

## El control de los trabajadores por el ordenador\*

por

Giorgio Chezzi\*\* y Francesco Liso\*\*\*

La difusión del ordenador en las organizaciones productivas plantea, bajo perfiles inéditos, el problema de la licitud del empleo de instrumentos susceptibles de ser utilizados con el fin de controlar a distancia la actividad de los trabajadores. Hace poco, los directivos de una importante sociedad multinacional han sido llamados por el juez de instrucción para responder del uso del ordenador a través del cual se llevaba a cabo la grabación de una serie de datos relativos a la prestación de trabajo de los destinados en los terminales, como, por ejemplo, el número de las operaciones efectuadas, el tiempo de funcionamiento del terminal, el número de las operaciones terminadas de forma anómala. Se trata de una situación que ciertamente el Estatuto de los trabajadores (italiano) no había previsto. Este, en la fórmula del artículo 4, tuvo como fórmula de referencia la televisión en circuito cerrado.

Frente a la innovación tecnológica aquí se debe preguntar por tanto si hay elementos que estimulen una profundización y eventualmente una puesta al día de la lectura que la norma ha tenido.

Sacándole punta al caso antes aludido<sup>1</sup>, puede plantearse una serie de cuestiones.

Por ejemplo:

a) ¿Es suficiente, para realizar el supuesto de hecho prohibido por el artículo 4, que los datos se refieran genéricamente al trabajador, o bien aquéllos deben ser significativos, esto es, deben poseer "cualidad" tal de hacerlos idóneos para suministrar al empleador un instrumento para la evaluación de la prestación?

---

\* La traducción del presente debate, cuyo original en italiano aparecen en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm. 30, 1986, págs. 353 a 382, ha sido realizada por Manuel Pérez Pérez, Profesor Titular de Derecho del Trabajo.

\*\* Giorgio Chezzi es profesor ordinario de Derecho del Trabajo en la Universidad de Bolonia.

\*\*\* Francesco Liso es profesor ordinario de Derecho del Trabajo en la Universidad de Bari.

b) En este segundo caso, puesto que el empleador puede legítimamente ejercitar el control sobre los resultados de cantidad y calidad de la prestación de trabajo, ¿qué valoraciones de esta última, hechas posibles por el "dato" registrado —además de las relativas a las denominadas micropausas— deben poder ser efectuadas, para considerar al aparato "de control" en el sentido del art. 4?

c) En el caso en que el trabajador no desarrolle misiones exclusivas de dedicación al terminal, ¿puede sin embargo el "dato" registrado —el cual se refiere sólo a la actividad del trabajador efectuada sobre el terminal mismo— ser significativo a efectos de la valoración de la prestación de trabajo?

d) ¿El interés protegido por el art. 4 encuentra su límite en el comportamiento ilícito del trabajador? En otros términos, ¿hay violación del art. 4 cuando el trabajador cumpliendo un ilícito active conscientemente el aparato de control?

### Giorgio Ghezzi

1. Objeto de las cuestiones planteadas son algunos perfiles de legitimidad del uso de aparatos susceptibles de efectuar un control a distancia de la actividad de trabajadores, en particular a través de la utilización difundida de sistemas de elaboración en grado de recoger datos (sea "en tiempo real" sea simulados) sobre la cantidad y calidad de las prestaciones laborales de cada uno de los trabajadores, provistos (como se presupone) del código personalizado de identificación, y a través de la consiguiente redacción de listados conteniendo informaciones dirigidas (o aptas) a un control no genérico (sino capaz de consentir una valoración) de tales prestaciones de trabajo.

La peculiar naturaleza de la cuestión, su relativa novedad en las salas judiciales —y sobre todo las indicaciones que pueden ofrecerse frente al progresivo y quizá rápido desarrollo, en las administraciones públicas y en las empresas, de sistemas de elaboración iguales o similares a los ya sometidos a juicio—, inducen a permitir en el análisis específico una, aunque sea breve, observación preliminar de ámbito más amplio, que vale para acordarse de cómo los problemas planteados son parte de un conjunto de cuestiones mucho más variado.

En efecto, no se puede olvidar que son, ya hoy, objeto de amplio debate los efectos del uso de videos terminales y sistemas informatizados en general bajo condiciones de trabajo caracterizadas por el hecho que el gobierno del tiempo de trabajo está siempre más determinado por el programa, y cada vez menos el trabajador puede disponer de espacios, de "porosidades" temporales; y precisamente a propósito de la obligación de "tutelar la integridad física y la personalidad moral de los trabajadores", que el art. 2087 C.c. atribuye al empresario "según la particularidad del trabajo, la experiencia y la técnica". El mismo ejercicio del poder de control del acreedor de la prestación de trabajo sobre la ejecución de la misma se armoniza con este fundamental principio. Y es justamente esa armonización que concurre en realizar —en la más amplia interpretación del art. 32 Const.— la *ratio* del art. 4 del Estatuto, dirigido como aquél a salvaguardar el bien de la dignidad del trabajador, cuando

a reducir los estados del "stress" de los propios trabajadores, prohibiendo (párrafo 1) ciertas prácticas o condicionando (párrafo 2) ciertas prácticas de las cuales puede resultar, por el contrario, aumentada la "carga psíquica" co-siguiente a la ejecución del trabajo.

2. El intérprete ha de hacer las cuentas, en los problemas que afrontamos, con supuestos de hecho (relativamente) nuevos y (ciertamente) ambiguos, cuyo desenvolvimiento está lleno de antítesis y de posibilidades contrapuestas (de aquella misma ambivalencia, esto es, la que todo proceso de desarrollo incluso tecnológico de los medios de producción lleva consigo mismo, en las diversas épocas históricas. Aquí, en efecto, el reparo de las modalidades de cumplimiento de la prestación de trabajo del "operador de terminal" (es decir: la función de control sobre el operador) puede ser incorporada u objetivada en las mismas máquinas (videoterminals conectados a sistemas informáticos computerizados) —o, con mayor precisión, en el programa variable— que aquél está activando, el cual memoriza las operaciones entre otras las operaciones de acceso a los datos y a su uso, reportándole sobre listados cuyo análisis permite (o puede permitir) al empleador calcular el índice de productividad totalizado por el trabajador dependiente. Se podrá considerarlas de otra forma, a estos reparos, a los fines diferenciados y específicos del art. 4 del Estatuto: pero es un hecho que sean los mismos aparatos sobre los que el trabajador se vuelca, los que de manera automática graban sin parar, de modo asiduo y minucioso, según los programas que deben ser desarrollados, todas las particularidades de las operaciones que se ejecutan sobre ellos.

Puede así ponerse de relieve, entre otros, según parece, además de las horas de trabajo efectuadas, la cantidad de las "transacciones" completadas por el operador (esto es, el número de las operaciones de *input* y de *output*), el porcentaje de operaciones no llevadas a término o ejecutadas de forma anómala y cuáles sean debidas a error, el tiempo medio necesario para disponer de los datos, el empleado en cada una de las operaciones, eventuales pausas o tiempos "muertos", y así sucesivamente. De otro lado, desde el momento en que el operador —justamente por razón de su trabajo— accede a fuentes informativas, y puede tratarse de informaciones (relativas, por ejemplo, al personal o al patrimonio empresarial) que no se considera oportuno poner a disposición de todo el que se sienta en un terminal conectado con la unidad (ordenador) central, la empresa, además de controlar los "niveles del servicio" y las "cargas del trabajo" de las máquinas, tiende a proteger, a través de medidas de seguridad, la accesibilidad a las informaciones que considera reservadas y a impedir eventuales manejos de "áreas de memoria" del ordenador. En concreto: la prestación laboral deviene posible, en estos casos, sólo insertando un número de código individual y un *password* (una clave) que sólo el operador conoce; únicamente en estas condiciones el ordenador acepta la legitimación del operador a acceder y a trabajar sobre datos requeridos excluyéndolo al mismo tiempo de los otros. Que, en su conjunto, de un lado se trate —según cuanto se ha expuesto— de un control sobre la actividad laboral, y que de otro lado sujeta a tal control sea la prestación de un trabajador exactamente individualizado, no cabe duda. Surge, por tanto, el problema de su legitimidad.

3. No destaca, en sentido contrario, la circunstancia que el dato grabado por la máquina origine, indisolublemente, cosas diversas al impulso dado por el trabajador, incluso por la elaboración mas o menos compleja que realiza la máquina misma: la identificación del operador es, en efecto, "previa" respecto de la elaboración. Del resto, el hecho de que la actividad globalmente registrada de los listados no sea exclusivamente imputable a las prestaciones laborales de cada uno de los trabajadores, no tiene importancia jurídica, desde el momento en que el control sobre el que se discute —y que la ley toma en consideración— se dirige justamente sobre estas prestaciones y no por contra sobre la duración y sobre la complejidad de la ordenación "interna" (o sobre "tiempos de trabajo") de las máquinas en relación a todo programa individualizado.

