

# PROTECCION DE LA VIDA PERSONAL DEL TRABAJADOR

## EMPLOYEE'S PERSONAL LIFE'S PROTECTION

*Mauricio César Arese (\*)*

**Resumen:** El derecho a la preservación de la vida personal del trabajador en relación de dependencia involucra derechos fundamentales del hombre pero también otras garantías constitucionales. A partir de diversidad de fuentes, la esfera personal del trabajador debe ser protegida frente al ejercicio de facultades de organización empresaria. Se consideran en este trabajo los casos de las intervenciones telefónicas, los controles sobre la persona, los tests y estudios invasivos, el respeto a la orientación sexual, la fe religiosa, imagen personal y las libertades de conciencia, ética y pensamiento. Finalmente, se relacionan los medios de protección frente a las incursiones ilegítimas en la vida personal del trabajador.

**Palabras clave:** derechos fundamentales – vida personal – fuentes – comunicaciones – bancos de datos – medios de protección.

**Abstract:** Employee's right to personal life's preservation involves not only fundamental human rights, but also other constitutional guarantees. In accordance with many legal sources, the employee's privacy is to be protected from the exercise of the employer's authority. The present Working Paper considers the cases of telephone interceptions, control over the employee, invasive tests, and disrespect for its sexual orientation, religion, personal appearance, as well as freedoms of, conscience, ethics and thought. Lastly, the different types of illegitimate incursion on the employee's privacy are put in relation with the available legal means of protection.

**Keywords:** fundamental rights – personal life – sources – communications – databases – means of protection.

**Sumario:** I. Del acercamiento a la unicidad de ciudadanía civil y ciudadanía laboral: la ciudadanía social. II. Conflictos entre ciudadanía social y otras garantías constitucionales. III. Fuentes. A. Constitucional e interna-

---

(\*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC), Profesor adjunto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Juez del trabajo de Córdoba por concurso. Autor y coautor de libros y un centenar de artículos sobre Derecho del Trabajo. Profesor de postgrado e integrante del Comité Académico de la Carrera de Especialización en Derecho del Trabajo (UNC, UNL y UCC).

cional. B. Penal. C. Legislación general. D. Ley de Contrato de Trabajo. IV. Esferas de protección. V. Preservación de la vida personal del trabajador. A. Intervención de comunicaciones electrónicas. B. Monitoreo y controles personales. C. Bancos de datos. D. Controles electrónicos. E. Utilización de tests y estudios personales. a. Exámenes médicos. c. Tests psicotécnicos. c. Exámenes poligráficos. F. Respeto de la orientación sexual. G. La fe religiosa y la imagen personal. VI. Medios de protección.

## **I. Del acercamiento a la unicidad de ciudadanía civil y ciudadanía laboral: la ciudadanía social (1)**

En un comienzo los derechos fundamentales constitucionalizados ostentaron un reconocimiento vertical (ciudadanos-Estado). Luego transitaron un largo y complejo proceso de horizontalización o transversalización. Los derechos laborales maximizados en las constituciones de Querétaro de 1917 y Weimar de 1919, son un ejemplo de ese proceso. En la segunda mitad del siglo XX, los derechos civiles reconocidos a los trabajadores en la sociedad se fueron acercando e ingresando a las fábricas y oficinas. Hoy no parece debatirse que la personalidad jurídica comprende derechos fundamentales del hombre en la sociedad y en la relación de dependencia.

De tal forma, para remarcar determinados conceptos, se fueron desarrollando las ideas de “democracia empresarial”, “ciudadanía laboral” o “ciudadanía de empresa” o “ciudadanía en la empresa” categorías útiles para remarcar la completitud de atributos jurídicos que todo trabajador incorpora en el nexo subordinado. Los derechos fundamentales inespecíficos o no propiamente laborales son simplemente la investidura social de todo hombre, la *ciudadanía social* (2).

Es claro que la relación de dependencia asume caracteres o particularidades que se convierten en escenario propicio para el desconocimiento o para colocar en emergencia el ejercicio de los derechos fundamentales ciudadanos. La subordinación laboral involucra (y legitima) el dominio físico y psíquico de un persona sobre otra. Ese dominio se despliega en un sitio que puede asumir una morfología autocéfala y autosuficiente de la

---

(1) SINZHEIMER, Hugo, *Crisis económica y derecho del trabajo*, IELSS, Madrid, 1927 (versión facsimilar); GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Ciudadanía en la empresa*, Montevideo, 2006; VALDÉS DAL RÉ, Fernando, *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador*, XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Montevideo, 2003, Libro de Informes Generales, p. 42; SUPIOT, Alain, *Crítica del derecho del trabajo*, MTAS, Madrid, 1996 y *Homo Juridicus*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007; BAYLOS, Antonio, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991; WEISS, Manfred, *Les droits individuels et la relation de travail en Allemagne*, Seminario Internacional de Derecho Comparado de Trabajo, Relaciones Profesionales y de la Seguridad Social, Universidad Montesquieu, de Burdeos, Francia, 30 de junio al 11 de julio de 2008; VENEZIANI, Bruno, *Il lavoro tra cittadinanza civile e cittadinanza sociale*, 28/5/08, ídem anterior; ROJAS RIVERO, Gloria Pilar, *Cláusula de Conciencia y extinción del contrato de trabajo*, Thompson-Aranzadi, Madrid, 2008; BLAT GIMENO, Francisco, *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, MTSS, Madrid, 1986; ARESE, César, “Discriminación Ideológica y empresas de tendencia”, *Revista Derecho Laboral*, Rubinzal Culzoni, Discriminación Laboral I, 2009 y “Derechos de defensa y tutela judicial efectiva en el contrato de trabajo”, *Revista Doctrina Laboral*, Rubinzal Culzoni, Discriminación y violencia laboral II, 2009.

