negocios Internacionales. <https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/10818>
- Anzures, J. (2019). La libertad de empresa como derecho fundamental en México. *Revista Jurídica Digital UANDES*, 3(2), 80-93. [https://www.researchgate.net/publication/346518923\\_La\\_libertad\\_de\\_empresa\\_como\\_de\\_recho\\_fundamental\\_en\\_Mexico](https://www.researchgate.net/publication/346518923_La_libertad_de_empresa_como_de_recho_fundamental_en_Mexico)
- Arrúe, M. (2019). *El Derecho a la Propia Imagen de los Trabajadores* [Tesis doctoral, Universidad del País Vasco, España]. [https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/42552/TESIS\\_ARRUE\\_MENDIZABAL\\_MARTA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/42552/TESIS_ARRUE_MENDIZABAL_MARTA.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Bello, S. (2020). La Imagen Profesional y el Derecho. Centro de Estudios en Diseño y Comunicación (2021/2022). *Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación. Ensayos*, (97), 117-123. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7298905>
- Bizberge, A. y Segura, M. (2020). Los derechos digitales durante la pandemia COVID-19 en Argentina, Brasil y México. *Revista de Comunicación*, 19(2), 61-85. <https://dx.doi.org/10.26441/rc19.2-2020-a4>
- Brenes, J. (2019). *Los principios de igualdad y de no discriminación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans (LGBT) en las relaciones laborales de Costa Rica*. [Tesis de Licenciatura, Universidad de Costa Rica, Costa Rica]. <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2019/05/Joselyn-Andrea-Brenes-Morales-Tesis-completa.pdf>
- Cantoral, K. (2018). El Derecho a la Imagen en México: Elementos de su Configuración. *Revista Boliviana de Derecho* (27), 54-77. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6812983.pdf>
- Caramelo, J. y Magalhães, M. (2018). *Metodología del Derecho Comparado en Derechos Humanos*. Ediciones Universidad de Salamanca. <http://hdl.handle.net/11328/2286>

- Carrillo, D. (2021). La geolocalización como medio de control del trabajador. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (157), 141-166.  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7968640>
- Carta de Derechos Digitales [Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital]. Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia. 14 de julio del 2021.
- Código Civil [CC]. Ley No.63. 28 de setiembre de 1887 (Costa Rica).
- Código de Trabajo [CT]. Ley No.2. 27 de agosto de 1943 (Costa Rica).
- Código de Trabajo. Ley 99/2003. 27 de agosto de 2003 (Portugal)
- Constitución Española. Artículo 18. 29 de diciembre de 1978 (España).
- Constitución Política de Costa Rica. Artículos 24, 41, 46. 8 de noviembre de 1949 (Costa Rica).
- Corral, H. (2017). El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica. *Revista Jurídica Digital UANDES*, 1 (1), 43-66.  
<http://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/7>
- Cruz, J. (2019). Oportunidades y desafíos de los derechos fundamentales en las relaciones laborales. *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia* 4(4), 37-81.  
[https://salasegunda.poder-judicial.go.cr/revista/Revista\\_N16/contenido/pdfs/04\\_oportunidades\\_desafios.pdf](https://salasegunda.poder-judicial.go.cr/revista/Revista_N16/contenido/pdfs/04_oportunidades_desafios.pdf)
- Decreto Ejecutivo 37554. Reglamento a la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales. Asamblea Legislativa de la República De Costa Rica. 05 de marzo de 2013. D.O. No. 45.
- Decreto Supremo 003-2013-JUS. Reglamento a la Ley de Protección de Datos Personales. Congreso de la República de Perú. 8 de mayo del 2013.
- Delgado, A. (2020). *La privacidad del trabajador y el control tecnológico de la actividad laboral*. [Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid]  
<https://eprints.ucm.es/id/eprint/64098/1/T42088.pdf>
- Delgado, K. (2019). *Las Normas Sobre Protección de Datos y los Derechos a la Intimidad, Imagen y Voz de los Trabajadores en la Implementación de la Videovigilancia Laboral*. [Tesis