No cuenta siquiera, bajo el perfil jurídico, el hecho de que un cierto número de programas no alcance eventualmente un buen fin por causas sólo mecánicas, bien porque este no es más que uno de tantos aspectos "controlados" de la actividad laboral, bien porque, evidentemente, de una consideración así, puramente estadística, la función de control sale mínimamente desmentida.

Ni tampoco cuenta el hecho de que, en hipótesis, a los trabajadores no se asigne la misión exclusiva de operar aplicado al terminal porque el control (con la consiguiente posibilidad de evaluación: *infra*, n. 7) de ritmos de las operaciones laborales refiera también (aún cuando tal hipótesis se verifique) el trato temporal en que se devuelven las prestaciones al vídeo.

En otras palabras, permanece cierto el hecho de que —como justamente pone de manifiesto A. Rossi "La libertà e la professionalità dei lavoratori di fronte alle nuove tecnologie informatiche", *Cuestione Giustizia*, 1983, p. 219 ss.)— el trabajador que, accionando la máquina, determina automáticamente incluso la activación del sistema de control en ella inserto, está siempre "sometido" al control, es "sujeto pasivo" (de ningún modo, hay que decirlo, jurídicamente corresponsable del eventual ilícito), sea cuando emplea la máquina, sea cuando no la emplea ("siendo evidentemente el tiempo de no trabajo individualizable con absoluta exactitud, con una lectura en negativo de los datos memorizados").

4. Se plantea de pronto —como es evidente— el problema de saber si el control así efectuado sobre la actividad laboral sea la finalidad principal o bien sólo un subproducto de un cierto tipo de organización de la producción y del trabajo: y es un problema, a cuya solución se conectan diversas consecuencias jurídicas, que examinaremos, en relación al caso *de quo*, en los próximos párrafos.

Pero tal vez sea oportuno decir que, en tanto que con características más sofisticadas, las modalidades de los controles apenas descritos aparecen sustancialmente semejantes —bajo el perfil que aquí interesa— a las ya conocidas, en jurisprudencia, a propósito de los denominados "discos Kienzle". Se trata de ingenios aplicados a las máquinas e introducidos por el propio trabajador al comienzo de su trabajo que graban la marcha regular de la máquina misma mediante una serie de líneas a zig-zag. Si la máquina interrumpe su funcionamiento, la línea pasa a ser circular, a menos que el que esté aplicado no intervenga apretando una de las teclas "descriptivas de las causas de cie-

re": en tal caso, se ejecuta una variación en la línea de grabación, propia de todo tipo de inconveniente surgido. Ahora bien tanto el T. de Milán, mediantemente S. de 7-Julio-1977, OGL, 1977, pág. 716 como la habida en Casación de 18-Febrero-1983, núm. 1236, GC, 1983, pág. 1755 —que confirma la anterior—, han considerado ilegítimo el uso de los "discos Kienzle", aún cuando lo exigiere las necesidades productivas, allí donde su implantación no esté precedida de los acuerdos o en su lugar de los procedimientos establecidos por el párrafo 2 del art. 4 del Estatuto. Ambas sentencias disponen en el fallo que la violación del art. 4 se lleva a cabo cuando objetivamente surge la posibilidad de efectuar un control a distancia sobre la actividad laboral. No cuentan —dice la de Casación— las finalidades alegadas por la empresa: cuenta "la mera posibilidad de control"; y es irrelevante incluso el conocimiento "*sic atque simpliciter* que el trabajador tenía de la existencia y del funcionamiento de un aparato destinado a los normales fines de producción", desde el momento en que "el sólo conocer la existencia del funcionamiento de los discos de palabra, no implica ciertamente que el operario tenga por esto mismo sensación de ser controlado en su ignorancia". Y en el caso de los "discos Kienzle" el aparato estaba en tal grado de contabilizar, como reconoce la citada jurisprudencia (y de realizar un control incluso *a posteriori*), tiempos de permanencia en las máquinas, reducción de la intervención minuto por minuto, paradas "no justificadas" o "excesivas", de cualquier trabajador singularmente individualizado. Tal y como sucede en el supuesto de hecho del que aquí nos ocupamos. Es evidente que, tanto en el nuestro como en este caso, estamos en presencia de máquinas que, aún siendo de modos diferentes, incorporan en sí mismas el cómputo para señalar y registrar determinadas informaciones concernientes a la actividad laboral. Y es significativo el reconocimiento jurisprudencial de que lo que la ley prohíbe no es sólo la materialización en un acto de control a distancia, sino incluso su existir como posibilidad.

Un ingenio de control, en suma, es aquel —según la ley— cuando de él derive esta posibilidad, y cuando pueda ser usado en función de la misma, aunque, como es obvio, el fin, incluso si no (o no ahora) concretamente atendido, sea sin embargo prácticamente atendible.

5. Basta, apenas, recordar que el ordenamiento jurídico reconoce, en vía de principio, el poder del acreedor de una prestación continuada o periódica de controlar la actividad realizada por quien es su deudor (cfr., por ejem., el art. 1619 C.c.); un poder que es atribuido al acreedor, bajo ciertas condiciones y con ciertas consecuencias, incluso en casos en los que la ejecución de la prestación debida, aún agotándose, jurídicamente, *uno actu*, exija todavía un cierto cumplimiento temporal (cfr., por ejem., los arts. 1662 y 1685 C.c., y también el art. 2224).

Igualmente, nadie ha puesto en duda que también el acreedor de trabajo, cual acreedor de las obras continuamente debidas por la contraparte, tenga, en línea de principio, el derecho de controlar (personalmente o a través de sus encargados y desde un punto de vista tanto cualitativo como cuantitativo) el cumplimiento de la actividad ordenada a la misma. Se trata —en una síntesis extrema— de uno de los aspectos de la subordinación, sustancialmente reconducible al ejercicio del poder directivo (art. 2104, párr. 2 C.c.) y asimismo a la materialización del interés típico del acreedor de trabajo.

No todo género de control sobre la actividad laboral, sin embargo, es lícito. En efecto, entre los valores acogidos por el ordenamiento en la vía prioritaria y reconducidos por el mismo también al radio de operatividad y tutela de los arts. 2, 3.2, 32.1, 35.1 y 41.2 de la Const., están los que descienden de forma directa de la inexorable complicación, en la ejecución de la relación de trabajo, de la persona misma del trabajador o, mejor, de su compleja personalidad física y psíquica. Una implicación gracias a la cual el control sobre la actividad laboral (que no es otra cosa que la suma de las varias prestaciones que se siguen una tras otra), arriesga de convertirse, si no se le rodea de los oportunos condicionamientos ya sustanciales ya procedimentales, un control sobre la actividad globalmente entendida del "hombre que trabaja", capaz de poder llegar a erosionar, hasta anularlos, los márgenes de intimidad de la vida tanto "empresarial", cuanto "extra-empresarial" del propio trabajador. Y los informáticos son, desde este punto de vista, los instrumentos ideales por excelencia, por el solo hecho que consienten de poner en relación recíproca, cruzar y reordenar una cantidad de datos que, sin ellos, no sería posible acumular.

A proteger el primero entre los considerados ordenes de intimidad están manifiestamente dirigidos, por ejemplo, los arts. 2, 3, 4, 6 del Estatuto de los Trabajadores; a tutelar el segundo, los arts. 1, 8, 15; y no es un caso que la misma rúbrica del título I de la ley se refiera explícitamente al aludido art. 41.2 Const. y a los valores de libertad y dignidad humana (además de la seguridad) que aquel establece como límite a la libertad de la iniciativa económica. Los distintos perfiles de orden constitucional reclamados son, además, puestos justamente a la luz también por la más reciente sentencia (penal) que se ha ocupado de estos argumentos (a propósito del conocido "caso IBM": P. Milán, 20. Diciembre. 1984).

6. En particular, el art. 4 del Estatuto toma cartas en el asunto —así tipificado—, según el cual la utilización de aparatos mecánicos con el fin de control a distancia de la actividad laboral es, en sí misma, particularmente vejatoria; y esto por la naturaleza alienante e intimidatoria que, en tales casos, reviste un control lejano e impersonal, frío e imperceptible, con el cual no es posible mantener relación humana alguna ni dialéctica de cualquier género, sino sólo una relación de temerosa subordinación (*retro*, n. 1).