(2) VENEZIANI, Bruno, *Il lavoro...* op. cit.

empresa, con legislador y justicia propia (3). Los derechos personales y fundamentales sociales, deben penetrar ese microcosmos autosuficiente de la mano de la constitución y soltando los obvios frenos empresarios. No obstante parecer algo tan obvio, los poderes privados extralegales o inciviles, deben ser civilizados (4) y constitucionalizados (5). El medio es el Derecho del Trabajo pero solamente como portador de esa misión común a todo el derecho en sociedad. La vida personal y la intimidad del trabajador son también objeto de esa observación jurídica.

## II. Conflictos entre ciudadanía social y otras garantías constitucionales

La ciudadanía social del trabajador dependiente comprende el aseguramiento de condiciones dignas y equitativas de labor (art. 14 bis Constitución Nacional). El objeto del contrato de trabajo es la actividad productiva y creadora que se enajena a favor de otro (art. 4º de la Ley de Contrato de Trabajo, LCT) sin comprometer ni la integridad psicofísica ni la intimidad o privacidad personal. Son esperados límites a la relación de dependencia y al poder de organización y dirección del empleador (arts. 64, 65 y 66 LCT).

Al mismo tiempo, la libre circulación de la información y la libertad informativa que se garantiza a todos los ciudadanos, topa contra la privacidad y la intimidad del trabajador en el recurso del contrato de trabajo. El derecho a la apariencia personal, la vestimenta, los símbolos, inclinaciones religiosas, se encuentra con las imprescindibles exigencias organizativas, de seguridad, imagen corporativa, etc. de la empresa (6).

En las empresas en general, pero en particular en las empresas de tendencia, ideológicas o de tendencia (medios de comunicación, ONG, sindicatos, entes confesionales y políticos), la tensión entre pensamiento empresario e individual, es igualmente un campo de conflicto (7). Vale decir que hay una primera colisión de valores reconocidos constitucionalmente, la de industria lícita y disponer de los bienes propios como es el establecimiento del empleador y la libertad informativa (arts. 14 y 17 Constitución Nacional), por un lado, y de protección del trabajo y sus condiciones dignas y equitativas (art. 14 bis) y la intimidad y vida privada por el otro (arts. 18 y 19 Constitución Nacional), por otro.

(3) ROMAGNOLI, Umberto, *Trabajadores y sindicato*, GPS, Madrid, 2006, "La estructura de la empresa", p. 12.

(4) FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 128.

(5) RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, "Poder de dirección y derecho contractual", en AAVV, Ricardo Escudero Rodríguez (Coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005, p. 23.

(6) GIL y GIL, José Luis, Poder directivo y apariencia externa del trabajador, en AAVV, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Coord., *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005, p. 105.

(7) ROJAS RIVERO, Gloria Pilar, Cláusula de Conciencia... op. cit. p. 31; BLAT GIMENO, Francisco, Relaciones (...), op. cit. p. 66; ARESE, C. Discriminación Ideológica (...), op. cit. y Estatuto del Periodista Profesional, del dictáfono a Internet, *Revista Derecho Laboral* Rubinzal Culzoni, 2004.

### III. Fuentes

#### A. Constitucional e internacional

El art. 18 Constitución Nacional declara la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados; el art. 19 preserva las acciones privadas que ofenden al orden público y a la moral pública ni perjudican a terceros y el art. 43 establece la acción de amparo contra los actos u omisiones que restrinjan, alteren o amenacen derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley y para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos (8).

Desde lo internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 establece que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación” y similares disposiciones se insertan en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

#### B. Penal

Desde 2008, el CP contempla como objeto jurídico de protección no solo los secretos sino la propia privacidad personal comprendiendo las comunicaciones tradicionales y electrónicas y los sistemas o datos informáticos (arts. 153, 153 bis y 154 a 157). La protección penal de la intimidad comprende las siguientes conductas (art. 157 bis), a saber, el que: “1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales; 2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley. 3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales”.

