

NUEVAS TECNOLOGÍAS Y PODER DE DIRECCIÓN: LA FISCALIZACIÓN LABORAL EN LA ERA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL*

LIDIA VILCHEZ GARCÉS

Docente de la Maestría de Derecho del Trabajo de la Pontificia
Universidad Católica del Perú. Asociada Principal de Philippi,
Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría Abogados.

* La autora agradece el apoyo en la investigación para la elaboración del presente Trabajo a Luz Limachi y Sebastián Brain, estudiantes de derecho y practicantes pre-profesionales en Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría.

INTRODUCCIÓN

A causa de la Pandemia ocasionada por el Covid-19, nos encontramos atravesando – *qué duda cabe* – la crisis sanitaria y económica más retardadora de, cuando menos, el último siglo. Si bien, antes del inicio de la pandemia, percibíamos que los cambios tecnológicos venían revolucionando la realidad como la conocíamos, este contexto extraordinario trajo una nueva revolución, que ha remecido todas nuestras estructuras, en todos los niveles y sin ninguna excepción. Así, se entiende ahora, con meridiana claridad, que recién estamos descubriendo, en su real dimensión, la velocidad transformadora de la tecnología y cómo es que ella irá impactando en todas nuestras relaciones personales y profesionales. Si algo está claro, es que la tecnología y la innovación continuarán transmutando la realidad para siempre a una velocidad insospechada a través, por ejemplo, de la aun desconcertante inteligencia artificial.

No se debe soslayar que, gracias a la innovación, muchas industrias y actividades han hallado la forma de seguir adelante con su actividad, reinventándose en un entorno desafiante, no solo en búsqueda de sostenibilidad, sino de supervivencia. Por citar un ejemplo, los diversos mecanismos informáticos y tecnológicos han viabilizado el trabajo remoto, logrando que muchos trabajadores hayan podido continuar laborando, mediante las computadoras, el uso de internet (y su infinidad de alternativas de comunicación), telefonía, entre otras herramientas. Por su parte, la inteligencia artificial ha permitido sistematizar data valiosa, a efectos de predecir —por ejemplo— el comportamiento de consumo de millones de usuarios, viabilizando la toma de infinidad de decisiones comerciales a nivel global.

Esta realidad nos lleva indudablemente a reflexionar sobre distintos aspectos vinculados al desarrollo de la relación laboral y a la disrupción

que han venido trayendo, de manera incansable, las nuevas tecnologías. De este modo, si bien tenemos más preguntas que certezas, en el presente trabajo abordaremos, entre otras inquietudes y a través de situaciones concretas, cuáles son los parámetros y límites dentro de los cuales se enmarca ahora el poder de dirección del empleador y cuáles son los derechos que le confieren al trabajador la posibilidad de delimitar dicho poder, en un entorno en cual la línea entre la esfera personal y la profesional es, cuando menos, tenue.

Para resolver estas interrogantes, debemos analizarlas desde la perspectiva que nos dan las instituciones jurídicas que conocemos, procurando hallar en ellas, algunas respuestas.

Finalmente, es necesario incorporar en el análisis, nuestro enfoque respecto de cuál es el rol que debe cumplir, en este contexto de cambio constante, la inspección laboral, como instrumento de verificación del cumplimiento de la normativa laboral, y poniendo de relieve cuáles son los retos que afrontan los inspectores, en su labor de fiscalización ante una realidad que nunca más será la misma.

I. EL CONTRATO DE TRABAJO Y LAS FACULTADES DEL EMPLEADOR DESDE UNA MIRADA TRADICIONAL

1. El repaso inevitable: Los elementos esenciales de la relación de trabajo

UMBERTO ROMAGNOLI sostiene, con enorme lucidez, que el derecho del trabajo, tal y como lo conocimos en el siglo XX, no existe más y que, en esa medida, urge seguir repensando y replanteando su reconstrucción, como quien reconstruye cimientos luego de un terremoto, considerando el escenario actual: el siglo XXI y los desafíos que él plantea. Su idea parte por reconocer la imposibilidad de una reconstrucción del derecho del trabajo *“donde y como era”*: “[e]l *“dónde”* no puede ser ya el de la época en la que el pueblo de los hombres de mono azul y manos callosas transitó desde la condición de súbditos a la de ciudadanos. No puede serlo porque la globalización de la economía ha desterritorializado el sistema de sus fuentes de producción. (...) No es más realista la propuesta de reconstruir el derecho del trabajo tal como era.” (ROMAGNOLI, 2006)

Sin embargo, esta reconstrucción y replanteo, no nos aleja (¿o sí?) de las nociones que aun a la fecha, nos permiten definir, con mayor o menor claridad, la existencia de una relación de trabajo. En esta línea, desde el surgimiento del derecho del trabajo, como disciplina autónoma del derecho civil, se han mantenido sin objeciones, pero ciertamente varios matices, determinadas nociones. La principal siempre fue la necesaria existencia de una prestación personal, subordinada y remunerada, para definir si nos encontramos o no ante una relación laboral. Al ser nociones determinantes, que al día de hoy mantienen vigencia, será importante detenernos brevemente en ellas y en sus principales alcances.

1.1. Trabajo personal

Para empezar, el trabajo —al menos, como lo conocemos hoy— es siempre y necesariamente prestado por una persona natural, quien desarrolla directamente la labor, por cuenta de un tercero, sea una persona natural o jurídica¹. En este sentido, NEVES precisa —con la claridad que lo caracteriza— que *“esa personal concreta debe ejecutar la prestación comprometida, sin asistirse por dependientes a su cargo, ni —menos aún— transferirla en todo o en parte a un tercero. Así lo establece la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en su artículo 5, que solo admite por excepción, reservada a ciertos supuestos, la colaboración de familiares directos dependientes”* (NEVES, 2018).

1.2. Trabajo remunerado

El segundo elemento que configura tradicionalmente una relación laboral es la percepción de una remuneración, a cambio de la prestación personal y subordinada de servicios por parte del trabajador a favor del empleador. Esta remuneración, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se otorga como contraprestación

1 No es objeto de nuestra investigación, el (¿preocupante?) impacto que tendrán en las relaciones laborales, las tan temidas automatizaciones ante el desarrollo imparable de la inteligencia artificial y cómo ello podría desdibujar en alguna medida, la definición tradicional de trabajo personal dependiente (OPPERHEIMER, 2018).

por los servicios, es de libre disposición del trabajador y se puede otorgar tanto en dinero como en especie, sujetándose, este último supuesto, a ciertas reglas que no afecten la libre disponibilidad.

1.3. Trabajo subordinado como manifestación del poder de dirección

El tercer y más complejo elemento esencial de la relación laboral, y en el cual debemos detenernos por un momento, es la subordinación. El trabajo ha de ser subordinado; es decir, se reconoce en el empleador, la facultad de dirigir o conducir las actividades enmarcadas en una relación laboral. Esta facultad, traducida en el poder de dirección, forma parte del derecho constitucional a la libertad de empresa, el cual *“es un derecho fundamental económico que protege la autodeterminación de cualquier persona de desarrollar, en sus variadas formas, actividad empresarial”* (LANDA, 2017).

Dicho derecho, regulado en el artículo 59 de la Constitución, comprende —de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional (Exp. 01405-2010-PA/TC, 2010)— lo que se transcribe a continuación:

“De este modo, cuando el artículo 59º de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa, está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado.

En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa.”

(Énfasis añadido).

Dicho en palabras de Landa, la libertad de empresa comprende la libertad de *“organización y gestión de la empresa, que implica el derecho de decidir (...) el giro del negocio a realizar, la organización del proceso productivo y la toma de decisiones que incidan en la gestión de la empresa, tanto hacia dentro de la propia organización como hacia el mercado.”* (LANDA, 2017)

Es como consecuencia de la existencia del derecho constitucional a la empresa, que *“[e]l empleador (se encuentra facultado para dirigir) la labor de sus trabajadores en favor de los fines que, como titular de la empresa se ha planteado. A partir de esta premisa se construye la idea relativa al poder de dirección del empleador (...)”* (TOYAMA, 2020).

Así, el poder de dirección *“permite al empleador dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador. El empleador puede, pues, impartir instrucciones, tanto de forma genérica, mediante reglas válidas para toda o parte de la empresa (...), como de manera específica, destinadas a un trabajador concreto; verificar si se cumplen adecuadamente o no; y, en caso de constatar su inobservancia imputable al trabajador, sancionarlo por ello”* (NEVES, 2018). En línea con lo anterior, Ferro precisa que *“[e]l empleador tiene la facultad de vigilar el adecuado cumplimiento de las obligaciones laborales de sus trabajadores. Por ende, de verificar algún incumplimiento, tiene la potestad de aplicar medidas disciplinarias para corregir la conducta del personal, valiéndose de amonestaciones verbales o escritas, suspensiones y, de ser el caso, el despido”* (FERRO, 2019).

Dentro de las facultades que detenta el empleador, en tanto titular del poder de dirección, tenemos principalmente las siguientes:

- Definir los parámetros de selección y reclutamiento para la contratación de nuevos trabajadores y para implementar ascensos o promociones.
- Organizar las labores, estableciendo la forma en que ellas serán ejecutadas, cómo se asignarán las distintas actividades entre los trabajadores y procesos productivos, así como el lugar en el cual, tales labores serán desarrolladas.