Se trata de una norma que, por los ejemplos que aduce o a los que alude en primer término, como instalaciones televisivas, registradores acústicos, micrófonos o audifonos "abiertos", instalaciones de interceptación, instalaciones "en gorra" y así sucesivamente, reflejan un estadio de evolución tecnológica mucho más que puesto al día, y es por tanto —en su apariencia externa— seguramente "fechada". Pero las ejemplificaciones que aquélla contiene —insertadas en la más amplia prospectiva también constitucional resumida *retro*, n. 5— muestran sólo el punto de origen positivo históricamente determinado por un más genérico criterio, por una evaluación tal vez hecha propia por el ordenamiento. Así que, si por un lado puede parecer oportuno señalar al legislador la conveniencia inmediata (por ejem., en el ámbito de una más comprensiva legislación sobre la tutela de la intimidad) de una puesta al día de su letra (y también, obviamente, de la del art. 24 de la "ley-cuadro" so-

bre empleo público), por otro lado compete ya hoy al intérprete la individualización (sin prejuicios formalistas ni ilusiones de parar el progreso tecnológico) de todos los posibles casos en los que se necesita la *ratio*; si es necesario, desarrollando con lógico rigor el alcance y la potencialidad de la norma en su interior, esto es de su propio núcleo preceptivo: en el que está, como es conocido, la esencia metodológica de la interpretación extensiva (Bobbio, voz "Analogía", *NNDI*, vol. I, 1, pág. 605).

Pero de una operación hermenéutica tal, a bien ver, no hay necesidad en nuestro caso, desde el momento en que el mismo dato literal que dice "aparato de control o cualquier ingenio dotado de potencialidad (o susceptible de ser usado en función) de control, doquiera que este colocado o instalado, y no necesariamente caracterizado por una estructura distinta a la suya y autónoma o por un exclusivo destino al control" (así A. Rossi, "La libertad...", pág. 220).

7. Antes de entrar en el fondo del tema de los controles prohibidos o bien condicionadamente consentidos por el art. 4, es necesario una advertencia adicional de carácter más amplio. Cosa distinta sucede entre el momento del control sobre la actividad laboral (que es el único tomado en consideración por la ley) y el de su utilización, esto es, el de valoración crítica de los resultados del control mismo.

Un control que fuese tan genérico que no permita valoración alguna, no se tomaría siquiera en consideración (¿para qué serviría?). Pero la valoración misma, en hipótesis, podría no obstante faltar: podría no hacerse, o por lo menos no venir oficializada o, incluso, exteriorizada, por ejemplo por motivos de oportunidad empresarial o de conveniencia en las relaciones sindicales: mas no por ello sería inexistente el hecho histórico del control acaecido, ni se podría excluir una utilización futura. O bien, la valoración se hará (y será, por sí misma, sucesiva al control); pero también en tal caso, cuando sea negativa, no está dicho que deba aparentemente traducirse en drásticos remedios como sanciones disciplinarias, despidos o formas toscas de discriminaciones; podrá dar lugar, por el contrario, a más agudas y sutiles maniobras fundadas, por ejemplo, sobre el uso selectivo de los supermínimos o de otros incentivos, o bien sobre la política de promoción, de traslados, de asignación de tareas, de horas extraordinarias, etc. Se intuyen, en suma, todos los posibles efectos que pueden producirse sobre la carrera, sobre las ganancias básicas, sobre los ascensos y así sucesivamente.

Del momento valorativo —que esté claro— la ley no habla: esta se limita a prohibir un cierto tipo de control. Del resto, la valoración de la prestación laboral en el contexto de la organización empresarial no podría ser hecha por el aparato de control: puede disponerse solamente la jerarquía empresarial, según criterios de administración del personal obviamente variables. En el supuesto de hecho a examen, por ejemplo, es evidente que estarán los jefes jerárquicos, con su experiencia y con los datos en su posesión relativos a las prestaciones individuales con el rendimiento medio, en tiempo, de un determinado departamento u oficina, o incluso con las "anteriores" de aquel traba-

jador individual y así podríamos continuar. En todo caso, es invariable que el control es otra cosa —lógica y cronológicamente anterior— respecto a su puesta en servicio, o sea a la valoración del éxito del control mismo.

8. El art. 4 del Estatuto habla (tanto en el primero como en el segundo párrafo) de controles “a distancia”. E intenta aludir tanto a los controles efectuados de modo simultáneo, como a los que cuya valoración, como se ha dicho, puede ser diferida a un momento posterior. En todo caso, hay que convenir con Veneziani, en el *Commentario allo statuto dei lavoratori* dirigido por Giugni, Giuffré, Milano 1979, pág. 21, en el sentido que el significado del término usado “alude tanto al elemento espacio cuanto al elemento tiempo”; y no sólo a posibles combinaciones del uno y del otro. Pero hay que compartir también la interpretación del mismo autor (ivi), que ve extenderse la ratio de la prohibición —sobre todo por su carácter de absoluta, asistida como aquella lo está también por sanción penal— no sólo en la actualidad del control sino también en la pura y simple idoneidad para el control del aparato mecánico instalado: “cualquier medio que pueda efectuar y eventualmente consentir el control a distancia, aún cuando naturalmente tal fin sea alcanzable concretamente”. Y en esta idoneidad, en efecto, es donde radica, según la valoración legislativa, la peligrosidad social del expediente instruido. Es suficiente, en otras palabras, que el objetivo de control (“intencional” en el caso del primer párrafo, “preterintencional” en el segundo), incluso si no alcanzado, sea de hecho alcanzable. La norma se refiere a las instalaciones mecánicas de control a distancia en cuanto tales: y en cuanto tales, diversas de cualquier otra instalación. “La violación del art. 4 —concluye el Trib. Milán, S. 7. Julio. 1977, cit.— se realiza cuando objetivamente exista la posibilidad de efectuar un control a distancia sobre la actividad, prescindiendo de la finalidad que el empresario se haya propuesto en concreto”.

Puesto que entran en juego valores constitucionalmente garantizados (retro, n. 5), de la prohibición no puede darse más que una interpretación rigurosa. A su medida, por ejemplo, ha parecido irrelevante que las telecámaras conectadas con “monitores” existentes en las oficinas de la dirección sean temporalmente desenchufadas, “aunque resulte acertada la finalidad del control de los trabajadores en ausencia de necesidades organizativas, productivas o de seguridad en el trabajo” (S. Mag. Milán, 26. Enero. 1978, Ogl. 1978, p. 711; en sentido contrario cfr. también S. Mag. Grosseto, 8. Enero. 1976, Giurisp. merc., 1978, I, pág. 592, y también Zallone, en OGL, 1984, pág. 684). Importa, en suma, la idoneidad intrínseca del aparato en ejercitar el control. No entraremos, ciertamente, en el campo de aplicación de la prohibición, en la hipótesis de una telecámara instalada de manera inmovil en un determinado sector donde no operan trabajadores: en aquel caso, que no interesa a la actividad laboral, ni, tampoco, cuestiona el interés colectivo, estamos en efecto sin duda fuera del ámbito de aplicación del art. 4 del Estatuto: pero si se entrará si la telecámara estuviese, en otra hipótesis, instalada sobre un soporte giratorio. Antes, en este último caso, si el aparato, una vez instalado, no fuese momentaneamente activado, mientras los presupuestos que reclama el párrafo 2 del art. 4 permanecería ausente (por ejemplo, con fines de seguridad en el trabajo, no tiene sentido montar un aparato y luego no

usarlo), se podría acudir (asimismo por la ausencia de los presupuestos ahora considerados) el párrafo 1 de la norma a exámen: de otra manera, la misma puesta en funcionamiento del aparato perdería significado objetivo, allí donde —como se ha dicho— es directamente a las instalaciones de este género a las que la ley se refiere, en cuanto tales.

En todo caso, el ejemplo poco ha recordado no es por comparación alguna a los supuestos de hecho de los que tomamos las muestras. En estos últimos, en efecto, la posibilidad (o, si se prefiere, la potencialidad) del control es insita en el uso concreto que se hace del instrumento mecánico que consta del terminal (**hardware**), cuando las modalidades de su empleo se cualifican por la utilización de programas estandarizados (**software**) conteniendo datos “personalizados” referibles a los operadores.

9. Todavía dos consideraciones: una específica y otra más general. La primera consiste en el traer a colación las debidas conclusiones por cuanto se ha afirmado (en la Sent. cas. n. 1236/83, cit.) a propósito de la suficiencia de la mera “posibilidad de control”. En el sentido del art. 4 del Estatuto —como habíamos ejemplificado— hay que refutar una distinción gramatical entre abstracta idoneidad para el control presentada por un cierto aparato, y concreta existencia del mismo.

A los fines de la aplicación de esta específica norma, es suficiente la pura idoneidad. La norma no distingue entre “acto” y “potencia”: más bien, como se ha dicho ya, entre “intencionalidad” y “preterintencionalidad”. En efecto, el párrafo 1 del art. 4 se mueve en otra lógica diversa respecto a la de “abstracto-concreto”; mientras el segundo requiere que subsistan “exigencias organizativas y productivas” o de “seguridad en el trabajo”, y asimismo la “preterintencionalidad” del control.

