

**CAPTURANDO AL EMPLEADO *IN FRAGANTI*:
ANÁLISIS LEGAL DE LA SUPERVISIÓN ELECTRÓNICA
DEL TELETRABAJO EN PUERTO RICO**

ARTÍCULO

SARA C. IZQUIERDO FORTUÑO*

INTRODUCCIÓN.....	1128
I. LA MIGRACIÓN AL TELETRABAJO.....	1129
A. <i>Pandemia del COVID-19</i>	1129
B. <i>Trabajo: Modalidad remota y virtual</i>	1130
i. Intereses del patrono para el monitoreo electrónico.....	1133
ii. Objeciones del empleado sobre la supervisión remota.....	1133
iii. Permanencia del teletrabajo.....	1135
C. <i>Derecho a la privacidad en el sector privado</i>	1136
i. Consideraciones Constitucionales.....	1136
1. Estados Unidos.....	1136
2. Puerto Rico.....	1136
ii. Legislación local y federal insuficiente.....	1139
1. Estados Unidos.....	1139
2. Puerto Rico.....	1139
iii. Jurisprudencia y estándar de adjudicación de las cortes.....	1141
III. EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD EN EL DERECHO LABORAL A RAÍZ DEL COVID-19.....	1147
A. <i>Amenaza a la intimidad por la supervisión electrónica</i>	1147
i. Elemento Espacial.....	1147
ii. Control Corporal.....	1148
iii. Grado de intrusión.....	1150
iv. Consentimiento.....	1152
CONCLUSIÓN.....	1153
I. CONSTITUCIONALIDAD DE LA SUPERVISIÓN ELECTRÓNICA.....	1153
II. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN RECOPIADA SOBRE EL EMPLEADO.....	1156
III. LLAMADO PARA ACTUALIZAR LAS POLÍTICAS DE PRIVACIDAD EN LA OFICINA....	1157

* La autora es estudiante de segundo año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y posee un Bachillerato en Comunicaciones y Ciencias Políticas de Ohio University.

INTRODUCCIÓN

El mundo digital nos ha obligado a abrirnos, a darnos a conocer, a revelar partes de nuestra identidad que en otros tiempos hubiesen permanecido ocultas. El rápido desarrollo de los medios de comunicación y las tecnologías electrónicas de supervisión han propulsado una demanda voraz de información que las personas están dispuestas a ofrecer por los beneficios tentadores de la conexión inmediata. Consecuentemente, la privacidad ahora parece ser un concepto exótico y en ocasiones hasta un lujo. La vida moderna ha provocado una reconstrucción ideológica de lo que es un espacio privado y distorsionado la relación entre la privacidad e información. Ahora prevalece una noción limitada de la definición y alcance del término *privacidad*. Este tiende a ser asociado “exclusivamente con aquello que [se guarda] en secreto o con lo que pertenece a un espacio privado fuera de la vista de otros”.¹ Sin embargo, se trata de un concepto expansivo, altamente contextual, históricamente contingente y variable.² Es una manifestación de libertad y un ingrediente esencial para gozar de una vida plena, sin intromisiones irrazonables del Estado o de particulares que le permite al individuo proyectar su identidad a través del control de la información personal. Es un principio cobijado bajo el derecho a la intimidad, que ha sido reconocido en el escenario internacional como también en Puerto Rico tras ser consagrado en el artículo II de nuestra Constitución. El mismo es considerado un derecho fundamental y de la más alta jerarquía, aunque no es uno absoluto.³

Recientemente el tema de la privacidad en el mundo laboral ha cogido bastante tracción. La rápida propagación del COVID-19 en el 2020 provocó el cese de las operaciones corporativas y la continuación de las faenas laborales desde el hogar. Como consecuencia, los empleadores integraron mecanismos de vigilancia electrónica para velar por la productividad y rendimiento de los empleados que estaban trabajando desde las casas. Aunque tras el paso del tiempo se reanudaron las operaciones presenciales en las oficinas, la modalidad de teletrabajo (o trabajo remoto y virtual desde las casas) llegó para quedarse. Esto implica, por su parte, que las tecnologías de monitoreo también permanecerán. Por lo tanto, ante la prevalencia de esta nueva modalidad operacional, este artículo pretende explorar si el uso de los programas de supervisión que utilizan los patronos atenta contra el derecho a la intimidad de los teletrabajadores en Puerto Rico. Para atender esta interrogante, la primera parte del escrito establecerá el trasfondo con el fin de enmarcar la controversia dentro del panorama del COVID-19, introducirá los sistemas de monitoreo que utilizan los empleadores y expondrá el estado de derecho actual sobre el derecho a la intimidad dentro de las relaciones obrero-patronales. La segunda parte se enfocará en analizar las cuatro amenazas a la intimidad que dichas tecnologías presentan. Finalmente, la conclusión comprenderá varias propuestas prácticas para atemperar algunos de los problemas constitucionales que presenta la supervisión electrónica.

1 Hiram Meléndez Juarbe, *El derecho a la intimidad, nuevas tecnologías y la jurisprudencia de Hernández Denton: lo público de lo público*, 83 REV. JUR. UPR 1067, 1068 (2014).

2 *Id.* en la pág. 1071.

3 Véase *Arroyo v. Rattan Specialties*, 117 DPR 35, 61-62 nota al calce 32 (1986).

I. LA MIGRACIÓN AL TELETRABAJO

A. *Pandemia del COVID-19*

En diciembre de 2019 se reportó en un mercado de mariscos y aves en Wuhan, China, el primer contagio de un virus pulmonar altamente contagioso llamado COVID-19 (en adelante, “Coronavirus”).⁴ Un mes más tarde la Organización Mundial de la Salud declaró una emergencia de salud a nivel global a la luz de miles de contagios en China.⁵ Este virus se propagó rápidamente por el mundo, tanto así que para el 29 de febrero de 2020 se reportó la primera muerte en Estados Unidos.⁶ Para el 26 de marzo de 2020 dicho país ocupaba el primer lugar en casos confirmados de COVID-19.⁷ Al momento de redactar este artículo, casi dos años más tarde del primer contagio, se han reportado 247 millones de infecciones alrededor del mundo y cerca de cinco millones de muertes por dicha enfermedad.⁸ Estas cifras, debido a las mutaciones constantes del virus, siguen aumentando día a día.⁹

Puerto Rico no tardó en reaccionar. Fue una jurisdicción pionera en decretar un cierre total en los negocios y una cuarentena de catorce días mandatoria para todo el país.¹⁰ El 15 de marzo de 2020, la entonces gobernadora de Puerto Rico, Wanda Vázquez Garced, emitió la orden ejecutiva OE-2020-023 para viabilizar los cierres gubernamentales y privados necesarios para combatir los efectos del Coronavirus y controlar el riesgo de contagios en la isla.¹¹ Resaltó en la medida que, la rigurosidad de la misma surge como consecuencia de la falta de seriedad del País ante la amenaza del virus.¹² Una de las medidas de seguridad ordenadas fue el toque de queda por un periodo de catorce días. Esta instrucción encomendaba a todos los ciudadanos a permanecer en su residencia. Además, ordenó el cierre de las operaciones gubernamentales, como también el cierre de todos los comercios en la Isla hasta el 30 de marzo de 2020, salvo los dedicados a la venta de alimentos al detal que estaban relacionadas a las cadenas de distribución de alimentos, medicamentos, artículos médicos o combustible.¹³ Ante el incumplimiento de estas disposiciones, la orden establece sanciones penales y multas.¹⁴ Ahora bien, aunque esta orden se mantuvo vigente hasta

4 Derrick Bryson Taylor, *A Timeline of the Coronavirus Pandemic*, THE NEW YORK TIMES (17 de marzo de 2021), <https://www.nytimes.com/article/coronavirus-timeline.html>.

5 *Id.*

6 *Id.*

7 *Id.*

8 Para las cifras actuales, véase WHO CORONAVIRUS (COVID-19) DASHBOARD, <https://covid19.who.int/> (última visita 23 de mayo de 2022).

9 *Id.*

10 Edmy Ayala & Patricia Mazzei, *Puerto Rico Orders Coronavirus Lockdown. Violators Could Be Fined*, THE NEW YORK TIMES (15 de marzo de 2020), <https://www.nytimes.com/2020/03/15/us/coronavirus-puerto-rico.html>.

11 Orden Ejecutiva Núm. 20-023, *Para viabilizar los cierres necesarios gubernamentales y privados para combatir los efectos del Coronavirus (COVID-19) y controlar el riesgo de contagio en nuestra isla* (15 de marzo de 2020), <http://www.ddec.pr.gov/wp-content/uploads/2020/03/OE-2020-023.pdf>.

12 *Id.*

13 *Id.*

14 *Id.*

el 30 de marzo, órdenes ejecutivas subsiguientes hicieron que el toque de queda y cierre total de los negocios se mantuviera.¹⁵

Las estrictas restricciones impuestas por las órdenes ejecutivas emitidas por la Gobernadora afectaron el modelo operacional de los negocios. Como respuesta a la amenaza de salud que presentó el COVID-19, el mundo corporativo en Puerto Rico se vio limitado respecto a sus opciones para continuar sus operaciones. Consecuentemente, una de las alternativas más viables fue la continuación de las faenas laborales mediante la modalidad remota y virtual. Ello requirió, en gran parte, una inversión en la infraestructura tecnológica y mobiliaria para habilitar espacios en los hogares de los empleados. A pesar de la incertidumbre sobre la eficiencia de la modalidad, los empleadores rápidamente se percataron de sus beneficios, entre ellos, que el trabajo remoto no redujo la productividad y que podían reducir los costos operacionales y aumentar los márgenes de ganancia si mantenían a sus empleados trabajando desde sus casas.¹⁶ Por eso, a pesar de que Puerto Rico ha embarcado en una vacunación masiva y el trabajo presencial se ha reanudado como consecuencia, no dejó atrás la modalidad de trabajo virtual.¹⁷ Al contrario, llegó para quedarse.

B. Trabajo: Modalidad remota y virtual

La supervisión del patrono a sus empleados no es una práctica nueva. De hecho, los patronos la han considerado como un mecanismo indispensable para la sana administración de su negocio. Si nos remontamos a principios del Siglo XX, Henry Ford (fundador de la compañía automotriz Ford) recorría la planta física de su fábrica con un cronómetro para registrar el tiempo que le tomaba a sus empleados completar una actividad con la esperanza de hacerlos más eficientes.¹⁸ También contrataba a investigadores privados para indagar sobre la vida personal de sus empleados y analizar cómo esto afectaba el rendimiento de cada uno.¹⁹ Los empleados, por su lado, participaban de los interrogatorios liderados por los agentes, porque sus trabajos dependían de ello.²⁰ Aunque no se puede decir con entera certeza que todos los patronos estaban igual de comprometidos que Henry Ford con supervisar a sus empleados, de una forma u otra implementaron mecanismos para ese mismo fin dentro de las premisas del trabajo. Por ejemplo, regular el atuendo del empleado para asegurar un ambiente corporativo profesional; delimitar el tono y expre-

15 Véase Orden Ejecutiva Núm. 20-029, *A los fines De extender las medidas tomadas para controlar el riesgo de contagio del Coronavirus COVID-19 en Puerto Rico* (30 de marzo de 2020), <https://redi.upr.edu/bitstream/handle/11722/2597/OE-2020-029.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; Orden Ejecutiva Núm. 20-041, *A los fines de extender el toque de queda, continuar la reapertura gradual de varios sectores económicos y otros fines relacionados con respecto a las medidas tomadas para controlar el riesgo de contagio del Coronavirus (COVID-19) en Puerto Rico* (21 de mayo de 2020), <https://bvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/2/OE-2020-041.pdf>.

16 Laurel Farrer, *5 Proven Benefits of Remote Work for Companies*, FORBES (12 de febrero de 2020), <https://www.forbes.com/sites/laurelfarrer/2020/02/12/top-5-benefits-of-remote-work-for-companies/?sh=627e876116c8>.

17 Christian Ramos Segarra, *El empleo remoto transforma las reglas del juego*, EL VOCERO (30 de abril de 2021), https://www.elvocero.com/economia/el-empleo-remoto-transforma-las-reglas-de-juego/article_2ee0f-bfc-a9ac-11eb-8f50-1f03d498426a.html.