#### C. Legislación general

En general la Ley 23.592 antidiscriminatoria protege y otorga acciones frente “actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

---

(8) En las constituciones de Argentina (reforma constitucional de 1994, art. 43.5), Brasil de 1988 (art. 5), Bolivia de 2009 (arts. 130 y 131), Colombia 1991 (art. 15), Ecuador de 2008 (arts. 18 num. 2, 66 num. 19 y 20 y art. 92), Paraguay de 1992 (arts. 33,36 y 135), Perú de 1993 (arts. 2, 162 y 200 numeral 3) y Venezuela de 2000 (art. 28) se establece el derecho al *habeas data*, recurso de carácter constitucional que permite al ciudadano tener acceso a la información registrada sobre él bancos de datos o para la rectificación de esos datos si no fuese correctos, siendo de destacar, por su amplitud los textos de los artículos 92 de la nueva constitución ecuatoriana de 2008 y 130 y 131 de la nueva constitución boliviana de 2009 (Informe general del XVIII Encuentro del Grupo Bologna-Castilla La Mancha-OIT, Colonia, Uruguay, 25 y 26 de setiembre de 2009).

El Código Civil por su parte, preserva la vida privada y la intimidad: “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias ...” (art. 1071 bis). La Ley Nro. 25.326, denominada Ley de Protección de datos personales y habeas data consiste en un complejo estatuto reglamentario de los bancos de información. (9)

#### *D. Ley de Contrato de Trabajo*

La Ley de Contrato de Trabajo reglamenta los controles personales obligando al empleador a “salvaguardar la dignidad del trabajador”, debiendo practicarse “con discreción”, mediante el procedimiento de selección automática destinado a la totalidad del personal y respetarse la identidad de género (art. 70). Deberán ser puestos en conocimiento de la autoridad de aplicación la que podrá verificar que no afecten “en forma manifiesta y discriminada la dignidad del trabajador” (arts. 71 y 72).

Es interesante apuntar que se prohíbe que el empleador obligue a manifestar sus opiniones políticas, religiosas y sindicales (art. 73). Ello implica la imposibilitar de instrumentar indagatorias o investigaciones destinadas a determinar tales inclinaciones.

### **IV. Esferas de protección**

La vida privada como objeto de protección comprende una amplia esfera alrededor de la persona pero que se proyecta o expande hacia diversidad de atributos del individuo. Inclusive debe hablarse más de “*vida personal*” que “*vida privada*”. (10) El cuerpo humano es el primer y más primario objeto de protección, no solo en su obvia intangibilidad e integridad. Se complementa con un el círculo difuso pero amplio de protección de su aspecto, como la vestimenta, el aspecto personal, gestos, movimientos, conversaciones, etc. que importan la libertad personal. La conversaciones privadas, la circulación por baños y lugares sin interés para la producción (pasillos, lugares de esparcimiento), así como los objetos personales depositados en casilleros, están exentos del control del empleador.

---

(9) Otros países que presentan legislación en similar sentido: Colombia (Ley 1273, 2009, denominada “Protección a la información de datos”), Brasil (Ley 9507 de 1997), Ecuador (Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2004), Chile (Ley 19.628 de 1999, sobre protección de los datos de carácter personal), Panamá (Ley 24 de 2002 que regula el sistema de información sobre el historial de crédito de los consumidores o clientes, 2002 y Ley 6 de 2002 sobre la transparencia en la gestión pública y el habeas data), Paraguay (Ley 16.822 de 2001), Perú (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2002), Uruguay (Ley 17.838 de Protección de Datos Personales, 2004) y Venezuela (Ley Especial contra delitos Informáticos, 2001 y el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, 2001). (Informe general del XVIII Encuentro del Grupo Bologna-Castilla La Mancha-OIT, Colonia, Uruguay, 25 y 26 de setiembre de 2009).

(10) AUVERGNON, Phillippe, Poder de dirección y respeto a la persona asalariada, en AAVV, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, Coord, “El poder de dirección...”, op. cit. p. 33.

De otro lado, la intimidad debe ser preservada más allá de la empresa en la vida social, familiar, sexual, política, sindical, etc. del trabajador y los canales en que pueda manifestarse si son privados (comunicaciones telefónica, correos electrónico, papales privados). La protección de la intimidad puede afectar “tanto a su vida privada como a su vida privada en el trabajo”. (11) En este plano se comprende el derecho a la propia imagen o aspecto personal. (12) Los locales y comunicaciones sindicales están protegidos no solo porque institucionalmente existe privacidad funcional, sino también porque las indagatorias y acceso a bancos de datos y su difusión pueden constituir una incursión discriminatoria o actos intimidatorios frente al ejercicio de la libertad personal.

## V. Preservación de la vida personal del trabajador

### A. Intervención de comunicaciones electrónicas

La intervención y extracción de datos de correos electrónicos tiene ya un desarrollo importante. Es de conocimiento que, tales intervenciones sin el consentimiento expreso del trabajador, aun en computadoras de uso corporativo, constituyen delito perseguido criminalmente. Distinta es la situación si se previene y consiente expresamente tal control. El caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que convalidó la inconstitucionalidad de la Ley 25.873 por afectar los arts. 18 y 19 de la CN resulta una directiva muy interesante al respecto al desautorizar la intervención de las comunicaciones personales (“Halabi, Ernesto c. PEN”, 25/2/09). (13) En por ejemplo, “Azcárate, Javier” de la CNACC S. 1. del 19/5/08 se invalidó la investigación criminal basada en una conversación grabada durante una auditoría interna sobre obras de gasoductos ya que incluía una autoincriminación. En lo laboral, se desestimó el despido motivado en constancias de archivos informáticos obtenidos de la computadora del trabajador, la que poseía una clave obtenida mediante un experto y sin dar aviso a su titular, el trabajador despedido. (14) En cualquier caso, la intervención en comunicaciones electrónicas sobre canales afectados al uso empresario, se debe sortear el art. 153 del Código Penal (15) y contar con un reglamento consentido y funcional.