- Doctoral, Universidad Católica Santo Toribio De Mogrovejo]  
<https://repositorio.uam.es/handle/10486/680544>
- Díez, J. (2017-2018). *Los Derechos de Imagen del Deportista Profesional: su Calificación como Componente Retributivo*. [Grado Universitario, Universidad de León]  
<https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/10802/D%EDez%20%Clvarez,%20Jos%E9%20Mar%EDa.pdf?sequence=1>
- Directiva 01-2020-DGTAIPD-1. Directiva de Tratamiento de Datos Personales mediante Sistemas de Videovigilancia. El Congreso de la República de Perú. 14 de febrero del 2020.
- Domaica, J. (2019). *Datos Personales Biométricos Dactiloscópicos y Derechos Fundamentales: Nuevos Retos para el Legislador*. [Tesis Doctoral, Escuela Internacional de Doctorado EIDUNED].  
[http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:ED-Pg-DeryCSocJmdomaica/DOMAICA\\_MAROTO\\_Juana\\_Maria\\_Tesis.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:ED-Pg-DeryCSocJmdomaica/DOMAICA_MAROTO_Juana_Maria_Tesis.pdf)
- Fernández, R. (2019). Configuración del Poder de Dirección del Empleador: Denominación, Naturaleza Jurídica, Fundamento y Contenido. *Revista de Derecho*, 87(245), 51-97.  
<https://www.scielo.cl/pdf/revderudec/v87n245/0718-591X-revderudec-87-245-00051.pdf>
- Flores, E. (2019). *Derecho a la imagen y responsabilidad civil*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1943/21.pdf>
- Galindo, A. (2019). Derechos digitales: una aproximación a las prácticas discursivas en internet desde la etnografía virtual. *Paakat: Revista de Tecnología y Sociedad*. Universidad de Guadalajara, México. <http://dx.doi.org/10.32870/Pk.a9n16.359>
- Galvis, M., Pesca, D. (2019). Límites del tratamiento de los datos personales en el ámbito laboral frente al uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la era digital. *Iusta*, (52), 51-76. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560365773003>
- Gutiérrez, D. (2020). La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, (31), 1-13.  
<https://www.raco.cat/index.php/IDP/article/download/373674/467285/>

- Hernández-Sampieri, R. y Mendoza, C. (2018). *Metodología de la investigación. Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. Mc Graw Hill Education.  
<https://docer.com.ar/doc/nsx0vs0>
- Hines, C. (2019). El Derecho a la Imagen de la Persona Servidora Pública. *Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica*, (126).  
<https://pjenlinea3.poderjudicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/HINES%20CESPEDES.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística y Censos [INEC]. (2020). ENAHO 2020. *Artefactos de tecnologías de información y comunicación en la vivienda según zona y región de planificación, julio 2019 y julio 2020*. (Tecnologías de Información y comunicación en hogares, Resultados, Encuesta Nacional de Hogares). Costa Rica.  
<https://www.inec.cr/otros-temas-ciencia-y-tecnologia/tecnologias-de-informacion-y-comunicacion-en-hogares>
- Instituto Nacional de Estadística y Censos [INEC]. (2020). *ECE. MJJ Trimestre 2021. Comparación interanual. Población nacional según indicadores generales de la condición de actividad*. (Encuesta Continua de Empleo, Resultados, Empleo). Costa Rica.  
<https://www.inec.cr/empleo>
- Lanzadera, E. (2017). *La Eficacia del Derecho a la Intimidación en el Entorno Digital y su Protección. Especial Referencia a la Relación Laboral*. [Tesis para optar el título de abogado, Universidad Autónoma De Madrid]  
<https://tesis.usat.edu.pe/handle/20.500.12423/2365>
- Ley 29733 de 2011. Ley de Protección de Datos Personales. El Congreso de la República de Perú. 2 de julio del 2011.
- Ley 3/2018. Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. Jefatura del Estado, España. 5 de diciembre de 2018. BOE-A-2018-16673
- Ley 58/2019. Regula la ejecución del Reglamento General de protección de datos (RGPD). Asamblea de la República, Portugal. 8 de agosto de 2019.