18 Ifeoma Ajunwa, et al., *Limitless Worker Surveillance*, 105 CALIF. L. REV. 735, 741 (2017).

19 *Id.*

20 *Id.* en la pág. 742.

sión del empleado en las interacciones con los clientes; restringir la capacidad de confraternización del empleado (e.g., prohibir relaciones sexuales entre empleados o con la competencia); prohibir el consumo de bebidas embriagantes o tabaco dentro de las facilidades de la empresa, entre otros.²¹ Como complemento, los supervisores también procedieron a tener un rol interventor y supervisor aún más robusto tras incorporar sistemas capaces de registrar los fichajes de personal (*punch cards*), instalar videocámaras para grabar el espacio laboral, implementar tarjetas de acceso o tarjetas de pulgar para acceder al trabajo.²² Conviene subrayar que en estas situaciones, los empleados una vez pisaban las premisas de las oficinas del patrono dejaban atrás un espacio privado y entraban a una arena pública.²³ Es decir, un área conocida por estar sujeta a la supervisión y el control.²⁴ Con el paso del tiempo se han ido expandiendo los recursos para regular al empleado y el patrono ha podido gozar libremente de un mar de avances tecnológicos diseñados para monitorear y regular la conducta de su equipo. Sin embargo, el trabajador no ha visto una ampliación a su derecho de intimidad en el contexto obrero-patronal frente a los desarrollos que pretenden controlarlo y supervisarlos. Su derecho a libertad, privacidad y dignidad parecían ceder ante el interés privado del patrono para proteger su propiedad privada e intereses económicos.²⁵

La rápida propagación de la tecnología de vigilancia electrónica moderna ha provocado una metamorfosis de supervisión laboral, particularmente respecto al trabajo remoto. Las innovaciones de monitoreo ahora permiten que los empleadores dependan cada vez menos de la intervención humana y más en tecnologías digitales.²⁶ Las nuevas estrategias de monitoreo remoto, que comenzaron a implementarse alrededor del año 2000, incluyen la captura al azar de las pantallas de computadoras de los empleados, el conteo de pulsos al teclado, el conteo de clics del ratón, la toma de fotos o grabaciones del empleado frente a su computadora,²⁷ el registro del número de correos electrónicos enviados y su contenido, la lista de sitios web visitados (con los documentos y aplicaciones en uso), el registro de llamadas telefónicas, la implementación de programas que persiguen el movimiento de los ojos y reconocimiento de facial (*facial recognition*), los *smart phone sensors* entre muchos otros medios.²⁸ Los datos del empleado forman parte de su récord y los mismos pueden ser recopilados, almacenados, y comparados a través del tiempo con los datos de otros trabajadores.²⁹

21 Matthew W. Finkin, *Employee Privacy, American Values, and the Law*, 72 CHI.-KENT L. REV. 221, 235-38 (1996).

22 *Id.* en la pág. 269; véase también Meera Jagannathan, *Like 'punchin a time clock through your webcam': How employers are keeping tabs on remote workers during the pandemic*, MARKET WATCH (4 de agosto de 2020), <https://www.marketwatch.com/story/like-punching-a-time-clock-through-your-webcam-how-employers-are-keeping-tabs-on-remote-workers-during-the-pandemic-11596484344>.

23 *Id.* en la pág. 263.

24 *Id.*

25 *Id.* en la pág. 255.

26 Ajunwa, *supra* nota 18, en la pág. 738.

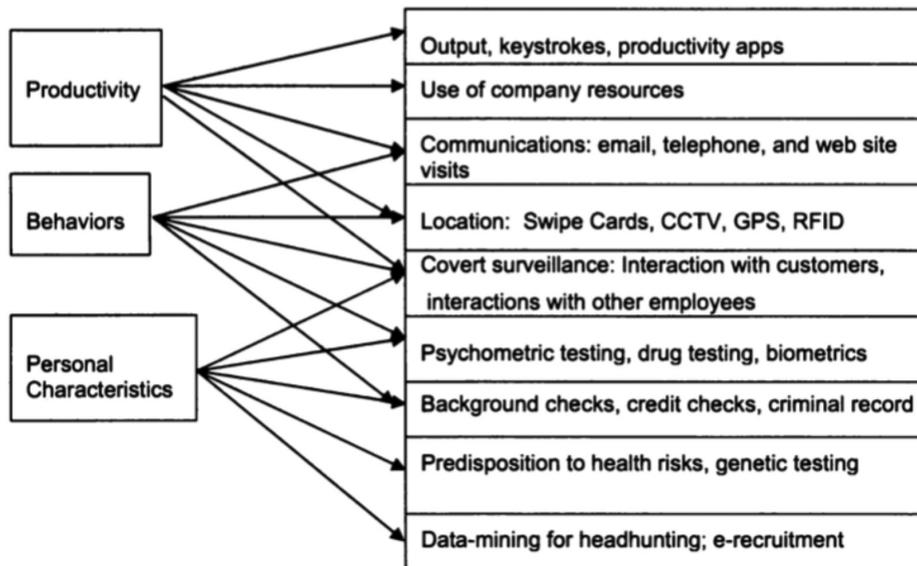
27 *Id.* en la pág. 746.

28 Antonio Aloisi & Elena Gramano, *Artificial Intelligence is Watching You at Work: Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context*, 41 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 95, 98-99 (2019).

29 Finkin, *supra* nota 21, en la pág. 263.

La Gráfica 1 abajo intenta reflejar el grado de intromisión a la privacidad del empleado por estos programas, lo que suscita el dilema de cuán lejos puede llegar el patrono para medir el rendimiento del trabajador y asegurar una sana administración de su negocio. Dichas tecnologías están tan omnipresentes en las vidas de los trabajadores que, al examinarlas de cerca, se puede concluir que van más allá de monitorear al empleado. Estas, en efecto, lo que procuran es crear un perfil del empleado que detalle sus comportamientos y características personales para mejorar las estrategias corporativas de cumplimiento, productividad y subordinación.³⁰ La Gráfica 1, Supervisión en el empleo, ilustra cómo los mecanismos de monitoreo funcionan para definir la personalidad del empleado.³¹

GRÁFICA 1. SUPERVISIÓN EN EL EMPLEO



Estas nuevas prácticas, aglomeradas, son análogas a un látigo mental que castiga al empleado cuando este no cumple con las expectativas numéricas que espera el patrono respecto a su conducta durante las horas de trabajo.³² Las mismas tienen un efecto psicológico perjudicial en el teletrabajador, pues, este se encuentra bajo presión constante de que cada movida está siendo escudriñada.³³

³⁰ Ajunwa, *supra* nota 18, en la pág. 745.

³¹ Gráfica 1: Adaptada de Kirstie Ball, *Workplace Surveillance: An Overview*, 51 LAB. HIST. 87, 90 (2010).

³² Ajunwa, *supra* nota 18, en la pág. 744.

³³ *Id.*

i. Intereses del patrono para el monitoreo electrónico

El patrono puede justificar la necesidad de incorporar programas de supervisión electrónica invocando su derecho constitucional a la protección de la propiedad privada.³⁴ Puede argumentar que tiene la prerrogativa de mantener una sana administración de su compañía, pero para esto necesita un instrumento que lo ayude a identificar aquellas prácticas o conductas de su empleomanía que acarrear repercusiones legales y corporativas perjudiciales (e.g., la pérdida de tiempo, la divulgación de secretos de negocio, las comunicaciones inapropiadas o la responsabilidad por daños y perjuicios). Es posible sostener que los mecanismos de monitoreo incorporados son un ejercicio comprendido dentro de su derecho a proteger su propiedad privada y medios indispensables para tener un buen manejo de la compañía.

El patrono también puede justificar el monitoreo electrónico si demuestra que tiene intereses comerciales legítimos. Se trata de una amplia categoría que recoge distintos motivos por los cuales un patrono se aprovecha de un programa de monitoreo. Estos intereses pueden incluir la genuina preocupación de la pérdida de productividad de los empleados por razón de participar en actividades no relacionadas con el trabajo durante el horario laboral.³⁵ Otra razón corresponde a las obligaciones de cumplimiento que tiene el empleador y que varían en naturaleza. Estas obligaciones pueden incluir cumplimiento con leyes, reglamentos, contratos, códigos de prácticas y compromisos voluntarios como lo son las normas de la industria.³⁶ Además, la información recopilada puede ayudarlos a adelantar una acción legal en contra de su empleado o a defenderse frente a sus reclamos.³⁷ Es decir, pueden recurrir y utilizar estos datos almacenados como referencia ante disputas que involucran al empleado.

ii. Objeciones del empleado sobre la supervisión remota

Las innovaciones de la supervisión electrónica han desplazado la intervención humana para monitorear a los empleados y se han convertido en la herramienta principal para supervisar por el atractivo de su bajo costo dentro del presupuesto operacional.³⁸ No obstante, bajo la perspectiva de los empleados, ha presentado ser problemática; particularmente porque estos avances tecnológicos han permitido que la supervisión “se lleve a cabo dentro y fuera de la oficina [—]interponiéndose en la vida privada de los trabajadores [—].”³⁹

34 Véase *Vega v. Telefónica*, 156 DPR 584, 607 (2002).

35 Saby Ghoshray, *Employer Surveillance versus Employee Privacy: The New Reality of Social Media and Workplace Privacy*, 40 N. KY. L. REV. 593, 601 véase nota al calce 31 (2013).

36 *How Do I Assess my Environmental Compliance Obligations?*, GREEN SPARK, <https://www.greenspark-env.com/i-assess-environmental-compliance-obligations/#:-:text=According%20to%20ISO%2014001%2C%20compliance,voluntary%20commitments%20like%20industry%20standards> (última visita 14 de marzo de 2022).

37 Ghoshray, *Employer surveillance versus employee privacy: The new reality of social media and workplace privacy*, *supra* nota 35, en la pág. 601.

38 Ajunwa, *supra* nota 18, en la pág. 738.

39 *Id.* en la pág. 739 (traducción suplida).

Una preocupación que acompaña el uso de estas herramientas de monitoreo es que no existe una barrera que limite al empleador de adquirir los datos ni restricciones de cómo usarlos.⁴⁰ Al presente, pueden recopilarlos y disponer de los mismos libremente y para cualquier propósito que le interese al patrono. La ausencia de un parámetro que limite las justificaciones aceptables para usar los datos presenta una amenaza y posible abuso de la información privada del empleado. Actualmente, la legislación local y federal es insuficiente para establecer quién puede divulgar la información, recopilarla, examinarla o eliminarla.⁴¹ Esto puede resultar en el uso y manejo indiscriminado de información. Es necesario el establecimiento de controles estrictamente definidos que delimiten la audiencia que tendrá acceso a los datos y cuáles serán los métodos de circulación a emplearse para preservar la confidencialidad de la información del empleado. Lo importante es que merezca el mismo trato privado que otros archivos que puede tener el empleador de su empleado, como, por ejemplo, sus récords médicos, cartas de recomendación, récord disciplinario, etc. El efecto psicológico de esta supervisión no puede pasar desapercibido. Investigaciones han revelado que el exceso de monitoreo puede crear ansiedad, intimidación, miedo e incentivos para desafiar el sistema.⁴²

Hay que mencionar además que “el uso del internet se ha convertido en una actividad tan ubicua [en el diario vivir] que los empleados pueden utilizarlo para propósitos personales o semi-personales. . . sin necesariamente albergar la intención o interés de perjudicar a su empleador”.⁴³ Es cierto que los patronos no deben indemnizar a los empleados por el tiempo dejado de producir por incurrir en actividades personales durante horas laborales.⁴⁴ Ahora bien, esto no necesariamente implica que los empleadores deben tener el poder de interceptar, recolectar y evaluar subrepticamente la información que fue obtenida por uso inocente del internet.⁴⁵ Esto debe merecer aún más importancia cuando se trata de aquellos empleados que no están bajo la sospecha de incumplimiento o conducta cuestionable. Además, esta práctica de monitoreo constante solo revela que el patrono no está interesado necesariamente en aumentar la productividad mediante estos mecanismos, sino deshacerse de la duda respecto a si sus empleados están trabajando o no. La falta de certeza puede ser uno de los principales motivos de la incorporación de los programas de vigilancia.⁴⁶

⁴⁰ *Id.* en la pág. 743.

⁴¹ Aunque existen leyes federales, véase Employee Polygraph Protection Act, 29 U.S.C. §§ 2001-2009 (2020); o el Electronic Communications Privacy Act, Pub. L. No. 99-508, 100 Stat. 1848 (1986) y jurisprudencia local, véase *Arroyo v. Rattan Specialties, Inc.*, 117 DPR 35 (1986), *Vega v. Telefónica*, 156 DPR 584 (2002), e *Indulac v. Central General de Trabajadores*, 207 DPR 279 (2021), estas no son lo suficientemente abarcadoras para proteger el interés constitucional de intimidad del empleado.

⁴² Ajunwa, *supra* nota 18, en la pág. 744.

⁴³ Charles E. Frayer, *Employee Privacy and Internet Monitoring: Balancing Workers' Rights and Dignity with Legitimate Management Interests*, 57 BUS. LAW. 857, 859 (2002) (traducción suplida).

⁴⁴ *Id.* en la pág. 859-860.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ Leandra Bernstein, *78% of Employers Admit to Using Digital Surveillance Tools on Remote Workers*, NBC MONTANA (22 de junio de 2021), <https://nbcmontana.com/news/nation-world/78-of-employers-admit-to-using-digital-surveillance-tools-on-remote-workers>.

