

LOS PODERES DE DIRECCIÓN Y CONTROL Y SUS LÍMITES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

ORLANDO DE LAS CASAS⁽¹⁾

I. LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

En los últimos años se han presentado situaciones que han revolucionado nuestras vidas. Y cuando hay referencia a nuestras vidas incluyo todos los aspectos de estas (el personal, cotidiano, familiar, laboral, etc.).

Hoy en día a nadie se le ocurriría, por ejemplo, enviar a uno de nuestros hijos o hijas adolescentes sin un teléfono celular, tanto para saber dónde y cómo se encuentran, como para que les sirva como forma de comunicación en caso de presentarse una emergencia. Del mismo modo, en prácticamente la generalidad de casos, no nos imaginamos a un trabajador que no cuente con un correo electrónico proporcionado por la empresa que le sirva como herramienta de trabajo.

Estos cambios, cada vez más acelerados, nos hacen atender a la sociedad de la información, término que se usa para mostrarnos la época en la que nos encontramos, y los instrumentos y herramientas que usamos en nuestra vida cotidiana. La sociedad de la información implica básicamente hablar de la revolución tecnológica y de la globalización, y que tiene como

(1) Socio encargado del Área Laboral de Hernández & Cía. Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, profesor de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de Legislación Laboral en el Diplomado de Recursos Humanos de la Universidad Ricardo Palma.

principales características la interconexión, la inmaterialidad, la velocidad, la interactividad, entre otros.

Así, lo señala Jesús González Monroy, citando a la Unión General de Telecomunicaciones, cuando refiere que sociedad de la información implica una sociedad en la que “(...) todos puedan crear, acceder, utilizar y compartir información y el conocimiento, para hacer que las personas, las comunidades y los pueblos puedan desarrollar su pleno potencial y mejorar la calidad de sus vidas de manera sostenible (...)”⁽²⁾.

Los cambios señalados nos llevan al uso de las denominadas tecnologías de la información y comunicación (TIC), que son consideradas los recursos y técnicas usados para la búsqueda, almacenamiento y transmisión de información. De ese modo, vemos como existe una vinculación más que cercana entre las TIC y la informática. Hoy en día, evidentemente, eso pasa por mucho más que el uso de una computadora; tiene que ver con internet, con el uso o trato remoto, con la comunicación inalámbrica, con la comunicación en tiempo real, etc.

Castells (citado por Gamonal) nos señala, al referirse a la globalización, que “(...) hablar de economías globalizadas implica que las actividades económicas centrales, nucleares, de nuestras economías, trabajan como una unidad, en tiempo real, a nivel planetario a través de una red de interconexiones (...)”⁽³⁾.

La importancia resulta clara. Basta revisar el pronunciamiento emitido en la Segunda Fase de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, realizada en Túnez entre el 16 y 18 de noviembre de 2005, cita que culminó con la denominada Agenda de Túnez para la Sociedad de la Información, que nos señala, entre otros aspectos, lo siguiente⁽⁴⁾:

“23. Reconocemos que hay una necesidad de mayor financiación en varios campos, que no han sido atendidos como se debería en las actuales políticas de financiación de las TIC para el desarrollo. Se trata, entre otros, de los siguientes:

(2) GONZALES MONROY, Jesús. En: <<http://slideshare.net/monroy/la-sociedad-de-la-informacion-presentacion-650951>>, consulta: 8 de febrero de 2014.

(3) GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “El derecho del trabajo y las nuevas tecnologías en Chile”. En: *Revista de Derecho Social Latinoamericana*. N° 1, Editorial Bomarzo, Año 2006, p. 213.

(4) Agenda de Túnez para la Sociedad de la Información. En: <<http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/6rev1-es.html>>, consulta: 8 de febrero de 2014.

- a) programas de creación de capacidades, materiales didácticos, instrumentos, iniciativas de financiación de la enseñanza y de capacitación especializada, en lo que atañe a las TIC, especialmente en el caso de los reguladores y de otros empleados y organismos del Sector Público;
- b) **acceso a las comunicaciones y conectividad para servicios y aplicaciones TIC en zonas rurales apartadas, pequeños Estados insulares en desarrollo, países sin litoral en desarrollo y otros puntos geográficos con desafíos tecnológicos y de mercado particulares;**
- c) **infraestructura troncal regional (*backbone*), redes regionales, puntos de acceso a la red y proyectos regionales conexos, para la conexión transfronteriza de redes y en regiones económicamente desfavorecidas que pueden necesitar políticas coordinadas, en particular marcos jurídicos normativos y financieros, así como capital seminal, y beneficiarían de la divulgación de experiencias y mejores prácticas;**
- d) **capacidad de banda ancha para facilitar el suministro de una gama más amplia de servicios y aplicaciones, promover la inversión y proporcionar acceso a Internet a precios asequibles a usuarios nuevos y existentes;**
- e) asistencia coordinada, si procede, a los países mencionados en el párrafo 16 de la Declaración de Principios de Ginebra, especialmente a los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo, a fin de mejorar la eficacia y reducir los costos de las transacciones relacionadas con el suministro de apoyo por donantes internacionales;
- f) **aplicaciones TIC y contenidos destinados a la integración de las TIC en la implementación de estrategias de erradicación de la pobreza y programas de desarrollo sectorial, especialmente en materia de salud, educación, agricultura y medio ambiente;**

Además, se han de tener en cuenta estos otros asuntos que revisten importancia para las TIC para el desarrollo y a los que no se ha prestado la atención suficiente:

- g) sostenibilidad de proyectos relacionados con la Sociedad de la Información, por ejemplo el mantenimiento de la infraestructura TIC;
- h) necesidades particulares de las pequeñas, medianas y microempresas (PMYME), tales como la financiación;
- i) **desarrollo y fabricación locales de aplicaciones y tecnologías TIC por países en desarrollo;**
- j) actividades sobre reforma institucional relacionada con las TIC y aumento de la capacidad relacionada con el marco jurídico y normativo;
- k) mejora de las estructuras organizativas y cambio de los procesos de negocio para optimizar el impacto y la eficacia de los proyectos TIC y otros proyectos con un componente TIC significativo;
- l) iniciativas basadas en comunidades locales y de los poderes públicos locales, destinadas a proporcionar servicios TIC a comunidades en materia de educación, salud mejora de los medios de ganarse la vida, etc.

(...).