- Ley 7142 de 1990. Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer. La Asamblea Legislativa de la República De Costa Rica. 26 de marzo de 1990. D.O. No. 59.
- Ley 7425 de 1994. Sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones. La Asamblea Legislativa de la República De Costa Rica. 09 de agosto de 1994. D.O. No. 171.
- Ley 7771 de 1998. Ley General sobre el VIH SIDA. La Asamblea Legislativa de la República De Costa Rica. 20 de mayo de 1998. D.O. No. 96.
- Ley 8642 de 2008. Ley General de Telecomunicaciones. La Asamblea Legislativa de la República De Costa Rica. 30 de junio de 2008. D.O. No. 125.
- Ley 8968 de 2011. Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales. La Asamblea Legislativa de la República De Costa Rica. 7 de julio de 2011. D.O. No. 170.
- Ley 9343 de 2016. Reforma Procesal Laboral. La Asamblea Legislativa de la República De Costa Rica. 25 de enero de 2016. D.O. No. 16.
- Ley 9738 de 2019. Ley para regular el teletrabajo. La Asamblea Legislativa de la República De Costa Rica. 18 de septiembre de 2019. D.O. No. 184.
- López, J. (2017). *El Derecho a la Intimidad: Nuevos y Viejos Debates*. Dikynson. <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/24016>
- López, M. (2020). La protección de la intimidad y la vida privada. *Transparencia & Sociedad. Revista Argentina de Derecho Civil*, (8). <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/08/Laprotecci%C3%B3n-de-la-intimidad-y-la-vida-privada.pdf>
- Madrigal, I. (2019). *El uso de los sistemas de videovigilancia como medida de seguridad y su incidencia en los derechos de vida privada, propia imagen y la protección de datos personales* [Tesis de licenciatura, Universidad de Costa Rica]. <https://pjenlinea3.poderjudicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Tesis/EI%20uso%20de%20los%20sistemas%20de%20videovigilancia%20como%20medida%20de%20seguridad....pdf>

- Madrigal, P. (2018). El contrato laboral deportivo de los entrenadores y las entrenadoras de fútbol profesional en Costa Rica a la luz de la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia*, (15), 39-48. [https://salasegunda.poder-judicial.go.cr/revista/Revista\\_N15/contenido/PDFs/04-ensayo-03.pdf](https://salasegunda.poder-judicial.go.cr/revista/Revista_N15/contenido/PDFs/04-ensayo-03.pdf)
- Medrano, J. (2020) Retos regulatorios en la protección de datos personales en Costa Rica. En Medrano, J., *Informe Hacia la Sociedad de la Información y el Conocimiento 2020* (319-365). [http://www.prosic.ucr.ac.cr/sites/default/files/recursos/capitulo\\_6\\_prosic\\_2020.pdf](http://www.prosic.ucr.ac.cr/sites/default/files/recursos/capitulo_6_prosic_2020.pdf)
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social [MTSS]. (2003). Criterio de la Dirección de Asuntos jurídicos DAJ-AE-223-2003. Discriminación del Trabajo Discriminación del Trabajo. <https://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-asuntos-juridicos/pronunciamientos/DAJ-AE-223-2003.pdf>
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social [MTSS]. (2009). Criterio de la Dirección de Asuntos jurídicos DAJ-AE-115-02009. Discriminación del Trabajo igualdad. <https://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-asuntos-juridicos/pronunciamientos/daj-ae-115-09%20Carlos%20Marin-Capacitacion%20interinos.pdf>
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social [MTSS]. (2009). Criterio de la Dirección de Asuntos jurídicos DAJ-AE-177-2009. Derecho a la Intimidación Ilegalidad de Grabar conversaciones Privadas. <https://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-asuntos-juridicos/pronunciamientos/daj-ae-177-09MargotteSegura-PatronoqueGrabaConversaciones.pdf>
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social [MTSS]. (2009). Criterio de la Dirección de Asuntos jurídicos DAJ-AE-119-2009. Derechos y Obligaciones Respecto a la Intimidación Cámara de Vigilancia. <https://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-asuntos-juridicos/pronunciamientos/daj-ae-119-09Sergio%20Solorzano-despido%20mujer%20embarazada.pdf>
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social [MTSS]. (2011). Criterio de la Dirección de Asuntos jurídicos DAJ-AE-146-2011. Derechos Laborales de Presentación Personal.