Por otra parte, existe una confusión entre correlación y causalidad. Es correcta la apreciación de que una de las metas de los programas de monitoreo es mejorar el rendimiento de cada empleado, aumentar la eficiencia del organigrama operacional y promover el crecimiento económico de la empresa.⁴⁷ No obstante, el crecimiento económico y de la productividad no es resultado inmediato del monitoreo al trabajador. Si eliminamos el factor de supervisión electrónica del esquema corporativo, ¿cómo se vería afectada la operación del negocio? Indudablemente, no es el único ingrediente para la sana administración y funcionamiento de un negocio. Por lo tanto, los mecanismos de vigilancia que se utilicen no deben ser muy intrusivos porque por sí solos no son responsables del éxito de una compañía, sino que son solo un factor de muchos otros importantes. Dicho de otra manera, no se puede sacrificar la intimidad del empleado para fines económicos privados cuando en realidad la supervisión probablemente no es instrumental o indispensable para asegurar el fin comercial que procura el empleador. Por ejemplo, si al patrono le interesa ver un mejor rendimiento de sus empleados, tiene a su alcance diferentes métodos para alcanzarlo, tales como aumentar el porcentaje de comisión que recibe el empleado por su trabajo (si aplica), revisar el paquete de incentivos, tomar pasos afirmativos para mejorar la calidad del ambiente laboral, etc. Por consiguiente, aún cuando la supervisión electrónica sirva un propósito genuino, no es per se indispensable para que una compañía genere ingresos. Su utilidad es más suplementaria que central para la operación de un negocio.

iii. Permanencia del teletrabajo

El teletrabajo llegó para quedarse. Esta modalidad ha resultado muy atractiva para los empleadores, tanto así que muchos han optado por preservarla o integrarla de cara al futuro.⁴⁸

El uso de programas de vigilancia ha aumentado más del 50 por ciento desde el inicio de la pandemia.⁴⁹ Una encuesta de 2,000 participantes llevada a cabo por Express VPN, compañía de privacidad VPN, reveló que un 78 por ciento de los empleadores utiliza algún programa de control para seguir el rendimiento o la actividad en línea de sus empleados.⁵⁰ De hecho, reporta que “existe una brecha significativa entre lo que los empleadores vigilan activamente y lo que los empleados creen que sus empleadores vigilan, lo que indica que muchos desconocen lamentablemente su verdadero alcance, que podría estar exponiéndolos a peligro”.⁵¹ Además, solo un 53 por ciento de los empleados conoce que su empleador está vigilando sus actividades en línea.⁵² Considerando que el 81 por ciento de

47 Ajunwa, *supra* nota 18, en la pág. 771.

48 Bernstein, *supra* nota 46.

49 Jennifer Alsever, *Your Company Could Be Spying on You: Surveillance Software Use Up Over 50% Since Pandemic Started*, FORTUNE, (1 de septiembre de 2021), <https://fortune.com/2021/09/01/companies-spying-on-employees-home-surveillance-remote-work-computer/>.

50 Bernstein, *supra* nota 46.

51 *ExpressVPN Survey Reveals the Extent of Surveillance on the Remote Workforce*, EXPRESSVPN (20 de mayo de 2021), <https://www.expressvpn.com/blog/expressvpn-survey-surveillance-on-the-remote-workforce/#pay> (traducción suplida).

52 *Id.*

los empleados usan más de un dispositivo electrónico provisto por su patrono, ellos están siendo observados de diferentes maneras sin consentimiento.⁵³

Ahora bien, el avance de estas tecnologías y su impregnación en la cultura corporativa no ha traído consigo cambios capaces de atender las implicaciones legales que acompañan este tipo de monitoreo. Es decir, aunque se han producido rápidas innovaciones tecnológicas de control y la vigilancia sobre los trabajadores, se ha innovado poco en lo que respecta a la protección de la intimidad de los empleados. A falta de legislación tanto local como federal, han sido las cortes las que han atendido el tema de la intromisión a la intimidad utilizando lentes constitucionales para atender las controversias.

C. Derecho a la privacidad en el sector privado

i. Consideraciones Constitucionales

1. Estados Unidos

La Carta de Derechos de la Constitución Federal contiene varias zonas de privacidad contenidas en diferentes enmiendas: la Primera Enmienda, la Tercera Enmienda, la Quinta Enmienda, la Novena Enmienda, la Decimocuarta Enmienda y la Cuarta Enmienda.⁵⁴ Ahora bien, es esta última la que se utiliza para invocar una intromisión indebida a la intimidad de un empleado solo cuando se trata de un empleador público.⁵⁵ No es aplicable cuando estamos frente a reclamos de empleados a sus patronos privados. En tal caso, se acude a una acción de daños y perjuicios o la protección de alguna legislación especial como el *Electronic Communications Privacy Act* (ECPA), que se discutirá más adelante.⁵⁶

2. Puerto Rico

El derecho a la intimidad en Puerto Rico, particularmente el artículo II, sección 8 “es una copia exacta del [a]rt. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y . . . entronca también con el [a]rt. 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. . .”.⁵⁷ Se refiere a un derecho fundamental sobre la personalidad que busca ir más allá del mero derecho a la vida.⁵⁸ Su objetivo es remover los obstáculos e intromisiones para que la persona pueda disfrutar de una vida plena.⁵⁹ Marcos Celis Quintal en su escrito, *La protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos*, afirma que el derecho a la intimidad:

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Grisworld v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 481-82, 484 (1965).

⁵⁵ *Id.* en la pág. 484 (*citando a* *Boyde v. United States*, 116 U.S. 616, 630 (1885)).

⁵⁶ Frayer, *supra* nota 43, en las págs. 865-66.

⁵⁷ *E.L.A. v. Hermandad de Empleados*, 104 DPR 436, 439 (1975) (*citando a* La Nueva Constitución de Puerto Rico 235-36 (1954)).

⁵⁸ Véase *Arroyo v. Rattan Specialties, Inc.*, 117 DPR 35, 62 (1986).

⁵⁹ Marco Alejandro Celis Quintal, *La protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos*, en ESTUDIOS EN HOMENAJE A MARCIA MUÑOZ DE ALBA MEDRANO 72 (David Cienfuegos Salgado & María Carmen Marcías Vázquez 2006), <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2253/9.pdf>.

[E]s una facultad subjetiva reconocida a favor de la persona física, de no permitir la intromisión de extraños, en lo que respecta al ámbito de su reserva individual, sin perjuicio de las limitaciones normativas que de manera expresa se establezcan o de costumbres y usos sociales prevalecientes en una época y lugar determinados.⁶⁰

Lo que se busca, es proteger dos intereses: (1) el derecho de reserva o confidencialidad, cuya finalidad es la protección de la difusión y revelación de los datos pertinentes de la vida privada, y (2) el respeto a la vida privada, que tiene como meta la protección contra invasiones ilegítimas en este espacio.⁶¹

El derecho a la intimidad en Puerto Rico está consagrado en la Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico.⁶² Es decir, que no se articula como un valor o principio a aspirar, sino como un derecho que no admite excepciones ni violaciones temporales y mucho menos valores superiores.⁶³ Como opera *ex proprio vigore*, no está dirigida únicamente al Estado con el objetivo de limitar el ejercicio de sus poderes, sino que también puede invocarse frente a partes privadas.⁶⁴ En otras palabras, nadie debe atentar en contra de la dignidad humana. Se trata, además, de un derecho de factura más ancha en comparación con los Estados Unidos, principalmente porque —distinto a la Constitución Federal— el derecho está expresamente articulado en nuestra Constitución.⁶⁵ La Constitución de Estados Unidos solo busca limitar los poderes del Estado frente al individuo, pero en Puerto Rico el norte es distinto: la meta es reivindicar la dignidad humana, y ese objetivo incluye la imposición de límites y obligaciones a personas naturales y jurídicas no gubernamentales, además de limitar los poderes del Gobierno e imponer obligaciones al Estado.⁶⁶ Más aún, no requiere legislación especial para implementarla. A pesar de que es considerado un derecho de la más alta jerarquía, no es absoluto: “[e]l mismo se mantiene en lucha constante entre lo privado y lo colectivo, lo interno y lo externo, entre la libertad y la seguridad”.⁶⁷

El derecho a la intimidad puede estar presente en diferentes contextos. Esto se debe a que “es un concepto genérico, escurridizo y difícil de aprehender. . . no puede ser una categoría cerrada, sino suficientemente dilatada para que pueda ser ‘invocable ante cualquier nuevo e inesperado desarrollo de la técnica o las costumbres’. . . es un derecho ‘ilegislable’ que los tribunales de justicia deben hacer respetar”.⁶⁸ Debido a su naturaleza abstracta y camaleónica tiene una gran diversidad de matices y se ha manifestado:

60 *Id.* en la pág. 74.

61 *Id.* en la pág. 75 (*citando a* MARCIA MUÑOZ DE ALBA MEDRANO & FERNANDO CANO VALLE, *DERECHOS DE LAS PERSONAS CON SÍNDROME DE INMUNODEFICIENCIA ADQUIRIDA SIDA-VIH* 39 (2000)).

62 *García Santiago v. Acosta*, 104 DPR 321, 324 (1975) (*citando a* CONST. PR art. II, § 1).

63 *Arroyo*, 117 DPR en las págs. 59-60 (*citando a* PR Tel. Co. v. Martínez, 114 DPR 328, 338 (1983); *García Santiago v. Acosta*, 104 DPR 321, 324 (1975)).

64 Carlos E. Ramos González, *La inviolabilidad de la dignidad humana: Lo indigno de la búsqueda de expectativas razonables de intimidad en el Derecho Constitucional puertorriqueño*, 45 REV. JUR. UIPR 185, 188 (2010).

65 Camille Álvarez Jacobo, *Desvanece la intimidad en el mundo virtual: La búsqueda de protección constitucional en internet*, 45 REV. JUR. UIPR 265, 279 (2010).

66 Ramos González, *supra* nota 64, en la pág. 189.

67 Álvarez Jacobo, *supra* nota 65, en la pág. 279.

68 *Sostre Lacot v. Echlin of P.R., Inc.*, 126 DPR 781, 792-94 (1990) (*citando a* LUIS M. FARIÑAS MATONI, *EL DERECHO A LA INTIMIDAD* 4 (1983); *Pueblo v. Torres Albertorio*, 115 DPR 128, 136 (1984)).

[E]n el ámbito de ciertas decisiones personales, como son las relacionadas a nuestro cuerpo o nuestra familia, o estar presente en la necesidad de mantener confidencial información personal que hemos depositado en terceros o que mantenemos en nuestro poder o sobre nuestra persona. Este derecho está más vigente que nunca antes en el mundo laboral. . . .⁶⁹

En cuanto a la información personal, “el criterio para determinar si se viola el derecho a la intimidad constituirá en evaluar si el individuo conserva la capacidad para controlar la proyección de identidad a través del control de información personal”.⁷⁰ El derecho a controlar la información, que tiene como base el derecho a la intimidad, se preocupa en el reclamo de la persona para controlar la diseminación, uso o acceso a información pertinente a esa persona.⁷¹ Puede ser articulado también con “nuestra capacidad de decidir cómo, cuándo y bajo qué circunstancias vamos a proyectar a terceros elementos importantes de nuestra identidad”.⁷² Se trata del poder de moderar el flujo de información de un contexto a otro con el fin de controlar nuestra identidad y relaciones frente a otros.⁷³

El Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de Puerto Rico enfatizó el amplio alcance del artículo II, sección 8 de nuestra Constitución al indicar:

‘La protección contra ataques a la honra, reputación y vida privada constituye también un principio que complementa el concepto de la dignidad humana mantenido en esta [C]onstitución. Se trata de la inviolabilidad personal en su forma más completa y amplia. El honor y la intimidad son valores del individuo que merecen *protección cabal*, no s[o]lo frente a atentados provenientes de otros particulares, sino también contra injerencias abusivas de las autoridades. . . .’⁷⁴

Estamos frente a un mandato constitucional que “goza de un altísimo sitio en nuestra escala de valores”.⁷⁵ Por lo tanto, además de gozar de una amplitud teórica y conceptual que permite que sea invocado en controversias modernas de diferente naturaleza y resista la prueba del tiempo, goza también de un alto rango, lo cual acentúa la supremacía de este derecho en la política pública y organización social.

69 Ramos González, *supra* nota 64, en la pág. 192.

70 Álvarez Jacobo, *supra* nota 65, en la pág. 279 (citando a Hiram Meléndez Juarbe, *La Constitución en ceros y unos: un acercamiento digital al derecho a la intimidad y la seguridad pública*, 77 REV. JUR. UPR 45, 75 (2008)).

71 *Id.* en las págs. 286-87.

72 Meléndez Juarbe, *El derecho a la intimidad, nuevas tecnologías y la jurisprudencia de Hernández Denton: lo público de lo público*, *supra* nota 1, en la pág. 1072.

73 Hiram Meléndez Juarbe, *Privacy in Puerto Rico and The Madman's Plight: Decisions*, 9 GEO. J. GENDER & L. 1, 26 (2008).

74 *ELA v. Hermandad de Empleados*, 104 DPR 436, 440 (1975) (citando a 4 DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE 2566 (1961)) (énfasis suplido).