- Reglamentar las labores, tanto verbalmente como de manera escrita, fijando pautas, reglamentaciones internas, políticas de gestión, descriptivos de puestos, determinación de horarios, jornadas y turnos de trabajo, entre otros.
- Supervisar la adecuada ejecución de las labores por parte del personal.
- Sancionar aquellas conductas que constituyan incumplimientos a las obligaciones de trabajo, mediante la imposición de medidas disciplinarias en atención a la gravedad de las faltas cometidas (amonestaciones, suspensiones y despido).

Evidentemente, este poder de dirección no constituye un poder absoluto. En cambio, se encuentra sujeto a una serie de límites, conforme detallamos seguidamente.

2. LÍMITES AL PODER EMPRESARIAL DE DIRECCIÓN: DERECHOS ESPECÍFICOS E INESPECÍFICOS

No puede perderse de vista que el poder de dirección, como manifestación del derecho fundamental a la libertad de empresa, debe estar circunscrito *a la actividad* del trabajador dependiente, enmarcándose exclusivamente en el desarrollo de su relación laboral. Es decir, como primer límite es claro que no existe un deber de sujeción *de la persona* del trabajador, sino únicamente del servicio o labor para la cual fue contratado y de los hechos que se vinculen directamente a ellos.

Es por ello que, se consideran incumplimientos, aquellos producidos dentro del centro de trabajo, y aún fuera de él, siempre que se trate de hechos que deriven de la relación laboral². En sentido contrario, en caso los hechos no guarden vinculación con la relación laboral, el poder de dirección se desvanece, toda vez que no es la persona quien se encuentra

2 Así, de acuerdo al ordenamiento peruano, se consideran faltas graves que justifican el despido, los actos de grave indisciplina, violencia o injuria, ocurridos inclusive fuera del centro de trabajo, siempre que los hechos se deriven directamente de la relación laboral.

sujeta a la subordinación del empleador, sino que lo es, reiteramos, la actividad para la cual fue contratado.

En línea con ello, una segunda limitación natural de la facultad de dirección del empleador será tanto el respeto irrestricto de los derechos fundamentales específicos de los trabajadores, como el de los derechos fundamentales inespecíficos.

En cuanto al primer grupo de derechos, nos referimos a aquellos derechos inherentes a la relación laboral, que surgen de la necesidad de introducir un equilibrio entre el trabajo y la producción. Estos derechos, incluyen, entre muchos otros, los derechos colectivos a la sindicalización, negociación colectiva y huelga, a la proscripción del trabajo forzoso y trabajo infantil, a un trabajo en condiciones de seguridad y salud, al respeto por una jornada máxima de trabajo y al descanso remunerado, a una remuneración mínima, entre otros. Así, el empleador tiene como primer sub-límite, el respeto del elenco de derechos que recaen en los trabajadores por su condición de tales.

En cuanto al segundo grupo de derechos, se trata de derechos que son inherentes a la persona humana, por su condición de tal y no en virtud a la condición de trabajador. Son, pues, aquellos que reconocen la *“titularidad de un conjunto de derechos fundamentales en tanto persona y ciudadano”*, derechos de los que uno *“no se desprende, como es obvio, como consecuencia de la celebración de un contrato de trabajo y que, por tanto, han de acompañarlo a lo largo de su ejecución.”* (SANGUINETI, 2013). Entre estos derechos fundamentales inespecíficos se encuentran, por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la libertad de opinión y expresión, al honor y la buena reputación, a la igualdad ante la ley, entre otros.

Repasadas brevemente las nociones esenciales, corresponde analizar cómo es que este poder de dirección, limitado en caso de colisionar con los derechos fundamentales antes mencionados, se articula con una realidad en constante evolución, como la que vivimos en el marco de la irrupción de las nuevas tecnologías en las relaciones de trabajo.

II. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y PODER DE DIRECCIÓN: LA SUBORDINACIÓN EN LA ERA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

1. Definiciones necesarias: nuevas tecnologías, inteligencia artificial y redes sociales

Quien lea este trabajo, probablemente lo hará desde un ordenador portátil, haciendo uso de una señal wifi, tras haber tenido una videollamada de trabajo o de estudios a través de una de las múltiples y eficientes plataformas virtuales, para luego responder algunos emails y *WhatsApp*, finalizando el día con alguna serie o documental mediante *streaming* o interactuando a través de redes sociales. Así, la noción de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (NTIC), está en prácticamente cada movimiento cotidiano, aun cuando no lo percibimos de manera consciente.

1.1. Definición de nuevas tecnologías de la información y comunicación (NTIC)

Es importante, pese a que todos tenemos claridad práctica sobre sus alcances, definir a qué nos referimos, para efectos laborales, cuando hablamos de NTIC. En primer lugar, debemos tener claro que el término se emplea *“al referirse a diferentes instrumentos técnicos como el ordenador, las redes, la realidad virtual... que giran en torno de las telecomunicaciones, la informática y los audiovisuales de forma interactiva”* (MENESES, 2007). Es interesante y sumamente acertado el enfoque que aporta al análisis Darío, quien puntualiza que *“[l]a expresión nuevas tecnologías nos dice que existieron otras que ya quedaron en el recuerdo, pero también que es una visión actual de ciertas herramientas que han surgido con la explosión de la comunicación cibernética sabiendo que, en un futuro próximo o lejano, estas mismas pueden quedar antiguas al aparecer otras mucho más sofisticadas.”* (DARÍO, 2017). Es decir, la noción misma de NTIC trae implícito el dinamismo y cambio constante. Hoy más que nunca, se encuentra en un proceso de transformación ininterrumpida a una velocidad desconcertante. Así pues, lo que hoy es tecnología de vanguardia, en unos pocos meses o años, quedará indefectiblemente obsoleto o desactualizado.

MENESES afirma que, pese a la multiplicidad de definiciones, inclusive discordantes que existen en torno a las nuevas tecnologías, existen dos elementos comunes: “*la relación de los diferentes avances tecnológicos implicados en las NTIC y la descripción de las aplicaciones que estos avances han generado.*” (MENESES, 2007)

Los elementos que distinguen, en nuestros días, a las nuevas tecnologías, siguiendo el propio desarrollo de Darío, son los siguientes (DARÍO, 2007):

- Novedad en lo cuantitativo: la cantidad de información que se puede procesar hoy es muy superior a lo conocido hasta hace muy poco.
- Velocidad en el procesamiento de la información: “*lo que sucede en un lugar es conocido al momento que acontece.*”
- El nivel de accesibilidad permite que se encuentren en todos los ámbitos de la vida cotidiana.
- La virtualidad: “*el entorno ya no es lo real, sino lo virtual.*”

Teniendo clara la definición y los elementos que hoy integran las NTIC, es importante anotar que nuestro análisis —efectuado desde el enfoque de las facultades del empleador y sus límites— procurará abordar tanto aquellas tecnologías con las que ya hemos aprendido a convivir e interactuar y respecto de las cuales existen ya ciertos criterios claros de aplicación y resolución de controversias (como lo son el correo electrónico y el uso de medios biométricos para supervisar las labores), como aquellas nuevas tecnologías que actualmente abren un enorme desafío, incluso para comprender sus alcances, para todos: ciudadanos, administración pública (inspectiva y judicial), trabajadores y empleadores.

1.2. Web 2.0 y la inteligencia artificial

En este contexto, cabe preguntarse en qué consisten *hoy*, transcurridos 20 años desde el inicio del nuevo milenio, las NTIC. Actualmente nos encontramos en medio de una realidad interesante y retadora: la Web 2.0, la inteligencia artificial (IA) y el continuo trastorno de la forma en

que las personas nos comunicamos e interactuamos. Si bien, el término de Web 2.0 fue acuñado en 2004, la noción contiene presupuestos tan potentes que, pese al entorno dinámico en que nos encontramos, mantiene actualidad hoy más que nunca.

La Web 2.0 contiene un conjunto de recursos tecnológicos que permiten, de manera sumamente sencilla, que una cantidad abundante de información, en constante retroalimentación colectiva interconectada, esté permanentemente disponible mediante internet. La Web 2.0 nos permite interactuar simultáneamente, generando contenidos accesibles a millones de usuarios, disponibles en fracciones de segundos, desde cualquier parte del mundo. Es decir, son los propios usuarios quienes generamos contenidos y alimentamos la web de manera ininterrumpida, brindando —al hacerlo— información relevante sobre cada uno de nosotros. La definición de la tesis doctoral de REIS DE ARAUJO resulta precisa y gráfica, al señalar que *[l]a denominación “Web 2.0” hace referencia “a una serie de aplicaciones y páginas de Internet que, a través de sistemas de inteligencia colectiva, proporcionan servicios interactivos en red y que en su conjunto integran la segunda generación de la World Wide Web”*. (REIS DE ARAUJO, 2017)”

Estas nuevas tecnologías permiten el desarrollo, cada vez más sofisticado, de lo que se conoce como Big Data (datos a gran escala, macro data o datos masivos). Esta denominación no contiene una definición unívoca, si bien, *“su centro gravitacional está en el tratamiento automatizado de datos a gran escala y a gran velocidad. Este concepto hace referencia a la acumulación masiva de datos y a los procedimientos usados para identificar patrones recurrentes dentro de esos datos que superan los límites y capacidades de ser tratados de manera convencional”* (REIS DE ARAUJO, 2017). Así, *“como concepto se refiere al análisis de información en cantidades industriales (...). Según Kenneth Cukier, autor del libro ‘Big Data. La Revolución de los Datos Masivos’, “se trata de hacer cosas a partir del análisis de inmensas cantidades de información, que simplemente no son posibles con volúmenes más pequeños”* (ALVÁREZ, 2016). La información que es procesada proviene de medios digitales, principalmente de redes sociales, *feeds* de noticias, blogs, páginas web, foros de opinión, entre otros.