26. Reconocemos los siguientes prerequisites para lograr un acceso equitativo y universal a los mecanismos de financiación y la mejor utilización de estos:

- a) **establecer políticas e incentivos en materia de reglamentación destinados a facilitar el acceso universal y reactivar la inversión del Sector Privado;**
- b) definir y reconocer el papel clave de las TIC en las estrategias nacionales de desarrollo y en su elaboración, según proceda, junto con ciberestrategias;
- c) desarrollar capacidades institucionales y de implementación para facilitar la utilización de los fondos nacionales de servicio/acceso universal y estudiar más a fondo esos mecanismos, así como los destinados a movilizar recursos internos;

- d) fomentar la creación de información, aplicaciones y servicios relevantes a escala local que redunden en beneficio de los países en desarrollo y los países con economías en transición;
- e) **apoyar la ‘ampliación’ de los programas piloto basados en las TIC que hayan arrojado resultados exitosos;**
- f) promover la utilización de las TIC en el Sector Público como una prioridad, considerándola como una esfera esencial para las intervenciones al desarrollo basadas en las TIC;
- g) reforzar los recursos humanos y las capacidades institucionales (conocimiento) a todo nivel para conseguir los objetivos de la Sociedad de la Información, especialmente en el Sector Público;
- h) alentar a las entidades del Sector Privado a que contribuyan a extender la demanda de servicios TIC, prestando apoyo a las industrias creativas, los productores locales de contenido y aplicaciones culturales, así como a las pequeñas empresas;
- i) fortalecer las capacidades para fomentar la captación de fondos garantizados y su utilización eficaz.

27. Recomendamos entre otras las siguientes mejoras e innovaciones en los mecanismos financieros en vigor:

- a) mejorar los mecanismos de financiación para que los recursos financieros sean adecuados, más predecibles, sostenibles y preferentemente no destinados a una finalidad específica;
- b) mejorar la cooperación regional y crear asociaciones entre múltiples partes interesadas, en particular, creando incentivos para construcción de infraestructura de redes troncales regionales;
- c) **proporcionar un acceso asequible a las TIC, aplicando para ello las siguientes medidas:**
 - i) reducir los costos de interconexión internacional a Internet que imponen los proveedores de redes troncales (backbone), y apoyar, entre otras cosas, la creación y el desarrollo de puntos de intercambio de Internet y redes troncales regionales de TIC con objeto de reducir los costos de interconexión y ampliar el acceso a la red;

- ii) alentar a la UIT a que siga estudiando, con carácter urgente, el tema de la Conectividad de Internet Internacional (CII) y elabore las recomendaciones apropiadas;
- d) coordinar programas entre los gobiernos y los principales agentes de financiación para reducir los riesgos de las inversiones y los costos de transacción de los operadores que ofrezcan sus servicios en segmentos de mercado menos atractivos tales como las zonas rurales y de bajos ingresos;
- e) contribuir a acelerar el desarrollo de instrumentos financieros nacionales, favoreciendo en especial los sistemas de microfinanciación locales, las incubadoras de empresas de TIC, los instrumentos de crédito público, los mecanismos de adjudicación inversa, las iniciativas de interconexión basadas en comunidades locales, la solidaridad digital y otras innovaciones;
- f) mejorar el acceso a los medios de financiación para acelerar el ritmo de financiación de la infraestructura y los servicios de las TIC, incluyendo por igual el estímulo de flujos Norte-Sur y la cooperación Sur-Sur;
- g) las organizaciones de desarrollo multilaterales, regionales y bilaterales deberían estudiar si es oportuno crear un foro virtual para que las partes interesadas puedan compartir información sobre posibles proyectos, fuentes de financiación o mecanismos de financiación institucional;
- h) dar a los países en desarrollo la posibilidad de generar cada vez más capital para las TIC y crear instrumentos de financiación, incluidos fondos fiduciarios y capital seminal adaptados a sus economías;
- i) instar a todos los países a desplegar esfuerzos concretos para cumplir los compromisos que contrajeron en el marco del Consenso de Monterrey;
- j) las organizaciones de desarrollo multilaterales, regionales y bilaterales deberían estudiar formas de colaboración para mejorar su capacidad de ayudar rápidamente a los países en desarrollo que requieran asistencia para las políticas de las TIC;
- k) fomentar un aumento de las contribuciones voluntarias;

- l) utilizar eficazmente, en su caso, los mecanismos de alivio de la deuda indicados en el Plan de Acción de Ginebra, entre los que puede citarse la cancelación de la deuda o la conversión de esta, mecanismos que podrían emplearse para financiar proyectos de TIC para el desarrollo, incluidos los que figuren en el marco de estrategias de reducción de la pobreza” (resaltado nuestro).

Del largo texto es evidente que propuestas como acceso a las comunicaciones en zonas rurales apartadas, puntos de acceso a la red, capacidad de banda ancha para facilitar el suministro de una gama más amplia de servicios y aplicaciones, promover la inversión y proporcionar acceso a Internet a precios asequibles a usuarios nuevos y existentes, aplicaciones TIC y contenidos destinados a la integración de las TIC en la implementación de estrategias de erradicación de la pobreza y programas de desarrollo sectorial, establecimiento de políticas e incentivos en materia de reglamentación destinados a facilitar el acceso universal y reactivar la inversión del sector privado, buscan que toda la población esté en posibilidad de acceder a las TIC, y evidentemente la clara importancia mundial que tienen las TIC, para las personas, para los países, para el desarrollo. En conclusión, se fomenta, como queda en evidencia, el acceso general a las TIC como forma no solamente de la vida cotidiana, sino como un aspecto fundamental para la educación, que en buena cuenta busca promover la igualdad de oportunidades.

II. LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y EL DERECHO DEL TRABAJO

Los cambios antes señalados, no pueden ser ajenos al Derecho del Trabajo y a las relaciones laborales. Como nos lo señala Luisa Montuschi, “(...) entre dichos fenómenos han tenido particular significación las transformaciones estructurales de las economías que se han manifestado, sobre todo, en el desplazamiento de la producción de los bienes a los servicios, en el crecimiento de la producción de industrias que producen artículos no materiales (como el *software*), en la declinación en la importancia de industrias tradicionalmente consideradas como sindicalizables, en la creciente globalización de las economías, en el cambio técnico, dado por la proliferación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) que se han insertado en todos los aspectos de la vida económica. Estos hechos han puesto en evidencia la necesidad perentoria de cambios en la organización del trabajo

y ello se ha acentuado con el surgimiento en los noventa de lo que se ha denominado Sociedad de la Información (SI) (...)”⁽⁵⁾.

Las TIC en las relaciones laborales han introducido una serie de elementos de uso cotidiano que han cambiado en los últimos años la forma no solamente de la organización del trabajo, sino la prestación misma. Internet, teléfonos celulares, correo electrónico, *tablets*, GPS, dejan en evidencia que las cosas no son como antes. De lo anterior, podemos señalar dos grandes aspectos que reflejan estos cambios: el lugar de la prestación laboral y la forma en que se presta la relación laboral.

Las TIC han ayudado a los procesos de desconcentración, dado que con mayor frecuencia se logra, entre otros aspectos, la posibilidad de que los trabajadores realicen sus funciones desde lugares distintos al centro de trabajo (pudiendo inclusive realizarse las labores desde cualquier lugar del mundo), lográndose con ello una evidente reducción de costos. Adicionalmente, se logra tener una comunicación en tiempo real entre trabajadores y empleador. Inclusive, si mantenemos una organización tradicional del trabajo (entendida esta como la posibilidad de realizar las labores en el mismo centro de trabajo), el uso de las TIC permite lograr una fiscalización adecuada a un costo menor (basta considerar que cada vez es más frecuente el uso de cámaras de videovigilancia a los trabajadores).