<https://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-asuntos-juridicos/pronunciamientos/daj-ae-146-11%20Geroge%20R%20Weeden%20B%20consulado%20Panama.pdf>

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social [MTSS]. (2011). Criterio de la Dirección de Asuntos jurídicos DAJ-AE-108-11. Salario Kilometraje/GPS. <https://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-asuntos-juridicos/pronunciamientos/daj-ae-108-11%20Yorleny%20Chavarria%20Meneses.pdf>

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social [MTSS]. (2012). Compendio de Criterios Jurídico-Laborales, 1999-2014. <https://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-asuntos-juridicos/Compendio%20de%20Criterios%20Juridicos%20Laborales.pdf>

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social [MTSS]. (2013). Criterio de la Dirección de Asuntos jurídicos DAJ-AE-229-2013. Derecho a la Intimidación Facultad de Vigilancia y Derecho de Intimidación, Régimen Disciplinario Facultad de Vigilancia y Derecho de Intimidación. <https://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-asuntos-juridicos/pronunciamientos/daj-ae-229-13%20Rebeca%20Marin-Fundacion%20Omar%20Dengo-despido%20por%20correo%20electronico.pdf>

Moraleda, M (2020). *El Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen en el S.XXI*. [Trabajo de fin de Máster, Colegio Universitario de Estudios Financieros]. [https://biblioteca.cunef.edu/files/documentos/TFM\\_Mercedes\\_Moraleda\\_Gomez.pdf](https://biblioteca.cunef.edu/files/documentos/TFM_Mercedes_Moraleda_Gomez.pdf)

Nizama, L. y Nizama, M., (2020). El Enfoque Cualitativo en la Investigación Jurídica, Proyecto de Investigación Cualitativa y Seminario de Tesis. *Vox Juris* 38(2), 69-90. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7628480>

Olivos, M. (2020). El camino del derecho a la protección de datos personales en el Perú tras su incorporación en la constitución política de 1993. *IUS Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*. 9 (1), 83-100. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7626240>

- Ortega, L. y Forero, A (2018). El Derecho de Rectificación en las Redes Sociales. *Revista Verba Iuris*, 13(40), 129-147.  
<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/1572/1160>
- París, M. (2019). *Estudio Centroamericano de Protección de Datos*. Instituto Panameño de Derecho y Nuevas Tecnologías. [https://www.ipandetec.org/wp-content/uploads/2019/01/EDP\\_Costa-Rica.pdf](https://www.ipandetec.org/wp-content/uploads/2019/01/EDP_Costa-Rica.pdf)
- Pérez, J. (2018). *El Derecho a la Protección de Datos y a la Privacidad. Una Perspectiva Comparada Entre la Unión Europea y Estados Unidos*. [Tesis Doctoral, Universidad De Sevilla]  
<https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/83475/TESIS%20Jorge%20P%20c3%a9rez%20Miras.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Polo Roca, A. (2020). El derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado. *Revista De Derecho Político*, 1(108), 165–194.  
<https://doi.org/10.5944/rdp.108.2020.27998>
- Potoy, S. Salazar, V. (2017) *Las Nuevas Tecnologías y su Impacto en los Derechos Constitucionales de los Trabajadores*. [Tesis de Licenciatura, Universidad de Costa Rica]  
<https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2018/04/Keylin-Potoy-Sequeira.-Viviana-Salazar-Navarro.-Tesis-completa.pdf>
- Prattes, C. (2020) Derecho a la Intimidad en el Ámbito Laboral ¿Privacidad del empleado o salvaguarda del empleador? *Revista De Direito Do Trabalho, Processo Do Trabalho E Direito Da Seguridade Social*, 1(1), 1-10. <https://doi.org/10.35987/laborjuris.v1i1.32>
- Prince, A. (2020). El acceso a Internet como derecho fundamental: perspectivas internacionales. *Revista Justicia & Derecho*, 3(1), 1-19. <https://doi.org/10.32457/rjyd.v3i1.456>
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD]. (3 de marzo de 2019). *Encuesta sobre Percepciones de Desigualdad*.  
<https://www.cr.undp.org/content/costarica/es/home/library/encuesta-sobre-percepciones-de-desigualdad.html>

Rallo, A. (2020). Una nueva generación de derechos digitales. *Revista de Estudios Políticos*, (187), 101-135. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.187.04>

Resolución 00124 de 2010 [Corte Suprema de Justicia. Sala Segunda.] Por la cual se analiza sobre las indagaciones de los patronos, específicamente ante la solicitud de pruebas sobre abusos de drogas. Enero 22 de 2010.