El análisis y procesamiento constante de esta inmensa cantidad de información, requiere necesariamente automatizar el proceso para su recopilación, el cual es efectuado a través de Inteligencia Artificial (IA). Pero ¿qué es, en términos sencillos, la inteligencia artificial? La IA es una rama de la ciencia informática en virtud de la cual las computadoras, funcionan y realizan tareas de una sofisticación tal que se tornan en equivalentes al funcionamiento de una mente humana, mediante acciones tales como aprender o razonar, percibir el significado del lenguaje escrito o hablado, reconocer la identidad de las personas, así como sus expresiones faciales (HEWLETT PACKARD ENTERPRISE, 2020). Además, es preciso reconocer que —dado que estamos ante computadoras y no seres humanos— el procesamiento de la información, se realiza con una velocidad y capacidad cuyos límites aun no conocemos.

La IA es pues “*la tecnología que permite que aparatos electrónicos posean una inteligencia asimilable a la humana; sin embargo, al hablar de una máquina y no de una persona, la capacidad de almacenamiento y procesamiento es altamente mayor y el tiempo que demora en hacerlo es abismalmente menor. En consecuencia, podemos afirmar que ambos términos están estrechamente relacionados, ya que, ante la existencia de exponenciales cantidades de datos, se requiere de tecnologías capaces de gestionarlos y optimizarlos para luego sacarles el máximo provecho a través de la obtención de proyecciones que le permitan tomar decisiones eficientes. Es decir, big data presupone la IA*” (TOYAMA & RODRÍGUEZ, *Algoritmos laborales: Big Data e Inteligencia artificial*, 2019).

Es precisamente este aprendizaje o razonamiento, lo que hace viable que las computadoras procesen la información y, a través de ella, puedan ir identificando patrones de conducta, que – mediante el desarrollo de algoritmos cada vez más y más complejos – permiten predecir comportamientos futuros y, por tanto, aprenden a “tomar decisiones” en distintos ámbitos.

Así, la IA identifica patrones de comportamiento, de consumo de bienes y servicios, con un nivel de detalle tal que, al utilizar motores de búsqueda como Google, por ejemplo, los resultados que se obtengan variarán entre *persona y persona* en función a su comportamiento anterior en

la web, inclusive tratándose de personas de edades similares, mismo sexo, lugar de residencia, nivel socio económico, entre otras variables tradicionales de diferenciación. La información valiosa que permite obtener, por tanto, ha revolucionado la forma cómo se comporta el mercado y cómo se toman las decisiones de consumo.

Todos estos conceptos revisten gran interés y actualidad, pero nos llevan a formularnos nuevas preguntas, cuyas respuestas seguirán en desarrollo en los siguientes años. En lo que se refiere al alcance del presente trabajo, nos lleva a cuestionarnos respecto de cómo es que esta nueva realidad se vincula con el derecho laboral y sus distintas instituciones. ¿Es, acaso, posible identificar puntos de conexión claros entre la Web 2.0, la Big Data, la inteligencia artificial y el desarrollo de una relación de trabajo? Como no podría ser de otra manera, la respuesta es que sí, y, en esa medida, debemos detenernos a analizar cómo se vincula, cuál es el impacto y cuáles podrían las consecuencias de esta nueva realidad.

3. Impacto de las nuevas tecnologías en el desarrollo de la relación de trabajo y en el ejercicio de las facultades del empleador

Como anticipamos, nos interesa abordar el tema de las facultades del empleador, repasando simultáneamente, dos elencos de nuevas tecnologías que actualmente coexisten: las nuevas tecnologías “tradicionales” (valga la aparente contradicción interna) y las nuevas tecnologías “disruptivas” (nos permitimos la redundancia).

Cuando hablamos del primer elenco, nos estamos refiriendo al desarrollo de las nuevas tecnologías que permitieron la incorporación del correo electrónico y la mensajería instantánea, como formas de comunicación en la relación de trabajo, así como el uso del GPS (*Global Positioning System* o Sistema de Posicionamiento Global) y mecanismos de control biométrico (mediante el uso de datos que, en sí mismos, permiten identificar a su titular³, tales como huellas digitales, iris, retina, voz o identificación

3 Los datos biométricos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2 inciso 5) de la Ley de Protección de Datos Personales (Ley 29733), constituyen datos sensibles protegidos por

facial) para supervisar el cumplimiento de las labores y de la jornada de trabajo. Estas tecnologías, si bien continúan vigentes y lo harán, imaginamos, por mucho tiempo más, ya han sido sometidas a distintos niveles de análisis incluso administrativos y judiciales, por lo que tenemos ciertas pautas sobre sus alcances y limitaciones. Por tanto, es más sencillo aportar algunas premisas y conclusiones puntuales.

El segundo elenco de nuevas tecnologías está, como se puede anticipar, vinculado al impacto de la Big Data, la IA y a cómo ellas pueden influir en la toma de decisiones durante la relación de trabajo. Estas NTIC tienen todavía un amplio espacio para la discusión y la reglamentación, especialmente en un contexto como el peruano, en el cual la realidad se encuentra permanentemente muy por delante de las normas que la regulan.

En el caso de ambos tipos de NTIC, nos enfrentamos al mismo reto para el análisis: cómo se materializa hoy el poder de dirección y las facultades de selección, organización, supervisión y sanción del empleador y cuáles son los límites que, en todos los casos, deben ser respetados.

Las NTIC han abierto un espacio necesario para el control, la medición de resultados, obtención de indicadores de productividad y desempeño, entre otras herramientas clave en la gestión para contribuir al uso eficiente de los recursos y presupuestos del empleador, además de simplificar, en muchísimos casos, el desarrollo de la labor por parte del trabajador. Así, por ejemplo, nadie podría negar el enorme valor que ha aportado en la ejecución de las labores administrativas, el uso del correo electrónico, la telefonía celular, las videollamadas, el uso de mensajería por redes sociales, los sistemas remotos de facturación y cobranzas, de soporte informático, entre otros, que ahora —más que nunca, en un contexto de enorme transformación a causa de la Pandemia⁴— han permitido la continuidad de las labores. Asimismo, estas tecnologías han permitido a millones de personas a nivel global, estudiar —incluso carreras universi-

dicha Ley.

4 Pandemia por el brote de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) que fue notificado por primera vez en Wuhan (China) el 31 de diciembre del 2019.

tarias— y capacitarse íntegramente de manera remota, así como acceder a prestaciones de salud (mediante consultas por videollamada, por ejemplo), lo cual hubiera sido impensable hasta hace unos pocos años o incluso meses.

Por tanto, no sería correcto ni justo, tomar como premisa que el impacto de las NTIC es —a priori y en todos los casos— negativo o adverso, pues ha contribuido y continúa contribuyendo en distintos niveles, al bienestar y desarrollo de sociedades enteras.

Sin embargo, y pese a la suma de ventajas que aportan, no podemos soslayar que también traen consigo un grave peligro en cuanto a las relaciones laborales. Las NTIC han abierto la posibilidad ininterrumpida de tener información y control sobre el tiempo de trabajo del personal, sus patrones de comportamiento y consumo en internet, materializándose incluso la invasión del empleador en los distintos ámbitos no solo del desarrollo de la labor del trabajador, sino también de su esfera privada, lo cual ciertamente, debe controlarse y restringirse, según sea cada caso.

3.1. Retos y oportunidades de las NTIC en la fase inicial de la relación de trabajo: selección, formación y capacitación

El primer momento en el cual nos enfrentamos a los retos de las NTIC durante la relación de trabajo es en la fase previa al surgimiento mismo de una relación de trabajo; a saber, en la fase de reclutamiento y selección de candidatos para ser contratados en una posición laboral.

Tradicionalmente, todo el proceso de selección era realizado a través de trabajadores del área de Gestión Humana de las empresas, especialistas en procesos de reclutamiento. Para realizar la selección de la persona que cubriría los puestos vacantes, se solicitaban hojas de vida, se filtraban los candidatos con —aparentemente— las mejores aptitudes profesionales y/o académicas, y se coordinaban entrevistas que permitieran conocer a los candidatos personalmente. Como parte de la progresión de estos procesos, se realizaban también evaluaciones —siempre presenciales— que incluían la toma de pruebas sobre conocimientos diversos, así como evaluaciones psicológicas. Poco a poco, dada la sofisticación de los requerimientos

mismos de personal, estas actividades de selección fueron siendo asumidas por empresas especializadas.

La IA ha revolucionado para siempre estos procesos de selección, toda vez que hoy es posible, sin la intervención siquiera de un ser humano, filtrar a los postulantes de manera “inteligente”, en base a la información respecto de cada uno y del perfil requerido por el puesto. La primera interrogante surge respecto a qué es lo que la IA considerará como un perfil adecuado y qué variables tomará en cuenta para ello.

No podemos olvidar que el Big Data se nutre de información que los propios usuarios generamos y compartimos. Asimismo, que el criterio de búsqueda dependerá de cuáles son los elementos que se han programado para la selección. Es decir, será un ser humano quien disponga la búsqueda (y fije los factores a considerar y criterios para aceptar o descartar postulaciones) y será la computadora inteligente quien la realice.