Resulta frecuente leer que la época actual tiene como principal característica la incorporación de cambios tecnológicos en los sistemas de producción. Y estos, sin duda, han ayudado al surgimiento de nuevas formas en las que se puede prestar una relación laboral o nuevas formas de organización productiva.

Sanguinetti también lo advierte, cuando nos señala que “(...) la aplicación de las modernas tecnologías –especialmente de la información y las telecomunicaciones– a los procesos productivos está permitiendo el surgimiento de modalidades ‘descentralizadas’ de trabajo, que no participan de las características típicas que hasta el momento han venido acompañando a la prestación de servicios en régimen de dependencia (...)”⁽⁶⁾.

(5) MONTUSCHI, Luisa. “Los sindicatos en la sociedad de la información. Desafíos y respuestas”. En: <www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/165.pdf, p. 1.>, consulta: 8 de febrero de 2014.

(6) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. 1ª ed., Ara Editores, Lima, 1997, pp. 58 y 59.

Existen por lo tanto diversas y novedosas formas en que se presentan las relaciones laborales. Baste tener presente, por ejemplo, los procesos de descentralización productiva o tercerización de servicios o formas de prestación de la relación laboral aprovechando soportes informáticos como el teletrabajo o el trabajo a domicilio.

El teletrabajo (ejemplo claro de prestación laboral a través de las TIC) es considerado como “(...) el trabajo prestado ‘a distancia’ a través del soporte informático (que) ha constituido durante muchos años un tema cuidadosamente evitado por los ius laboristas, quizás por miedo a legitimar una modalidad de desarrollo de la prestación, potencialmente desestructuradora de los clásicos paradigmas del trabajo subordinado (...)”⁽⁷⁾. El haberse evitado (o intentado evitar por muchos) no sirvió de nada, ya que en la actualidad contamos con una norma legal (la Ley N° 30036, Ley que regula el teletrabajo) que regula, de manera imperfecta es verdad, esta forma novedosa, pero cada vez más frecuente forma de prestar una relación laboral usando las TIC, y que traen como consecuencia el presentarnos formas distintas de prestación de las relaciones de trabajo.

Señalamos que la regulación es insuficiente porque si bien hay un reconocimiento expreso a esta forma especial de prestación subordinada de servicios (expreso reconocimiento que se trata de una relación laboral) caracterizada por la utilización de TIC en las instituciones públicas y privadas, además de reconocer que la supervisión y control de los trabajadores se realiza justamente a través de los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, no se dice nada respecto de aspectos fundamentales como la jornada, la seguridad y salud en el trabajo, etc. (Aspectos relevantes que deben de considerarse en toda prestación de servicios de naturaleza laboral).

Lo que resulta más que evidente es que el uso de las TIC ha generado un cambio radical en las relaciones de trabajo, que a continuación tratamos de presentar.

1. El surgimiento de nuevos sistemas de producción y su influencia en los sistemas de organización y control empresarial

Empecemos por imaginar cómo era un centro de trabajo al momento del surgimiento del Derecho del Trabajo: tenemos una gran concentración

(7) LOFFREDO, Antonio. “El impacto de las tecnologías de la información en el Derecho del Trabajo italiano”. En: *Revista de Derecho Social Latinoamericana*. N° 1, 2006, p. 168.

de trabajadores generalmente en fábricas (modelo fordista). Mercader Uguiña lo reseña de manera clara cuando señala que “(...) el modelo de trabajador dominante era el industrial, concentrado en las fábricas, normalmente de cualificación pobre, y sometido a un estricto régimen ordenador de la prestación (...)”⁽⁸⁾.

Las formas de control empresarial en una forma de organización como la descrita resultaba ser bastante elemental; bastaba una simple verificación visual de parte del empleador o de sus representantes. Pero esa forma de fiscalización resultaba ser costosa (se requería un número suficiente de personas encargadas de la labor fiscalizadora) o en todo caso poco efectiva (la ausencia de fiscalización efectiva o la falta de la presencia del empleador podía significar la falta de cumplimiento de parte de los trabajadores de sus obligaciones laborales).

Pero las formas de organización van cambiando, y con ello también cambiaron las formas de fiscalización, ya que bajo una forma tradicional de control podían resultar insuficientes en una organización moderna. Por ejemplo en los casos en las que las labores de un trabajador debían desarrollarse fuera del centro de trabajo, la labor de fiscalización o control del empleador resultaba ser bastante dificultosa (¿cómo podía un empleador verificar fehacientemente si el trabajador estaba cumpliendo de manera efectiva con sus obligaciones?), como señala Ojeda Avilés, “(...) la prestación laboral no puede ser controlada a los métodos habituales (...)”⁽⁹⁾. En ese sentido, hoy en día, estas dificultades del empleador para ejercer de una manera efectiva la fiscalización y el control respecto de sus trabajadores, se ven facilitadas con la utilización de las denominadas nuevas tecnologías.

Actualmente resulta sumamente fácil, por ejemplo, el poder fiscalizar o controlar el trabajo del personal que debe cumplir sus funciones principalmente fuera del centro de trabajo. El uso de los teléfonos celulares (o Smartphone), permiten al empleador solicitar información al trabajador de su ubicación, o respecto de los clientes que debe visitar, y hasta de los cambios de ruta que eventualmente deba practicar. Ojeda Avilés es preciso al referirse a estas nuevas formas de control de parte del empleador, al señalar que “(...) las nuevas tecnologías han hecho innecesario el control empresarial

(8) MERCADER UGUINA, Jesús R. *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*. Lex Nova, 2002, p. 82.

(9) OJEDA AVILÉS, Antonio. “Las relaciones laborales especiales”. En: *Laborem*. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social N° 8, Lima, octubre de 2008, p. 38.

e incluso la misma presencia del trabajador en el centro de trabajo, porque el control ya es virtual (...)”⁽¹⁰⁾. Algo similar ocurre con los equipos de GPS, que permiten ubicar geográficamente al portador del equipo o del dispositivo.

Lo mismo ocurre con la utilización de los sistemas de videovigilancia, que permiten verificar a distancia el cumplimiento de las funciones encomendadas a los trabajadores, así el empleador se encuentre en otro país.

Los ejemplos citados permiten afirmar, como señalara Falguera Baró, que “(...) las nuevas tecnologías están trastocando el sistema de relaciones laborales y, por lo tanto, el propio derecho del trabajo (...)”⁽¹¹⁾. Inclusive (poco analizado por cierto) esta revolución tecnológica ha generado desempleo, como lo señala Antonio Loffredo: “(...) uno de los efectos más relevantes de la acción conjunta de la fragmentación organizativa y la innovación tecnológica ha sido, al menos en Italia, la pérdida de más puestos de trabajo de los que se han creado y, sobre todo, la creación de dos diferentes mercados de trabajo: uno, para trabajadores con una profesionalidad elevada, bien remunerados y con cierta estabilidad en el empleo; otro, para cualificaciones profesionales más bajas, con contratos de trabajo precarios y retribuciones que, en muchos casos, no permiten vivir dignamente, incumplándose, pues, lo dispuesto en el artículo 36 de la Constitución italiana (...)”⁽¹²⁾.