La segunda consideración es la que reconoce en el derecho a no sufrir controles impersonales a distancia, como un principio, un derecho no disponible: tales son, en efecto, los derechos de la personalidad y en todo caso es decisivo el valor constitucional de los intereses en juego (retro, n. 5). Es sobre estos fundamentos sobre los que reposa la ratio del primer párrafo del art. 4. Pero es también por esto por lo que provoca alguna perplejidad la selección efectuada por el párrafo 2, cuando equipara a la seguridad del trabajo, como posible causa de sacrificio del derecho de los trabajadores, las “exigencias organizativas y productivas” de la empresa (Romagnoli, en *Statuto dei diritti dei lavoratori*, a cargo de Chezzi, Mancini, Montuschi y Romagnoli, Zanichelli, Bolonia-Roma, 1979, pág. 19). Cualquiera que sea, la misma intervención prevista, en ciertos casos, de la tutela colectiva (convenio de empresa) y por la tutela pública (Inspección de trabajo) atestigua que, también frente a las circunstancias tomadas en consideración por el párrafo 2, la salvaguardia del derecho en cuestión, incluso para ser creíble, debe articularse al menos en una dimensión que por definición de supraindividual. No tiene relevancia alguna el hecho de que el trabajador, a falta de presupuestos materiales de legitimidad de los que habla este último párrafo, sea consciente del control al que está constreñido a someterse (retro, n. 3) o que el mismo inicia (o hace que se dispare) al ejecutar su prestación; o bien que, por el contrario, el control mismo se efectue por su ignorancia (contra, Mag. Genova, 3. Octubre. 1982, DI, 1984, II, pág. 425, conf., Fortuna, ivi, pág. 461).

10. El control a distancia prohibido por el art. 4 no debe ser, necesariamente, "en tiempo real". Además, el aspecto principal de la vejatoriedad que la ley quiere eliminar reside no sólo en el "tiempo real", sino también en la continuidad (además de la automatización e impersonalidad) del control mismo. También Cataudella, en el *Commentario dello statuto dei lavoratori*, dirigido por Prosperetti, I, Giuffrè, Milán, 1975, pág. 80, nota 8, concuerda al estimar un "inaceptable resultado restrictivo" aquél al que se llegaría "cuando se considerase característica esencial del concepto de control a distancia el contexto entre desenvolvimiento del trabajo y conocimiento de los resultados del control por parte del empleador". La lesión del bien protegido —destaca Veneziani, en el *Commentario...*, pág. 23— puede producirse también a través de un control intermitente y/o posterior a la ejecución del trabajo, también mediante sistemas que permiten controles sucesivos. Desde este punto de vista, antes, debe admitirse que es aún mucho más vejatorio aquel control que —como en el supuesto de hecho del que hablamos—, una vez efectuado, permanece memorizado y puede, pues, ser utilizado (como se aludía) también "a posteriori". Bajo este perfil, no presenta en verdad importancia el hecho de que un cierto programa opere sólo sobre datos históricos.

Como quiera que sea, lo que se pone de relieve es la posibilidad (algo más que una simple "potencialidad") de "parar en el tiempo" (de manera faustiana) el resultado del control a distancia, con vistas a su posible utilización en una época próxima o lejana. Piensese, para dar un ejemplo estructuralmente análogo al nuestro, en el caso del empleo de una videgrabadora, eventualmente conectado a una instalación de audio: la grabación de las imágenes —a los fines del posterior momento valorativo del que se hablaba—, es mucho más vejatoria que el control en "tiempo real", puesto que el dato (la imagen) permanece impreso para el futuro en la película o en la cinta o bien en el videocassette; el trabajador sabe que es controlado y, además, "grabado"; a la tensión provocada por el trabajador se añade la debida a la necesidad de continua dedicación al trabajo mismo, sin posibilidad de un respiro humano (o de "micropausas").

11. Concluyendo, las razones que pueden justificar el control a distancia no son jamás pensables de por sí, no se impone nunca "a la evidencia". Deben, por el contrario, ser verificadas en cada caso. Compete al juez, en otros términos, "un análisis crítico dirigido a separar las diversas funciones (productiva, de documentación, de archivo, de control verdadero y propio), para poder luego evaluar si hay o no razones objetivas que justifiquen la permanencia, en los módulos de funcionamiento de la máquina, también la función de control": A. Rossi, "La libertà...", pág. 221. Si resulta tras un análisis crítico de este tipo, que subsiste un aspecto de las actividades de realce y memorización de datos que está exclusivamente dirigido al control, se incide en la prohibición de la ley, y tal aspecto deberá ser removido.

En estos complejos supuestos de hecho es necesario pues escindir lo que sólo sirve para la individualización personal del trabajador de lo que por contra corresponde a apreciables exigencias empresariales, prohibiendo el primero y permitiendo en contra el segundo en los límites de un eventual acuerdo ex. art. 4, párrafo 2.

Cualquier paso en esta dirección, lo ha dado ya la contratación colectiva. Por ejemplo, a un uso impropio de las nuevas tecnologías alude el convenio periodístico, cuando prohíbe que su utilización "pueda ser medio para evaluar el rendimiento individual de los trabajadores" (art. 42). Pero una suma de problemas parece plantearse también para los banqueros y recaudadores de impuestos, y no es difícil prever una expansión como mancha de aceite. Entre las garantías practicables, gana cada vez más aceptación la que consiste en sustituir el código individual de acceso al terminal por un código "de grupo o de departamento", que, en cuanto tal, no permite la identificación del operador individual, reservándose la posibilidad de esta individualización —en relación a las "exigencias organizativas y productivas" de que habla el párrafo 2 del art. 4 —limitadamente a los programas, a las operaciones y a los datos que son considerados particularmente reservados, o "críticos". Una negociación de este tipo, que revise de lleno "áreas de memoria", que excepcionalmente es posible abrir solo mediante "claves de acceso" personalizadas, podría constituir más un no indiferente elemento negocial en el contexto de una más vasta regulación acordada, que "fracasar" en el proceso de informatización: esto es, no sólo en relación a las consecuencias de la introducción de sistemas informativos, considerados como tales, sino también (y, antes, principalmente) respecto de los proyectos de transformación de la organización del trabajo, de los que las nuevas tecnologías no son más que —fuera de todo determinismo— una variable, si bien dotada, en la ambivalencia de la que hace poco se hablaba, de efectivos poderes atrayentes.

Francesco Liso

No se puede negar que la difusión del ordenador en las organizaciones productivas nos pone frente a nuevas tipologías de control, sin duda desconocidas al legislador de 1970. Esta constatación no parece, sin embargo, justificar por sí la afirmación de un desplazamiento de la norma frente a la nueva realidad (Carinci) y de la absoluta necesidad, pues, de su puesta al día: la norma, en efecto, por los términos generales en que está formulada, parece dotada de un notable grado de eficacia en su aplicación; y de ella, así, se puede sin más decir que no representa un impedimento a la introducción de innovaciones tecnológicas en los procesos productivos. Es verdad, por contra, que el control realizado a través del ordenador —por los particulares perfiles de novedad que presenta, y no tan sólo por su potencialidad difusiva, que podran implicar una más frecuente utilización de la norma— representa un fuerte estímulo para una profundización del análisis de los contenidos de esta última.

El problema que, si no me equivoco, late en el fondo de las cuestiones formuladas es sin más rodeos el de la individualización del supuesto de hecho regulado por el art. 4 de la ley núm. 300/1970: el uso de aparatos aptos para el "control a distancia de la actividad de los trabajadores".

La amplitud de la formulación, considerada en comparación con las múltiples formas y direcciones que el control puede presentar en las unidades productivas, induce de pronto a afirmar que una individualización de su exacto

contenido es casi imposible sin un reconocimiento preliminar —sobre el plano lógico— de la dirección en la cual la norma se mueve. No ponerse en esta perspectiva puede inducir a configurar en términos excesivamente amplios el área interesada por la antes dicha norma; tan amplios que conviertan en sustancialmente indeterminados sus contornos, y que confieran a ella —considerado que la función de control representa un insuprimible elemento constitutivo de todo sistema organizativo— un ámbito que el legislador, con certeza, no ha querido asignarle: el de constituir el vehículo para negociación —y, a falta de acuerdo, para la intervención de la Inspección de trabajo— que tenga por objeto prácticamente cualquier aspecto de la organización del trabajo.

Para avalar cuanto se acaba de afirmar es suficiente un sumario reconocimiento sobre el plano práctico del fenómeno **control de la actividad de los trabajadores** en el ámbito de las organizaciones productivas.