Resolución 00172 de 2011 [Corte Suprema de Justicia. Sala Segunda.] Por la cual se pronuncia sobre la grabación de conversaciones de los trabajadores. Febrero 18 de 2011.

Resolución 00477 de 2017 [Corte Suprema de Justicia. Sala Segunda.] Por la cual se analiza la imagen personal del trabajador y la necesidad de su plena identificación en las fotografías controvertidas. Marzo 24 de 2017.

Resolución 00655 de 2005 [Corte Suprema de Justicia. Sala Segunda.] Por la cual se pronuncia sobre la divulgación de información referente a la salud de un trabajador. Agosto 3 de 2005.

Resolución 00691 de 2021 [Corte Suprema de Justicia. Sala Segunda.] Por la cual se analiza sobre la facultad de comunicar al patrono sobre las condiciones especiales de salud del trabajador. Abril 16 de 2021.

Resolución 00998 de 2007 [Corte Suprema de Justicia. Sala Segunda.] Por la cual se analiza el carácter de privacidad que contienen las comunicaciones de los trabajadores. Diciembre 19 de 2007.

Resolución 01021 de 2019 [Corte Suprema de Justicia. Sala Segunda.] Por la cual se pronuncia sobre la escucha de llamadas telefónicas de los trabajadores. Junio 12 de 2019.

Resolución 01866 de 2019 [Corte Suprema de Justicia. Sala Segunda.] Por la cual se pronuncia sobre la instalación de sistemas GPS para controlar la prestación laboral. Octubre 9 de 2019.

Resolución 04802 de 2017 [Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional.] Por la cual se establece el fundamento constitucional del derecho a la propia imagen. Marzo 31 de 2017.

Resolución 05607 de 2006 [Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional.] Por la cual se pronuncia sobre la revisión del computador y correo electrónico de los trabajadores. Abril 26 de 2006.

Resolución 07392 de 2012 [Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional.] Por la cual se analiza la difusión de la imagen personal de los funcionarios públicos con fines comunicativos. Junio 1 de 2012.

Resolución 08600 de 2010 [Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional.] Por la cual se pronuncia sobre el fondo del derecho a la libertad de empresa y sus límites en la relación laboral. Mayo 12 de 2010.

Resolución 11545 de 2016 [Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional.] Por la cual se desarrolla el fondo y los componentes del derecho a la libertad de empresa. Agosto 12 de 2016.

Resolución 12654 de 2016 [Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional.] Por la cual se designan criterios para la instalación de cámaras de seguridad en el espacio laboral. Setiembre 2 de 2016.

Resolución 13939 de 2013 [Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional.] Por la cual se analiza la libertad de empresa como derecho constitucional junto con la libertad de comercio. Octubre 18 de 2013.

Resolución 16357 de 2016 [Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional.] Por la cual se pronuncia sobre el derecho a la información ante la instalación de cámaras en el espacio laboral. Noviembre 4 de 2016.

Resolución 16945 de 2019 [Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional.] Por la cual se analiza la apariencia física del trabajador. Setiembre 6 de 2019.

Resolución 17947 de 2006 [Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional.] Por la cual se pronuncia sobre el fundamento constitucional del derecho a la imagen. Diciembre 12 de 2006.