De otro lado, el desarrollo de los sistemas tecnológicos ha permitido que el empleador realice una fiscalización efectiva de los trabajadores a su cargo, tanto de aquellos que se encuentran dentro del centro de trabajo, como de aquellos que cumplen funciones fuera de este. Moguel Fernández señala que “(...) en los últimos años, la implantación de las nuevas tecnologías ha originado cambios profundos en todos los ámbitos de nuestra sociedad (...)”⁽¹³⁾, siendo así, los cambios al interior de las relaciones de trabajo no tenían por qué no darse.

Lo que resulta claro es como a todo nivel se han dado cambios como consecuencia del uso de las TIC.

(10) Ídem.

(11) FALGUERA BARÓ, Miguel Ángel. “Trabajadores, empresas y nuevas tecnologías”. En: AA.VV. *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 189.

(12) LOFFREDO, Antonio. Ob. cit., p. 166.

(13) MOGUEL FERNÁNDEZ, Jordi. “El poder de control y vigilancia del empresario sobre las actividades de los trabajadores, y sus implicancias penales”. Noticias Jurídicas, febrero de 2006. El texto puede ser encontrado en: <<http://noticias.juridicas.com/articulos/40-Derecho%20Laboral/200602-5158142111062510.html>>, consultado: 22 de febrero de 2014.

2. Características del uso de las TIC al interior de la relación laboral y sus implicancias

Entenderíamos que la modernidad y con ella las TIC, invaden todos los aspectos de nuestras vidas, y eso incluye también a la relación laboral. Sin embargo, nos inclinamos a pensar que inicialmente la intención con el uso de las TIC no haya sido un afán fiscalizador de parte de los empleadores. Por el contrario, estas se introdujeron en el desarrollo cotidiano de toda relación laboral, y posteriormente se vio la utilidad práctica fiscalizadora que podía tener dentro de una relación de trabajo.

El hecho es que, como ya hemos visto, el uso de nuevas tecnologías al interior de una relación laboral permite una fiscalización o control más eficaz. Estas modalidades de ejercer el control empresarial llegan a ser no solamente efectivas, sino en muchos casos hasta exageradas. Dicho en palabras de Gamonal Contreras, “(...) las TIC han incrementado en forma excesiva las posibilidades de control empresarial aumentando la subordinación sobre los trabajadores (...)”⁽¹⁴⁾, o como lo afirma Pacheco Serga, “(...) las nuevas tecnologías han potenciado la capacidad de control del empresario (...)”⁽¹⁵⁾.

Excesiva o no, el uso de estas nuevas tecnologías como una forma de control empresarial resultan en verdad ser bastante efectivas y facilitadoras de la labor de fiscalización. Nadie podría negar que “(...) en una época como la actual, resulta frecuente (y cada vez más) el uso de apoyo tecnológico para lograr un cabal cumplimiento de la prestación encomendada (...)”⁽¹⁶⁾. De allí que su uso sea cada vez más frecuente. Compartimos la opinión de Gonzáles de Patto, cuando señala que “(...) el empresario recurre, cada vez con más frecuencia, a medios audiovisuales, ópticos, telemáticos e informáticos de ‘control a distancia’ directo en el centro de trabajo de la actividad laboral de sus empleados (...)”⁽¹⁷⁾.

La razón (ya la hemos adelantado) resulta ser bastante obvia: se logra una fiscalización más adecuada a un menor costo (el uso de una cámara de

(14) GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Ob. cit., p. 214.

(15) PACHECO SERGA, Luz. “El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos: un estudio de Derecho Comparado”. En: *Laborem*. N° 6, Lima, 2006, p. 28.

(16) DE LAS CASAS, Orlando. “La aplicación de las nuevas tecnologías como forma de control empresarial”. En: *Soluciones Laborales*. N° 11, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2008, p. 29.

(17) GONZÁLES DE PATTO, Rosa María. “Nuevas tecnologías y relaciones laborales en el Derecho español”. En: *Derecho*. Revista de la Facultad de Derecho de la UNSA, N° 5, 2003, pp. 182-183 (el texto puede también ser encontrado en <http://www.unsa.edu.pe/escuelas/de/rev_derecho/REVISTA05/art12.pdf>).

video permite que el empleador pueda efectuar una verificación del cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores, sin que este deba de verificar in situ que se cumple con las instrucciones impartidas). Llevado al extremo, el empleador podría prescindir del personal que colabora con él en las labores de fiscalización y control.

De esa forma, el uso es tan claro (y hasta frecuente) que se recurre a estos medios de fiscalización hasta para situaciones domésticas. Mercader Uguina lo grafica bastante bien cuando señala que esta “(...) es la era de las ‘tecnoniñeras’, equipamientos de vigilancia videográfica que, en equipos diminutos, con cámaras de video de dos o tres centímetros, pueden ser colocados en osos de peluche, relojes y plantas e instalarse en guarderías y hogares (...)”⁽¹⁸⁾. Entonces, si se fiscaliza a la distancia a niñeras y amas, por qué no a los trabajadores en una empresa.

Situación similar podría estar ocurriendo, por ejemplo, con el personal que labora parcial (o totalmente) fuera del centro de trabajo. De no ser por la utilización de mecanismos como los teléfonos celulares o los sistemas de ubicación (GPS), el empleador no estaría en condiciones de constatar que el trabajador efectivamente está cumpliendo con las funciones encomendadas.

Asimismo, Blancas Bustamante es certero cuando afirma que “(...) en tiempos recientes, (el poder de dirección) ha resultado perfeccionado o fortalecido por el surgimiento de tecnologías que al hecho de otorgar un mayor grado de efectividad a la labor de control, agregan la posibilidad de una intervención de rasgos inquisitoriales que no parece conocer límites y que, por ello mismo, es susceptible de afectar al propio contrato de trabajo (...)”⁽¹⁹⁾.

Los cambios han llegado a influir de tal forma que inclusive hay quienes discuten su uso fuera del horario de trabajo. Este comentario resulta siendo bastante lógico si pensamos en los dispositivos handheld de los teléfonos celulares, que además de las llamadas telefónicas (que como ya adelantamos, genera una evidente forma de control) permite recibir en los teléfonos celulares los correos electrónicos de la empresa (o los relacionados con las actividades laborales, que es lo mismo). Con ello se corre el riesgo de que la jornada efectiva de labores se vea extendida⁽²⁰⁾, o peor aún, sea una for-

(18) MERCADER UGUINA, Jesús R. Ob. cit., p. 101.

(19) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Poder de dirección y derecho a la intimidad y privacidad del trabajador*. Ponencia oficial presentada en el Primer Encuentro Peruano Chileno (23 y 24 de julio de 2009), p. 70 de los materiales utilizados en el evento.

(20) Al respecto existen ya diversos trabajos que desarrollan ese tipo de situaciones, como un artículo publi-

ma de intromisión en ámbitos que no necesariamente guardan relación con los propios de la relación laboral.