A ello resultan ciertamente reconducibles hechos entre sí bastante diferentes, por estructura y/o función, como por ejemplo: la grabación, mediante reloj marcador, del horario de entrada y del horario de salida del trabajo; el análisis de las piezas producidas por el trabajador, dirigido a verificar la presencia de un determinado standard de calidad; la grabación del número de piezas producidas por cada trabajador; la telecámara puesta en el departamento; la cadena de montaje; la grabación que una determinada operación ha efectuado de una determinada persona; el destajo; etcétera.

Estos ejemplos son suficientes para evidenciar como, a falta de la asunción de una precisa interpretación, dirigida a identificar el bien o los bienes tutelados por la norma, en el supuesto contemplado por esta última se podría terminar por ser retomadas también formas de control que el simple buen sentido no haría reconducir a la materia por aquella regulada.

La indagación que conviene asumir, pues, es la ofrecida por la misma ley en cuyo cuerpo la norma se encuentra colocada. Al ponerse el objetivo de reprimir aquellas particulares formas de ejercicio del poder empresarial que la experiencia indicaba como lesivas de la dignidad y de la libertad de los trabajadores, el legislador ha regulado una serie de elementos de la organización productiva, que podríamos en resumidas cuentas definir como ambientales (en un sentido diferente al del ambiente físico), todos reconducibles a la función de control de la fuerza trabajo que la denominada gestión del personal procura asegurar.

Así, por ejemplo, se prohíbe el control de tipo coercitivo policíaco desplegado por los guardias jurados (art. 3); se niega el control manipulativo ejercitable a través de la gestión unilateral de actividades culturales, recreativas y asistenciales (art. 11); se prohíbe el control, de tipo preventivo, ejercitable a través del desenvolvimiento de investigaciones sobre hechos no relevantes a los fines de la evaluación de las actitudes profesionales de los trabajadores (art. 8); se regulan particulares formas de control —por ej., las comprobaciones sanitarias (art. 5) y visitas personales de control (art. 6)— que podremos definir como dirigidas a la confirmación de la observancia de ciertas reglas de comportamiento.

La ley no niega la esencialidad de la función de control, pero impide a ésta determinadas modalidades de expresión, típicas de inaceptables modelos de gestión policíacos o paternalista-autoritarios. Deriva de ahí ciertamente una nueva dimensión del control —en la extensión, por efecto de la posición de prohibiciones, y no tanto, para ciertos aspectos, en eficacia, también por efecto del carácter procedimental de algunos poderes (piénsese, por ej., en la suspensión de la inmediata sanción disciplinaria)— pero, al propio tiempo, una confirmación de su cualidad de no extingible. La sujeción del trabajador se reconduce, en verdad, a niveles compatibles con el respeto a la libertad y a la dignidad de la persona, pero al mismo tiempo es confirmada como elemento connatural a la relación de subordinación.

En éste el contexto en el que se coloca nuestra norma. Esta ha sido formulada para prohibir el control sobre la actividad de los trabajadores ejercitado a través de instalaciones audiovisuales, aparatos de control que, para decirlo con el Orwel de "1984", se podría definir de **psicopolicíaco**. Este, en efecto, elevando de manera considerable la capacidad de adquisición de informaciones sobre el comportamiento de cada uno, está dirigido a sugerir en estos últimos un estado de intolerable coacción psicológica, ciertamente limitador de la libertad y lesivo de la dignidad.

Considerándola más cerca, se puede poner de manifiesto que la dirección de la tutela prestada por aquélla es doble.

De un lado, se protege de forma directa el interés del trabajador a no estar sometido a un poder que se sirva —de manera abierta o soterrada— de aparatos de control (clásico ejemplo es el de la televisión en circuito cerrado) capaz de inducirlo a la máxima tensión en la realización de su prestación laboral (este es un aspecto que había cultivado Pera cuando ponía de relieve que la norma tenía por finalidad —aunque más correctamente habría debido decirse que producía el efecto— de reducir el deber del trabajador a los límites de una cierta tolerancia).

De otro lado, la norma —que, téngase en cuenta, se refiere genéricamente a la actividad de trabajadores y, por tanto, no a la sola realización de la prestación de trabajo consistente en las tareas de deshinibición— está dirigida a proteger el interés del trabajador en una esfera de intimidad, esto es, el interés a no ser sujeto de un control (abierto u oculto) generalizado, apto para grabar también hechos no relevantes a los fines de la valoración del cumplimiento de la prestación laboral (por ejemplo, telecámaras puestas en los comedores, o bien delante del local de la representación sindical).

Se trata de dos direcciones que pueden también solaparse (por ejemplo, en ciertas organizaciones grabar si uno va a los servicios puede también ser un modo para ver cuánto trabaja), pero que en no menor medida son en todo caso conceptualmente distinguibles entre sí. Mientras, en efecto, en el segundo caso nos encontramos delante de una tutela directa de una esfera de intimidad del trabajador en áreas que —no siendo relevantes a los fines de una valoración de la "aptitud profesional del trabajador" (como podremos decir refiriéndonos al art. 8 de la ley núm. 300/1970, que es norma indudablemente ligada a la que estamos examinando)— están estructuralmente impedidas del montante de conocimientos adquiribles por el empleador, en el primer caso,

por contra, el que se pone inmediatamente de manifiesto no es el "derecho a ser dejado en paz", esto es, el derecho a la intimidad (de otra forma no se justificaría que esta pueda ser infringida por la actividad de quienes se dedican a la vigilancia), sino es el derecho a no ser estar sometido a particulares modalidades ambientales de ejecución de la prestación, con la finalidad de inducir al trabajador a un **esfuerzo de prestación** estresante; si también con este propósito se quiere hablar de intimidad, es necesario decir ahora que la tutela de esta última es aquí instrumento para crear condiciones de realización de la prestación de trabajo más a medida del hombre (libre y no esclavo).

Ambas direcciones de la norma indican que, entre las varias formas que el control puede asumir en la organización productiva, están vistas como socialmente peligrosas las que tienen una directa **finalidad disciplinaria** en sentido amplio, en cuanto que, además y antes que a la represión del comportamiento desviado, están dirigidas a asegurar —con carácter preventivo y de forma tendencialmente continuada (y, como tal, evejatoria)— que el trabajador consiga "espontáneamente" —en el temor de consecuencias desventajosas— los standards de comportamiento, sobre el trabajo y en las pausas del trabajo, impuestos por el empleador o bien, más frecuentemente, que se estiman esperados por este último. En otros términos, a lo que el legislador del estatuto se opone claramente es a un uso de mecanismos de conocimiento de la actividad de los trabajadores como instrumento para condicionar directamente el comportamiento de los mismos.

En este punto es necesario descender hacia un reconocimiento más puntual del contenido preceptivo de la disposición que se examina. Esta indica las **modalidades** del control y los **datos** que constituyen el objeto de éste.

Bajo el primer aspecto se plantea el problema de interpretar el concepto de "distancia"; bajo el segundo se plantea el problema de interpretar el concepto de "actividad" del trabajador.

Estos dos elementos deben decirnos por qué se realiza el supuesto de hecho.

a) El concepto de "distancia" puede ser entendido como expresión repetitiva de una característica del control regulado por la norma, característica derivada del hecho de ser explicado a través de "aparatos". Desde este punto de vista se puede decir que es "a distancia" todo control no efectuado por el personal de vigilancia del que se habla en el art. 3 a través de una observación directa.

Es compartida, además, la posición de quien (Veneziani) considera que constituye control —a los fines de la norma— también el que se desarrolla no de manera simultánea al desarrollo de la acción sujeta al control, sino posteriormente, a través de la lectura de datos grabados. En efecto, el desfase temporal no es elemento de por sí idóneo para alterar significativamente las connotaciones esenciales de la materia que ha querido regular.

La expresión "a distancia", por contra, no puede ser utilizada para afirmar que elemento típico del control prohibido sea la falta de conocimiento, en el trabajador, de la existencia del control. El concepto de "distancia", en verdad, no implica necesariamente el de secreto. Ciertamente es este último puede constituir una modalidad del control prohibido, pero sólo de forma eventual.

Por otro lado, el pleno conocimiento del trabajador (conocimiento a cerca de la existencia de un sistema de control que puede ser activado sin que el trabajador lo advierta, o bien conocimiento de que el control está en marcha), en efecto, no disminuye lo más mínimo la potencialidad lesiva del control, sino que más bien la agrava (en particular, en el primer caso). La misma consideración puede desarrollarse para aquel control cuyo funcionamiento requiera una adecuada prestación de colaboración del trabajador (al que se exige activar el mecanismo que realiza el control); tampoco en este caso desaparece "la distancia", esto es, la sujeción a un aparato a través de cuyo inexorable funcionamiento mecánico, dilatando artificialmente el propio poder, el acreedor realiza las condiciones de uso de la fuerza de trabajo para sí más favorables, pero negando dignidad al deudor y reduciéndolo a mera fuente de energía de la que se suministra en medida directamente proporcional a la propia fuerza condicionante.

b) El segundo elemento del supuesto es el de la "actividad" ciertamente la genericidad del término utilizado permite afirmar —como habíamos ya visto— que objeto sobre el cual se ejercita el control regulado por el art. 4 no es sólo la actividad laboral, sino también cualquier otro comportamiento tenido por el trabajador en la empresa.