Es decir, aun siendo un proceso automatizado, no está exento de los sesgos, conscientes o inconscientes, de quien busca al candidato. Esto plantea la necesidad de introducir mecanismos de control que no lleven a que la selección traiga consigo vicios de discriminación contra personas que tienen cargas familiares (mujeres, en su mayoría, a cargo de la crianza de los hijos), grupos vulnerables (como trabajadores que presentan alguna discapacidad o de edad avanzada), u otros colectivos, lo que podría ocurrir, por ejemplo, en caso la búsqueda descarte a candidatos que no acepten trasladarse geográficamente o que no tengan disponibilidad permanente a trabajar en días domingo o en sobretiempo diario. De este modo, puede ocurrir “*que las predicciones realizadas por las computadoras no sean del todo objetivas, sino que estén fundadas en información discriminatoria no necesariamente certera y, en consecuencia, vulnere derechos fundamentales de los postulantes*” (TOYAMA & RODRÍGUEZ, *Algoritmos laborales: Big Data e Inteligencia artificial*, 2019).

En este caso, la limitación a la facultad de selección del empleador será, qué duda cabe, la garantía por el derecho constitucional a la igualdad y no discriminación. Así, “*el derecho a no ser discriminado se aplica tanto a*

las decisiones extintivas, como al propio acceso al trabajo, habida cuenta que —la cursiva es de este autor— «si ello es así en el ámbito de decisiones que inicialmente pueden aparecer como amparadas en la libertad de contratación del empresario, dada “la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo” (STC 90/1997, de 6/ Mayo, FJ 5)” (DE CASTRO, 2017).

Lamentablemente, la verificación o demostración de una conducta antijurídica o discriminatoria, pasible de una sanción administrativa o judicial, será sumamente difícil, en tanto que los procesos son, aparentemente, imparciales, al ser conducidos a través de algoritmos creados por IA. La dificultad se incrementa, si consideramos que la ley peruana (Ley 26772), se limita a los canales tradicionales de ofertas de empleo, y no a aquellos conducidos por motores de búsqueda virtuales.

Adicionalmente, como segundo aspecto a considerar, tenemos que el Big Data facilita cantidades de información respecto de los postulantes, incluyendo inclusive aquella que fluye de su comportamiento en redes sociales. Es decir, cuando un candidato se presenta a un puesto de trabajo, debe saber que su perfil en redes sociales, el lenguaje que utiliza, las imágenes que comparte y las tendencias ideológicas que puede expresar, serán tenidas en cuenta por sus potenciales empleadores.

Existe incluso estadística interesante que revela la importancia que tiene la evaluación del comportamiento de los postulantes en las redes sociales. Así, “*casi el noventa por ciento de las empresas ya utiliza en España las redes sociales como apoyo o complemento en sus procesos de selección de candidatos, fundamentalmente, para consultar la actividad de éstos en Internet antes de llamarles a una entrevista personal*”⁵ (DE CASTRO, 2017).

Más aún, este mismo trabajo, el cual tomó como referencia estadística de una de las grandes empresas reclutadoras del mundo, revela lo siguiente:

5 Encuesta extraída del “4to Informe Infoempleo-Adecco Redes Sociales y Mercado de Trabajo” www.adecco.es/_data/NotasPrensa/pdf/642.pdf

"[e]l veintiocho por ciento de las empresas han descartado a aspirantes por su actividad en redes sociales; por el contrario, el veintitrés afirma haberlo elegido precisamente por ella; mientras que el treinta y uno por ciento de las compañías asegura tener en cuenta siempre la reputación online de un candidato a la hora de contratarle (...). De hecho, los rechazos a aspirantes a un puesto de trabajo por parte de los reclutadores se produce por lo que ven en sus perfiles en redes sociales, bien porque han hecho apología de la violencia (el setenta y tres por ciento), por publicar contenidos que promuevan el consumo de drogas o alcohol (sesenta y seis por ciento), por compartir imágenes de contenido sexual o inapropiadas (sesenta y dos por ciento), por hacer comentarios negativos de otros compañeros de trabajo o empleadores (cuarenta y nueve por ciento) o porque mientan sobre su perfil al advertir discrepancias entre el currículum presentado y lo que reconoce en las redes sociales (cuarenta y ocho por ciento)" (DE CASTRO, 2017).

Cabe preguntarse si esta revisión del comportamiento de las redes sociales para definir la contratación o no de un postulante, constituye o no una intromisión en la esfera privada del trabajador y si, por tanto, constituye una violación a sus derechos fundamentales a la intimidad, a la libertad de opinión, de expresión u otros. Al respecto, entendemos que no se configura en este escenario, ninguna lesión de tales derechos pues, si bien lo expresado en redes sociales puede formar parte de la identidad del trabajador (al compartir aspectos sobre su ideología, por ejemplo), no forman parte de una esfera íntima protegida, al haber sido información que es desplegada de manera pública y voluntaria por cada persona, conociendo que no existe, en las redes sociales, una verdadera expectativa de privacidad ni intimidad.

En este sentido, coincidimos con DE CASTRO, quien —al reflexionar sobre la información que, sobre cada individuo obra en las redes sociales— concluye que *"[l]a cuestión es que toda esa información habrá sido proporcionada voluntariamente por el empleado, cierto que no en un ámbito profesional la mayoría de las veces, más se trata de datos que con una simple pesquisa son fácilmente accesibles y, lo más importante, han sido compartidos públicamente por el usuario, lo que elude la principal oposición frente a su*

uso empresarial: la intimidad; habida cuenta que aquél ha renunciado a ella. (DE CASTRO, 2017)”

Por ello, en este caso, la facultad del empleador de conducir un proceso de selección que incluya la revisión de la información pública de los postulantes, contenida en redes sociales, es legítima y no colisiona con los derechos mencionados anteriormente.

3.2. Retos y oportunidades de las NTIC durante el desarrollo de la relación laboral

Entrando ya a la fase de desarrollo mismo de la relación de trabajo, se abre un universo de situaciones en las cuales pueden presentarse tanto oportunidades, como conflictos entre las facultades y derechos del empleador y los derechos de los trabajadores. Hay, por cierto, grandes temas para estudiar, como la evaluación de desempeño a través de mecanismos de procesamiento de Big Data, el uso de mecanismos biométricos y del GPS para controlar el trabajo del personal, o el uso de correo electrónico y redes sociales y su vinculación con la relación de trabajo.

Sin embargo y como es evidente, no es posible referirnos a cada una de tales situaciones en detalle, por lo que daremos una mirada sucinta a los primeros dos temas, para luego detenernos con mayor profundidad, en los límites para el control sobre el uso del correo electrónico y de las redes sociales.

3.2.1. Evaluaciones de desempeño a través de mecanismos de procesamiento de Big Data

Las evaluaciones de desempeño son una herramienta necesaria en el marco del ejercicio del poder de dirección del empleador, que permite contar con información valiosa respecto del comportamiento, aptitudes y actitudes de los trabajadores durante la relación laboral. Las variables que se deben considerar sin excepción incluyen tanto habilidades duras (conocimientos técnicos para el puesto), como blandas (vinculadas a la inteligencia emocional, a la capacidad de interactuar con los compañeros

de trabajo, al liderazgo, la proactividad), así como las especiales características de determinados colectivos: personas con responsabilidad familiar, grupos vulnerables, u otros supuestos. Será, sobre la base de una adecuada evaluación integral, que se definan las promociones, incrementos de salario, e incluso la continuidad o no de la relación de trabajo.

Las NTIC aportan la posibilidad de automatizar este proceso, incorporando en el sistema informático, los criterios de la evaluación, los puntajes asignados a cada uno y obteniendo resultados – aparentemente – impecables en un intervalo corto de tiempo. Sin embargo, en la medida en que esta información es procesada mediante IA, el riesgo que se genera radica en que, en la medida en que las habilidades blandas tienen un altísimo componente de subjetividad y matices, será difícil para cualquier algoritmo, al menos hoy en día, medirlos con precisión.

Por ello, podría ocurrir que en el resultado de la evaluación de desempeño se coloque en primer lugar, a trabajadores con sólidas habilidades duras, pero mínimas habilidades blandas y, en cambio, a los trabajadores con mayores dotes de liderazgo y proactividad se les evalúe de manera adversa. Del mismo modo, el algoritmo podría penalizar a personas que por sus especiales condiciones (cargas familiares, discapacidad, ejercicio de cargos de representación en la Empresa, por ejemplo), laboran en jornadas de trabajo más cortas, lo que los podría presentar como menos productivos.

Si bien la facultad del empleador de evaluar al personal es, sin lugar a duda, legítima, es indispensable matizar o ponderar estos resultados automatizados y darles el tratamiento de preliminares, para que sean los funcionarios responsables, quienes determinen los resultados finales. De este modo, no se perderán de vista elementos importantes y no se generarán cuestionamientos, pues *“aun cuando la utilización de tecnologías como la IA son positivas para la eficiencia dentro de una organización, la automatización total de las decisiones organizacionales puede generar supuestos en los que los derechos de los trabajadores se vean afectados”* (TOYAMA & RODRÍGUEZ, *Algoritmos laborales: Big Data e Inteligencia artificial*, 2019).

3.2.2. El uso de mecanismos biométricos y del GPS para controlar el trabajo del personal

El uso de mecanismos de control a través de datos biométricos de los trabajadores exige la adopción de determinadas acciones por parte del empleador para su validez. De acuerdo con la Ley de Protección de Datos Personales peruana, los datos personales biométricos son información sensible, en la medida en que son datos que identifican plenamente a las personas (huellas dactilares, reconocimiento facial, iris, retina, pulsaciones, latidos, entre otros).