3. La justificación para la fiscalización laboral a través de las TIC: la subordinación

La subordinación (reconocida como el elemento determinante de reconocimiento de una relación laboral) y que es definida como el “(...) vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción, de un lado, y dirección, del otro, son los dos aspectos centrales del concepto”⁽²¹⁾, termina (en principio) siendo el hecho habilitante para el uso de las TIC como forma de fiscalización.

Sanguinetti⁽²²⁾ señala que del vínculo de subordinación jurídica emanan los llamados “poderes o facultades del empleador”, que vienen a ser las modalidades que adopta el derecho del empleador de dirigir la prestación del trabajador: (i) poder de dirección, determinado por la dación de instrucciones u órdenes; (ii) poder de fiscalización, determinado por el control de la ejecución de la prestación a fin de ver o comprobar si se han seguido o no las instrucciones impartidas; y (iii) poder disciplinario, que surge ante la constatación de la inobservancia de las obligaciones contraídas por el trabajador, y que conllevan la sanción a este. Toyama, siguiendo la misma línea señala que “(...) la subordinación implica la presencia de las facultades directriz, normativa y disciplinaria que tiene el empleador (...)”⁽²³⁾. Por eso la importancia de los poderes de dirección y fiscalización, que como parte de la subordinación, tiene el empleador sobre el trabajador.

¿Cómo se manifiestan estas facultades? De Vicente Pachés⁽²⁴⁾ nos brinda un detalle de estas facultades que componen el poder de dirección: la facultad de dictar instrucciones generales sobre la organización y el funcionamiento

cado por el abogado Pablo Rocca denominado “El uso del celular fuera de la jornada laboral un nuevo elemento en el reclamo de horas extras?”. El texto puede ser encontrado en <<http://www.latinocounsel.com/esp/noticiaampliada.php?nid=6639>>, consulta: 1 de marzo de 2014.

- (21) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. 1ª ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, marzo de 2009, pp. 35 y 36.
- (22) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo*. Cultural Cuzco editores, Lima, 1988, p. 159.
- (23) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 92.
- (24) DE VICENTE PACHÉS, Fernando. *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. CES, Madrid, 1998, pp. 298 y 299.

de la empresa y sobre la prestación laboral en esta; la facultad de dictar órdenes e instrucciones particulares a un trabajador o a un grupo de trabajadores sobre el contenido y las circunstancias de su trabajo; la facultad de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales; o las facultades disciplinarias, como consecuencia de la corroboración de incumplimientos de parte del trabajador.

El empleador, entonces, puede utilizar “(...) los medios necesarios para comprobar que el trabajador ha cumplido con sus funciones”⁽²⁵⁾ y aplicar, de ser el caso, sanciones ante incumplimientos corroborados.

El hecho es que las facultades de dirección y de fiscalización (inherentes a la subordinación) implican parte de la labor fundamental del empleador, facilitada con la aparición (y utilización) de medios tecnológicos. De esa manera lo reconoce Goñi Sein⁽²⁶⁾ cuando señala, a propósito de los sistemas de videovigilancia, que tales sistemas de fiscalización “(...) ofrece notables ventajas sobre la acción de vigilancia directa que en el pasado se ejercía a través del personal específico encargado de tareas de vigilancia (...)”, señalando a continuación que “(...) el empresario puede vigilar a más trabajadores, ejerciendo un control universal y no solo concentrado en un grupo o sobre unos trabajadores más o menos sospechosos (...)”.

4. Las TIC al momento de la contratación

Probablemente este sea el punto menos tratado o desarrollado, pero que a nuestro entender resulta ser de fundamental importancia, por poder afectar el derecho de toda persona a acceder a un puesto de trabajo o a ser discriminado en el acceso a un puesto de trabajo.

Hoy en día es más que frecuente que un postulante a un puesto de trabajo sea investigado a través de mecanismos como Google, Facebook, Hi5 o similares. La intención de los “investigadores” puede tener diversas intenciones (desde saber si lo que se ha presentado en su CV es cierto o no, si ha omitido información, hasta aspectos que podrían resultar cuestionables y propios de la vida privada de toda persona como quiénes son sus amigos, qué lugares frecuenta el postulante y hasta cuáles son sus costumbres).

(25) VIDAL SORIA, José; MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; citados por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Poder de dirección y derecho a la intimidad y privacidad del trabajador*. Ponencia oficial presentada en el Primer Encuentro Peruano Chileno (23 y 24 de julio de 2009), p. 69 de los materiales utilizados en el evento.

(26) GOÑI SEIN, José Luis. *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*. Thomson Civitas, Madrid, 2007, p. 17.

En estos casos hay diversos aspectos que presentar.

En primer lugar, este tipo de prácticas puede afectar el legítimo derecho que tiene toda persona de no ser discriminado en el acceso o postulación a un puesto de trabajo. Aspectos propios de la vida privada (que son a los que se busca acceder a través de las búsquedas en las redes sociales, por ejemplo) podrían ser determinantes para no ser seleccionado.

En segundo lugar, debemos de considerar que este tipo de prácticas, por ser previas a la celebración de un contrato de trabajo (o al inicio de la relación laboral) son las más desatendidas por parte del derecho del trabajo. Ya sea por quienes consideran que no debería de ser materia de regulación del derecho del trabajo (no hay relación laboral aún) como por la falta de regulación efectiva, la pregunta que surge es ¿es válido realizar este tipo de prácticas? Además, en caso efectivamente se esté generando una situación de discriminación en el acceso a un puesto de trabajo, ¿qué acciones (legales) puede realizar la persona que se sienta o haya sido discriminada?

Respecto de la primera interrogante no es infrecuente escuchar que lo que una persona publica en una red social dista mucho de ser información de carácter privado y, por lo tanto, es de dominio público (o de quienes tienen acceso a la red social). Lo que no podemos perder de vista para quienes sostiene esa posición es que justamente lo que cuestionamos (o proponemos cuestionar) es el hecho de utilizar o excusarse en aspectos que nada tienen que ver con la futura relación laboral (como la militancia en un partido político o la opción sexual) para no contratar a una persona.

En cuanto a la segunda (las acciones que puede realizar una persona que se sienta discriminada en la postulación a un puesto de trabajo), se podría recurrir a una acción inspectiva, o en todo caso recurrir al derecho civil para buscar una reparación por el daño que eventualmente se pueda haber causado al postulante.

III. LÍMITES A LOS PODERES DE DIRECCIÓN Y CONTROL DEL EMPLEADOR

Habiendo visto ya la gran importancia de las TIC en los diversos aspectos y momentos de la relación laboral. Lo que nos preguntamos ahora es ¿existe un límite?, ¿el empleador puede de manera irrestricta acceder a

todos los aspectos (inclusive los privados, los que nada tienen que hacer con la relación laboral misma) de la vida del trabajador?

Nos atrevemos a adelantar una respuesta: no.

Sin embargo, y reconociendo que se trata de una facultad de todo empleador, ¿cómo establecer los límites?, ¿cuándo se justifica su uso? Si partimos por reconocer que los derechos de una persona terminan cuando comienzan los derechos de otro, el derecho de ese otro (el trabajador), que se debe de respetar y nos debe marcar los límites a las facultades empresariales, es el derecho fundamental a la intimidad.