75 *Id.* en la pág. 445.

ii. Legislación local y federal insuficiente

1. Estados Unidos

“El *Electronic Communications Privacy Act* (en adelante ECPA, por sus siglas en inglés) es la única legislación federal promulgada que puede ser aplicable para el monitoreo remoto del trabajador”.⁷⁶ Fue puesta en vigor en 1986 “con el propósito de proteger la intimidad frente a los adelantos tecnológicos de la época”.⁷⁷ No obstante, esta ley es problemática para atender reclamos de supervisión virtual por varias razones. Primero, “es notoria por su falta de claridad”.⁷⁸ Segundo, “muchas de las tecnologías que la ley establece están extintas hoy”.⁷⁹ Tercero, al presente no se ha resuelto un caso respecto al tema de supervisión virtual exitosamente bajo el ECPA. Cuarto, “[s]o]lo protege las comunicaciones mientras están en tránsito”.⁸⁰ En otras palabras, “no aplica a las comunicaciones de internet ya que los mensajes que se transmiten a través de Internet se detienen y se guardan múltiples veces de camino a su destino”.⁸¹ Quinto, tiene un alcance limitado: el consentimiento. Aplicar esta ley en un contexto obrero-patronal privado resultaría casi imposible porque su Título II establece dos excepciones: no proveerá protección si la persona afectada consintió a la supervisión o si el acceso a la información se empleó según el curso ordinario de los negocios.⁸²

2. Puerto Rico

En junio de 2021, la representante Burgos Muñiz presentó en la Cámara de Representantes el Proyecto de la Cámara 872 (en adelante P. de la C. 872) con la finalidad de regular el teletrabajo en el sector privado.⁸³ Este proyecto, aunque ofrece protecciones formidables para salvaguardar la confidencialidad del patrono, propone unas pobres garantías de privacidad para el empleado. Pese a unas pocas cláusulas, el empleado del sector privado está desprovisto de protección a su intimidad mientras trabaja desde su hogar.

Con el objetivo de analizar la efectividad de esta propuesta de ley, se prestará particular atención a las disposiciones que afectan el derecho a la privacidad del empleado. El artículo 6(b) requiere que el acuerdo del teletrabajo exponga los criterios e instrumentos de medición y evaluación del desempeño del empleado.⁸⁴ Los programas de supervisión

⁷⁶ Frayer, *supra* nota 43, en la pág. 866 (traducción suplida).

⁷⁷ Álvarez Jacobo, *supra* nota 65, en las pág. 274.

⁷⁸ Frayer, *supra* nota 43, en la pág. 866 (traducción suplida).

⁷⁹ Álvarez Jacobo, *supra* nota 65, en la pág. 274.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Id.*

⁸² Frayer, *supra* nota 43, en la pág. 867 (citando a 18 U.S.C. §2701(c) (2018)).

⁸³ P. de la C. 872 de 23 de junio de 2021, 1era Ses. Ord., 19na Asam. Leg. Al momento de la redacción de este artículo, el P. de la C. 872 sigue bajo evaluación de la Comisión de Asuntos Laborales y Transformación del Sistema de Pensiones para un Retiro Digno. Véase *Detalle de la medida PCo872*, SUTRA, <https://sutra.oslpr.org/osl/esutra/MedidaReg.aspx?rid=139194> (última visita 15 de marzo de 2022).

⁸⁴ P. de la C. 872 de 23 de junio de 2021, 1era Ses. Ord., 19na Asam. Leg., art. 6(b), en la pág. 6.

pueden caer bajo esta categoría. Esta sección no solo crea la obligación de notificación —de informar al empleado cómo será evaluado— sino que también restringe la posterior incorporación de otras medidas de asesoramiento. De querer añadir otras, se debe enmendar el acuerdo. Por otro lado, es alarmante que la nueva medida de evaluación sea integrada con relativa facilidad y no requiera un elemento de consentimiento al cambio propuesto. El empleado no parece tener voz o espacio para objetar sobre los mecanismos que tienen la capacidad de menoscabar su derecho fundamental a la intimidad. Por otro lado, el inciso (i) del mismo artículo, exige que se haga constar el lugar exacto en donde el trabajador realizará sus funciones.⁸⁵ Esta sección deja abierta a interpretación qué quiere decir por *descripción* del lugar de trabajo. ¿Se podrá incluir aquí requisitos de cómo debe ser el espacio de trabajo o alguna exigencia de las condiciones en las cuales se debe encontrar la sede del teletrabajo (e.g., espacio con X tipo de iluminación y acceso a internet de alta velocidad) para que el empleado pueda laborar desde allí? De contestarse esto en la afirmativa, puede atraer problemas de intromisión a la intimidad del hogar, si es que se trabaja desde la residencia. Esto es preocupante porque su control se extiende al ámbito privado e íntimo de su empleado: su casa.

El artículo 8 involucra las obligaciones del patrono. El inciso (a) establece que, previo acuerdo entre las partes, el teletrabajador puede utilizar su propio equipo, materiales y programas para realizar las labores del teletrabajo. Además, exige que, de este ser el caso, el patrono tiene que ocuparse del mantenimiento y reparación de estos.⁸⁶ Bajo el pretexto de mantenimiento y reparación, ¿el empleador puede exigir la instalación de programas de monitoreo, aunque el equipo electrónico no sea de su propiedad? ¿Puede pedir, por ejemplo, que instale programas de supervisión para asegurarse que el empleado no acceda a programas que vulneren la confidencialidad de la información de negocios o verificar que no abra correos electrónicos virulentos que dañen la computadora?

El artículo 10 le abre las puertas al patrono para que implemente los mecanismos de supervisión que estime necesarios para observar las labores del teletrabajador.⁸⁷ En esencia, no hay limitación sobre los medios que puede utilizar, salvo que no podrá supervisar mediante visitas al hogar o reproducción de imágenes que revelen los espacios de la residencia, a menos que el teletrabajador preste su consentimiento. Ahora bien, en muchas ocasiones, el mecanismo de supervisión seleccionado es una condición para obtener o retener un empleo, lo que implica que no necesariamente hay voluntariedad detrás del acto de consentimiento. En otras palabras, si el patrono exige en el acuerdo de empleo que se tomen imágenes del empleado que trabaja desde su casa esporádicamente durante horas laborales y este accede al trabajo, entonces está *consintiendo* al mecanismo de supervisión que la ley pretende desalentar. Dado a que las circunstancias que rodean el consentimiento en los acuerdos obrero-patronales carecen realmente del factor de voluntariedad, el requisito de consentimiento en esta disposición es frívolo. Mejor sería establecer cuáles son las condiciones que se deben presentar para que se constituya el consentimiento del empleado y pueda ser monitoreado mediante cámara.

85 *Id.* art. 6(i), en la pág. 7.

86 *Id.* art. 8, en la pág. 8.

87 *Id.* art. 10, en las págs. 10-11.

El artículo 9(b), el cual expande sobre las responsabilidades del empleado, menciona que este debe sujetarse a los reglamentos de confidencialidad y manejo de información establecidos por el patrono.⁸⁸ No obstante, no establece la misma responsabilidad para el patrono. Es decir, no le encomienda el deber de preservar la confidencialidad y control de los datos recopilados del empleado mediante los mecanismos de supervisión o evaluación.

Estas son algunas de las preocupaciones que acompañan esta propuesta de ley. Aún está por verse si se aprobará el proyecto. Si es derrotado, el teletrabajo permanecerá una modalidad con falta de regulación donde las controversias que de ella emanen se resolverán de acuerdo con los precedentes jurisprudenciales. No obstante, aprobar el proyecto tal y como está redactado sería perjudicial para el trabajador porque no le exige al patrono que le ofrezca las garantías adecuadas sobre el uso y manejo de los datos recopilados para fines de supervisión y evaluación.

iii. Jurisprudencia y estándar de adjudicación de las cortes

Griswold v. Connecticut es un caso central en la discusión del derecho a la intimidad porque la Corte Suprema reconoció que el derecho a la privacidad emana de las penumbras de la Constitución de los Estados Unidos.⁸⁹ La controversia del caso giraba en torno a si la prohibición estatal del uso de anticonceptivos violaba el derecho a la intimidad.⁹⁰ La Corte resolvió en la afirmativa y determinó que el derecho a la intimidad nace de las zonas de privacidad no explícitamente contenidas en las enmiendas de la Carta de Derechos de la Constitución Federal.⁹¹ Ahora bien, para reconocer el derecho a la intimidad, la Corte descansó en la institución del matrimonio, considerando la relación conyugal como algo sagrado.⁹² Es decir, no reconoció el derecho a la intimidad de manera universalmente, sino que lo ubicó en un contexto particular para justificar su existencia.

El derecho a la privacidad siguió evolucionando en Estados Unidos, pero no con uniformidad. Con respecto al ámbito laboral, los empleados públicos y privados reciben tratos distintos. Los primeros están amparados por la Cuarta Enmienda de la Constitución, mientras que los segundos no. El Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso *Vega v. Telefónica* comentó sobre esta distinción que prevalece a nivel federal:

[A]l menos en la esfera privada, los empleados no parecen estar protegidos por disposición constitucional específica alguna contra invasiones del patrono a su derecho a la intimidad, al menos en cuanto a vigilancia electrónica se refiere. Las causas de acción disponibles para los empleados en la empresa privada contra actuaciones del patrono que atenten contra su derecho a la intimidad surgen, más bien, de las acciones por daños y perjuicios reconocidas en el derecho común por sufrimientos y angustias mentales . . . causados intencionalmente por su patrono.⁹³

⁸⁸ *Id.* art. 9(b), en la pág. 10.

⁸⁹ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 483, 485, 487, 499 (1965).

⁹⁰ *Id.* en la pág. 479.

⁹¹ *Id.*

⁹² *Id.* en las págs. 485-86.

⁹³ *Vega v. Telefónica*, 156 DPR 584, 605 (2002).

Por otro lado, el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha resuelto que una persona cuyo empleador es uno público y cuya privacidad fue invadida, puede estar amparada por la Cuarta Enmienda de la Constitución Federal.⁹⁴ No obstante, el caso *O'Connor v. Ortega*, donde se establece dicha protección, se dispuso que la determinación sobre la expectativa razonable de intimidad que pueda tener un empleado del sector público debe analizarse caso a caso.⁹⁵ Por lo que aun cuando la mayoría de los jueces que suscribieron la decisión consideraron que el empleado contaba con dicha protección, devolvieron la controversia a la Corte de Distrito para que estableciera la postura final —que en este caso era referente al escritorio del empleado y los lugares donde guardaba sus expedientes—. ⁹⁶

En *Ontario v. Quon*, los empleados del Departamento de Policía de la ciudad de Ontario, California, alegaron violaciones de la Cuarta Enmienda en relación con la revisión de mensajes de textos enviados vía *pager* por un empleado.⁹⁷ El marco fáctico es el siguiente:

Petitioner Ontario (hereinafter, “City”) acquired alphanumeric pagers able to send and receive text messages. Its contract with its service provider, Arch Wireless, provided for a monthly limit on the number of characters each pager could send or receive, and specified that usage exceeding that number would result in an additional fee. The City issued the pagers to respondent Quon and other officers in its police department (OPD), also a petitioner here. When Quon and others exceeded their monthly character limits for several months running, petitioner Scharf, OPD’s chief, sought to determine whether the existing limit was too low, *i.e.*, whether the officers had to pay fees for sending work-related messages or, conversely, whether the overages were for personal messages. After Arch Wireless provided transcripts of Quon’s and another employee’s August and September 2002 text messages, it was discovered that many of Quon’s messages were not work related, and some were sexually explicit. Scharf referred the matter to OPD’s internal affairs division. The investigating officer used Quon’s work schedule to redact from his transcript any messages he sent while off duty, but the transcript showed that few of his on-duty messages related to police business. Quon was disciplined for violating OPD rules.⁹⁸

La controversia del caso era si el empleado de la ciudad tenía una expectativa razonable de privacidad en los mensajes de texto transmitidos desde su *pager*.⁹⁹ Es decir, si la parte demandante violó la Cuarta Enmienda de la Constitución Federal tras obtener y revisar la transcripción de los mensajes de Quon.¹⁰⁰ La Corte contestó en la negativa, pero se negó a hacer un pronunciamiento amplio sobre los derechos de privacidad de los empleados respecto a las comunicaciones electrónicas debido a la preocupación de que la tecnología

⁹⁴ Véase *O'Connor v. Ortega*, 480 U.S. 709 (1987).

⁹⁵ *Id.* en la pág. 710.

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ *Ontario v. Quon*, 560 U.S. 746 (2010).

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Id.*

de las comunicaciones y las expectativas de privacidad de la sociedad continuarán evolucionando.¹⁰¹ Sostuvo que el registro estaba justificado porque se realizó para determinar si el límite de caracteres del contrato de la ciudad era suficiente para satisfacer las necesidades del Departamento de Policía.¹⁰² Además, tenían un interés legítimo para evitar que los empleados no se vieran obligados a pagar de su propio bolsillo los gastos relacionados con el trabajo o, por otro lado, que la ciudad no subsidiara extensas comunicaciones personales.¹⁰³ Al considerar estos como motivos razonables que justifiquen la búsqueda, no se encontró violación a la Cuarta Enmienda.