- Risso, M (2019). Derecho a la propia imagen y expectativa de respeto a la privacidad. *Estudios Constitucionales* 7(1), 119-150. [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-52002019000100119&script=sci\\_abstract](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-52002019000100119&script=sci_abstract)
- Rivera, A. y García, L. (2021). La Investigación Cualitativa: una Mirada a Partir del Estudio de Caso en los Contextos Educativos. *Revista Inclusiones*, 8(3). <https://revistainclusiones.org/index.php/inclu/article/view/2953>
- Ruiz, C. (2017). *La incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones laborales* [Proyecto de investigación, Universidad de Murcia]. [https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/56322/1/Tesis\\_Carlota\\_Ruiz\\_Gonz%c3%a1lez.pdf](https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/56322/1/Tesis_Carlota_Ruiz_Gonz%c3%a1lez.pdf)
- Ruiz, L. (2020) El derecho a la actualización de informaciones digitales, por debajo de las expectativas. *Diario La Ley*, (39). [https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMDC3MLQ7Wy1KLizPw8WyMDIwMDEyNDtbz8lNQf2fb0ryU1LTMvNQkJLMtEqX\\_OSQyoJU27TEEnOJUtdSk\\_PxsFJPiYSYAAPpbWe1jAAAAWKE](https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMDC3MLQ7Wy1KLizPw8WyMDIwMDEyNDtbz8lNQf2fb0ryU1LTMvNQkJLMtEqX_OSQyoJU27TEEnOJUtdSk_PxsFJPiYSYAAPpbWe1jAAAAWKE)
- San Antonio, M. (2019). *Protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen atendiendo a la distinta condición de las personas: políticos y menores* [Trabajo de fin de curso]. [https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/142816/TFM\\_SanAntonioSalinero\\_Proteccioni%C3%B3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/142816/TFM_SanAntonioSalinero_Proteccioni%C3%B3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Sánchez, M., Fernández, M. y Díaz, J. (2021). Técnicas e instrumentos de recolección de información: análisis y procesamiento realizado por el investigador cualitativo. *Revista Científica U Israel*, 8(1), 113-128. <https://revista.uisrael.edu.ec/index.php/rcui/article/view/400>
- Sanz, F. (2018). Delimitación de las Esferas de la Vida Privada, Privacidad E Intimidad, Frente Al Ámbito De Lo Público. *Transparencia & Sociedad*, (6). <https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/2019/03/TS-n6-articulo5.pdf>

- Serrano, R. (2018) Los Derechos Digitales en el Ámbito Laboral: Comentario de Urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. IUSLabor. *Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, (3). <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/10.31009-IUSLabor.2018.i03.06>
- Superintendencia de Telecomunicaciones [SUTEL]. (2017). *Portabilidad Numérica es un Derecho de los Usuarios*. <https://www.sutel.go.cr/noticias/comunicados-de-prensa/portabilidad-numerica-es-un-derecho-de-los-usuarios>
- Torres, M., Salazar, F. y Paz, K. (2019). *Métodos de recolección de datos para una investigación*. Facultad de Ingeniería, Universidad Rafael Landívar. Boletín Electrónico No. 03 [http://fgsalazar.net/LANDIVAR/ING-PRIMERO/boletin03/URL\\_03\\_BAS01.pdf](http://fgsalazar.net/LANDIVAR/ING-PRIMERO/boletin03/URL_03_BAS01.pdf)
- Toscano, M. (2017). Sobre el concepto de privacidad: la relación entre privacidad e intimidad. *Isegoría*, (57), 533–552. <https://doi.org/10.3989/isegoria.2017.057.06>
- Uscanga, A., Reyes, C. (2019). *Visiones Contemporáneas del Derecho a la Información*. Tirant lo Blanch. <https://editorial.tirant.com/mex/libro/visiones-contemporaneas-del-derecho-a-la-informacion-abril-uscanga-barradas-9788491907824>
- Villalba, A. (2018). El derecho fundamental a la protección de datos del trabajador frente a los riesgos de la contratación estandarizada. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (207), 75-111. <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/El%20derecho%20fundamental%20a%20la%20protecci%C3%B3n%20de%20datos.PDF>

## APÉNDICES

## **Apéndice 1: propuesta de proyecto de ley.**

**Adición de un nuevo título XIII referente al derecho de privacidad del trabajador, enfatizando en el derecho a la protección de datos e imagen propia, al Código de Trabajo, ley N.º2, de 23 de agosto de 1943, y sus reformas.**

### ***Introducción***

En el séptimo y último capítulo de la presente investigación, se ofrece una propuesta para dar una solución viable al problema planteado en secciones anteriores y con relación al objetivo general de identificar medidas para preservar la proporcionalidad entre los derechos a la propia imagen, protección de datos personales, privacidad del trabajador y la libertad de gestión de empresa del patrono. Esta propuesta surge con base en las fuentes secundarias recopiladas, en especial tras estudiar otros ordenamientos jurídicos modelo que han integrado a profundidad los extremos de la protección de datos, entre ellos, la imagen propia, y de esta forma han garantizado un parámetro de privacidad más completo ante el avance de las nuevas tecnologías.