(11) AUVERGNON, P. Poder... op. cit. p. 37.

(12) SERRANO OLIVARES, Raquel, *El acoso moral en el trabajo*, CES, Madrid, 2005, p. 103.

(13) El tribunal confirmó el fallo del Juzgado Nac. 1. Inst. Cont. Adm., 14/06/05 declarando la inconstitucionalidad de la Ley 25.873 referida a controles sobre comunicaciones telefónicas privadas (art. 2º ref. del art. 45 ter a la Ley 19.798) por no cumplir con los arts. 18 CN, inviolabilidad de la correspondencia epistolar y 19 CN, garantía de la inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público, con solo límite en el orden, la moral pública y el derecho de terceros (CSJN, Fallos: 306:1892; 308:254; 306:1752).

(14) S. VII, CTCba. “Cardellino, Evelio Juan c. Luis Scorza y Cía. SA” (21/10/05).

(15) “Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado;

### *B. Monitoreo y controles personales*

Aunque de uso frecuente, la incorporación de pruebas obtenidas mediante “sistemas de monitoreo personal” no resultan otra cosa que perforación del derecho a la intimidad personal como la grabación audiovisual o determinados procedimientos “cacheo” o revisión personal. Estas prevenciones aparecen patentes en “Carranza Elvio R. c. Veizaga José Luis ot.”, de la S. II CTCba, del 10/11/09. En este caso, el despido se fundó en la filmación y seguimiento clandestino (agencia de seguridad) del actor a los fines de documentar la sustracción de mercadería. El tribunal consideró que trataba de una prueba ilegal que no puede sustentar un despido causado (16).

En el caso de cajas sospechadas de haber sustraído dinero de las cajas, fueron obligadas a desnudarse y saltar para demostrar que no llevaban escondido el dinero. Se condenó a la empresa por daño moral por implementar un sistema de control lesivo a la intimidad de las trabajadoras (CTCba. S. IX, “R. M. y otras c. Wal-Mart Argentina SA” del 23/4/01).

En ese sentido, se está avanzando en la reglamentación de lo que aparecía en principio como un vacío normativo. La Ley de la Provincia de Córdoba Nro. 9380 veda utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni en recintos privados, fijos o móviles -salvo autorización judicial- ni en los lugares establecidos en esta ley cuando se afecte -de forma directa y grave- la intimidad y privacidad de las personas (art. 6º).

Es importante señalar que, si bien de la recolección de estas constancias pueden asumir cierta contundencia acerca de la veracidad de los hechos investigados o la prevención de atentados contra la seguridad empresaria, su obtención clandestina, sin información adecuada, penetrando la intimidad de las personas como por ejemplo cuando se hacen grabaciones en esferas íntimas de las personal se topan con derechos fundamentales de la persona y no hay duda de su preeminencia. De lo contrario, la sociedad en general y la sociedad laboral, se asemejaría a la imaginada por Georges Orwell y todo acto sería monitoreable, hasta el más íntimo y personal y nadie se podría sustraer de estas observaciones y documentaciones extraídas perforando lo más discreto de la persona sin conocimiento, sin control, sin apercibimiento, sin, en definitiva, poder defenderse del gran ojo externo de cualquier amo.

---

o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida. En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o capture comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido (...).”

(16) Del voto de la Dra. Silvia Díaz: “En el caso de autos el DVD en examen, conforma un medio probatorio obtenido subrepticamente, sin participación del señor Carranza, ni de un juez que la supla. De tal manera se incurre en una vulneración del derecho a la intimidad y de la garantía de defensa, que impide se lo evalúe como elemento de convicción. En tales condiciones, el Tribunal no se encuentra autorizado para sustentar su decisión en material probatorio que se encuentra viciado por haber sido obtenido en violación de las formas procesales para su recolección, esto es, sin ajustarse al principio de formalidad y legitimidad de la prueba. Esta decisión encuentra respaldo en la doctrina y en la jurisprudencia”.

### C. Bancos de datos

Cuando el conocido detective de ficción Sam Spade encaraba sus investigaciones privadas, generalmente lo hacía en el marco de un crimen pasional. Su padre literario, Dashiell Hammett, no habría imaginado, que hoy su polémico héroe pudiera devenir de la búsqueda del Halcón Maltés a un patético rastreador de vidas privadas para aplicar las revelaciones a los ingresos labores o el despido de trabajadores dependiente. Sin embargo, esto ocurre a diario y sirve para tales decisiones así como para la confección de bancos de datos que son en verdad “listas negras” laborales.