A diferencia de los casos federales, en Puerto Rico el derecho a la intimidad se puede invocar frente a partes privadas, es decir, opera *ex proprio vigore*. Esto permite que un empleado pueda llevar a cabo una acción constitucional de esta índole frente a su patrono. Esto fue precisamente lo que sucedió en *Arroyo v. Rattan Specialities, Inc.*¹⁰⁴ En dicho caso, un empleado fue despedido tras negarse a tomar una prueba de polígrafo.¹⁰⁵ El Tribunal Supremo de Puerto Rico tuvo que resolver si dentro del contexto de la relación obrero-patronal el empleador violó el derecho de intimidad y dignidad de su empleado en el trabajo.¹⁰⁶ Debido a la naturaleza tan intrusiva de las pruebas de polígrafo —ya que intervienen directamente con los pensamientos y las ideas de las personas, limitando su control sobre lo que divulga y lo que calla— la Corte resolvió a favor de la protección de los derechos del empleado a la intimidad y dignidad frente al interés y derecho del patrono al disfrute de su propiedad privada.¹⁰⁷ Para atender el problema constitucional, la Corte descansó en su afirmación en *García Santiago v. Acosta*: “[l]a intromisión en la vida privada solo ha de tolerarse cuando así lo requieran factores superantes de salud y seguridad pública o el derecho a la vida y a la felicidad del ser humano afectado. . .”.¹⁰⁸ Al concluir que el demandado únicamente demostró un interés económico (e.g., asegurarse que el empleado no haya incurrido en actos deshonestos durante su jornada) para emplear las pruebas de polígrafo y no expuso “circunstancias especiales de amenaza real a la seguridad nacional, o un grave peligro para el orden social, o cualquier otro interés apremiante del Estado que justifique la restricción de este importante y fundamental derecho”, entonces, decidió que tal requisito del patrono era inconstitucional.¹⁰⁹

A su vez, en *Soc. de Gananciales v. Royal Bank de P.R.*, además de claramente establecer que un patrono no puede infringir la autonomía individual de sus empleados que protege el derecho a la intimidad, la Corte establece el tipo de evidencia que necesita un demandante empleado para tener éxito en un reclamo de violación a la intimidad.¹¹⁰ Primero, “debe presentar prueba de actuaciones concretas del patrono que incidan sobre áreas de

101 *Id.* en las págs. 747, 748.

102 *Id.* en la pág. 748.

103 *Id.*

104 *Arroyo v. Rattan Specialities, Inc.*, 117 DPR 35 (1986).

105 *Id.* en la pág. 42.

106 *Id.* en la pág. 43.

107 *Id.* en la pág. 49.

108 *Id.* en la pág. 59 (*citando a García Santiago v. Acosta*, 104 DPR 321, 324 (1975)).

109 *Id.* en la pág. 61.

110 *Soc. de Gananciales v. Royal Bank de P.R.*, 145 DPR 178, 202-03 (1998).

su vida íntima o familiar” o “actuaciones que involucren la difusión indiscriminada de información íntima o personal” o que “incida irrazonablemente sobre su tranquilidad personal o familiar”.¹¹¹ Para prevalecer, no basta el “mero sentimiento de incomodidad en el empleo”.¹¹²

El tema de la integración de la tecnología en el trabajo y su amenaza a la intimidad del empleado se discute en *Vega v. Telefónica*.¹¹³ La controversia del caso es si “la práctica de un patrono privado de observar y grabar de forma ininterrumpida en cinta de video a sus empleados en un área de trabajo abierta, pero no accesible al público, viola nuestra Constitución”.¹¹⁴ A diferencia de *Rattan*, “aquí el patrono [...] estableció un sistema de vigilancia electrónica mediante una tecnología sofisticada, creada con el propósito legítimo de proteger equipo de vital importancia para el área de las telecomunicaciones en Puerto Rico”.¹¹⁵ El Tribunal, por ende, reconoció que la Telefónica tenía “un interés legítimo e importante en proteger el buen funcionamiento del sistema de comunicaciones” y consideró que el método de videograbación electrónica era “un método adecuado para efectos de proteger los intereses legítimos de [éste]”.¹¹⁶ Sostuvo que el sistema de vigilancia no era inconstitucional porque, aunque en Puerto Rico “hemos reconocido expresamente que al empleado, tanto público como privado, le cobija una expectativa razonable de intimidad en el lugar de trabajo”, siempre se tiene que sopesar con el derecho del patrono “a la protección, seguridad y disfrute de su propiedad”.¹¹⁷ En este caso, la Corte justificó el sistema de monitoreo al considerar los intereses de seguridad y óptimo funcionamiento del sistema de comunicaciones apremiantes ante los reclamos del empleado.¹¹⁸ Además, sostuvo que en ausencia de hechos específicos que demuestren que se ha utilizado la información de una manera perjudicial al derecho a la intimidad de los empleados, las alegaciones de estos se ven debilitadas.¹¹⁹

Los tribunales aún no han establecido un estándar de adjudicación universal para evaluar un reclamo constitucional del derecho a la intimidad en Puerto Rico. De hecho, vemos que en casos medulares han optado por criterios de análisis diferentes: el escrutinio estricto y balance de intereses. El método que utilizarán los tribunales para resolver controversias de esta naturaleza depende de si hubo una actuación que incide *significativamente* sobre el derecho a la intimidad. No obstante, falta claridad sobre qué exactamente implica el término *significativamente*. José Julián Álvarez explica que:

No basta una mera alegación de intimidad para que el tribunal tenga que correr a aplicar el escrutinio estricto. Es necesario, primero, que quien in-

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Id.* en la pág. 207.

¹¹³ *Vega v. Telefónica*, 156 DPR 584, 588 (2002).

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ *Id.* en la pág. 604; véase *Arroyo Rattan Specialties, Inc.*, 117 DPR 35, 40 (1986) (a diferencia de los hechos en *Vega*, en *Rattan*, el demandante fue suspendido de empleo y sueldo por negarse a tomar un examen de polígrafo).

¹¹⁶ *Id.* en las págs. 610-11.

¹¹⁷ *Id.* en la pág. 607.

¹¹⁸ *Id.* en la pág. 612.

¹¹⁹ *Id.*

voca ese derecho demuestre que tiene un interés real e importante de intimidad que la actuación de la que se queja está afectando en una forma importante.¹²⁰

En *Rattan* se llevó a cabo un análisis de escrutinio estricto porque el Tribunal determinó que el examen de polígrafo, que intervenía con los pensamientos e ideas del perjudicado, incidían significativamente en el derecho a la intimidad del demandante. Este no tenía control real sobre la información personal que divulgaba y la que no. Ante este palpable impacto, el Tribunal impuso el peso de la prueba en el patrono para que demostrara que el método empleado era indispensable y el menos oneroso.¹²¹ En *Vega*, en cambio, se aplicó un criterio de balances de intereses porque los demandantes “no habían logrado demostrar que la actuación del demandado afectó significativamente [su] derecho [a la intimidad]”.¹²² Para probar qué constituye una actuación significativa, el Tribunal explica que el demandante/empleador tiene que probar que alberga una expectativa de privacidad razonable desde un punto de vista subjetivo —es decir— “que tenga una expectativa real de que se respete”, como también desde un punto de vista objetivo, “que la sociedad está dispuesta a reconocer esa expectativa como real o razonable”.¹²³ Es decir, “[n]o basta con que la persona haya exteriorizado una concreta aunque subjetiva expectativa de privacidad; es necesario que [e]sta tenga la calidad de aprobación general”; “una que la sociedad está dispuesta a reconocer como *razonable*”.¹²⁴ Por otro lado, este caso hace hincapié en que “al empleado, tanto público como privado, [le cobija] una expectativa razonable de intimidad en el lugar de trabajo”, trato diferente a Estados Unidos donde, “al menos en la esfera privada, los empleados no parecen estar protegidos por disposición constitucional específica contra invasiones del patrono a su derecho a la intimidad, al menos en cuanto a vigilancia electrónica”.¹²⁵

La expectativa razonable de intimidad es una condición que generalmente se aplica en casos de naturaleza criminal, “especialmente en el contexto de registros y allanamientos irrazonables”.¹²⁶ Sin embargo, vemos que esto no es un impedimento para su aplicación en contextos civiles, como se ve reflejado en el caso de *Vega*. “Por el contrario, el derecho a la intimidad ha sido reconocido y sostenido en el ámbito de las investigaciones de carácter administrativo, en el área de las relaciones de familia y también en el hogar”.¹²⁷ Incluso, el caso reciente de *Indulac v. Central General de Trabajadores* reiteró que “los empleados albergan un legítimo derecho a la intimidad en su lugar de trabajo”.¹²⁸ El Tribunal Supremo

120 JOSÉ JULIÁN ÁLVAREZ GONZÁLEZ, DERECHO CONSTITUCIONAL DE PUERTO RICO Y RELACIONES CONSTITUCIONALES CON LOS ESTADOS UNIDOS: CASOS Y MATERIALES 806 (2009).

121 *Id.*; véase *Arroyo v. Rattan Specialties, Inc.*, 117 DPR 35, 61-2 (1986).

122 ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *supra* nota 120, en la pág. 806.

123 *Vega*, 156 DPR en la pág. 602.

124 *Pueblo v. Lebrón*, 108 DPR 324, 333 (1979) (Díaz Cruz, opinión disidente) (*citando a Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 361 (1967) (Harlan, opinión concurrente)).

125 *Vega*, 156 DPR en la pág. 607.

126 *Id.* en la pág. 602.

127 *Vega*, 156 DPR en la pág. 603.

128 *Indulac v. Central General de Trabajadores*, 207 DPR 279, 316 (2021).

de Puerto Rico entendió que “es un espacio con características íntimas del empleado, que además de recoger las destrezas y habilidades profesionales, también guarda aspectos muy personales”.¹²⁹

Ahora bien, la jueza Sotomayor de la Corte Suprema Federal identificó un conflicto con el criterio de expectativa razonable de intimidad en su opinión concurrente de *U.S. v. Jones*. En síntesis, Sotomayor entiende que “al definirse el contenido de un derecho individual sobre la base de una *expectativa social*, ese derecho se verá reducido —en una especie de espiral descendiente— en la medida en que la sociedad se acostumbre a cierta intromisión con aquello que antes se entendía privado”.¹³⁰ En otras palabras, “en la medida que avances tecnológicos nos acostumbren a cierta transparencia, nuestra expectativa de intimidad dejará de ser *razonable*, y, por lo tanto, no protegida por el derecho [de intimidad]”.¹³¹

Para llevar a cabo el balance de intereses que establece *Vega*, el Tribunal aclara que “será necesario analizar las circunstancias de cada situación o sistema de vigilancia en particular para determinar si éste constituye, ya sea por su naturaleza o en su aplicación, una intromisión abusiva en la intimidad del empleado”.¹³² Se establece que el análisis “debe comenzar con [...] las razones invocadas por el patrono para instalar el sistema”.¹³³ Luego, se podrá evaluar:

1. Cuán intrusivo es el método escogido por el patrono en la intimidad del empleado *vis-à-vis* el propósito y la necesidad de la vigilancia
2. Las características particulares del lugar de empleo, como por ejemplo, si es un espacio abierto o cerrado, y la facilidad de acceso a [e]ste
3. Las funciones de los empleados observados
4. La función de las facilidades que son objeto de vigilancia
5. Las capacidades técnicas y de sofisticación del equipo instalado
6. La publicación, notificación y utilización que haga el patrono del sistema, entre otras.¹³⁴

Una preocupación en cuanto al balance de intereses es que la posibilidad o alta probabilidad de una intromisión a la privacidad del empleado no es suficiente para prevalecer en esta acción.¹³⁵ Tienen que haber “hechos específicos que demuestren que se ha utilizado la información recopilada [...] de manera tal que se le haya violado el derecho a la intimidad [a los demandantes]”.¹³⁶ Tiene que pasar el daño o una lesión clara y palpable para que se pueda reclamar. No sirve como método preventivo para evitar una posible invasión.¹³⁷

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ Meléndez Juarbe, *supra* nota 1, en la pág. 1074; véase *United States v. Jones*, 565 U.S. 400, 415 (2012) (Sotomayor, opinión concurrente).

¹³¹ Meléndez Juarbe, *supra* nota 1, en la pág. 1074.

¹³² *Vega*, en las págs. 608-09.

¹³³ *Id.* en la pág. 609.

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ *Id.* en la pág. 613.

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Id.*

III. EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD EN EL DERECHO LABORAL A RAÍZ DEL COVID-19

A. Amenaza a la intimidad por la supervisión electrónica

i. Elemento Espacial

Las cortes han considerado la vivienda como un espacio privado intocable donde no es aceptable injerencia externa. De hecho, en *Figueroa v. Navarro* se estableció que “[e]l hogar de cada uno es como un castillo y fortaleza tanto para su defensa en contra de injurias y violencia como para su reposo”.¹³⁸ Se reconoce que “uno de los derechos claves en nuestra Constitución es el derecho a la protección de la privacidad y la intimidad en el seno del hogar”.¹³⁹ De hecho, nuestra jurisprudencia ha reconocido en numerosas ocasiones, al igual que en la jurisdicción federal, mayor protección a reclamos de intimidad en el hogar, pues es considerado como un “refugio de paz y tranquilidad”.¹⁴⁰

La jurisprudencia ha atendido diferentes vertientes respecto al derecho a la intimidad, como por ejemplo, la intersección entre la “tranquilidad del hogar y las prácticas religiosas de templos aledaños”; “ejercicios de la libertad de expresión en el contexto político o laboral”, y “otras actividades públicas que se pueden considerar como estorbos o actos delictivos”.¹⁴¹ No obstante, aún está por verse cómo las cortes resolverían un caso sobre una violación al derecho a la intimidad por el patrono debido al trabajo remoto, particularmente el trabajo desde una residencia.