Los datos biométricos tienen, en la relación laboral, una variedad de usos, muchos de los cuales no revisten mayor objeción, tales como la firma ológrafa o la huella digital para marcar asistencia al centro de trabajo. Sin embargo, sí plantea cierta discusión por presentarse como una invasión en la esfera más privada del individuo, cuando ellos son utilizados para controlar el trabajo efectivo. Así, por ejemplo, en algunos casos ello se realiza a través de sensores biométricos colocados en unidades de transporte que monitorean al trabajador (para garantizar que permanezca con los ojos abiertos durante la labor de conducción). Si bien en este ejemplo, se puede sostener que la finalidad es válida y que su utilización constituye una manifestación legítima del poder de dirección (pues lo que se busca es garantizar la seguridad y salud del trabajador), no es menos cierto que sí resultan invasivos. Por ello, para su implementación se debería cumplir con los siguientes parámetros:

- i) Que el empleador cuente con la autorización expresa de cada trabajador para recopilar, usar y almacenar sus datos biométricos con fines laborales. Esta autorización puede incluirse en el contrato de trabajo o en un documento complementario.
- ii) Que el uso de mecanismos biométricos de control no genere ningún riesgo para la salud de los trabajadores.
- iii) Que el trabajador sea previamente informado por escrito acerca de la necesidad de la utilización de estos mecanismos.
- iv) Que la medida empleada guarde debida proporcionalidad con la finalidad perseguida.

Por su parte, el GPS (o sistema global de posicionamiento), como mecanismo de control laboral, permite conocer la ubicación exacta y en tiempo real de los trabajadores. Este sistema reviste especial utilidad en el caso de las actividades que se realizan fuera del centro de trabajo (ventas, impulso comercial, conducción de vehículos, entre otros), no solo con miras a controlar efectivamente el trabajo del personal, sino también para obtener información que permita generar eficiencias en términos de rutas, mejores horarios comerciales (alta y baja demanda), entre otros. Asimismo, conocer la ubicación en tiempo real, permite brindar auxilio inmediato en caso de accidentes o atentados.

Al igual que en el caso anterior, el uso del GPS no constituye una extralimitación del poder de dirección del empleador, ni una vulneración del derecho a la intimidad del trabajador. En cualquier caso, para que su implementación sea válida, debe cumplir con los mismos parámetros descritos en cuanto a los mecanismos biométricos de control, en cuanto resulta aplicable (información previa, necesidad y proporcionalidad). En esa medida, *“para evitar contingencias futuras con aquellos trabajadores que puedan alegar que dicho mecanismo de fiscalización vulnera su intimidad, es preciso que, antes de su implementación, los trabajadores conozcan la forma en la que los datos serán recopilados. Y el GPS solo podrá ser usado durante la jornada de trabajo, no antes ni después, ni tampoco en la hora del refrigerio.”* (MATALLANA, 2019)”

3.2.3. Control empresarial sobre el uso del correo electrónico y de las redes sociales

Como apuntamos anteriormente, un tema importante en lo que respecta a la comunicación en la era de la Web 2.0 es que constantemente generamos y compartimos información a través de internet, la cual permanecerá en ella y será posiblemente accesible de manera ilimitada, salvo en aquellos casos en los cuales dicha información sea generada o compartida de manera privada. Este dato no es menor y nos lleva a efectuar el siguiente análisis: ¿puede o no el empleador fiscalizar o adoptar medidas disciplinarias en base a la información difundida mediante los correos electrónicos o a través de redes sociales?

La respuesta, como en casi todo en la vida, será que depende. En cuanto al primer tema, en caso el correo electrónico hubiera sido proporcionado por el empleador para fines estrictamente laborales, será posible el control sin entender que se trata de una violación del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones, siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos:

- Que el empleador hubiera explicado, por escrito, de manera clara y directa, que el correo electrónico es para uso exclusivamente laboral.
- Que el empleador hubiera advertido previamente y con la misma claridad, la facultad de efectuar controles y vigilancia sobre su uso adecuado.
- Que el ejercicio de la vigilancia o control garantice el principio de proporcionalidad, guardando una adecuada relación entre la finalidad perseguida y los medios empleados para ella.

Así, en el más reciente pronunciamiento de la Sala Plena del Tribunal Constitucional (Pleno Sentencia 412/2020, 2020), tres de los magistrados analizaron en detalle el tema de la posibilidad de supervisar el contenido de los correos electrónicos y redes sociales en la relación de trabajo. Respecto del primero de los temas, consideraron lo siguiente:

"29. Por lo tanto, este Tribunal debe reconocer la facultad del empleador de fiscalizar e intervenir en el correo electrónico institucional si es que previamente ha comunicado al trabajador tanto de la posibilidad de la monitorización de sus comunicaciones a través de este medio, así como de las condiciones de uso permitido por la empresa.

30. Asimismo, este Tribunal debe precisar que dicha intervención debe respetar ciertos criterios, los cuales se encuentran relacionados con el respeto del principio de proporcionalidad entre el fin que se persigue lograr con dicha intervención y la intensidad de la eventual vulneración o amenaza de violación del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones."

Este desarrollo coincide con el pronunciamiento emitido en 2017, por el Supremo Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) en

el caso de *Barbulescu contra Rumanía* (Caso de *Barbulescu vs. Rumania*, 2017), en el cual se fijaron, acertadamente, ciertas pautas que hubieran habilitado intervenir legalmente en el correo electrónico de los trabajadores:

"Dicho esto, parece que los tribunales nacionales no determinaron, en particular, si el demandante había recibido una notificación previa de su empresa sobre la posibilidad de que sus comunicaciones en Yahoo Messenger pudieran ser monitorizadas; tampoco tuvieron en cuenta el hecho de que no había sido informado de la naturaleza o el alcance de la supervisión, o el grado de intrusión en su vida privada y correspondencia. Además, no pudieron determinar, en primer lugar, las razones específicas que justifican la introducción de las medidas de monitorización; en segundo lugar, si el empresario podría haber utilizado medidas que menos invasivas de la vida privada y la correspondencia del demandante; y en tercer lugar, si se pudo haber accedido a las comunicaciones sin su conocimiento"

Así, es claro que sí será una facultad legítima del empleador, restringir el uso, para fines netamente laborales, del correo electrónico proporcionado por aquél, siempre que se hubiera cumplido previamente y de manera clara, con informar por escrito, acerca de la posibilidad de vigilar dicha herramienta de trabajo. En cualquier caso, la intervención específica para fines disciplinarios debe ajustarse al principio de proporcionalidad (de acuerdo con el cual *"el sacrificio de un derecho fundamental, sea este de titularidad del trabajador o del empleador – solo resulta admisible desde el punto de vista constitucional en la medida en que pueda ser considerado imprescindible para la satisfacción de otros derecho fundamental que resulte prevalente de acuerdo con el sistema de valores consagrado por la Constitución y las circunstancias del caso concreto"* (SANGUINETI, 2013)), a efectos de no incurrir en una intromisión innecesaria o injustificada en la esfera personal del trabajador. Cabe puntualizar que la conclusión recaída en el caso del correo electrónico corporativo es equiparable cuando estamos ante mensajería instantánea corporativa o redes sociales internas; es decir, aquellas que permiten la comunicación, interacción e intercambio de información exclusivamente entre trabajadores de una misma organización.

En cuanto al correo electrónico personal, el control empresarial sobre el contenido se encuentra absolutamente restringido, siendo que una intromisión constituirá una violación al derecho al secreto de las comunicaciones. En todo caso, para evitar que el uso del correo personal afecte la productividad en el trabajo o interfiera en la ejecución de las labores, podrían establecerse mecanismos de limitación al acceso durante la jornada de trabajo, respetando los criterios de necesidad y proporcionalidad.

En el caso del uso de las redes sociales públicas (*WhatsApp*, Facebook, Instagram, Twitter, LinkedIn, TikTok, Pinterest, entre otras) el análisis varía, pues en este caso —salvo en el caso de comunicaciones privadas realizadas mediante los mecanismos de mensajería de las propias redes sociales— no existe una expectativa razonable de privacidad respecto de su contenido. Así, lo que se discute es hasta dónde se extiende la esfera de control disciplinario del empleador en cuanto al contenido de las redes sociales de sus trabajadores, y qué es lo que se debe proteger ante una colisión entre ambos derechos.

Es importante anotar un dato relevante: desde siempre, las personas se han comunicado entre ellas, en espacios sociales privados. En ellos, sin duda se han expuesto comentarios, quizás inapropiados respecto de la figura del *jefe*, de la organización o de compañeros de trabajo. Es decir, el agravio hacia la figura patronal, consciente o no, no es algo nuevo ni mucho menos es derivado de la época de las NTIC. En tanto tales comunicaciones se hubieran efectuado fuera del centro laboral, no serían pasibles de control por parte del empleador. El efecto de tales comunicaciones estaba circunscrito al entorno en el cual se emitían y, por tanto, no trascendían.

De este modo, el alcance de los comentarios a causa de las redes sociales se ha “*ampliado exponencialmente (...), porque éstos se pueden haber hecho desde casa, de vacaciones o, incluso, mientras se espera un avión. Esto supone que actos que inicialmente podrían enmarcarse dentro de la vida privada del empleado —un comentario en una reunión de amigos— van a tener incidencia en su ámbito profesional y podrían llegar a ser utilizados para la imposición de alguna medida disciplinaria, máxime cuando dichos comentarios pueden ser archivados, copiados y trasladados a otros foros.*” (DE

CASTRO) Así pues, en la era de la Web 2.0, el problema surge porque esos comentarios son emitidos de manera abierta y a merced de los millones de usuarios de internet.

