

El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos: un estudio de derecho comparado

Luz Pacheco Zerga

Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra.
Profesora Ordinaria de Derecho del Trabajo de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
Profesora Visitante de la Universidad de Piura.
Asociada de la SPDTSS.

Sumario

1. La dignidad humana: principio fundamental del orden jurídico. 2. Derecho a la intimidad y a la vida privada: una distinción necesaria. 3. El derecho a la intimidad en la relación laboral. 4. El secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral. 5. El consentimiento del trabajador. 6. El uso indebido de la computadora. 7. El uso indebido del correo electrónico. 8. El uso indebido de Internet. 9. El contenido "ofensivo" del correo electrónico y de Internet. 10. El uso indebido del teléfono. 11. El derecho al secreto en las comunicaciones y el deber de buena fe. Bibliografía.

1. LA DIGNIDAD HUMANA: PRINCIPIO FUNDAMENTAL DEL ORDEN JURÍDICO

El respeto a la dignidad humana se erige, en la cultura occidental, como uno de los principios fundamentales de las sociedades democráticas. La Carta de las Naciones Unidas del 25 de junio de 1945¹ es el primer instrumento jurídico internacional que se refiere a la dignidad humana. Tres años más tarde, el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, proclamó que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reco-

¹ En el Preámbulo se afirma "la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas".

nocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". El primer artículo de esta Declaración reconoce que "todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos". A partir de este documento se produce un fenómeno en cascada, tanto en el ámbito internacional como en el de los Derechos internos de los países occidentales, por el que se incorporó la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos y/o como parámetro de referencia para determinar los límites de actuación en la vida social. Puede afirmarse, sin exageración, que la dignidad humana es hoy en día un verdadero principio universal de Derecho contemporáneo².

La Constitución del Perú (CP) actualmente vigente, en su primer artículo, declara que *la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*. Son deberes de carácter absoluto, que obligan tanto al Estado como a los particulares. La proyección de esta obligación de respeto en el ámbito laboral está recogida en el art. 23 CP, que señala expresamente que *ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador*³. Analizaremos a continuación el derecho a la intimidad y a la vida privada por ser uno de los ejes en los que descansa el efectivo respeto a la dignidad humana.

² Cfr. SERNA BERMÚDEZ, Pedro, "La dignidad humana en la Constitución Europea" en *Comentarios a la Constitución Europea, Tratados* (Valencia: Tirant lo blanch, 2004), 199. Este autor ofrece una visión panorámica de la incorporación de la dignidad humana en el Derecho internacional y constitucional de los países europeos, con especial referencia a los de la UE en *Ibidem.*, 194-205. Para un estudio detallado de este proceso en las Constituciones iberoamericanas, ver ROLLA, Giancarlo, "El principio de la dignidad humana," *Persona y Derecho*, no. 49 (2003): 227-262. Para comprender el influjo que la Ley Fundamental de Bonn de 1949 ha tenido en este proceso, es útil el estudio realizado por SERNA BERMÚDEZ, Pedro, "La dignidad de la persona como principio del Derecho Público," *Derechos y Libertades*, no. 4 (1995): 287-306.

³ La relación de derechos fundamentales contenida en Título I del Capítulo primero de la Constitución, no es cerrada sino abierta, a tenor de su propia declaración (art. 3 CP). Por tanto, si bien la Carta Magna es un referente obligado para establecer la juridicidad de una conducta o de una norma, no agota el contenido del Derecho, ya que podrían existir otros derechos esenciales para la vida humana, fundamentados en la dignidad humana, que podrían no estar contemplados en ese documento. Con ese precepto, el Constituyente de 1993 ha puesto un obstáculo importante para los regímenes totalitarios que pretenden reducir el Derecho a la norma legal o constitucional, sin reconocer que el fundamento último del orden jurídico descansa en la dignidad humana, que puede exigir la modificación del orden jurídico cuando éste no respeta los derechos que le son inherentes.

2. DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA VIDA PRIVADA: UNA DISTINCIÓN NECESARIA

Entre los derechos fundamentales expresamente reconocidos en la Constitución, se encuentran los que afectan la intimidad personal y familiar, sea por medios informáticos (art. 2.6) o por cualquier otro (art. 2.7). El derecho a la intimidad se encuentra directamente relacionado con la dignidad de la persona, tanto a nivel constitucional, como legislativo y jurisprudencial⁴. Su ámbito propio es el de la Ética aunque también se encuentre regulado por el Derecho⁵. Por eso, el concepto de intimidad es fundamentalmente metajurídico y es desde la Filosofía, como la Ética y el Derecho reconocen lo que es íntimo y lo que no lo es, teniendo en cuenta los factores sociales e históricos que intervienen en su delimitación⁶. Resulta, por tanto, necesario identificar este concepto para poder luego debatir sobre el concomitante deber de respeto que suscita en la relación laboral.