Sabemos que “fuera del hogar, la probabilidad de éxito de un planteamiento [constitucional] de intimidad decrece notablemente”.¹⁴² Se puede deducir entonces que el factor espacial es de suma importancia para determinar si existe o no una expectativa razonable de intimidad por parte de quien lo invoca. Si la persona se encuentra fuera del hogar, reduce su expectativa de privacidad, aunque *puede* como quiera albergar cierto grado de protección.¹⁴³ En cambio, si está en su casa, aumenta. Por lo tanto, el patrono debe de ser sumamente cuidadoso con las prácticas de monitoreo que emplea para vigilar al empleado que trabaja remoto desde su vivienda porque, como se mencionó anteriormente, el hogar es el castillo de cada ser humano. Por lo tanto, sus intenciones de vigilancia y programas

¹³⁸ *Pueblo v. Figueroa Navarro*, 104 DPR 721, 725 (1976) (*citando a* Samuel J. Ervin Jr., *Privacy and the Constitution*, 50 N.C.L. REV. 1016, 1032-33 (1972)); véase *Semayne’s Case*, 77 Eng. Rep. 194, 195 (K.B. 1604).

¹³⁹ *Figueroa*, 104 DPR en la pág. 727; véase *ELA v. Hermandad de Empleados* 104 DPR 436, 441 (1975)).

¹⁴⁰ *Figueroa*, 104 DPR en la pág. 727; véase *Ramos v. Tribunal de Distrito*, 73 DPR 417, 420 (1952); *El Pueblo v. Ways*, 29 DPR 334, 336 (1921).

¹⁴¹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *supra* nota 120, en la pág. 803; véase *Sucn. De Victoria v. Iglesia Pentecostal*, 102 DPR 20, 21 (1974) (respecto a los choques entre la tranquilidad del hogar y las prácticas religiosas); *E.L.A. v. Hermandad de Empleados*, 104 DPR 436, 437 (1975) (respecto a los choques de la tranquilidad del hogar y el ejercicio de la libertad de expresión); *Pueblo v. Figueroa Navarro*, 104 DPR 721, 726 (1976) (respecto a los choques entre la tranquilidad del hogar y la vigilancia evidente y continua).

¹⁴² ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *supra* nota 120, en la pág. 804.

¹⁴³ Meléndez Juarbe, *supra* nota 1, en la pág. 1088 (en este escrito el Profesor Hiram Meléndez Juarbe argumenta que todavía está por verse si el Tribunal Supremo extenderá la protección constitucional de la intimidad a “lo público de lo público” (aquello que pertenece a un espacio público donde no hay expectativa razonable de intimidad)).

que implemente para ese fin deben de respetar dicha caracterización. No pueden invadir el espacio más privado e íntimo de una persona, su casa, aunque exista una razón o interés económico para proteger su propiedad. En otras palabras, un mero interés económico para implementar unos mecanismos de supervisión electrónica en el hogar no es suficiente para justificar una intromisión en este espacio. Debe tratarse de una circunstancia excepcional y apremiante. De lo contrario, se le estaría dando más importancia a un interés privado que a un derecho constitucional y fundamental. En *García Santiago v. Acosta*, el Tribunal Supremo de Puerto Rico delimitó aquellos contextos excepcionales donde se puede permitir la restricción de este importante derecho: “la intromisión en la vida privada solo ha de tolerarse cuando así lo requieran factores superantes de salud y seguridad pública o el derecho a la vida y a la felicidad del ser humano afectado”.¹⁴⁴ Si el empleador no puede identificar una razón de esta naturaleza, entonces, se debe de reconsiderar el mecanismo de supervisión que está operando. De lo contrario, estaría atentando en contra de un derecho fundamental.

Cabe aclarar que las tecnologías de supervisión no son inconstitucionales *per se* dado a que pueden operar para monitorear al empleado desde su casa. Lo que se postula es que, si el espacio donde trabaja el empleado es su vivienda, entonces tiene una expectativa razonable de intimidad superior a la de otro que trabaje bajo la modalidad presencial, y debe albergar, como consecuencia, más protección ante la posible intromisión de su patrono sobre las actividades que lleva a cabo en su casa durante horas laborales y fuera de ellas también.

ii. Control Corporal

Una seria preocupación sobre los programas de monitoreo al empleado remoto es el control corporal sobre la persona en su casa. Las tecnologías de supervisión recopilan información sobre los movimientos corporales o la ausencia de estos. Por ejemplo, algunos programas contabilizan el promedio de clics en el teclado cada cierto periodo de tiempo, graban con cuánta frecuencia se mueve el ratón, estampa cuándo el empleado no está frente a su computadora, anota el *idle time* del empleado. Para que la información recopilada por estos mecanismos no afecte negativamente al empleado, le exigen que se mantenga en movimiento (ya sea moviendo el *mouse* o presionando teclas), pero a la misma vez restringen su movilidad (debe mantenerse trabajando frente a la computadora para no levantar sospechas). Esto inevitablemente implica un control corporal del patrono al empleado durante la duración de su jornada.

No se le debe permitir a un empleador que controle y restrinja los movimientos del empleado que trabaja desde su residencia y mucho menos que lo penalice por incumplir con las expectativas de *productividad* medidas por el tiempo que el empleado estuvo frente a su computadora. Estas tecnologías indudablemente restringen al empleado a su escritorio y obliga a que se mantenga en movimiento ante la posibilidad de ser penalizado. Fomenta “una presión constante de ajustarse [a la expectativa de conducta y productivi-

¹⁴⁴ *García Santiago v. Acosta*, 104 DPR 321, 324 (1975).

dad] que acentúa la subordinación del trabajador a su patrono”.¹⁴⁵ De cierto modo, tienen una influencia en el cuerpo del empleado. En particular sobre el cuándo, dónde y cómo moverse. Esto, en definitiva, atenta contra la intimidad del empleado que trabaja desde su casa, el espacio donde se supone que tenga más libertad de ser y actuar. Hay que reconocer que el empleado que trabaja desde la casa es diferente al que trabaja bajo la modalidad presencial. El segundo tiene una menor expectativa de privacidad. Con este último, el empleador puede implementar las medidas de supervisión correspondientes, pero no debe ser así si el empleado opera desde su hogar. Si el patrono ofrece esta modalidad como alternativa debe estar al tanto sobre una de las razones por las cuales el trabajo remoto ha cogido auge en los pasados meses: la flexibilidad que le brinda al empleado. No es un secreto que el trabajo virtual resulta muy atractivo para el empleado por diversos motivos, uno de ellos siendo la nueva capacidad de llevar a cabo diferentes tareas (*multitasking*) durante la jornada laboral.¹⁴⁶ Por ejemplo, los padres trabajadores han podido aprovechar del mecanismo conocido como *work from home* porque les ofrece más flexibilidad para cuidar a sus hijos. Esto implica que pueden prepararles alimentos a sus hijos o supervisarlos entre tareas del trabajo. Si al empleador le incomoda esta realidad, una que ha sido ampliamente reportada,¹⁴⁷ puede entonces optar por limitar la actividad laboral a la modalidad presencial.

El trabajo remoto también puede formar parte de un paquete de empleo para atraer a un posible candidato.¹⁴⁸ Dicho incentivo comunica que es un empleador que ofrece flexibilidad. Por lo tanto, restringir el movimiento es contrario, en ocasiones, a la razón por la cual se integró esta nueva modalidad de trabajo. Requerir que permanezca en movimiento entorpece el objetivo de flexibilidad que pretende ofrecer esta modalidad de trabajo remoto. No se debe perder el norte de que, aunque la supervisión moderada es indispensable, hay otras maneras de medir la productividad y el rendimiento de un empleado (e.g., calidad de trabajo entregado, puntualidad) que velando por el promedio de sus movimientos por segundo o minuto.

En Puerto Rico hay pocas decisiones jurídicas que abundan sobre el asunto de control corporal más allá de la doctrina del consentimiento informado en acciones contra médicos.¹⁴⁹ Por eso, a falta de precedente, hay que evaluar el impacto de las nuevas tecnologías de supervisión electrónica en los movimientos del cuerpo del empleado que trabaja desde su hogar, particularmente cuando el grado de intrusión del patrono en la intimidad del empleado es demasiado abarcador.

¹⁴⁵ Finkin, *supra* nota 21, en la pág. 267 (traducción suplida).

¹⁴⁶ Mireia Las Heras, *The Benefits Of Flex Work For People, Families And The Environment*, FORBES (9 de junio de 2021), <https://www.forbes.com/sites/iese/2021/06/09/the-benefits-of-flex-work-for-people-families-and-the-environment/?sh=46294b625be6>.

¹⁴⁷ Jack Kelly, *The real reason why companies don't want you to work remotely*, FORBES (17 de agosto de 2021), <https://www.forbes.com/sites/jackkelly/2021/08/17/the-real-reasons-why-companies-dont-want-you-to-work-remotely/?sh=5e6119e7fb31>.

¹⁴⁸ Chip Cutter & Kathryn Dill, *Remote work is the new signing bonus*, WALL STREET JOURNAL (26 de junio de 2021), <https://www.wsj.com/articles/remote-work-is-the-new-signing-bonus-11624680029>.

¹⁴⁹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *supra* nota 120, en la pág. 796.

iii. Grado de intrusión

Las tecnologías de supervisión electrónica para el trabajo remoto no son inconstitucionales por sí solas. No obstante, el uso que le dé el patrono, la razonabilidad de su implementación y el grado de intrusión pueden ser factores que hagan que el uso de estas tecnologías sea inválido por frustrar el derecho a la intimidad de los empleados afectados.

Es cierto que la implementación de programas de monitoreo ha visto un gran incremento tras el abrupto cambio en la cultura laboral que propulsó el COVID-19. El trabajo remoto introdujo grandes preocupaciones a los patronos: ¿Cómo garantizar la confidencialidad de los datos de la compañía? ¿Cómo asegurar que los empleados están trabajando y no “echándose fresco”? Estas son preguntas legítimas y los programas que monitorean a los empleados remotos han mostrado proveer una respuesta o solución a estas inquietudes. Sin embargo, la integración de instrumentos de vigilancia virtual no debe hacerse indiscriminadamente porque puede resultar más intrusivo que útil, o, dicho de otro modo, puede invadir demasiado la privacidad del empleado cuando realmente el valor o información que se deriva de la misma es mínimo.

En la actualidad, el empleado es un hombre de cristal porque los mecanismos de monitoreo lo han convertido en un simple objeto de asesoramiento constante.¹⁵⁰ Es necesario velar por el grado de intrusión de los programas que utiliza el patrono y sopesar esto con la justificación que tiene este para implementarlo. Para ello, se pueden considerar las siguientes interrogantes: ¿El mecanismo que utiliza el empleador es el menos oneroso? ¿Puede lograr sus metas administrativas de una manera menos intrusiva? ¿Los intereses comerciales del patrono son suficientes para justificar su intromisión a la privacidad del empleado? El mecanismo que utilice el empleador para velar por la productividad, eficiencia y sana administración de su compañía debe ser razonable con el interés que busca proteger, particularmente porque se puede construir un mosaico del individuo que, en su conjunto, revelan una imagen completa de su vida.¹⁵¹ No se puede perder el norte de que lo que está en juego es un interés constitucional fundamental de la persona que, al estar trabajando desde la casa, goza de más protección por el estado al tener una expectativa de privacidad aún más robusta que un empleado presencial.

Hagamos un ejercicio: si el empleador quiere cerciorar que los empleados no están perdiendo el tiempo, compartiendo información confidencial de la compañía y participando en comunicaciones inapropiadas, ¿cuán necesario o útil sería almacenar grabaciones o capturas de imágenes del empleado cada cierto periodo de tiempo desde la *webcam* de su computadora portátil? ¿Qué pasa si las grabaciones o capturas de imagen se realizan en todo momento, es decir, no solo se toman cuando el empleado está trabajando, sino cuando se supone que su jornada haya cesado por el día? ¿Es necesario también recolectar grabaciones de voz? ¿Y si en el trasfondo de la foto o grabación sale el hijo o hija del empleado o su pareja en ropa íntima? Además, de estas grabaciones también se recopila el promedio de clics, movimientos del ratón y registra todo lo escrito con el teclado, incluyendo lo que

¹⁵⁰ Finkin, *supra* nota 21, en la pág. 267.