Para lo anterior, se propone promulgar una la ley que adicione un capítulo al Código de Trabajo donde se tutele de forma más completa la privacidad del trabajador ante las facultades del patrono. Principalmente, se abarcará la privacidad del trabajador, ya que, como se analizó durante el desarrollo de la tesis, se comprobó que el derecho a la autodeterminación informativa y el derecho a la propia imagen derivan del derecho a la privacidad e intimidad, directamente desde la Constitución Política costarricense.

Seguidamente se presenta una propuesta de proyecto de ley para integrar en el Código de Trabajo la protección de datos personales, el derecho de imagen propia y la privacidad del trabajador de una forma más completa:

**Adición de un nuevo título XIII referente al derecho de privacidad del trabajador, enfatizando en el derecho a la protección de datos e imagen propia, al Código de Trabajo, ley N.º 2, de 23 de agosto de 1943, y sus reformas.**

**Artículo único.** - Adiciónese un título XIII al Código de Trabajo, Ley N.º 2, de 23 de agosto de 1943, Código de Trabajo, corriendo la numeración de los títulos, capítulos y artículos subsiguientes de esta ley. El texto dirá:

### **TITULO XIII**

#### **De la privacidad del trabajador**

##### **Capítulo I**

Protección de datos personales, derecho de imagen propia y privacidad del trabajador

##### **Artículo I.- Derechos que le asisten al trabajador sobre sus datos personales e imagen.**

Se garantiza el derecho de todo trabajador al acceso, rectificación o supresión de sus datos personales e imagen cuando figuren en bases de datos automatizadas o manuales de uso interno del patrono, quien deberá cumplir lo solicitado por el trabajador en el plazo de cinco días hábiles, contado a partir de la recepción de la solicitud.

Se excluye el ejercicio del derecho de rectificación para los datos captados por sistemas de videovigilancia, debido a que, por su naturaleza, las imágenes captadas reflejan un hecho objetivo que no puede ser modificado.

Los derechos de acceso, rectificación o supresión de los datos personales e imagen del trabajador fallecido podrán ser ejercidos por sus herederos o legatarios.

##### **Artículo II.- Obligaciones que le asisten al patrono sobre los datos personales e imagen del trabajador.**

Como parte de las obligaciones que le asisten al patrono sobre los datos personales e imagen del trabajador, el patrono deberá:

- a) Requerir de sus trabajadores el consentimiento informado cuando deba recopilar datos personales de ellos o captar su imagen personal. Se prohíbe al patrono el acopio de

- datos sin el consentimiento del trabajador o por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.
- b) Guardar confidencialidad sobre los datos personales que almacene del trabajador y elaborar protocolos de seguridad para su captación, almacenamiento y tratamiento.
  - c) Informar a los trabajadores acerca de los procesos de tratamiento a los que se someten sus datos personales e imagen y sobre cómo ejercer sus derechos de protección de acceso, rectificación o supresión.
  - d) Requerir el consentimiento expreso del trabajador e informarle sobre la necesidad sobreviniente de ceder o transferir sus datos personales o imagen propia, captada mediante videovigilancia, a un tercero, por motivos ajenos al contrato de trabajo.
  - e) Limitar el tratamiento de los datos personales de los trabajadores a las finalidades propias del control y supervisión de la prestación laboral.
  - f) Elaborar protocolos de seguridad que contemplen los procesos de captación y tratamiento de los datos personales de los trabajadores.