La intimidad es una de las notas que caracteriza a la persona⁷ y la constituye en un *quién*. Es el factor de diferenciación con los demás seres vivos y con otros individuos de la misma especie⁸. También se define como “la zona espiritual reservada

⁴ “El reconocimiento de unos derechos fundamentales no es sino la manifestación obligada de la primacía del valor constitucional último, la dignidad de la persona. Todos los derechos que la Constitución proclama, de una u otra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral de la persona por la propia dignidad de la misma”. (“Filosofía política de la Constitución española, *Debate Abierto, Revista de Ciencias Sociales*, n. 4, primavera de 1991, p. 50) citado por LUCAS VERDÚ, Pablo, “Prólogo” en *La configuración constitucional del derecho a la intimidad* (Madrid: 1995), 22.

⁵ Cfr. GONZÁLEZ GAITANO, Roberto, *El deber de respeto a la intimidad*, Pamplona, EUNSA, 1990, 185.

⁶ *Ibidem.*, 15-45. Una síntesis de la noción de este concepto, pero sin distinguir entre derecho a la intimidad y derecho a la vida privada, se encuentra en DE VICENTE PACHÉS, Fernando, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1998, 52-59. Un estudio que sí distingue entre ambos derechos se encuentra en RUIZ MIGUEL, Carlos, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995, 25-59.

⁷ Las otras son: el dominio de sí, la libertad (manifestada en la comunicación de la intimidad a través del cuerpo, del lenguaje y la acción), la capacidad de amar (el ser humano es efusivo: tiende a compartir lo que es y tiene) y la naturaleza dialógica (la persona no se cumple en solitario: alcanza su plenitud dándose a otro: Si no hay un otro, la persona quedaría frustrada). Cfr. YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier, *Fundamentos de antropología. Un ideal de la excelencia humana*, 6a ed., Pamplona, EUNSA, 2003, 60 y ss.

⁸ El ser humano tiene intimidad porque realiza acciones inmanentes. Inmanente es lo que se guarda y queda en el interior. Los seres inanimados no tienen “un dentro”, los vivientes, sí. La jerarquía en los diversos grados de vida se establece por el distinto grado de inmanencia de las acciones. Los animales

de una persona”⁹. La intimidad, por su carácter personalísimo, sólo debería predicarse de las personas físicas. Sin embargo, la jurisprudencia nacional y la del Derecho comparado han reconocido en algunos casos el derecho a la intimidad de las personas jurídicas¹⁰. No obstante, su carácter metafórico es criticable¹¹, ya que no se trata propiamente de atentados a la intimidad, sino de divulgar información de carácter reservado¹² o de atentados a la honorabilidad de la institución.

realizan operaciones más inmanentes que las plantas, y el hombre realiza operaciones más inmanentes que los animales. Pero sólo el hombre es titular de una intimidad, porque sólo él es capaz de un conocimiento y querer intelectuales, que “por ser inmateriales, no son medibles orgánicamente: son «interiores». Sólo los conoce quien los posee, y sólo se comunican mediante el lenguaje, o a través de la conducta, pues nadie puede leer los pensamientos de otro”. Ibidem., 62. Por estas razones se ha podido afirmar que “la peculiar inmanencia humana es la intimidad de un ser que tiene conciencia de su intimidad”. GONZÁLEZ GAITANO, *El deber de respeto a la intimidad*, 29.

⁹ “La intimidad se sitúa, pues, en el núcleo oculto de cada persona, donde se fraguan las decisiones más propias e intransferibles”. MARTÍ GARCÍA, Miguel-Ángel, *La intimidad*, 5a ed., Madrid, EIUNSA, 2001, 20.