¹⁵¹ Meléndez Juarbe, *El Derecho a la Intimidad, Nuevas Tecnologías y la Jurisprudencia del Juez Hernández Denton: Lo Público de lo Público*, *supra* nota 1, en la pág. 1086.

fue borrado. ¿Esto es razonable? ¿Dónde se tira la línea de lo aceptable? Es muy probable que el patrono pueda proteger sus intereses sin tener que recurrir a un mecanismo de vigilancia tan entrometido. Ahora bien, para evaluar la razonabilidad del grado de intrusión es importante también considerar el factor espacial, el control corporal sobre el cuerpo de la persona y cuán necesarias son.

Los mecanismos de supervisión son importantes, pero no lo dicen todo. Si el empleado busca proteger información confidencial puede recurrir a mecanismos desligados de programas de monitoreo para alcanzar ese mismo objetivo. Por ejemplo, puede limitar quién puede tener acceso a tal información, crear códigos secretos para accederla, establecer unos programas de adiestramiento para que los empleados estén al tanto de comunicaciones que pueden vulnerar la confidencialidad, incluir cláusulas de confidencialidad en el contrato de empleo, entre otros mecanismos.¹⁵² Del mismo modo, hay alternativas para velar por la productividad de los empleados que van más allá de monitorear la actividad de internet del empleado. Entre ellas se encuentra la obligación de reportarse con el supervisor diariamente para actualizar sobre su progreso, medir el trabajo producido en comparación con el tiempo que el empleado le dedicó, evaluaciones del equipo de trabajo, entre otras.¹⁵³ Es palpable que la supervisión remota no es la única alternativa, en muchos casos, para medir la productividad y eficiencia del empleado. Se puede complementar, o sustituir por completo, por otras alternativas que realmente no son intrusivas a la intimidad del empleado. Por esto, “se hace indispensable delimitar el uso de vigilancia. . . electrónica hacia un empleado o área de trabajo, haciendo un adecuado balance entre el derecho del empleado a la intimidad en el lugar de trabajo y el del patrono a la protección, seguridad y disfrute de su propiedad”.¹⁵⁴ Es decir, limitar la invasión a lo que sea estrictamente necesario.¹⁵⁵

Por otro lado, cuando estamos frente a un empleado que trabaja remoto desde su propio equipo, los programas de supervisión electrónica requeridos por el empleador en dicho dispositivo pueden amenazar más el derecho a la intimidad. La titularidad del aparato electrónico hace que el empleado reciba un trato distinto y tenga una expectativa razonable de intimidad aún más robusta, pues el equipo no es propiedad del patrono. Justificadamente el patrono gustaría preservar la confidencialidad de los trámites del negocio como también velar por la productividad del empleado. No obstante, como la computadora no es de su propiedad, debe existir una prohibición en las tecnologías de supervisión que exija el patrono. Si interesa acceso a documentos producidos por dicho dispositivo, los mismos pueden ser accedidos desde la nube. Si busca velar por la productividad, puede implementar alguna de las alternativas discutidas en el párrafo anterior. No se debe justificar intrusión alguna cuando la propiedad es del empleado. Si interesa tener más control, entonces

¹⁵² Grant McGregor, *5 Top Tips for Handling Confidential Information in Your Business*, GRANT MCGREGOR BLOG, (1 de mayo de 2017), <https://blog.grantmcgregor.co.uk/2017/5-top-tips-for-handling-confidential-information-in-your-business>.

¹⁵³ *How To Measure Productivity and Increase Efficiency in the Workplace*, INDEED, (1 de febrero de 2021), <https://www.indeed.com/career-advice/career-development/how-to-measure-productivity>.

¹⁵⁴ Vega v. Telefónica, 156 DPR 584, 607 (2002).

¹⁵⁵ Arroyo v. Rattan Specialties, Inc., 117 DPR 35, 63 (1986).

puede optar por proveer el equipo electrónico a usarse para propósitos de trabajo. De este modo tendrá la razón de integrar prácticas de monitoreo para velar por su propiedad.

Tras esta discusión, vale la pena preguntar si la supervisión debe considerarse una parte legítima e integral de hacer negocios. De la misma contestarse en la afirmativa, ¿la supervisión debe llevarse a cabo como medida reaccionaria a la merma de productividad de uno o varios empleados, o ante indicios de conducta sospechosa? ¿Cuánto tiempo es razonable para que un empleado sea sujeto a monitoreo?¹⁵⁶ Idealmente, para salvaguardar el derecho de intimidad del empleado, la práctica de vigilancia debe ser una con duración específica. Es decir, que tenga un tramo de tiempo en particular, y activada como consecuencia de una violación del empleado a la política de la oficina. En otras palabras, que sea un mecanismo disciplinario y no un instrumento preventivo.

iv. Consentimiento

Un tema importante sobre la legalidad de la supervisión electrónica es el consentimiento. Por lo general, el empleador le notifica a su empleado que sus actividades serán sujetas a vigilancia. No obstante, el escrutinio virtual es más una condición de empleo que una alternativa que tiene el empleado.¹⁵⁷ Es decir, este no puede realmente escoger cuáles mecanismos conscientes ni a cuáles disiente; como tampoco puede *opt-out* del sistema de vigilancia. Dicho de otro modo, el empleado ofrece su consentimiento a los programas de supervisión porque es su única alternativa, pues suele ser una condición para su posición. Por ello, o se acepta el monitoreo remoto o se retira la oferta de trabajo. Realmente, el empleado no tiene influencia alguna o mecanismo para defender su derecho constitucional a la intimidad en dichas circunstancias. En estos casos, el consentimiento es una renuncia al derecho constitucional a la privacidad y a la expectativa razonable a la intimidad que acompaña al empleado al trabajar desde su casa. Considerando que es un derecho fundamental, para que haya una renuncia se le debe dar la oportunidad al empleado a objetar a cualquier preocupación que tenga sobre la tecnología de supervisión y que la oferta de trabajo no dependa de ello. De lo contrario estaríamos frente a un vicio en el consentimiento. Sobre esto último, *Rattan* citando a *P.R. Tel. Co v. Martínez*, menciona que la renuncia al derecho constitucional a la intimidad tiene que ser “patente, específica e inequívoca” y que “salvo a esto, el derecho a la intimidad es inviolable’, ya fuere por el Estado, una entidad particular o cualquier ciudadano”.¹⁵⁸ Esto suscita la pregunta: si el empleado consintió a ser monitoreado porque la otra alternativa era quedarse sin trabajo, ¿realmente renunció a su expectativa de privacidad? Aunque haya prestado “consentimiento” a ser monitoreado, ¿sigue estando protegido contra riesgos a su integridad personal en el trabajo, frente al derecho del patrono al disfrute de su propiedad privada? Deben contestarse estas preguntas en la afirmativa, considerando que el consentimiento prestado por el empleado realmente

¹⁵⁶ Ghoshray, *supra* nota 35, en la pág. 603.

¹⁵⁷ Kathryn Zickuhr, *Workplace surveillance is becoming the new normal for U.S. workers*, Washington Center for Equitable Growth (18 de agosto de 2021), <https://equitablegrowth.org/research-paper/workplace-surveillance-is-becoming-the-new-normal-for-u-s-workers/>.

¹⁵⁸ *Arroyo*, 117 DPR en la pág. 63.

es una condición para ser empleado y no realmente una decisión libre y enteramente voluntaria. Sobre este particular, *Rattan* comenta que dentro del ámbito de las relaciones obrero-patronales resulta imposible que se produzca una renuncia verdaderamente voluntaria al derecho a la intimidad cuando esta se antepone como requisito para obtener o retener un empleo: “[e]l riesgo de perder o no obtener el empleo y la posición de desventaja que ocupa el trabajador frente al patrono impiden que se pueda lograr una renuncia realmente libre y voluntaria”.¹⁵⁹ Cabe señalar que para remediar esta problemática, los contratos de no competencia pueden ayudar como modelo en el desarrollo de cláusulas dirigidas a asegurar el consentimiento real en este tipo de contexto.

CONCLUSIÓN

I. CONSTITUCIONALIDAD DE LA SUPERVISIÓN ELECTRÓNICA

Para atender la constitucionalidad de la supervisión electrónica es necesario abordar sobre la expectativa razonable de intimidad del empleado remoto. Aunque la jurisprudencia ha admitido que el empleado tiene expectativa razonable de intimidad, debe haber una distinción entre el empleado que trabaja bajo la modalidad remota y el que trabaja bajo la modalidad presencial. El primero debe tener una expectativa mayor al segundo, principalmente porque labora desde su hogar. Este espacio comprende lo privado, lo íntimo y lo reservado. El interés privado y económico de un patrono no debe ser justificación suficiente para permitir que este se inmiscuya en la sala de la casa de su empleado y ejerza control sobre él. Por supuesto, el concepto de privacidad no debe extenderse hasta donde quiera llevarla el individuo, sino que su expectativa debe circunscribirse al ámbito que un pueblo pueda legítimamente aceptar.¹⁶⁰ No obstante, como el empleado está trabajando desde el seno de su hogar (espacio cerrado al público) puede entenderse que existe objetivamente una expectativa de privacidad más robusta que la del empleado que trabaja desde una oficina, que es un espacio público compartido con mayor tráfico de personas.

Del teletrabajo nace una tensión respecto al método de adjudicación que deben emplear las cortes para atender un reclamo de un empleado contra su patrono por intromisión injustificada a su intimidad. Por un lado, los tribunales interpretan restrictivamente el derecho a la privacidad cuando envuelve el hogar de la persona. Por otro lado, son más laxos en su análisis si el patrono tiene un interés legítimo para invadir la privacidad de su empleado y este último no ha mostrado un récord fáctico de una lesión *significativa*. Es decir, el teletrabajo crea un choque de razonamiento: la localización del empleado, particularmente si se encuentra en su hogar, lo hace merecedor de protección amplia, pero su condición como empleado propulsa que, en ocasiones, las cortes sean deferentes a las decisiones del patrono. Es importante entonces encontrar un punto medio capaz de reconciliar esta discrepancia.

Ahora bien, no estamos frente a un vacío normativo pues *Rattan* y *Vega* ofrecen dos alternativas para atender controversias de esta índole: aplicar el escrutinio estricto, si el

¹⁵⁹ *Id.* en la pág. 62.

¹⁶⁰ Pueblo v. Lebrón, 108 DPR 324, 333 (1979).

reclamante prueba un daño significativo y emplear el estándar laxo de razonabilidad (o balance de intereses) si este falla en demostrar el factor significativo de la lesión.¹⁶¹ Debido a que la condición del empleado remoto crea una situación especial, el método de análisis que debe utilizarse es el de escrutinio estricto para que el peso de la prueba recaiga en el patrono. Este es quien debe mostrar que el medio que utilizó es el menos oneroso y que es la única vía para salvaguardar sus intereses. La invasión a la intimidad “solo puede tolerarse cuando no existan medios menos drásticos para la protección de intereses apremiantes del Estado [o] garantías adecuadas de forma tal que la invasión se limite a lo que sea estrictamente necesario”.¹⁶² La persona está laborando desde su hogar, desde un espacio que nuestra Constitución le garantiza a la persona que puede ser libre de intromisión del Estado como de los ciudadanos privados.¹⁶³ Es el castillo del humano, la manifestación física de la intimidad, y no se le puede permitir al patrono que “entre por la cocina” para vigilar y penalizar a su empleado por los datos recopilados mediante programas de supervisión electrónica bajo el pretexto de que es un mecanismo económico y efectivo para proteger su propiedad. Al igual que lo resuelto en *Rattan*,¹⁶⁴ independientemente del grado de confiabilidad que pueda alcanzar el programa de monitoreo, es una intrusión en el hogar del empleado. Por lo tanto, debido al factor del espacio, el empleado no debe tener la carga de probar la lesión *significativa* para prevalecer en su reclamo. Al contrario, debe ser al patrono a quien le corresponde demostrar que no existían mecanismos menos invasores a la intimidad del obrero.

Un punto en contra de este argumento es que la supervisión se limita a la computadora; no se trata de la instalación de cámaras de seguridad en la planta física del hogar o de la visita presencial del supervisor del empleado para velar por su trabajo. Es cierto. Sin embargo, la supervisión remota limita la capacidad del empleado de ser y estar en su propia casa. Por ejemplo, si el patrono graba a su empleado durante toda su jornada laboral o captura imágenes desde la webcam, está vulnerando la intimidad del empleado y posiblemente la de otros que se encuentren a su alrededor. Examinemos las siguientes situaciones hipotéticas: ¿Qué pasaría con el empleado si la imagen capturada del empleado en su hogar muestra una bandera de un partido político o movimiento social o una foto enmarcada con una figura polarizante como Fidel Castro? ¿Qué pasa si la imagen o grabación revela un anaquel de libros sobre un tema especializado o provocativo como el efecto terapéutico del cannabis medicinal y los hongos? En este último caso, ¿cómo se vería el empleado afectado si la oficina tiene una política rígida en contra del cannabis medicinal y uso recreacional de sustancias controladas? A lo mejor no pasa nada, pero independientemente de eso, dicha práctica de supervisión mediante captura de imagen o videograbación son capaces de exponer aspectos de la personalidad del empleado que son muy íntimas y quizás este no quería divulgar.