Dicho a través de un ejemplo, si un trabajador le dice a un amigo, mientras toman un café, que su jefe es “*un cretino miserable*”, hay sin duda una afectación concreta, pero casi imposible de ser advertida. Si ese amigo, lo comenta con otros amigos, presumiblemente la afectación sería mayor, pero una vez más, no habría cómo probarla. Trasladando el ejemplo, a la realidad de las redes sociales, ocurrirá que ese mismo mensaje, colocado como un comentario, en el *muro* de un amigo en una red social, tendrá un triple efecto: (i) será de potencial conocimiento de muchas personas, más allá de quién haya sido el receptor inicial del comentario; (ii) habrá indudablemente una evidencia física: aun cuando fuera luego borrado, alguien podría haber efectuado una captura de pantalla y haberla reenviado, una y muchas veces; y (iii) el daño que podrá ocasionar será potencialmente mucho mayor.

Así, la magnificación del alcance de los comentarios o publicaciones a causa de las redes sociales disminuye la tutela del derecho a la privacidad, por el efecto expansivo que tienen tales formas de comunicación a través de ellas. Al respecto, apunta Toyama en el texto que transcribimos seguidamente:

“[u]n primer tema es la “privacidad” de los comentarios realizados a través de una red social. En este caso, la privacidad resulta de menor tutela en tanto que voluntariamente el trabajador realizó sus comentarios en una red social pública y la empresa o la persona afectada por sus comentarios tuvo un acceso legítimo a los comentarios bajo las “reglas de juego” que están en estas redes sociales. Un segundo aspecto se relaciona con el fondo, la posibilidad de realizar comentarios a través de estas redes públicas y dinámicas. Los comentarios de las personas pueden ser triviales o relevantes, íntimos o no, pero también pueden afectar a terceros, incluyendo a las empresas y los jefes.” (TOYAMA, El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico, 2020).

Debemos hacer aquí un necesario paréntesis: al igual que los trabajadores son titulares indiscutidos de derechos fundamentales, específicos e inespecíficos (libertad de expresión e intimidad, por ejemplo), los empleadores, sean personas jurídicas o naturales, poseen igualmente derechos protegidos por la Constitución. Así, todo empleador goza también, por ejemplo, de los derechos a la libertad de empresa, al honor y buena reputación, entre otros. En este sentido, no será siempre claro a quién debe proteger el ordenamiento jurídico, pues habrá situaciones en las que estemos potencialmente, ante dos derechos fundamentales contrapuestos respecto de los cuales realizar el test de proporcionalidad para definir a cuál deberemos tutelar.

Las respuestas siempre dependerán de las particularidades de cada caso concreto, pero como pautas generales, entendemos que el ejercicio del poder de dirección del empleador respecto del uso inapropiado de las redes sociales por parte de los trabajadores se encontrará justificado en los siguientes casos:

- i) Cuando los comentarios impacten negativamente en lo laboral o lesionen derechos fundamentales del empleador de manera injustificada, y;
- ii) Cuando no quede duda que el uso inapropiado recae indudablemente en la persona del trabajador; es decir, cuando es posible identificar indubitadamente la titularidad de determinada publicación o comentario.

Existen múltiples supuestos en los cuales las redes sociales han servido como evidencia de incumplimientos laborales. Si un trabajador, haciendo uso de la licencia por fallecimiento de familiar pactada en convenio colectivo, se ausenta por una semana del centro de trabajo, y se verifica – de la sola revisión de sus fotografías de Facebook que estuvo, toda esa semana, de viaje familiar en una playa, se justificará la investigación previa al despido por violación al deber de buena fe y lealtad que deben informar la relación de trabajo y por proporcionar información falsa al empleador con la finalidad de obtener una ventaja. Similar consecuencia aplicará, cuando a través del comportamiento en redes sociales, sea posible identificar

que un grupo de trabajadores está incurriendo en competencia desleal en agravio del empleador. Por su parte, si una trabajadora se ausenta alegando enfermedad y ese mismo día comparte en sus historias de Instagram, fotografías de ese mismo día, en el estadio alentando a su equipo de fútbol, la consecuencia disciplinaria será clara, si bien corresponderá – como en todos los casos – conducir una investigación y, luego de ella, ponderar cuál sería la sanción a aplicarse, de verificarse que la información era falsa.

Problema distinto surge cuando las redes sociales son utilizadas, conscientemente, como mecanismos de violación de derechos del empleador. Es decir, cuando se usan tales plataformas públicas, con la intención clara y directa, de difamar o injuriar al empleador, sus representantes o compañeros de trabajo. En este caso, está claro que, en el conflicto de derechos, el que merecerá tutela será el derecho al honor y buena reputación del empleador, pues el ordenamiento no ampara el abuso de derecho.

Al respecto, GARCÍA PERROTE, precisa – en base a la jurisprudencia constitucional española, que “[l]a libertad de expresión no incluye el derecho al insulto, ni el uso de expresiones injuriosas u ofensivas, ni tampoco, en fin, el uso de expresiones por completo innecesarias para lo que se quiere transmitir (la ofensa “gratuita”)” (GARCÍA PERROTE, 2018).

En este orden, es indudable que *“la libertad de expresión de los trabajadores en las redes sociales, se reconoce, pero está sometida a los mismos límites que cualquier otra manifestación de las ideas, que, además, sea de público conocimiento, porque, si bien aquella libertad permite la expresión de vivencias, ideas, pensamientos, reflexiones, etc., no habilita a menospreciar, insultar, humillar o vejar a ningún otro, entre los cuales está —naturalmente— su empresario y sus compañeros de trabajo”*. (DE CASTRO).

Por otro lado, habrá, ciertamente, situaciones grises en las cuales la respuesta no será tan clara ni categórica. Así, existe una mayor tolerancia del ordenamiento, cuando las expresiones agraviantes hacia la figura del empleador se enmarcan en un conflicto colectivo de trabajo. De este modo, como parte de una negociación colectiva confrontacional, no es extraño que los dirigentes sindicales utilicen las redes sociales para informar del

avance a sus afiliados y puede ocurrir que, como parte de esta información, se produzcan extralimitaciones en el lenguaje.

Habiendo una concurrencia de derechos fundamentales del trabajador (no solo la libertad de expresión del individuo, sino la libertad sindical en su dimensión plural⁶), esto será tolerado por el ordenamiento siempre y cuando estos agravios estén directamente vinculados al conflicto mismo (por ejemplo, criticar con adjetivos la falta de propuestas económicas o la dilación injustificada en la negociación), más no en caso de ataques o insultos injustificados contra el empleador o sus representantes.

Como anticipamos, al ser el derecho del trabajo, la más humana de las disciplinas, las respuestas no pueden ser unívocas, debiendo evaluar cada caso con sus particularidades para así, de manera ponderada, definir en quién recaerá la protección del ordenamiento.

III. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO ANTE LAS NTIC EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

Por otro lado, es preciso reconocer que el derecho siempre se ha encontrado varios pasos (o kilómetros, para ser más precisos) detrás de la realidad que pretende regular. En eso no hay ninguna duda. Así, históricamente se han presentado fenómenos que han retado las estructuras del derecho del trabajo como lo conocemos, si bien sus instituciones jurídicas tradicionales se han mantenido invariables, dificultando así, la defensa de los derechos que pretende tutelar. Es por ello que, no solo en nuestro país, sino en toda la región iberoamericana cuando menos, es la jurisprudencia, judicial, constitucional y administrativa, quien ha procurado ir llenando los distintos vacíos que la realidad hace surgir.

6 “La libertad sindical en su dimensión plural también protege la autonomía sindical; esto es, la posibilidad de que el sindicato pueda funcionar libremente sin injerencias o actos externos que lo afecten. Protege, asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados de manera colectiva, así como la de los dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos” (Sentencia Exp. 3311-2005-PA/TC, 2006).

Más allá de la incuestionable disonancia *realidad – derecho*, es indudable que, uno de los principales retos que enfrenta nuestra disciplina –es precisamente la *fiscalización* del cumplimiento de la normativa existente, incluso en ese contexto. En 1947 se aprobó el Convenio OIT 81 relativo a la inspección del trabajo en la industria y el comercio (ratificado por el Perú en 1960)⁷, el cual reguló la obligatoriedad de mantener un sistema de inspección de trabajo con la finalidad de “*velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores, (...) facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales*”, entre otras. Cómo se sabe, desde su concepción, la finalidad fue la vigilancia de las normas legales, pero ¿qué ocurre si, como mencionamos anteriormente, la realidad trasciende largamente en sus alcances a la norma legal vigente? ¿Es posible fiscalizar cuando las normas no regulan con especificidad o precisión los nuevos retos que cada día surgen ante el desarrollo de las nuevas tecnologías? Ese es, pues, precisamente el planteamiento que interesa analizar.

Se reconoce en la inspección, una clara ventaja respecto de la tutela judicial de los derechos laborales: tradicionalmente, el inspector tiene la facultad de ingresar al centro de trabajo, constatar el cumplimiento o incumplimiento con sus propios ojos y oídos: podrá generar registros, tomar fotografías y videos, conducir entrevistas, entre otros y así, formarse convicción de manera directa y personalísima respecto de los hechos ocurridos.