Recordemos que los derechos fundamentales son, como lo señala Landa⁽²⁷⁾ una garantía de protección y desarrollo de los derechos de toda persona humana y que finalmente le permiten a una persona realizarse como tal. Es reconocido por todos el rol especial y la importancia que tienen los derechos fundamentales, y la especial protección que tienen a fin de asegurar su vigencia y ejercicio efectivo.

De esa manera, existen muchos derechos fundamentales plenamente vigentes al interior de una relación laboral; de hecho, hoy en día nadie discute la plena vigencia de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral. De un amplio listado brindado por Rubio Correa⁽²⁸⁾, podemos mencionar libre desarrollo, igualdad ante la ley, libertad de conciencia, intimidad, honor, creación intelectual, disfrute del tiempo libre; descanso, opinión, expresión, reunión, asociación, contratación, trabajo, reserva de convicciones, secreto de comunicaciones y documentos privados, entre las que entendemos se presentan o pueden presentarse al interior de una relación laboral. En nuestra opinión el derecho fundamental a la intimidad es el que nos marca los límites más adecuados a la facultad de dirección y control del empleador.

Afirmaremos (sin ser nada creativos) que el trabajador, por el hecho de serlo, no deja de ser persona. En ese mismo sentido, los derechos fundamentales aplicables a toda persona, resultan igualmente aplicables a los trabajadores, debido a que la afectación de los derechos fundamentales se da tanto respecto del ciudadano como del trabajador. Reconociendo la plena

(27) LANDA ARROYO, César. "Teorías de los derechos fundamentales". Texto que puede ser encontrado en: <<http://www.cajpe.org.pe/guia/teo.html>>.

(28) RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. 1ª ed., tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 107 y 108.

vigencia de los derechos fundamentales al interior de una relación laboral, teniendo como titular de los mismos al trabajador, tendremos como consecuencia que el poder del empleador resultará “(...) limitado por el conjunto de derechos fundamentales del trabajador, y no solo por los específicamente laborales (...)”⁽²⁹⁾. Además, como lo señala Canessa, la finalidad de los derechos laborales “(...) es compartida con los derechos civiles, cuando estos últimos protegen la libertad de las personas ante el peligro del Estado. Con la equiparación entre el poder privado de la empresa con el poder público del Estado no se pretende sobredimensionar el poder del empleador, sino simplemente subrayar su imperio dentro de las relaciones laborales. El poder del empresario que se sostiene en la subordinación del trabajador puede ser un elemento que haga peligrar la libertad de los trabajadores”⁽³⁰⁾.

Intimidad, concepto que surge hacia finales del siglo XIX alrededor de la noción norteamericana del *right of privacy* o derecho a la privacidad, propone el derecho de todo individuo de guardar para sí aquellos aspectos de la vida íntima o familiar que así lo considere.

Y si bien es complicado encontrar una definición del derecho a la intimidad, podemos contar con algunas aproximaciones. Una primera es la que realizan Ojeda Avilés y Gorelli Hernández, que señalan que el derecho a la intimidad se refiere al “(...) reducto individual dotado de pleno contenido jurídico que ha de quedar preservado de todo tipo de intromisión extraña (...)”, señalando a continuación que el derecho a la intimidad “(...) tiene como objetivo básico, la protección de la esfera espiritual, afectiva o íntima de la persona y su círculo familiar (...)”⁽³¹⁾; Eguiguren Praeli señala que el derecho a la intimidad es el “(...) territorio reservado a la curiosidad pública (...)”⁽³²⁾; Bernales Ballesteros, citado por Blancas Bustamante, señala que la esfera íntima de la persona “(...) está conformada por el conjunto de hechos o situaciones de la vida propia que pertenecen al ser humano como una reserva no divulgables (...)”⁽³³⁾.

(29) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, p. 90.

(30) CANESSA MONTEJO, Miguel. *Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo - OIT*. Pontificia Universidad Católica del Perú y PLADES, Lima, p. 104.

(31) GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y OJEDA AVILÉS, Antonio. *Diccionario jurídico laboral*. Editorial Comares, Granada, 1999, p. 211.

(32) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “Libertad de Información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor: el caso peruano”. En: *Ius et Praxis*. Derecho en la Región, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 6, N° 1, Chile, ISSN 0717-2877, p. 6 (el texto completo se puede encontrar en <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19760112.pdf>>).

(33) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Ob. cit., p. 192.

A decir de García Toma⁽³⁴⁾ el ejercicio del derecho a la intimidad conlleva (i) la preservación de no conocimiento ajeno, de ciertos aspectos o manifestaciones de la vida privada (personal y familiar) y (ii) el establecimiento jurídico de una suerte de distancia o discreción por parte de terceros, a efectos de no atentar contra los sentimientos o costumbres personales o familiares.

Queda claro, entonces, que hay un aspecto en toda persona (en todo trabajador, para efectos del presente trabajo) que no puede ser tocado, investigado, observado, revelado por el empleador. Aspectos como la revelación de ideas o convicciones personales, la vida afectiva y sexual, la revelación de afecciones físicas o psíquicas, la revelación de hechos o sucesos generados en el pasado y vinculados con el ámbito personal o familiar, la revelación de comportamientos personales, la revelación (surgida por situaciones fortuitas) de partes del cuerpo habitualmente cubiertas, las opciones religiosas, opciones políticas, la conducta privada, las comunicaciones escritas u orales de tipo personal, orígenes familiares o sociales, y otros vinculados son propios de la persona y no debieran de ser considerados al interior de la relación laboral.

El derecho fundamental a la intimidad, entonces, puede verse afectado por la captación o difusión no autorizadas de fotografías, videos, grabaciones o filmaciones, pero en particular por la información que pueda producir la intromisión, intrusión y divulgación de hechos que puedan perturbar la reserva y privacidad, y que se produzcan sin el consentimiento del titular⁽³⁵⁾. Mi pasado, mi familia, mis amigos, los lugares a los que asisto, las creencias políticas y/o religiosas, etc., no solamente no deben ser objeto de conocimiento de parte del empleador, sino además no deberían de tener influencia alguna al interior de la relación laboral.

Si bien el derecho a la intimidad no resulta ser absoluto (lo señala Hernán Torres Álvarez⁽³⁶⁾ –refiriéndose a la posibilidad que tiene el empleador de fiscalizar el uso del correo electrónico de sus trabajadores– cuando dice que podría existir un conflicto entre el derecho a la intimidad del trabajador y el derecho de fiscalización del empleador, concluyendo que el derecho a la inti-

(34) GARCÍA TOMA, Víctor. *Los derechos humanos y la Constitución*. Gráfica Horizonte, Lima, 2001, p. 103.

(35) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Ob. cit., pp. 117 y 122.