Otro ejemplo: digamos que mientras el empleado trabajaba, caminó un familiar detrás de este sin camisa o pantalones, y el programa capturó su pasar en imagen o video graba-

¹⁶¹ Véase *Vega v. Telefónica*, 156 DPR 584, 612 (2002); *Arroyo*, 117 DPR en las págs. 62-63.

¹⁶² *Arroyo*, 117 DPR en la pág. 61.

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ *Arroyo*, 117 DPR en la pág. 63.

ción, ¿qué pasa entonces con la intimidad de los terceros envueltos? El trasfondo puede comunicar información que el empleado no necesariamente quisiera compartir y pueden perjudicar la impresión o trato de que recibe de su patrono o compañeros de trabajo. Es decir, puede que reciba una repercusión oficial como también otras más sutiles (i.e., ser objeto de burla, marginalización, etc.). Paralelamente con las pruebas de polígrafo que fueron contestadas en *Rattan*, este tipo de supervisión que, a pesar de estar instalada en la computadora, se entromete en la vivienda del obrero y “hace que la persona pierda el control de lo que está dispuesta a revelar, de la intimidad que está dispuesta a renunciar”.¹⁶⁵ No es necesario que haya una lesión *significativa*, basta con que exista una lesión a su intimidad y dignidad. En otras palabras, el análisis que se utilice debe centrarse esencialmente en el impacto que la violación tiene sobre la persona.¹⁶⁶

El derecho constitucional a la intimidad no puede congelarse en el tiempo, sino evolucionar como la tecnología que lo afecta.¹⁶⁷ Por ende, la situación especial que crea el teletrabajo merece que las controversias que de ella emanen sean analizadas bajo el escrutinio estricto, independientemente de si hay una expectativa a la intimidad en un sentido clásico.¹⁶⁸ Este criterio no solo robustece el derecho en cuestión, sino que también atiende la singularidad de estos casos otorgándole un vigor especial de análisis capaz de atender los complejos reclamos de derecho que de ella emanen. La idea que se promueve es que las cortes examinen los reclamos de intimidad dependiendo del contexto donde nacen ya que se trata de un derecho multidimensional. Se busca mantener un enfoque judicial “que permita ir construyendo sobre la marcha las normas jurisprudenciales” y abstener a las cortes de elaborar reglas rígidas aplicables a todas las posibles situaciones en las que se invoque el derecho a la intimidad entre personas particulares.¹⁶⁹ Sobre esto, el profesor Hiram Meléndez Juarbe ha postulado que “[e]l tribunal debe considerar que, debido al carácter fluido de la privacidad, cualquier esfuerzo por englobar esta protección dentro de una sola teoría de adjudicación corre el riesgo de excluir reclamaciones importantes y novedosas de Derecho que, de otro modo, se encuadrarían dentro de una noción más flexible, inclusiva y pragmática”.¹⁷⁰ Es decir, que un acercamiento general de intimidad le quitaría vitalidad a esta protección constitucional en la era digital. Cabe enfatizar que el efecto de esta propuesta permitiría que los tribunales regulen no solo a los usuarios de la tecnologías sino también a las tecnologías mismas.¹⁷¹ Lo que implica que las cortes tendrán el poder de prohibir programas que invadan la intimidad de la persona, especialmente cuando se desprende de las circunstancias del caso que hay medios menos invasivos disponibles para lograr el mismo objetivo y salvaguardar el derecho en cuestión.

165 *Id.* en la pág. 63.

166 Ramos González, *supra* nota 64, en la pág. 201.

167 Meléndez Juarbe, *supra* nota 70 en la pág. 61.

168 *Id.* en la pág. 76

169 ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *supra* nota 120, en la pág. 807 (citando a Luis Anibal Avilés Pagán, *Human Dignity, Privacy and Personality Rights in the Constitutional Jurisprudence of Germany, The United States and the Commonwealth of Puerto Rico*, 67 REV. JUR. UPR 343, 372 (1998)).

170 Meléndez Juarbe, *supra* nota 73, en la pág. 74.

171 Meléndez Juarbe, *supra* nota 70, en la pág. 76.

II. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN RECOPIADA SOBRE EL EMPLEADO

La huella digital de la persona revela rasgos íntimos de su personalidad. “[L]a recopilación y compilación de información, han convertido a nuestra sociedad en una de expedientes, altamente reglamentada, donde la intimidad, dignidad e integridad de la persona del ser humano se encuentran cada día en mayor peligro de quedarse o quedar intolerablemente limitadas o menoscabadas”.¹⁷² Esta cita del 1986 expresada por el Tribunal Supremo en *Arroyo*,¹⁷³ ha resistido la prueba del tiempo. En cuanto al tema asunto de este escrito, las tecnologías de supervisión recopilan datos del empleado, creando un perfil de este, que al final del día es parte de su expediente. La meta de estos programas no es estrictamente la medición y busca de promedios, sino también organizar los datos de tal forma que comunique aquellos empleados que están siendo eficientes con su tiempo y los que no. Ahora bien, considerando que estos programas en ocasiones reemplazan, en parte o en todo, la intervención humana para supervisar, vale preguntarse cuán efectivos son en capturar la realidad. ¿Pueden realmente explicar o razonar lo que está sucediendo tras bastidores mientras el empleado trabaja? La contestación es no. La información recopilada por estos sistemas de monitoreo de empleados es limitada. Es decir, se limita a exponer el comportamiento del empleado, pero no el porqué. Esto resulta problemático ya que, a falta de contextualización de la información almacenada, la misma se presta para que se use discriminatoriamente en contra del empleado.¹⁷⁴ De hecho, expertos advierten que cada vez más los gerentes dependen de esta información automatizada para tomar decisiones relacionadas a la contratación, remuneración, promoción o despidos de trabajadores, lo que puede dar cabida a que se infiltren prejuicios discriminatorios que menoscaben la imparcialidad en el ámbito laboral.¹⁷⁵

La información recopilada no comunica mucho, pero concede un espacio inferencial enorme. En otras palabras, los programas solo graban cuantos clics hizo el empleado por minuto o movidas al ratón. También pueden registrar cuándo cerró la computadora o no ha estado activo en la misma, pero fallan en ofrecer el trasfondo —la explicación que ilumina por qué el empleado incurrió en la conducta grabada (e.g., razón por la cual hace menos clics con su ratón a las 3 pm que a las 10 am, o por qué no está frente a la computadora por tramos de 30 minutos varias veces al día)—. La persona que evalúa esta información almacenada tiene un vasto poder inferencial porque la información no existe en un vacío, sino que de ella se hacen deducciones tratando de integrar el elemento explicativo. Además de la pérdida de contexto en la visualización de la información, también se debe tomar en cuenta la falta de consideración que se le da a las idiosincrasias humanas, como también a la apariencia de precisión a pesar de los errores en la fuente.¹⁷⁶ Inclusive se puede pasar por desapercibido las ilimitadas posibilidades de manipulación en la evaluación de la información.¹⁷⁷

¹⁷² *Arroyo v. Rattan Specialties, Inc.*, 117 DPR 35, 56 (1986).

¹⁷³ *Id.*

¹⁷⁴ *Ajunwa*, *supra* nota 18, en la pág. 772.

¹⁷⁵ *Aloisi*, *supra* nota 28, en la pág. 99.

¹⁷⁶ *Finkin*, *supra* nota 21, en la pág. 267

¹⁷⁷ *Id.* en la pág. 267.

Ahora bien, la información —en ausencia de mecanismos contextualizadores— puede resultar ser discriminatoria porque existe una presunción de deshonestidad del empleado.¹⁷⁸ Se monitorea porque existe una desconfianza sobre su capacidad de ser productivo y honesto durante su jornada. Por lo tanto, el empleado remoto está en desventaja frente al que trabaja presencialmente. En consecuencia, asume el riesgo de que la información recopilada por mecanismos tecnológicos se use e intérprete en su contra. Un argumento opuesto a esta postura es que el empleado presencial probablemente está siendo vigilado por su supervisor, sujeto a los mismos programas de monitoreo electrónico y bajo cámaras de seguridad en el espacio donde trabaja. Es cierto. Sin embargo, el factor de visibilidad y de confraternización puede beneficiarlo. Dicho de otro modo, el empleado presencial puede permanecer por largos periodos de tiempo fuera de su escritorio, pero como está dentro de las premisas de la oficina se considera que “está trabajando”. De igual modo, puede tener una relación respetuosa con su supervisor u otros compañeros de trabajo que puede hacer que el hecho de que no esté frente a su computadora por extensos periodos de tiempo no levante banderas. No obstante, no se ve igual al empleado que solo trabaja remoto desde “la comodidad” de su hogar y no ha tenido la oportunidad de desarrollar lazos de confianza con el equipo. En este último caso, si no está frente a la computadora, puede ser interpretado como si estuviese utilizando horas laborales para atender asuntos personales. Escenarios de discriminación se podrían dar entre empleados remotos versus los presenciales. Ante esta posibilidad, una alternativa que puede prevenir el trato discriminatorio es la implementación de un elemento humano y personal en la cadena de supervisión para contextualizar la información recopilada y complementar lo que la data no dice. Esto implicaría que se necesitaría la intervención de una persona para validar la información almacenada y darle la oportunidad al empleado a explicar cualquier irregularidad grabada o simplemente compartir sobre el progreso respecto a sus tareas y responsabilidades.

III. LLAMADO PARA ACTUALIZAR LAS POLÍTICAS DE PRIVACIDAD EN LA OFICINA

Una relación obrero-patronal es transaccional lo que significa que ambas figuras tienen obligaciones y deberes frente a la otra. En este contexto, “[e]l patrono tiene un derecho a proteger de forma razonable su propiedad privada. La vigilancia electrónica *razonable* en el lugar de trabajo es una forma legítima para ello”.¹⁷⁹ Ahora bien, si un patrono tiene o desea implementar un sistema de supervisión electrónica para monitorear a los empleados, debe atemperar la política de privacidad de la oficina respecto al manejo de la información recopilada del empleado a través de los programas de supervisión. De lo contrario, se expone a que el uso que le dé a las tecnologías sea declarado inconstitucional. Por lo tanto, algunos factores a considerar en la política de privacidad son los siguientes: ¿quién tendrá y/o puede tener acceso a la información almacenada? ¿Cuál es el propósito para acceder la información? ¿Quién puede divulgarla? ¿Quién puede recibirla? ¿Tiene el empleado

¹⁷⁸ Hannah Hickok, *Why remote work has eroded trust among colleagues*, BBC (18 de marzo de 2021), <https://www.bbc.com/worklife/article/20210315-why-remote-work-has-eroded-trust-among-colleagues>.

¹⁷⁹ Vega v. Telefónica, 156 DPR 584, 608 (2002).

derecho a objetar sobre el modo de supervisión, de la información recopilada o las conclusiones desarrolladas a base de ella? ¿Puede el empleado retirar su consentimiento a la supervisión? ¿Puede el empleado revisar la información que recopilan de él/ella? ¿Habrá uniformidad en la implementación de medidas de supervisión entre todos los empleados? De contestarse en la afirmativa, ¿quiénes merecen trato distinto? ¿Cuáles reglas aplican si el empleado trabaja utilizando su propio dispositivo? Estas interrogantes no tienen respuestas definitivas, pero deben considerarse. De igual modo, el Tribunal Supremo ha enfatizado la importancia de notificar al empleado sobre los mecanismos de supervisión:

En aras de proteger la dignidad del trabajador, un patrono no debe establecer un sistema de vigilancia electrónica sin darle previa notificación a los empleados de la implantación del mismo, excepto en casos en que circunstancias apremiantes lo requieran. La notificación a estos efectos podría incluir, entre otras cosas, información sobre: (a) el tipo de vigilancia a utilizarse; (b) la naturaleza de los datos a obtenerse; (c) la frecuencia con que habrá de usarse el medio de vigilancia; (d) sus especificaciones técnicas; (e) lugar donde se instalará el sistema de vigilancia; (f) localización del equipo de monitoreo; (g) el grupo de empleados que ha de ser observado; y (h) el mecanismo administrativo disponible para canalizar las quejas de los empleados sobre el particular. Además, la empresa deberá tener una política clara y adecuada sobre el uso, disposición y acceso a la información recopilada, la cual se le informará a los empleados.¹⁸⁰

Los factores ya mencionados deben de incluirse en la política de privacidad porque juntos crean las *garantías adecuadas* que requieren los tribunales para justificar una invasión a la intimidad estrictamente necesaria.¹⁸¹ Es una manera de comunicar que el patrono está siendo cauteloso y responsable con la información recopilada y demuestra que respeta y prioriza la privacidad de su empleado. Sin embargo, la ausencia de reglamentación específica sobre la información personal del empleado comunicaría todo lo contrario: que se trata de un empleador que descuida de información confidencial y menoscaba el derecho fundamental de intimidad a su empleado.

¹⁸⁰ *Id.* en la págs. 609-10.

¹⁸¹ *Arroyo v. Rattan Specialties, Inc.*, 117 DPR 35, 62 (1986).