Por ejemplo, la Cámara de Comercio, Industria, Producción y Turismo del Oeste del Chubut promocionó un “Sistema de Informes Laboral y Comercial” consistente en poner a disposición de sus socios una base de datos para “conocer los antecedentes de los potenciales empleados”. Se trata por otro lado de una tradicional arma antisindical ya que utilizó históricamente para “marcar” a los activistas sindicales que buscaban trabajo.

La ley 25.326 y su reglamentación mediante el decreto 1558/01 regulan los archivos de datos y le imponen restricciones (17). Las limitaciones en la recolección de datos personales, salvo consentimiento expreso y libre, involucra el nivel de endeudamiento (18), las relaciones afectivas, la afiliación política o de otro orden, etc. Por el contrario, el empleador puede incluir sistemas de control de asistencia de personal, como el que se debatió en hospitales públicos de la Provincia de Salta y que derivaron en un amparo por discriminación y habeas data ventilado en sede civil (19).

---

(17) En su art. 3º que “los archivos de datos no pueden tener finalidades contrarias a las leyes o a la moral pública” y el art. 4º define de la siguiente forma lo que llama “calidad de los datos”: (...) 2. La recolección de datos no puede hacerse por medios desleales, fraudulentos o en forma contraria a las disposiciones de la presente ley” (...) 6. Los datos deben ser almacenados de modo que permitan el ejercicio del derecho de acceso de su titular”. Finalmente, se indica que la licitud está condicionada al “consentimiento libre, expreso e informado” del titular, el que debe constar por escrito (art. 5º) y la información suficiente sobre la finalidad y la posibilidad de tener acceso a ellos (art. 6º).

(18) Dictamen de la Dirección de Trabajo de Chile Nro. 4589 del 4/8/97, citada por GAMONAL CONTRERAS, Sergio, Ciudadanía..., op. cit. p. 44.

(19) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta-12/2/2010 (Sentencia no firme) “Martos, René Pablo (...) y otros c. Fundación Argentina Santa Tecla -Acción de Amparo- *Habeas Data*” (Año XII, Nº 2976, 3/3/10, El dial.com): “... es cierto que la recopilación de datos es una actividad lícita tanto en los entes públicos como en los privados, cuyo funcionamiento está reconocido por el art. 43 de la Constitución Nacional y por el art. 3º de la Ley 25.326 (Adla, LX-E, 5426). Dicha norma dice que la formación de archivo de datos será lícita cuando se encuentren debidamente inscriptos, observando en su operación los principios que establece la ley y las reglamentaciones que se dicten en su consecuencia. Los archivos de datos no pueden tener finalidades contrarias a las leyes o a la moral pública (...)”. “(...) A tenor de lo informado por la empresa de informática, el sistema de contralor de asistencia implementado por la demandada, no importa almacenamiento de datos del usuario-trabajador. Y es importante lo que sigue diciendo la misma en cuanto que los datos del usuario (nombre, apellido, nacionalidad, sexo, edad, fecha de nacimiento, estado civil, domicilio, estudios, currículum, etc.), ya se encuentran almacenados en su software previo, carga que se realiza con la incorporación del empleado (...)”.



#### *D. Controles electrónicos*

En ámbito interior de la empresa se suelen registrar datos mediante cámaras y grabaciones ocultas. Eso forma parte de la cotidianeidad del ambiente laboral de hoy. Pero la introducción de nuevas tecnologías agrega los controles de seguimiento con el GPS, las etiquetas electrónicas, los seguimientos biométricos y quién sabe que otro invento invasivo (20). El tema ha tenido ya su debate aceptándose normativa y doctrinariamente su control (21).

Si bien no ha tenido gran despliegue en la jurisprudencia, una corriente sostiene la necesidad de vedar la posibilidad de tales controles y su utilización probatoria salvo una estricta reglamentación legal y convencional consentida expresa y personalmente por el trabajador. Otra visión es más flexible y sostiene su admisión, fundada en razones de seguridad y en tanto no sea dirigida personalmente al trabajador (22).

Parece obvio que aun cuando este tipo se lleguen a materializarse en la adopción de represalias o acoso sobre el trabajador, implican una intervención inaceptable en su esfera personal que, por lo menos, debería ser limitado a razones de estricta seguridad, como por ejemplo la prevención de hechos delictivos. Los controles adquieren en sí un carácter invasivo y amedrentan personalmente y exponen a que el dependiente se inhiba a manifestarse ideológica, sindical o de cualquier forma individual por el riesgo de ser “juzgado” por el empleador. Mientras tanto, debería reglamentarse la legislación general del art. 70 LCT en estos aspectos novedosos inimaginables en la década del setenta cuando fue puesto en vigencia, sin perjuicio de los acuerdos convencionales.

---

(20) MERCADER UGUINA, Jesús R., Derechos fundamentales y derecho virtual de trabajo (texto provisional), Seminario Internacional de Derecho Comparado de Trabajo, Relaciones Profesionales y de la Seguridad Social, Universidad Montesquieu, de Burdeos, Francia, 30 de junio al 11 de julio de 2008.