La inmediatez supone, pues, una ventaja y una gran oportunidad. Así, “*la ventaja que un inspector de trabajo tiene frente a un órgano judicial, es que el primero puede apreciar por sí mismo in situ, con sus propios sentidos, el hecho en cuestión (por ejemplo, que un menor de edad está realizando trabajo nocturno), lo que está lejos de ocurrir con el segundo, a quien se tendrá que convencer y ante quien habrá que probar la realidad de ese hecho.*” (GARCÍA PERROTE, 2018).

7 Si bien Perú no ratificó el Convenio OIT 129 sobre la inspección de trabajo (agricultura, 1969).

Es importante anotar que, en el marco de las dificultades de prueba que pueden presentarse ante determinadas situaciones o contextos, la Ley General de Inspección del Trabajo (LGIT), confiere a los hechos constatados por los inspectores, una presunción *iuris tantum* de veracidad, que únicamente podrá ser rebatida mediante prueba en contrario. Así pues, la responsabilidad que tienen los inspectores de trabajo en cuanto a la verificación de conductas infractoras es enorme pues la sanción o exculpación del empleador, dependerá —en gran medida— de su sola constatación personal.

1. El reto de la tipicidad para la fiscalización de la relación laboral enmarcada en las NTIC

Si analizamos de manera específica la regulación de la inspección en el Perú, tenemos que en nuestro país, la actuación inspectiva ha tenido como finalidad, vigilar el cumplimiento de las siguientes instituciones del derecho laboral: (i) la ordenación del trabajo y relaciones sindicales (derechos fundamentales en el trabajo, normas en materia de relaciones laborales individuales y colectivas, normas sobre protección, derechos y garantías de los representantes de los trabajadores en las empresas.); (ii) la prevención de riesgos laborales; (iii) el empleo y las migraciones; (iv) la promoción del empleo y formación para el trabajo; (v) el empleo infantil; (vi) los sistemas previsionales; (vii) el trabajo de personas con discapacidad, y “*cualesquiera otras normas cuya vigilancia se encomiende específicamente a la inspección del trabajo*” (art. 3 LGIT).

Por su parte, en cuanto al ámbito geográfico o territorial, la labor inspectiva se ha desplegado en las empresas o centros de trabajo, entendiéndose como tales a “*las empresas, los centros de trabajo y, en general, los lugares en que se ejecute la prestación laboral*”; se incluyen, asimismo, a los vehículos y medios de transporte en los que se preste trabajo y “*los domicilios en los que presten servicios los trabajadores del hogar, con las limitaciones a la facultad de entrada libre de los inspectores, cuando se trate del domicilio del empleador.*” (artículo 4 LGIT).

Asimismo, en lo que respecta a la facultad de proponer e imponer sanciones, una restricción se presenta en el principio de tipicidad en la

potestad sancionadora, recogido en el artículo 246 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), el cual señala lo siguiente:

"Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria."

En esta medida, los inspectores de trabajo no podrán proponer sanciones cuando los incumplimientos no se encuentren previstos en la ley o en el reglamento, pues ello constituirá una conducta nula, de conformidad con la normativa nacional (artículo 10.1 LPAG). Por ello, si la LGIT y su Reglamento no contemplan determinada conducta como una infracción, no sería posible proponer sanciones ni imponer multas.

Como es de esperarse, el elenco de conductas sancionables como infracciones leves, graves y muy graves está alineado con la vigilancia de los derechos enunciados al inicio del presente Acápite y, por tanto, no abordan – cuando menos de manera directa – muchos de los desafíos al modelo laboral tradicional que nos proponen las NTIC.

En este contexto, cabe preguntarse si la actuación inspectiva debe mantenerse o no al margen de la realidad actual y del sinnúmero de nuevas situaciones que se presentan durante la relación de trabajo. Como no podría ser de otra manera, coincidimos con Mortola y Mendoza, en el sentido de que “[l]a Administración del Trabajo no puede permanecer inactiva frente al incumplimiento de la legislación laboral sin que, con ello, traicione la finalidad tutelar que el derecho del trabajo le asigna (...)” (MORTOLA & MENDOZA, 2019).

Por ello, siendo claro que la realidad siempre superará a la normativa vigente, debería evaluarse una solución desde uno de los dos enfoques siguientes:

- i) Identificar si es que algunos de los problemas que plantean las NTIC en las relaciones de trabajo se pueden subsumir en el ordenamiento sustantivo e inspectivo vigente, o;
- ii) Evaluar si fuera conveniente proponer una modificación de la LGIT que reconozca expresamente la existencia de una nueva problemática, tanto en cuánto a cuál es el ámbito subjetivo y geográfico (a quién y dónde fiscalizar) y la determinación de cuáles son los derechos tutelados.

En cuanto al primero de los enfoques, hallamos una primera limitación en la propia redacción de las conductas que son considerados incumplimientos. El elenco de conductas infractoras, en su mayoría, está sumamente delimitado por la legislación actual en relación, básicamente a remuneraciones, beneficios, tiempo de trabajo, actividad sindical, seguridad, salud y condiciones de empleo. Ello, como es evidente, reta la posibilidad de extender sus alcances, incorporando nuevos significados.

Sin embargo, sí existen dos disposiciones específicas lo suficientemente amplias como para permitir subsumir en ellas, más de una conducta infractora vinculada a los temas bajo análisis en el presente trabajo. Así, tenemos que el artículo 25.14 del RLGIT establece, como infracción muy grave “[L]os actos de hostilidad y el hostigamiento sexual, así como cualquier otro acto que afecte la dignidad del trabajador o el ejercicio de sus derechos constitucionales.” Por su parte, el inciso 17 del mismo artículo 25, también considera infracción muy grave, “[L]a discriminación del trabajador, directa o indirecta, en materia de empleo u ocupación, como las referidas a la contratación, retribución, jornada, formación, promoción y demás condiciones, por motivo de origen, raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión, ascendencia nacional, origen social, condición económica, ejercicio de la libertad sindical, discapacidad, portar el virus HIV o de cualquiera otra índole.”

Como es evidente, estas disposiciones, albergan un amplísimo contenido, en tanto que permiten la remisión directa a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y, por norma constitucional expresa, también a aquellos con reconocimiento supranacional (contenido en tratados y convenios internacionales).

En esa medida, con base únicamente en esos dos incisos podrían conducirse inspecciones en las cuales lo que se encuentre en colisión con la facultad de dirección del empleador, sean derechos fundamentales de los trabajadores. Dentro de estas situaciones, se puede encauzar la fiscalización respecto del adecuado uso del GPS como mecanismo de control del tiempo de trabajo, o respecto del uso de datos biométricos para distintos aspectos de la relación laboral (por ejemplo, el sensor biométrico de control de retina o iris en los vehículos de transporte, desarrollado anteriormente).

Del mismo modo, si durante un proceso automatizado de evaluación de desempeño a través de IA se identificara que la metodología empleada ha implicado un supuesto de discriminación (por ejemplo, en contra de dirigentes sindicales, de madres embarazadas o en periodo de lactancia) o de violación de otros derechos fundamentales, la inspección podrá intervenir a efectos de detener, corregir y/o sancionar la conducta infractora.

Por su parte, si se produjeran cuestionamientos sobre el control respecto del uso del correo electrónico profesional o redes sociales, que implique un potencial impacto respecto de los derechos fundamentales a la intimidad, secreto de las comunicaciones, o libertad de expresión y opinión, también podría efectuarse una ponderación de derechos y determinar si las pautas previstas por el empleador para dicho control son o no razonables y si se enmarcan en el principio de proporcionalidad.

Consecuentemente, tenemos que, desde lo normativo, sí encontramos caminos para fiscalizar adecuadamente situaciones producidas en el marco de las NTIC, por lo que no sería necesario ni recomendable, introducir una modificación legislativa que deba abordar en detalle, cada una de las nuevas situaciones. El motivo es sencillo: la tecnología se mueve a tal velocidad que, aun en el hipotético caso que se lograra modificar la LGIT, cuando ello ocurra (de ocurrir), seguramente habrá ya nuevos retos y nuevas problemáticas que hoy no existen ni somos capaces de predecir, corriendo – nuevamente el riesgo – de resultar, la legislación, insuficiente. Por ello, la existencia de disposiciones con contenido amplio vinculado al reconocimiento de los derechos fundamentales, permitirán garantizar, de mejor modo, su eficacia.

2. El despliegue de la actividad probatoria en la inspección: un gran desafío ante las NTIC

Fue superada ya la primera limitación que identificamos al concluir que, por un tema de tipicidad, la Autoridad Inspectiva sí tiene capacidad de fiscalizar las situaciones que se presentan como consecuencia de la aplicación de las NTIC en la relación de trabajo.

Ahora surge un reto complementario: cuáles son los mecanismos idóneos para recabar la prueba, especialmente en contextos cuando el lugar de la prestación de los servicios o la forma en que se materializa la infracción no son siempre identificables o visibles.

A manera de ejemplo, nos preguntamos: ¿cómo podría formarse convicción un inspector de trabajo, respecto de que el GPS activado en los teléfonos móviles de un grupo de vendedores es monitoreado únicamente durante la jornada de trabajo o que la información que aporta no es empleada para controlar los movimientos de los dirigentes de un sindicato en formación? En este ejemplo, los trabajadores que se consideren afectados por una ilegal intromisión en su intimidad y en su libertad sindical podrían interponer una denuncia alegando el incumplimiento referido en los artículos 25.14 y 25.17 del RLGIT antes transcritos. Por su parte, el empleador podría negar los hechos, alegar que los registros del GPS —al ser información proporcionada por un proveedor informático externo— únicamente se conservan por un intervalo corto de tiempo y que luego son eliminados, o que sencillamente, la alegación de seguimiento a los dirigentes es imposible de probar. De este modo, se tendrá base legal clara, pero lo que no habrá, será posibilidad de formarse convicción respecto del incumplimiento.