Esta consideración, sin embargo, no es suficiente puesto que el término queda ahora peligrosamente indeterminado. En efecto, si no se descendiese a ulteriores puntualizaciones, el conocimiento a distancia oculta o patente de cualquier fracción de actividad podría de por sí configurar el control. Es necesario ahora, en este punto, procediendo con la gradualidad necesaria por la extrema variedad de las situaciones que se pueden presentar, descender a un reconocimiento más puntual de los casos en que puede considerarse subsistente un control en el sentido del artículo 4 antes que distinguir, en este último, los casos en que la susodicha finalidad disciplinaria debe considerarse subsistente (párrafo 1) y aquéllos en que ésta debe considerarse seguramente excluida (párrafo 2).

Habíamos ya considerado que el supuesto de hecho previsto por la norma (primer párrafo) tiene lugar cuando el control a distancia está adecuadamente predisposto como instrumento "psicopoliciaco" para obtener por parte de cada uno de los trabajadores, o bien para imponerles, determinados standards de comportamiento. El control está por tanto prohibido en la medida en que está explícitamente dirigido a someter al trabajador a una valoración; mediante la anonimidad de la "observación" y su inexorable inhumana mecanicidad el control condicionaría el comportamiento del trabajador haciendo palanca sobre su desidia psicológica toda otra medida aceptable (en efecto un cierto grado de condicionamiento está ya implícito en la misma esencia de la relación de trabajo subordinado, puesto que naturalmente proviene de la diferente situación propia y respectiva de cada una de las partes de la relación misma). En otros términos, la norma reconoce a los trabajadores el derecho a prestar su actividad en un ambiente en que no se ejercite, precisamente mediante el uso oculto o abierto de instrumentos de control, un poder vejatorio.

El control a distancia se prohíbe pues en la medida en que es utilizado como instrumento para obtener "espontáneamente" el máximo grado de "lealtad"

(párrafo 1) (esto sucede cuando la adquisición de conocimiento de la actividad —realizada a través del aparato— tiene por finalidad una valoración realizada en la lógica de la gestión del personal; está directamente dirigida, esto es, a dar respuesta a cuestiones del siguiente tenor: “¿cuánto rinde cada uno?”, “¿quién es el mejor?”, “¿quién vence al cansancio?”).

Pongamos el ejemplo de un trabajo de dactilografía.

Si se instalase un aparato de grabación del número de las pulsaciones efectuadas por cada uno de los operadores no habría duda sobre ilicitud de esta instalación. En efecto, el trabajador sería inducido, por la presencia de aquel aparato, a efectuar el máximo de las pulsaciones posibles, o al menos a mantenerse en un standard que excluya el que se forme un juicio negativo frente a él: estaremos en presencia, pues, de una forma de control prohibido (art. 4, párrafo 1).

En la misma situación, y peor, se encontraría el trabajador en el caso en que se instalase una telecámara que entre o pueda entrar en funcionamiento a intervalos regulares o irregulares: su situación de fondo no cambiaría, pues se encontraría constantemente “bajo exámen” y sería por esta vía constreñido a comportarse como esperamos que él se comporte. En estos casos el control está prohibido en cuanto se utiliza como instrumento de “disciplina” de la fuerza de trabajo.

Se puede afirmar con tranquilidad que la instalación del aparato de grabación del número de las pulsaciones efectuadas no caería por contra, en la prohibición (y ni siquiera en el supuesto de segundo párrafo) cuando estuviese directamente aplicado a la determinación del montante de la retribución.

En este caso el control (verificación) del número de las pulsaciones sería absolutamente lícito en cuanto surgiría como consecuencia necesaria de una modalidad organizativa (destajo) no prohibida. Y a bien ver, el logro de un determinado standard de prestación se obtiene, en este caso, no a través del control, sino a través de un adecuado sistema de incentivos.

Continuando en este reconocimiento, se debe reconocer que el supuesto de hecho del control previsto por la norma no tiene lugar ni siquiera en el caso en que, incluso existiendo conocimiento del comportamiento tenido por el trabajador individual, aquella sea tratada por la **valoración cualitativa del resultado** que la prestación laboral había producido (allí donde esto sea configurable de manera diversa a la propia ejecución de la prestación de conformidad a los directivos recibidas, ejecución que representa el contenido esencial de la obligación deducida en el contrato desde el lado del trabajador). Se puede hipotizar un aparato que señale la existencia de la pieza defectuosa producida y que al mismo tiempo permita la individualización del operario al que es adjudicable el trabajo mal hecho; un terminal video que consienta al jefe de oficinas la supervisión de cada una de las acciones efectuadas por todo empleado en sus dependencias.

En estos casos es indudable la existencia de un control y es igual de indudable que este permite una valoración de la actividad desarrollada; pero se puede también decir que el control tiene por objeto, de forma directa, no la **actividad** (en otros términos: **lo que se está haciendo**, o bien —cuando nos sirvamos de grabaciones— **lo que se estaba haciendo**), sino el **resultado** (en otros términos: **lo que se ha hecho**).

Las mismas consideraciones no podrían ser desarrolladas, por contra, con referencia a aparatos que estuviesen dirigidos a una **valoración cuantitativa** del resultado, en un contexto organizativo en el que el standard cuantitativo de la prestación no haya sido convenido o fijado unilateralmente por el empleador.

La falta de un standar oficial, en efecto, con mucha probabilidad termina por conferir al control sobre la cantidad la naturaleza de instrumento dirigido a obtener superiores **standars** de prestación a través de la coacción psicológica implícita en la valoración comparada que el empleador estaría en situación de cumplir a través del uso del aparato.

La existencia oficial de un standard, por contra, conferiría al control sólo sobre la cantidad —desarrollado, repito, a través del conocimiento del resultado— la naturaleza de comprobación de la exactitud del cumplimiento (el empleador, en otros términos, ejercitaría en este caso una facultad que conatural a cualquier posición acreedora y que difícilmente puede decirse revista los extremos de la vejación).

Se está fuera del campo de aplicación de la norma también en casos en que el sistema de control no sea apto para permitir una valoración del comportamiento de cada trabajador. Para volver al ejemplo antes utilizado, este acontecería si el aparato se limitase a registrar el número de las pulsaciones a **grosso modo** efectuadas por la oficina, no consintiendo en cambio una imputación a cada uno de los operadores. En este caso la predicha finalidad vejatoria estaría ausente por definición, al faltar el presupuesto estructural representado por la posibilidad del ejercicio de una coacción psicológica dirigida sobre cada uno.

Bien visto, nos encontraremos delante de una forma de control que no interesaría mínimamente al área del contrato individual de trabajo.

Avanzando más lejos —y se responde así a la primera de las preguntas formuladas en el cuestionario— se puede afirmar que la “lectura” de fracciones no significativas de la actividad laboral, cuando esté sostenida por una razón organizativa (que no sea aquella, inadmisibile, de mantener la “disciplina” a través de la creación de un clima de espías: esto sucedería, por ejemplo, en el caso de un uso intermitente y causal del telecámara) no configura un control en el sentido del art. 4. En otros términos, la existencia de un razonable motivo organizativo excluye de por sí que pueda haber control, en el sentido del art. 4, cuando el control se limite a fracciones de comportamiento, cuya observación no es apta para inducir al trabajador a un mayor esfuerzo de prestación ni para agravar significativamente la situación de sujeción en que este último naturalmente se encuentra.

No parecen reentrar por tanto en el artículo 4 de los **controles** (podrían llamarse defensivos) que están dirigidos únicamente a asegurar el respeto a muy bien determinada regla que impone un comportamiento omisivo, o bien a estimular en los trabajadores una actitud de autocontinencia en el uso de determinados bienes productivos. Como ejemplo de una situación del primer tipo se puede hipotizar que la prohibición de fumar (donde haya material inflamable) pueda ser acompañada por la medida organizativa de la instalación de un detector de humos; que la prohibición de utilizar el teléfono para llamadas in-

terurbanas pueda ser acompañado por la instalación de un mecanismo de grabación de las llamadas interurbanas eventualmente hechas. (Se puede así responder, a la última de las cuestiones planteadas, afirmando que no constituye violación del art. 4 la instalación de un aparato de control que se ponga en funcionamiento por el mismo trabajador en el momento en que este último comete un ilícito). Como ejemplo de una situación del segundo tipo se puede pensar que, para poner remedio a un consumo excesivo de fotocopias, a cada uno de los trabajadores que utiliza la máquina fotocopidora se le exija registrar el número de las fotocopias hechas, o bien se le dote de una tarjeta que permita el acceso a la máquina y al propio tiempo grave automáticamente el número de las fotocopias hechas.