(21) En la legislación italiana, está vedado el uso de controles audiovisuales o de otros aparatos para el control de la actividad laborativa a distancia (art. 3º Ley 300). La trasgresión a esta norma así como a la de indagatoria ideológica está perseguida penalmente (art. 38 Ley 300). En la doctrina española se ha enunciado un conjunto de reglas limitativas de los controles: a) Laboralidad del control. b) Limitación geográfica del control electrónico. c) Participación sindical sobre implantación. De la misma manera, en Italia se indica que, para ser legítimo, el control debe reunir los requisitos de adecuación técnica a la tutela de los intereses de la empresa y la preservación de la libertad personal de los trabajadores. En Francia se ha estructurado la doctrina de los controles sobre tres puntos: a) Información previa individual. b) Consulta al comité de empresa. c) Proporcionalidad.

(22) CNAT, S. VI, “Figueroa Sergio Antonio c. Cía. de Servicios Hoteleros”, 15/6/02. En el caso de utilización de grabaciones de video: “El empleador ha violado su obligación de respetar la dignidad de los trabajadores (RCT art. 70), por que su inconducta debe ser comunicada a la Administración del Trabajo a los efectos policiales. No puede aplicar al trabajador una sanción disciplinaria y mucho menos la máxima, basándose en una prueba reñida con la buena fe. El despido debe considerarse in/justificado, por lo que la queja debe rechazarse (voto del vocal Dr. Capón Filas). La empleadora, con las cámaras de video, se ha limitado a ejercer un control de seguridad en diferentes áreas del establecimiento -lo cual es lícito y razonable- y no en el lugar donde este último cumplía sus tareas habituales. El hecho que esas cámaras lo hayan visualizado al actor es un hecho completamente accidental, originado porque el mismo estuvo en un área -sometida a control- en la cual no debía estar” (Voto mayoría).

### *E. Utilización de tests y estudios personales*

#### *a. Exámenes médicos*

La práctica de exámenes médicos practicados por los servicios médicos del empleados como de las Aseguradoras de Riesgos de Trabajo Ley 24.557, antes del ingreso del trabajador a su puesto de trabajo como en el decurso del contrato de trabajo deben respetar los principios de dignidad, intimidad, confidencialidad, voluntariedad y no discriminación por razones de salud. En tal sentido y como primera previsión no deberán ser excesivos ni transgresores, sino razonables y limitados a los requerimientos funcionales del puesto de trabajo.

Los exámenes médicos presuponen de por sí que los trabajadores menos dotados psicofísicamente sufrirán marginalidad laboral. Argentina ratificó por Ley 26.378, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que se propone “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente (...)” (art. 1º), lo que incluye la privacidad personal (art. 22).

Por su lado la Ley 26.529 sobre Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, obliga a la preservación del trato digno y respetuoso, la intimidad y la confidencialidad (art. 2º). En especial, la Ley Nacional de Lucha Contra el Sida 23.798, de 1989, en su art. 2º prescribe que sus normas y las complementarias que se establezcan “se interpretarán teniendo presente que en ningún caso pueda: a) afectar la dignidad de la persona; b) producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación”.

El enunciado de estas reglas, de manera no exhaustiva, lleva a que exámenes médicos obviamente funcionales, deben ante todo preservar al hombre más que a los fines para los que son requeridos. Las prácticas discriminatorias que suelen definirse luego de los exámenes médicos han merecido la atención jurisprudencial condenatoria (23).

#### *b. Tests psicotécnicos*

En Argentina se utilizan tests psicotécnicos que incluyen evaluaciones integrales de la personalidad, inteligencia y emotividad. Implican ciertamente una valla para el ingreso al trabajo (24). En general se apela a un test especializado que se denomina “Test de Psicodiagnóstico de Honestidad” (TPH) y se destina a descubrir, se supone, a

---

(23) En caso de enfermo de cáncer, CNAT Sala VIII, 17/12/04 “Caballero, Adolfo c. Transporte Metropolitano Gral. Roca SA”; en caso de SIDA: CNAT, Sala X, 31/5/96, “I, O.E. c. Empresa Líneas Marítimas Argentinas SA”, DT, 1997-A, 496 y CNAT Sala II 21/9/05 “I, N. E. c. Lamartine SA s/ despido” (Boletín Jurisprudencia CNAT, julio 2007).

(24) ESQUIVEL, Marilina, El test psicotécnico, valla para el empleo, La Nación, 31/1/10, Economía y Negocios, p. 9. Según esta fuente, actúan en el tema psicólogos y empresas especializadas. Los tests son los de Bender, Wartegg y los de Dominó, Raven y Toulouse.

personas sospechadas de mitómanos, corruptos o sujetos inclinados al hurto (25). La utilización de estos procedimientos está restringida en la legislación nacional durante el contrato de trabajo ya que se involucra la dignidad y la igualdad de los trabajadores lo que se encuentra establecido por el art. 14 bis CN y los arts. 70 y 72 LCT a más de las reglas antidiscriminatorias. En los preingresos la cuestión puede resultar más difusa, pero no se encuentran obstáculos para extender la restricción a esta etapa. En ningún caso, estas pruebas deben dejar de ser informadas y contar con el consentimiento del examinado. Sin embargo, la situación de dependencia o peor, predependencia, debilita la capacidad decisoria del trabajador y su voluntad y posibilidad de reserva de intimidad es ínfima.