### **Artículo III.- Datos referentes a la salud del trabajador.**

Se prohíbe a los patronos solicitar datos personales relativos a la salud de sus trabajadores, tales como pruebas de embarazo, enfermedades de transmisión sexual, información genética o sobre el uso de alcohol y drogas. Se exceptúa el requerimiento de pruebas sobre el uso de drogas y registros de vacunación al personal de primera respuesta.

### **Artículo IV.- Acceso a las herramientas de trabajo.**

El patrono deberá requerir la presencia del trabajador en caso de que desee acceder a los contenidos de los dispositivos electrónicos que se utilizan para el cumplimiento de las funciones, aunque sean propiedad del patrono, con el fin de evitar una posible captación de datos personales sensibles o una intromisión en la privacidad del trabajador.

### **Artículo IV.- Datos personales en los procesos de reclutamiento.**

El patrono deberá elaborar protocolos para los procesos de reclutamiento, basados en la creación de perfiles objetivos sobre el candidato, esto con el fin de evitar una posible indagatoria o requerimiento de datos personales sensibles y erradicar actos discriminatorios o tratos desiguales que limiten el acceso al trabajo.

**Artículo V.- Sobre los medios de control de la prestación laboral.**

El patrono se encuentra facultado para realizar controles o tomar medidas para vigilar el ejercicio de la prestación laboral de sus trabajadores. Son fines legítimos para la implementación de medios tecnológicos, en el lugar de trabajo, la protección de bienes y activos del patrono y la fiscalización de adopción de medidas de seguridad en el lugar de trabajo.

El control laboral solo se realizará cuando exista proporcionalidad, razonabilidad, necesidad y adecuación del medio empleado. Por ello, se prohíbe al patrono:

- a) Dirigir los dispositivos de videovigilancia directamente a salas de comedor, descanso y esparcimiento o el interior de baños o vestidores de los trabajadores. La instalación de estos dispositivos deberá dirigirse a las entradas y salidas, parqueos, áreas comunes y solo a los puestos del trabajo cuando por requerimientos técnicos o de seguridad así se requiera.
- b) Colocar sistemas de videovigilancia o localización sin previo aviso a los trabajadores. El patrono deberá colocar avisos sobre la presencia de estos dispositivos y su finalidad, constatar el administrador del fichero donde se respaldan y especificar cómo se pueden ejercer los derechos de acceso y supresión de las imágenes almacenadas.
- c) Utilizar las imágenes captadas a través de los sistemas de videovigilancia laboral con fines comerciales o publicitarios, salvo que se cuente con el consentimiento de los trabajadores.
- d) Grabar o escuchar las llamadas telefónicas de los empleados sin el previo aviso y consentimiento del trabajador, a excepción de que, por la naturaleza del trabajo, sea necesaria la implementación de esta medida.
- e) Captar y tratar los datos biométricos y dactiloscópicos del trabajador para fines distintos al de la seguridad del establecimiento de trabajo o el control de acceso a zonas restringidas.
- f) Instalar medios de control y vigilancia en las herramientas de trabajo que son propiedad del trabajador y que este pone a disposición de la relación laboral.
- g) Implementar medios de videovigilancia para fiscalizar el cumplimiento de la prestación laboral cuando el trabajador se encuentra laborando de forma remota.

**Artículo VI. - Imagen personal del trabajador.**

Se prohíbe el uso de la imagen personal del trabajador para fines comerciales, publicitarios, informativos sin antes contar con su consentimiento expreso, voluntario e inequívoco. Le asiste al trabajador el derecho a recibir remuneración por causa de la explotación comercial de su imagen.

**Artículo VII.- Libre disposición de la apariencia física del trabajador.**

Se reconoce el derecho a disponer libremente de la imagen personal y apariencia física del trabajador, como derecho de la personalidad y reservado frente a intromisiones de terceros, sin que ello implique tratos discriminatorios en su contra.

Los uniformes e indumentaria proporcionados por el patrono no podrán ir en contra de la dignidad humana del trabajador, sexualizarle de cualquier forma o atentar directamente contra su identidad de género o sus principios morales o religiosos.

Es obligación del trabajador portar la indumentaria de protección especial que pretenda evitar riesgos o accidentes de trabajo y preservar la higiene y salubridad del establecimiento laboral.