En la primera situación nos encontramos delante de aparatos dispuestos a poner de relieve exclusivamente la eventual comisión de actos explícitamente prohibidos en función de la tutela de muy cualificados intereses de la organización productiva: se puede decir que éstos no son aptos para expresar la coacción psicológica, que habíamos considerado connatural al control prohibido, si no en las comprobaciones de sujetos dispuestos a cometer aquellos actos ciertamente no merecedores de tutela. Aparatos de este tipo son conocidos también fuera de las organizaciones productivas: piénsese, por ejemplo, en el control electromagnético colocado a la salida de algunas librerías o de algunos grandes almacenes, destinado a la represión de eventuales hurtos.

En la segunda situación se excluye que exista un control sobre la actividad puesto que, bien mirado, nos encontramos frente a elementos de conocimiento escasamente relevantes a los fines de la valoración del "rendimiento" del trabajador (dado que la actividad de fotocopiar constituye un elemento accesorio y eventual de la compleja prestación de trabajo y aquí capaces de no originar "temores" y allí negativas tensiones en el cumplimiento de la prestación).

En mi opinión pueden hacerse reentrar en la tipología de los controles defensivos también los controles destinados a verificar que el trabajador desempeña una determinada acción o una serie de acciones relevantes a los fines de la garantía de los valores superiores (como la integridad de las personas o la conservación de las instalaciones).

Por ejemplo, se puede pensar que el cumplimiento defectuoso de una serie de reglas periódicas de una cierta instalación, a desarrollar en la jornada y necesarias para evitar que se materialice una situación de peligro, se ponga de manifiesto por un aparato que inmediatamente denuncie dicha situación.

La valoración de la prestación que sin duda mediante tal indicación puede conseguirse no es razón para afirmar que nos encontramos ante un control de la actividad del trabajador. En este caso, bien mirado, objeto del control no es la actividad laboral, sino la comprobación de una situación de peligro.

En la jurisprudencia se ha planteado el caso de un trabajador —destinado al turno de noche para la comprobación de las instalaciones calificadas de peligrosas por el uso de amoníaco— al que le había sido impuesta la obligación de perforar el disco horario a cada hora (Mag. Venecia, 26.6.1973, MGL, 1973, 362). En casos como éste no es la presencia de la consabida cooperación del trabajador el elemento que de por sí excluye recurrir al supuesto de hecho

prohibido, sino que es precisamente la absoluta carencia de la finalidad de la que se hablaba antes. En el ejemplo aportado poco ha esta finalidad sería ciertamente excluida si el mecanismo fuese tal que la falta de perforación (evidentemente debida al sueño del encargado) haga disparse una alarma (el control formaría parte, de este modo, de un sistema de seguridad).

Otra cosa habría que decir en el caso en que la perforación constituya una pista para evaluar, en un momento posterior, si la prestación había tenido un mínimo de standard programado: en este caso estaremos sin duda frente a una forma de control lícita, pero ésta con mucha probabilidad entraría a formar parte de aquéllas para cuya puesta en ejecución es necesario el acuerdo de la representación sindical en la empresa o la autorización de la Inspección.

He dicho "con mucha probabilidad" porque no se puede excluir que tal forma de control pueda entrar en otra tipología límite imaginable, que pudiera considerarse no incluíble en el art. 4. Se puede en efecto pensar en un control que esté destinado a registrar la existencia de un standar mínimo de prestación a falta del cual podría efectivamente dudarse que cumplimiento haya habido.

En otros términos, volviendo al ejemplo del trabajo de dactilografía, podría no haber control prohibido si la grabación se limitase a verificar la existencia de un umbral mínimo de pulsaciones.

Siempre en el ámbito de controles que he llamado defensivos podría hacerse incluir la imposición, respecto al trabajador, de la "firma" de operaciones que impliquen la asunción de determinadas responsabilidades. Piénsese en los sistemas de grabación automática del nombre del operador que entre (no sólo al horario de entrada) en un determinando "ambiente" que necesite de una particular protección. Se puede plantear la hipótesis del acceso al sótano del banco, pero se puede pensar también en la hipótesis del encargado de las prenotaciones efectuadas mediante terminales (la empresa, en efecto, puede tener interés en conocer el nombre del operador que efectuó la operación).

En todos los casos considerados anteriormente el control operado está claramente privado de cualquier naturaleza vejatoria. Su existencia puede ciertamente provocar algún tipo de sacrificio —en cuanto, en mayor o menor medida, siempre equivale a una declaración de desconfianza— pero no cae dentro del ámbito del art. 4, ya que:

a) El aparato se limita sólo a grabar señales parciales de la actividad desarrollada y no realiza intrusión directa alguna sobre el desarrollo de la actividad misma (esta intrusión se realiza en contra, por ejemplo, en los casos en que el control de aquéllos que utilizan el teléfono se haga, improvisadamente, a través de la denominada inserción de gorra; modalidad esta última, de tipo "disciplinario", que por lo demás consiente de evaluar el trabajo que se está desarrollando.

b) El aparato tiene como única función la de control sobre el respeto de reglas muy determinadas, destinadas directamente no a influir sobre lo que se ha definido **esfuerzo de prestación** del trabajador, sino a asegurar que este último no perjudique intereses de la organización merecedores de ser satisfechos (por ejemplo, el de la realización de economía de gestión, el de la protección del patrimonio empresarial).

Contra esta última afirmación no sería invocable, en mi opinión, un acercamiento entre los arts. 4 y 6 del Estatuto. Es verdad que este último artículo pone límites a la comprobación del comportamiento ilícito del trabajador, pero éstos encuentran justificación en el particular carácter de aquel control (pesquisa) que toca al valor primario de la libertad personal.

En conclusión se debe considerar que la finalidad defensiva del control excluye de forma radical que este último asuma el carácter de instrumento de manipulación (a través del ejercicio de una coacción psicológica) de la conducta del trabajador; salvo que no se quiera paradójicamente llegar a afirmar que el legislador había querido considerar merecedor de protección la posibilidad del trabajador de decidirse libremente a la comisión de un ilícito.

De cuanto se ha dicho hasta aquí (y se responde ahora a la segunda cuestión) es posible deducir que un control en el sentido del art. 4 es seguramente configurable todas las veces en que el aparato permita adquirir constantemente elementos de conocimiento **directo** de la actividad del trabajador (**lo que se está o se estaba haciendo**), cuya posesión por parte del detentador de la organización productiva —poniendo esto último en situación de formular una valoración del estándar de comportamiento del trabajador y por ello de ejercitar, sobre su base, el poder de “castigar” y el de “premiar”— razonablemente induzca al trabajador al obsesivo temor a consecuencias desfavorables, creando así condiciones objetivas desagradables del desarrollo de la prestación.

La presencia de una finalidad de satisfacción de exigencias objetivas de la organización productiva convierte sin embargo en lícita la instalación del aparato (también si la actuación de la decisión se hace a través de procedimiento; párrafo 2).

Desde el punto de vista estructural no hay por tanto diferencia entre los controles contemplados por el primer párrafo y los contemplados por el segundo. El elemento diferente es sólo el de la razón organizativa que justifica la instalación del aparato. Entre las varias posibles razones organizativas el legislador ha proscrito las de la obtención de la máxima lealtad por parte de trabajadores realizada con métodos psicopolicíacos, lesivos como tales de la libertad y de la dignidad de la persona.

Es superfluo recordar que cuando el legislador requiere que determinadas decisiones empresariales estén legitimadas por la subsistencia de objetivas exigencias organizativas, esto remite a un juicio que en sustancia se funda sobre una valoración comparativa de los intereses contrapuestos en juego. En otros términos, no toda exigencia aducida, en cuanto referida a intereses empresariales, está a priori excluida de cualquier sindicato sobre su valor y no sólo, y sobre todo, a cerca de su efectividad justificadora de la concreta decisión empresarial. Sobre este perfil encuentra justificación la elección del legislador de imponer al empresario la carga de hacer verificar a la representación sindical o, a falta de acuerdo con esta última, a la Inspección de trabajo, la importancia del interés perseguido y su dependencia —según “la experiencia y la técnica” (se podría decir, aludiendo a la expresión utilizada en el art. 2087 C.c.)— de la utilización del aparato de control.

En línea general —no obstante la aparente letra contraria de la disposición, con referencia a la cual se ha dicho que esta contempla la preterintencionali-

dad como condición de la licitud del control de la actividad del trabajador (Romagnoli)— no se puede excluir del todo que puedan ser casos en que la exigencia organizativa y productiva pueda ser directamente la de verificar que la actividad laboral se desarrolla (o está desarrollada) según determinadas prescripciones, o bien de conocer algunas de sus características.