### *c. Exámenes poligráficos*

El polígrafo o el detector de mentiras es un aparato que mide y registra las actividades neurovegetativas, reproduciéndolas gráficamente con el objetivo de verificar la veracidad de afirmaciones de la persona que se somete a ese medio. En el repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre la Protección de Daños Personales de los Trabajadores, la OIT condiciona su utilización a que sea voluntaria y siempre que el trabajador tenga posibilidades de rechazarla y recusar someterse a tales pruebas (26).

El sometimiento a estas pruebas ha generado movimientos de resistencia estando prohibidos en Canadá y Francia. En Brasil no es reconocido como prueba por el Supremo Tribunal Federal, pero el Tribunal Superior do Trabalho (TST) admitió su empleo para asegurar la seguridad en las líneas aéreas estadounidenses argumentándose que pueden ser blanco de ataque terroristas (27). Estaría siendo utilizado privadamente en Perú (28).

En Chile, ante la utilización del instrumentos por una empresa con respecto al personal activo de seguridad, la Dirección de Trabajo efectuó un extenso análisis sobre la utilización de este instrumento llegando a la siguiente conclusión: “La incorporación en el reglamento interno de una empresa aérea, del régimen de funcionamiento de un detector de mentiras para los fines de prevenir delitos, contrabando y tráfico de drogas y estupefacientes, fue declarado contrario al orden jurídico laboral chileno” (Dictamen de la Dirección de Trabajo N° 684/50 de 06/02/97) (29).

---

(25) POBLET, Virginia, Los argentinos y la mentira, Revista Rumbos, 31/1/10, p. 19. La empresa Daghma realiza la tarea.

(26) MONTEIRO DE BARROS, Alice, Curso de Directo do Trabalho, 5ta. Ed. LTr, San Pablo, 2009, p. 600.

(27) BORBA, Fernanda y MACHADO, Sidnei, O impacto das novas tecnologias nas relacoes de trabalho e o directo do trabalho, XVIII Encuentro del Grupo Bologna-Castilla La Mancha-OIT, Colonia, Uruguay, 25 y 26 de setiembre de 2009. Se desestimó el reclamo por daño moral (TST, RR 317/2003-092-03-00.9).

(28) ULLOA MILLARES, Daniel, *Ibíd.*

(29) El reglamento de la empresa preveía limitaciones para su utilización frente a “situaciones que razonablemente revistan el carácter de delito”; la negativa a someterse a este procedimiento no implicaba evidencia suficiente en contra del investigados y se declaraban los derechos del examinado

En Argentina se emplea en grandes empresas pero se trata de información reservada y no disponible públicamente. Obviamente que este instrumento, es más policial que laboral e importa otorgar al empleador facultades inquisitivas, incursionar en lo más profundo e íntimo de las reacciones humanas de tal suerte que nada pueda ya ser ajeno al conocimiento empresario. En todos los casos, se justifica su prohibición, lisa y llana.

### *F. Respeto de la orientación sexual*

En la Observación Nro. 20 del Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales de las ONU de 2009 sobre “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales” (artículo 2º, párrafo 2 del PIDESC)” se indica que “en cualquier otra condición social”, se incluye la orientación sexual, por lo que “la identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación”. Agrega: “Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo”.

La orientación sexual es una opción de vida privada y un derecho íntimo de las personas, pero las manifestaciones de heterodoxia sexual generan obvias resistencias y polémicas así como las reacciones represivas o condenatorias (30). Inclusive pueden implicar una suerte de variación de ciertas condiciones personales del trabajador. Es el caso resuelto en el caso de un trabajador que se desempeñaba en una peluquería y reveló a su empleador su condición de travesti requiriendo que se le permitiera desempeñarse vestido de varón. Este pedido fue negado en función de las facultades de dirección y luego fue despedido porque, se adujo, su persona resultaba antiestética y tuvo conductas antisociales y laborales. Se entendió que hubo un despido discriminatorio y se hizo lugar al resarcimiento por daño moral (Juzgado Laboral de Rosario Nro. 5, “M., C. c. D., A. M. y/u otro”, 22/06/07) (31).

### *G. La fe religiosa y la imagen personal*

La Observación Nro. 20 del CDESC de ONU indica que el “término religión debe entenderse de forma amplia, de conformidad con el derecho internacional”. Agrega: “Este motivo prohibido de discriminación comprende la religión o creencia que se elija (o el hecho de no profesar ninguna), individualmente o en una comunidad, que se manifieste pública o privadamente en el culto, la observancia, la práctica y la ense-

---

(Dictamen de la Dirección de Trabajo N° 684/50 del 06/02/97, en GAMONAL CONTRERAS, Ciudadanía (...), op. cit. p. 42 e informe nacional del XVIII Encuentro... op. cit.).