(36) TORRES ÁLVAREZ, Hernán. “Derecho a la Intimidad del Trabajador y la Facultad de Fiscalización del Empleador en el Uso del Correo Electrónico”. En: *Actualidad Laboral*, febrero de 2003, p. 48 (el texto puede ser encontrado en <http://www.estudio-eliasmantero.com/biblioteca/pdf/revistas/2003/al_02_03.pdf>).

midad no es absoluto, sino que tiene límites, determinados en función de su contenido esencial; o Castillo Córdova cuando apunta que “(...) el derecho podrá ser limitado, restringido, sacrificado en su contenido –no esencial–, siempre y cuando exista una justificación para el sacrificio (...)”⁽³⁷⁾; entre otros), resulta ser un claro límite a los poderes y facultades empresariales.

Es por ello que resulta necesario establecer ciertas características del derecho a la intimidad: forma parte de la esfera individual o de la vida privada de toda persona; no puede ser invadido o inmiscuido por terceros, salvo que la persona lo autorice o permita, o si en aras del interés público, es necesario invadirlo; no está referido únicamente a lo que tradicionalmente pudiera ser considerado como íntimo (aspectos sexuales básicamente), sino también a situaciones aparentemente menos “protegibles”, tales como el aspecto físico, costumbres, etc., llegando a incluir el ámbito familiar de la persona; alcanza aspectos como la imagen (figura corporal y fisonomía) o voz, cuando la vulneración se da a través de la captación o difusión no autorizadas de fotografías, videos, grabaciones o filmaciones, o inclusive a través de la divulgación que pueda producir la intromisión, intrusión y divulgación de hechos que puedan perturbar la reserva y privacidad; pese a la calidad de derecho fundamental que le corresponde, no es un derecho absoluto, sus límites están determinados por el contenido esencial.

Las restricciones, deben ser absolutamente excepcionales y plenamente justificadas, y de ninguna manera deberán afectar su contenido esencial (entendido este como esa esfera irreductible que el derecho a la intimidad tiene, aquellos aspectos del derecho que siempre deberán ser respetados).

Es frecuente que el derecho a la intimidad vaya de la mano o se presente con otros derechos fundamentales. Esta afirmación resulta evidente. Pensemos, por ejemplo, en un empleador que por practicar una búsqueda de uno de sus trabajadores en una red social logra saber su opción sexual, y ese termina siendo el elemento que desincentiva la contratación. No solamente se estaría afectando el derecho a la intimidad. De manera conjunta, se estarían afectando, además, el derecho a la dignidad, a la no discriminación, al honor, a la reserva en sus convicciones, al trabajo, etc. El hecho de utilizar inconsultamente la imagen de un trabajador para un comercial de televisión o para un calendario podría estar afectando, además del derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen. El que un empleador brinde a

(37) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Palestra Editores, Lima, 2005, p. 243.

entidades del sistema financiero el detalle de las retenciones efectuadas con motivo del pago a cuenta del impuesto a la renta (información que les sirve a estas entidades para incluir a los trabajadores en programas de otorgamiento de créditos) terminaría afectando, además del derecho a la intimidad, la reserva tributaria.

Si atendemos por un momento a las características que tiene el derecho a la intimidad (que forma parte de la esfera individual o de la vida privada de toda persona; que no puede ser invadido o inmiscuido por terceros, salvo que la persona lo autorice o permita, o si en aras del interés público es necesario invadirlo; que protege a la persona intromisiones como aspectos sexuales, el aspecto físico, costumbres, imagen, voz; etc.), concluiremos fácilmente que existen otros derechos fundamentales que pueden ir de la mano con el derecho a la intimidad. Pacheco Zerga lo advierte, cuando nos señala que “(...) el derecho a la intimidad se encuentra inseparablemente unido a la dignidad y, por lo tanto, a los derechos de la personalidad (...)”⁽³⁸⁾.

La jurisprudencia nos confirma esta misma situación. Tenemos como ejemplo la Sentencia 186/2000 de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Español (recurso de amparo), que refiere los derechos a la intimidad personal, a la imagen, a la tutela jurisdiccional y a la prueba; la Sentencia 37/1998 de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional Español (recurso de amparo), que toca aspectos directamente relacionados con el derecho a la intimidad con el derecho a la huelga y la libertad sindical; la Sentencia 98/2000 de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Español (recurso de amparo), que vincula el derecho a la intimidad con el derecho a la propia imagen; la Sentencia 142/1993 del Pleno del Tribunal Constitucional Español (recurso de inconstitucionalidad) en el que el derecho a la intimidad va de la mano con el derecho a la dignidad; la Sentencia 99/1994 de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Español (recurso de amparo) en el que se trata de manera simultánea el derecho a la imagen, a la dignidad y a la intimidad; la Sentencia 170/1987 de la segunda Sala del Tribunal Constitucional Español (recurso de amparo) que trata sobre el derecho a la intimidad y a la propia imagen; la Sentencia N° T-414/92 de la Primera Sala de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia que trata sobre el derecho a la intimidad personal y familiar, y el derecho a la información.

(38) PACHECO ZERGA, Luz. Ob. cit., p. 23.

En el Perú las cosas no son muy distintas. Pese a la escasez de material jurisprudencial contamos con ejemplos bastante gráficos como el conocido caso del trabajador de Serpost (Exp. N° 1058-2004-AA/TC). Este caso trató de un trabajador que fue despedido por el indebido uso del correo electrónico de la empresa (a través del mismo se remitió material pornográfico), en el que la afectación al derecho al secreto a las telecomunicaciones, el derecho de defensa y el derecho a la intimidad se tienen muy presentes (diría, inclusive, que intimidad es el derecho menos desarrollado en el pronunciamiento).

Ahora bien, así como hemos explicado cómo opera en derecho fundamental a la intimidad, y cómo sirve de límite a los poderes de fiscalización y control del empleador, también debemos reconocer que este derecho tampoco es ilimitado.

Diversidad de autores han coincidido que los límites normalmente “(...) están en el ejercicio de otro derecho o también en otros bienes constitucionales”⁽³⁹⁾. Esta posición probablemente sea la más frecuente y es fácilmente recordable, ya que desde siempre se nos ha enseñado que los derechos de uno terminan en donde comienzan los derechos de otro. Martínez de Pisón Cavero nos lo recuerda cuando, refiriéndose a los derechos y libertades fundamentales, hace referencia al criterio de ponderación, señalando que los derechos fundamentales no son absolutos⁽⁴⁰⁾. Blancas Bustamante va más allá, al señalarnos, citando a Hesse, que “(...) la existencia de límites a los derechos fundamentales es una verdadera necesidad del principio hermenéutico de ‘unidad de Constitución’, conforme al cual ‘la relación e interdependencia existentes entre los distintos elementos de la Constitución (...) obligan a no contemplar en ningún caso solo la norma aislada, sino siempre además en el conjunto de el que debe ser situada; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales’”⁽⁴¹⁾.

Debemos advertir, citando a Blancas Bustamante, que el hecho de que un derecho fundamental tenga límites, no significa en modo alguno que estos puedan ser establecidos por el empleador al interior de la relación laboral⁽⁴²⁾.

(39) DE ASÍS ROIG, Rafael. *Escritos sobre derechos humanos*. ARA Editores, Lima, 2005, p. 80.

(40) Cfr. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. 1ª ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 158.

(41) HESSE, citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007 p. 124.