Piénsese por ejemplo, de un lado, en la prueba aérea; la empresa constructora puede tener interés en grabar la entera prestación de práctico para estar segura que la máquina ha estado sometida a determinadas peticiones. Por otro lado, piénsese en controles de la actividad de trabajadores dirigidos a estudiar las características ergonómicas de la prestación o bien a poner de relieve los tiempos de ejecución de cada una de las operaciones en función de la formación de las tarifas del destajo.

¿Qué elementos de novedad comporta el uso del ordenador respecto a la lectura del art. 4 que se ha desarrollado hasta aquí de forma sintética?

Sin duda alguna el uso del ordenador dilata enormemente, en el plano cuantitativo, pero también en el cualitativo, las posibilidades, para el empleador, de conseguir elementos de conocimiento sobre la organización productiva y, a sus results, sobre la actividad desarrollada por cada uno de los trabajadores, así como amplía la posibilidad de una tempestuosa valoración y utilización de los ya dichos elementos de conocimiento a los fines de una más eficiente actividad de gestión de la organización y, por ello, también a los fines de la gestión del personal. El ordenador permite por tanto, un notable salto de cualidad en la capacidad de “control” del empresario sobre la organización productiva y marca inevitablemente una transformación de poder a favor de la dirección, reduciendo en una cierta medida la importancia de la que podríamos llamar “espectativa del comportamiento fiel”, que tradicionalmente caracterizaba la actitud empresarial frente al trabajo en particular de los empleados. Se puede decir, en efecto, que el ordenador está en situación de producir de manera sólida sobre el trabajo de los empleados el efecto de visible comercialización —objetivación— que la organización técnica de la producción había impuesto desde el comienzo al trabajo manual, ligándolo a la máquina.

Los datos resultantes del listado de los que se habla en la nota a pié de la primera página de esta intervención pueden ser significativos de la potencialidad del ordenador en esta dirección. Lo que caracteriza al ordenador, en efecto, es su capacidad de ser, a un tiempo, “utensilio” para la realización de un determinado producto o servicio y memorización de todas las características (temporales, cualitativas, cuantitativas) de la energía trabajadora que sobre aquél se aplica, y no tanto de los que podrían ser considerados como los resultados intermedios de la actividad desarrollada.

Estas particulares cualidades del ordenador, sin embargo, no parecen capaces de desplazar efectivamente los criterios de valoración, antes ilustrados en síntesis, que se deben considerar implícitos en la norma. Estos pueden ser eficazmente utilizados también en contra del uso del ordenador, cuya actividad de memorización (la que se ha indicado antes) —no siendo un elemento necesario de la máquina, pero dependiendo, en su amplitud, de las características del programa ejecutado por ésta última— puede muy bien estar someti-

da a la criba de su directa respuesta a la satisfacción de específicas exigencias organizativas y productivas. La pluralidad de funciones a las cuales se presta la referida actividad de memorización seguiría siendo atentamente analizada, a fin de distinguir —como se ha dicho antes— entre control dirigido a la adquisición de datos útiles a la programación y regulación (coordinación) de las varias fases de la actividad productiva y control dirigido a exclusivos fines de “disciplina” (en sentido amplio) de la fuerza de trabajo (Rossi). Se trata de un análisis delicado, que no es posible simular según completos esquemas teóricos preestablecidos, pudiendo de vez en cuando surgir, en casos singulares, los más variados elementos de hecho idóneos para orientar de otra forma la valoración. Se puede aquí decir que parece preferible —sea por más ágil, sea por responder mejor a la estructura de la norma— un método de investigación que dé preferencia al reconocimiento de las particulares exigencias organizativas satisfechas por cada una de las series de datos memorizados. Bajo este perfil la tercera cuestión parece, en línea de principios, mal planteada, debiéndose dar respuesta a ella, de manera eventual, sólo después de haber contrastado la subsistencia de una seria razón organizativa o productiva. Está claro que la falta de razones satisfactorias haría presumir el desmerecimiento de las finalidades que se intentan alcanzar.

Dicho esto —y puesto de relieve también que el acuerdo sindical, en la lógica de la norma, se presta a ser el instrumento más idóneo para reconocer la aceptabilidad social de determinados controles y dar confianza sobre su legitimidad— no parecen sin embargo ni siquiera compartir aquellas posiciones interpretativas que tienden a reducir la serie de las razones objetivas admisibles, y lo hacen partiendo de una consideración generalmente negativa del hecho de que el empleador, a través del mayor número de informaciones que está en situación de conseguir, tenga la posibilidad de valorar la diferente cualidad de las aportaciones colaboradoras resultantes. De este modo se termina así por teorizar, implícitamente, una suerte de derecho al anonimato de la actividad realizada que parece francamente excesivo y que además —dados los tiempos que corren (de redescubrimiento de valores meritocráticos)— podría incluso no convenir a los trabajadores que tuvieran fuertes motivaciones en la promoción.

Me permito aquí de expresar una opinión que intuyo, una opinión que, para estar sostenida con convicción, requeriría por mi parte un mayor conocimiento de causa: parece por creíble, en líneas generales, que se invoque —por parte de quien se empeña en desarrollar un trabajo profesional y creativo, como parecer el de quien utiliza el ordenador— un derecho al anonimato (es como si el proyectista tuviese interés en hacer desaparecer los esbozos a través de cuya sucesiva reelaboración éste ha llegado al proyecto final, esbozos que por contra son de propiedad de la empresa, la cual, en hipótesis, podría recabar de aquél, a través de la actividad de otros colaboradores, ulteriores resultados; o como si el investigador químico tuviese interés en cancelar toda señal de las varias composiciones experimentadas sin éxito antes de llegar a la solución útil, mientras conservar memoria de los experimentos inútiles intentados puede responder a preciso interés de la organización).

Un símil directo quizás es más creíblemente invocable por parte de quien desarrolla un trabajo ejecutivo. Y no es tal, me parece, el de los trabajadores que utilizan la calculadora. ¿No es más probable, entonces, que se invoque un derecho al anonimato por parte de éstos últimos con el fin de que sólo son enteramente comprensibles en la óptica de relaciones colectivas?

Una breve consideración para concluir, en corrección parcial de cuanto se afirmó al comienzo: la oportunidad de la revisión de la norma sobre controles a distancia puede admitirse exclusivamente por sus perfiles penales. Pero no a través de la supuesta indeterminación del supuesto delictivo, que ha inducido a alguno (Zallone) a teorizar la inconstitucionalidad de la norma (esta tiene un grado de “indeterminación” no desconocido por otras normas penales); es probable, por contra, que la revisión deba interesar los aspectos sancionadores, y por ello más al art. 38 que al art. 4.

Bien mirado la creciente difusión de innovaciones tecnológicas, realizadas en un contexto de relaciones industriales difíciles, como el presente, en el que la prevalente parte empresarial, expresando un abierto disgusto frente al control sindical, es reticente en seguir el camino indicado por el segundo párrafo del art. 4, puede llevar a la irritación un elemento de contradicción que ha estado siempre latente: éste se desprende del hecho de que la sanción penal culpa en igual medida dos comportamientos muy diferentes entre sí, el de la realización del control con finalidad disciplinaria y el de la violación de la norma relativa al procedimiento.

La falta de diferenciación empuja a la empresa a una vía en exceso arriesgada, en cuanto la constriñe a argumentar en juicio la inexistencia del control allí donde en muchos casos sería más razonable y ágil sostener la existencia de razones organizativas en justificación de la instalación del aparato. Esta segunda vía, sin embargo, está prácticamente impedida por el hecho de que en todo caso no se evitaría la sanción penal.

En otros términos la sanción penal por la falta de respeto al procedimiento parece sanción excesiva. Más apropiada parecería, por contra, una disposición análoga al art. 28 del Estatuto. Esta solución se demuestra oportuna también en consideración de otro perfil presente en la norma: el de la objetiva incertidumbre —en este caso más razonablemente reclamable y además inevitable— que puede presentar la individualización de las razones organizativas y productivas cuya presencia justifica la instalación del aparato.

#### NOTA

1. En el caso en cuestión de un listado resulta grabado el código de identificación del operador; además, sobre base semanal, también el número de trabajos (o ejecuciones de programas) lanzados (desarrollados) por el terminal (JOBS); el porcentaje de los trabajos terminados anómalamente (FAILED); el tiempo en horas de la unidad central del ordenador utilizado para aquéllos trabajos (CPU TIME); el tiempo total empleado por la máquina para completar aquéllos trabajos a partir de su lanzamiento (TOT TAT-HOURS); el número total de operaciones de lectura y escritura requerido por los trabajos (TOT-EXCP); la duración total de trabajos en menos tiempo empleado para la impresión (ELAPS-HOURS); el valor medio de memoria central del ordenador utilizado (AUG-JOBCORE); el número total de renglones impresos (TOT-NUMLINE).