(30) CIFRÉ, Juan Pablo, Despido discriminatorio, La Ley on line, recuerda la discusión entre el juez Patrick Devlin y el jusfilósofo Heribert L. A. Hart. En la década de 1960 sobre la cuestión en torno a la conveniencia o no de descriminalizar los comportamientos homosexuales consensuales entre adultos y la prostitución. Heribert L. A. Hart advirtió que: a) la justificación moral del castigo depende, en última instancia, del carácter dañino de la acción que se reprime; b) basta mostrar que esa acción es perjudicial para un individuo distinto de quien realiza la acción o para el interés colectivo, para legitimar la interferencia estatal; y c) el mantenimiento de un código moral determinado no es de incumbencia del Derecho” (HART, Heribert L. A.; *Law, Liberty and Morality*, Stanford, Stanford University Press, 1963).

(31) LLLitoral, La Ley on line.

ñanza. Puede haber discriminación religiosa, por ejemplo, cuando no se da acceso a una minoría religiosa a la universidad, al empleo, o a los servicios de atención de salud a causa de su religión”.

En algunos credos, la identidad religiosa se manifiesta en la vestimenta. Para quienes la profesan tiene un carácter obligatorio. Es célebre el debate en Francia por la imposibilidad de uso de símbolos religiosos en lugares públicos. En Italia se debatió el caso de una empleada italiana de ascendencia musulmana que atendía en el museo Reggia di Venaria, la histórica residencia de la Casa de Saboya, usando el típico turbante de su religión, lo que motivó quejas del público (32). En América es común la manifestación de identidad “rastafari” traducida en una particular vestimenta y uso del cabello muy largo.

En otros tiempos, los trabajadores de empresas públicas argentinas soportaron una fuerte presión destinadas a que usaran símbolos partidarios o escarapelas (33). En “Garncarz Pablo Damián c. Telefónica Móviles Argentina y ot.,” Sala VI de la CNAT del 13/10/10, el actor denunció en la demanda que los problemas laborales que terminaron conduciendo al despido indirecto comenzaron a producirse a partir de su decisión de usar la kipá, gorra pequeña para cubrir la parte superior de su cabeza, cuyo uso se vincula con un precepto religioso de la ley judía. Se entendió acreditado que fue objeto de presiones por parte de sus superiores en virtud de haber decidido usar la kipá, y en tanto continuó haciéndolo, la situación derivó en la negativa de tareas de la que quedó probado fue objeto por parte de Telefónica Móviles Argentina S.A., sin que la decisión de esta última de incumplir con el art. 78 LCT haya estado fundado en causa alguna. En función de considerarse configurado un despido discriminatorio (conf. art. 1º Ley 23.592, art. 17 y concs. LCT) acogiendo la reparación del daño causado.

## VI. Medios de protección

Las agresiones a la vida privada ameritan el ejercicio de las acciones sumarias y expeditivas así como ordinarias, generales y laborales. Esas posibilidades son variadas:

a) El *habeas data* y el amparo constitucional general (art. 43 CN).

b) Las acciones civiles y laborales de resarcimiento (art. 1071 bis CC y conc. CC).

c) Se la alteración de la vida privada significa una práctica discriminatoria, proceden las acciones fundadas en la Ley antidiscriminatoria Nro. 23.592, normas constitucionales e internacionales destinadas al cese de la conducta discriminatoria e inclusive la readmisión del trabajador. Han sido admitidas por la CSJN en “Álvarez, Maximiliano c. Cencosud SA” del 7/12/10 y “Arecco, Maximiliano c. Praxair” del 23/6/11.

d) En los casos en que la alteración de la privacidad se da en el marco del ejercicio del derecho del empleador a variar las tareas, el trabajador puede accionar mediante el

(32) Corriere Della Sera, 31/5/09, p. 21.

(33) CSJN, 19/3/81, “Gorlier de D’ Alesandro, Mercedes c. ENTEL”, ED, 95-253. En contra: CNAT, S. V, 2/10/80, “Garbarino, Ricardo c. ENTEL”, ED; 92-611.

art. 66 de la LCT que permite la sustanciación de un juicio sumario de restablecimiento de las condiciones laborales alteradas abusivamente.

e) La afectación de la privacidad sindical, habilita a su vez las acciones por amparo sindical y práctica desleal empresaria (arts. 47, 52 y 53 LAS).

f) La alteración de bienes jurídicos protegidos criminalmente, posibilita la persecución penal sobre la base de los arts. 153 a 157 CP.

g) En el plano administrativo laboral, son consideradas “infracciones muy graves” las “decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares” y los “actos contrarios a la intimidad y dignidad de los trabajadores” (art. 4º Ley 25.212).

h) No ha sido explorada aún suficientemente la vía de las acciones de clase o colectivas ejercida por sindicatos con el propósito de hacer valer los intereses difusos de los trabajadores afectados por bancos de datos y otros medios invasivos. De hecho esta vía ha sido aceptada por la CSJN en “Halabi, Ernesto c. P.E.N.- Ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986” (24/2/09) y ya tiene una implantación procesal (34). ♦

---

(34) Por ejemplo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 30/10/09, “Consumidores Libres Coop. Ltda. de Pr. de Serv. de Acc. Com. c. AMX Argentina S.A.”, LA LEY, 22/03/2010, 6.