(42) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Ob. cit., pp. 135 y 136.

Eguiguren Praeli⁽⁴³⁾ nos menciona el trabajo de Samuel Warren y Louis Brandeis *The right of privacy*, que fuera publicado en Harvard Law Review el 15 de diciembre de 1890, en el que se propusieron límites jurídicos a la intromisión de la prensa en la vida privada. Estos, más allá de estar referidos a la intromisión de la prensa, resultan plenamente aplicables al empleador al interior de la relación laboral y son: aquellos aspectos públicos o de interés general; los aspectos tratados ante un tribunal y cuando el afectado prestó su consentimiento.

Debemos recordar (y por eso la dificultad de establecer, al menos de manera exacta, el establecimiento de criterios generales) que siempre se deberá analizar el caso concreto, cuál es el derecho protegido que podemos tener frente al derecho a la intimidad, etc., entre otros aspectos. Pero el punto es que los límites al derecho fundamental a la intimidad existen.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Es claro que el mundo actual evidencia una revolución tecnológica encabezada por la informática que ha cambiado nuestra vida cotidiana; y esos cambios han transformado también la forma en que se desarrollan las relaciones laborales.

El uso de Internet, teléfonos celulares, correo electrónico, tabletas, GPS han variado radicalmente todos los aspectos de la relación laboral: lugar de la prestación, forma en que se presta la relación, procesos de desconcentración, teletrabajo, comunicación en tiempo real, fiscalización efectiva a un menor costo son tal vez las principales muestras.

Asimismo, inclusive las formas de evaluación han variado. Google, Facebook, Hi5 o similares permiten saber si lo que un postulante ha presentado en su CV es cierto o no, si ha omitido información, hasta aspectos que podrían resultar cuestionables y propios de la vida privada de toda persona como quiénes son sus amigos, qué lugares frecuenta el postulante y hasta cuáles son sus costumbres.

La vida privada de todo trabajador es cada vez más reducida. Esto puede llegar a afectar el derecho fundamental a la intimidad, además de otros

(43) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Ob. cit., p. 94.

derechos fundamentales de los que normalmente la intimidad va acompañada: imagen, libre desarrollo, honor, creación intelectual, disfrute del tiempo libre, expresión, reunión, asociación, contratación, trabajo, reserva de convicciones, secreto de comunicaciones y documentos privados secreto en las comunicaciones y hasta acceso al puesto de trabajo son las muestras más claras.

De allí la importancia de establecer límites a la forma en que se llevan adelante los poderes de dirección y control del empleador.

Consideramos que el límite central a estas facultades es el derecho fundamental a la intimidad, por el que todo individuo tiene el derecho de guardar para sí aquellos aspectos de la vida íntima o familiar que así lo considere, aspectos respecto de los cuales nadie puede ser tocado, investigado u observado. El respeto a la vida personal del trabajador debe de prevalecer, y su afectación o restricción debe de ser absolutamente excepcional.

En este breve trabajo hemos querido presentar las principales formas de fiscalización y control laboral. Formas que se originan como consecuencia de la sociedad de la información y que pueden terminar afectando los derechos fundamentales de los trabajadores.

De allí la importancia de establecer límites, de allí la importancia del derecho fundamental a la intimidad.

BIBLIOGRAFÍA

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Poder de dirección y derecho a la intimidad y privacidad del trabajador*. Ponencia oficial presentada en el Primer Encuentro Peruano Chileno (23 y 24 de julio de 2009).

CANESSA MONTEJO, Miguel. *Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo - OIT*. Pontificia Universidad Católica del Perú y PLADES, Lima.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Palestra Editores, Lima, 2005.

DE LAS CASAS, Orlando. "La aplicación de las nuevas tecnologías como forma de control empresarial". En: *Soluciones Laborales*. N° 11, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2008.

DE VICENTE PACHÉS, Fernando. *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. CES, Madrid, 1998.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “Libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor: el caso peruano”. En: *Ius et Praxis*. Derecho en la región, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 6, N° 1, Chile.

FALGUERA BARÓ, Miguel Ángel. “Trabajadores, empresas y nuevas tecnologías”. En: AA.VV. *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “El derecho del trabajo y las nuevas tecnologías en Chile”. En: *Revista de Derecho Social Latinoamericana*. N° 1, Editorial Bomarzo, 2006.

GARCÍA TOMA, Víctor. *Los Derechos Humanos y la Constitución*. Gráfica Horizonte, Lima, 2001.

GONZÁLES DE PATTO, Rosa María. “Nuevas tecnologías y relaciones laborales en el derecho español”. En: N° 5, *Derecho*. Revista de la Facultad de Derecho de la UNSA, 2003 (el texto puede también ser encontrado en <http://www.unsa.edu.pe/escuelas/de/rev_derecho/REVISTA05/art12.pdf>).

GONZALES MONROY, Jesús. En: <<http://slideshare.net/monroy/la-sociedad-de-la-informacion-presentacion-650951>> consulta: 8 de febrero de 2014.

GOÑI SEIN, José Luis. *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*. Thomson Civitas, Madrid, 2007.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y OJEDA AVILÉS, Antonio. *Diccionario Jurídico Laboral*. Editorial Comares, Granada, 1999.

LANDA ARROYO, César. *Teorías de los derechos fundamentales*. Texto que puede ser encontrado en <<http://www.cajpe.org.pe/guia/teo.html>>.

LOFFREDO, Antonio. “El impacto de las tecnologías de la información en el derecho del trabajo italiano”. En: *Revista de Derecho Social Latinoamericana*. N° 1, 2006.

MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. 1ª ed., Madrid, Civitas, 1993.

MERCADER UGUINA, Jesús R. *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*. Editorial Lex Nova, 2002.

MOGUEL FERNÁNDEZ, Jordi. “El poder de control y vigilancia del empresario sobre las actividades de los trabajadores, y sus implicancias penales”. Noticias Jurídicas, febrero de 2006. El texto puede ser encontrado en <<http://noticias.juridicas.com/articulos/40-Derecho%20Laboral/200602-5158142111062510.html>>. (Consultado: 22 de febrero de 2014).

MONTUSCHI, Luisa. “Los sindicatos en la sociedad de la información. Desafíos y respuestas”. En: <www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/165.pdf>, consulta: 8 de febrero de 2014.

NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ª ed., Lima, marzo de 2009.

OJEDA AVILÉS, Antonio. “Las relaciones laborales especiales”. En: *Laborem*. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social N° 8, octubre de 2008.

PACHECO SERGA, Luz. “El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos: un estudio de Derecho comparado”. En: *Laborem*. N° 6, 2006.

RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. 1ª ed., Tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ª ed., tomo 1, Lima, 1999.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. 1ª ed., Ara Editores, Lima, 1997.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *El contrato de locación de servicios frente al derecho civil y al derecho del trabajo*. Cultural Cuzco editores, Lima, 1988.

TORRES ÁLVAREZ, Hernán. “Derecho a la intimidad del trabajador y la facultad de fiscalización del empleador en el uso del correo electrónico”. En: *Actualidad Laboral*, febrero de 2003.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral*. 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2004.