Para resolver esta limitación, los inspectores deberán, hoy más que nunca —pero sin apartarse de los principios y reglas que regulan la actuación inspectiva— desplegar una actividad de investigación más sofisticada y creativa y, en la medida de lo posible, conectar indicios o *coincidencias*. Por ejemplo, en el caso anterior, podrían contrastar los registros de las llamadas realizadas por representantes de la empresa a los dirigentes del sindicato en formación, en horas del día en las cuales son monitoreados por el GPS,

para identificar si existe una coincidencia o un patrón de seguimiento (días u horas). Podrían identificar si la Empresa exige el retorno al centro de trabajo o programa trabajo en sobretiempo, cuando está prevista alguna reunión de coordinación gremial. Del mismo modo, podrían verificar si, en el tiempo, se producen recomposiciones injustificadas de equipos de trabajo con miras a desarticular una incipiente organización sindical.

Un ejemplo adicional se identifica en el contexto actual, en cuyo marco, un importante número de trabajadores de labores administrativas se encuentra prestando servicios de manera remota, sin que exista un control efectivo del cumplimiento de la jornada de trabajo, por lo que podrán presentarse denuncias al respecto. En este contexto, evidentemente, la verificación de la realización de trabajo en sobretiempo no remunerado no podrá satisfacerse mediante registros físicos tradicionales (registro de marcación de asistencia o constataciones en el centro de trabajo). En cambio, será necesario que la fiscalización incluya el registro de envíos de correos electrónicos (en los que figura el registro de fecha y hora de envío), de capturas de pantalla de mensajes de *WhatsApp* o de las redes sociales internas de la Empresa, de llamadas telefónicas o participación en videollamadas, entre otros, que permitan generar evidencia de que el trabajador laboró fuera del horario de trabajo. Estos mecanismos de fiscalización, como no podría ser de otra manera, necesariamente deben velar por no lesionar derechos del empleador, tales como a la reserva de sus comunicaciones, al secreto profesional, o la confidencialidad, por lo cual deberán limitarse a lo indispensable para identificar la prestación o no de servicios fuera de la jornada.

Así, es claro que si bien la normativa sí habilita a los inspectores a conducir actuaciones de vigilancia ante supuestos como el planteado, será necesario ir creando nuevos mecanismos de obtención de evidencia, más allá de los tradicionales, para que la finalidad de protección no pierda eficacia. En este sentido, serán múltiples los supuestos novedosos que se vayan presentando y la labor inspectiva deberá adecuarse a nuevas formas de fiscalizar, dado que la constatación personal, la visita al centro de trabajo, las comparecencias en las oficinas de la autoridad y la presentación

de documentos estandarizados permitirán resolver, cada vez con menor consistencia, los nuevos retos.

3. El invaluable esfuerzo por la modernización de las actuaciones inspectivas

Como hemos podido apreciar hasta ahora, el principal reto que identificamos para la inspección ante las nuevas tecnologías será “localizar” los incumplimientos y probarlos. Si bien aquel es un reto en constante desarrollo y que exigirá, como anticipamos, que los inspectores piensen *fuera de la caja* para hallar respuestas, no es menos importante reconocer el esfuerzo que, durante el último tiempo, ha efectuado la autoridad de fiscalización por simplificar sus actuaciones inspectivas. Así, hasta hace muy poco, ellas se efectuaron mediante mecanismos tradicionales de requerimientos personales, con firmas manuales, requerimientos de información en medios físicos y con comparecencias presenciales, que dificultaban las actuaciones no solo para los denunciantes y empleadores, sino para los propios inspectores de trabajo.

Así, en los últimos dos años, hemos apreciado una orientación valiosa hacia la digitalización de la labor inspectiva. Así, en setiembre del 2018, mediante Decreto Legislativo N.º 1383, se modificó la LGIT para incluir una cuarta modalidad de actuación inspectiva de investigación: el requerimiento de información por medios de comunicación electrónica.

Por su parte, en enero del 2020, incluso antes del inicio de la Pandemia se creó, mediante Decreto Supremo N.º 003-2020-TR, el Sistema Informático de Notificación Electrónica, con el objetivo de implementar progresivamente el uso obligatorio de la casilla electrónica para las notificaciones de procedimientos administrativos y actuaciones de la entidad fiscalizadora.

En julio del 2020, ya durante la fase de propagación de la Pandemia, mediante Resolución de Superintendencia N.º 103-2020-SUNAFIL, se publicó la más reciente versión del protocolo sobre inspección de trabajo durante la Emergencia Sanitaria. En este se señala, entre otros aspectos, lo siguiente: (i) la inspección se ejerce privilegiando el uso de las NTIC,

tales como llamadas telefónicas, correos electrónicos, *WhatsApp*, grabación de videoconferencias, cartas, entre otros; (ii) las comparecencias pueden llevarse a cabo mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación, y; (iii) las visitas inspectivas pueden realizarse mediante plataformas virtuales, pudiendo el inspector exigir al empleador que, a través de una videollamada, efectúe un recorrido por las instalaciones del centro de trabajo. Es decir, será posible, por ejemplo, que un inspector se reúna por videollamada con el empleador y con el trabajador en simultáneo, cada uno en un lugar distinto y así, verificar las condiciones de la prestación laboral. La intermediación e inmediatez que ello permite es invaluable.

Si bien esta implementación tiene su origen en el contexto de la emergencia del 2020, lo cierto es que es probable que —comprobada su eficacia— su vigencia de mantenga una vez que la crisis sanitaria sea superada. Esto implica, qué duda cabe, un enorme avance hacia la modernización de la inspección en el país, en beneficio tanto de trabajadores como empleadores, quienes tendrán la posibilidad de recibir orientación y vigilancia, de manera mucho más celer, sin las limitaciones propias de la fiscalización tradicional. Asimismo, al admitir como legítimas estas alternativas, sin duda se producirá un fenómeno de apertura, que dará lugar a que la inspección pueda continuar sofisticando sus mecanismos de vigilancia, teniendo por supuesto y siempre, como límite el respeto por los derechos fundamentales de ambas partes de la relación laboral.

CONCLUSIONES

Como anticipamos al inicio del presente trabajo, son pocas las certezas que tenemos actualmente. Una de ellas es que los rasgos esenciales que definen el contrato del trabajo no han cambiado: la relación personal, subordinada y remunerada será lo que diferencie nuestra disciplina de cualquier otra.

Sin embargo y, pese a esta primera gran certeza, no es menos cierto que el derecho del trabajo no es el mismo hoy que el que era hace veinte

años, ni mucho menos el mismo del siglo pasado. Así, al ser una disciplina que abarca relaciones interpersonales, mutará a la misma velocidad a la que se transforme el mundo.

Somos testigos, hoy más que nunca y, sin duda, mañana más que hoy, que la transformación ocurre a una velocidad que trasciende la capacidad reguladora de nuestros operadores e incluso nuestra propia capacidad de comprenderla. Las nuevas tecnologías han abierto paso a realidades antes impensables, como el desarrollo cada vez más sofisticado de la IA que, poco a poco, viene reemplazando la forma en que nos desenvolvemos en muchos ámbitos, incluyendo el laboral (en los procesos de selección y los procesos de evaluación de desempeño, por citar solo dos ejemplos).

Asimismo, el desarrollo de la ciencia permite realizar monitoreos mediante sistemas de geolocalización en tiempo real e inclusive reconociendo nuestros datos biométricos (huellas, iris, retina, pulsaciones, entre otros). Todo ello incrementa la potencia con la cual se ejerce el poder de dirección y lleva a evaluar cuáles son sus límites.

Pese a la aparente incertidumbre, la segunda certeza que tenemos es que la protección de los derechos fundamentales no se transforma ni se relativiza, al ser parte estructural del Pacto Social Universal que nos rige como sociedad global.

En tal medida, el respeto de los derechos fundamentales plantea límites infranqueables, en este caso, para el ejercicio del poder de dirección. Por ello, la necesidad de aplicar el test de proporcionalidad en caso de conflictos entre estos derechos también mantiene absoluta vigencia. En virtud de ello, por mucho que las NTIC trastornen la forma en que nos relacionamos en el marco de un contrato de trabajo, los límites son hoy, los mismos que ayer. La dignidad, la no discriminación, la intimidad, y otros derechos constitucionales, siempre deberán ser ponderados ante un conflicto con los derechos del empleador y eso, afortunadamente, no lo transforman las nuevas tecnologías.

Por último y, en línea con lo anterior, la tercera certeza que tenemos es la absoluta necesidad de mantener vigente el Sistema de Inspección

de Trabajo como un contralor legitimado y eficiente. La normativa actual, desde lo sustantivo sí permite su acción, al proscribir expresamente conductas que lesionen los derechos fundamentales. Lo que corresponde ahora es renovar los procesos de actuación y fiscalización, de manera tal que las posibilidades de probar el cumplimiento o no de las normas, se ajusten a la nueva forma en que se desarrolla hoy el contrato de trabajo, con toda la disrupción que ello implica. Esfuerzos importantes ya se vienen haciendo, pero esperamos que ellos continúen, se fortalezcan y se extiendan, garantizando el respeto de los derechos y de las normas laborales, a favor de un universo cada vez más amplio de trabajadores y empleadores, reconociendo que el modelo tradicional cambió para siempre y que los recursos del sistema de inspección siguen siendo hoy, insuficientes.