¹⁰ El Tribunal Constitucional del Perú (TCP) en la sentencia que recayó sobre el Expediente N.º 0004-2004-AI/TC (f.j. 34 y ss.) ha confirmado la doctrina propuesta en la sentencia del Expediente N.º 1219-2003-HD/TC (f.j. 9) según la cual, “el secreto bancario forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, y su titular es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras”. El Tribunal Constitucional Español (TCE) mantiene una postura similar, ver GARCÍA GARCÍA, Clemente, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Murcia, Universidad de Murcia, 2003, 118-121. También existen precedentes en la jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo Español, así la STS de 3 diciembre 1983 (RJ 1983\6166), consideró procedente el despido de un miembro del Comité de Empresa porque, según se pudo probar, “las manifestaciones del demandante en el programa radiofónico atentaron a la intimidad personal de la empresa poniendo en entredicho su fama y honorabilidad”. Sin embargo, en puridad no fue un atentado a la intimidad “personal” de la institución, sino, como bien señala la sentencia, un acto lesivo a su buena fama u honorabilidad.

¹¹ Cfr. DESANTES GUANTER, José María / SORIA, Carlos, *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, Madrid, Asociación de la Prensa de Madrid, 1991, 113.

¹² Sobre este deber específico en la relación laboral, ver MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; ÁLVAREZ MONTERO, Antonio; GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel; MOLINA HERMOSILLA, Olimpia; DE LA CASA QUESADA, Susana; VILLAR CAÑADA, Isabel, “La vigencia de los derechos fundamentales “inespecíficos” en la vida laboral: problemas actuales y vías de respuesta” en *XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, ed. Jesús Cruz Villalón (Coordinador) (Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2002), 164.

La mayor parte de la literatura jurídica, con contadas excepciones¹³, emplea como sinónimos los términos de intimidad y vida privada, en gran medida por la influencia anglosajona del origen del término *right to privacy*¹⁴. La doctrina y la jurisprudencia norteamericana emplean el mismo término— *privacy*— para referirse a la vida o esfera privada y a la intimidad, pero distinguen grados en ella. Práctica similar se encuentran en la doctrina francesa, alemana, anglosajona y española, que distinguen grados de intimidad, mediante los cuales se incluye tanto la vida privada como la vida íntima¹⁵. Así se aprecia también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de conformidad con el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁶.

El derecho a la intimidad se encuentra inseparablemente unido a la dignidad y, por tanto, a los derechos de la personalidad¹⁷. También se encuentra directamente relacionado con el secreto de las comunicaciones. En el Derecho peruano se deduce esta relación de la lectura concordada de los arts. 2.6¹⁸ y 2.7¹⁹ de la Constitución, así como de los arts. 5²⁰, 14²¹, 15²² y 16²³ del Código Civil, que tienen su

¹³ Cfr., entre otros, DESANTES GUANTER, *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, 107-108, GONZÁLEZ GAITANO, *El deber de respeto a la intimidad*, 15 y ss, SERNA BERMÚDEZ, Pedro, "Derechos fundamentales: el mito de los conflictos," *Humana iura*, no. 4 (1995): 214-217.

¹⁴ El término *right to privacy* fue formulado en 1890 por Warren, D. y Brandeis, L.D. en su célebre artículo *The right to privacy*, publicado en "Harvard Law Review". Un resumen de este artículo se encuentra en la obra ya citada de DE VICENTE PACHÉS, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, 56-58.

¹⁵ Cfr. SERNA BERMÚDEZ, "Derechos fundamentales: el mito de los conflictos," 214-215 y la bibliografía allí citada.

¹⁶ Cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 11 enero 2005 (TEDH 50774/99) y STEDH de 16 noviembre 2004 (TEDH 53678/00).

¹⁷ DESANTES GUANTER, *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, 107.

¹⁸ "Toda persona tiene derecho a: (...) 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar".

¹⁹ "Toda persona tiene derecho a: (...) 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que este se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley".

²⁰ "El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión".

correspondencia en los arts. 161 a 164 del Código Penal. Puede afirmarse que dignidad, intimidad y personalidad son realidades mutuamente interdependientes. A su vez, que en el núcleo de la personalidad se distinguen tres esferas: la intimidad, la vida privada y la vida pública²⁴. La intimidad no se opone a lo privado ni a lo público, pero se distingue de ambos. La vida privada y la pública son términos relativos el uno al otro: cada uno es definido en base al otro. En cambio, la intimidad es un término absoluto, que está al margen de la dialéctica público-privado. Más aún, ella es “la raíz de la posibilidad de las dos esferas y de su mutua dependencia”²⁵.

Por eso, sólo desde la intimidad puede haber vida privada y pública, y sólo desde el reconocimiento y protección de su valor absoluto pueden definirse los ámbitos de las otras dos esferas²⁶. La distinción entre ellas no es un problema de *cantidad* sino de *calidad*, definido en función de lo que se considere íntimo. Existe un hecho de experiencia que confirma esta distinción: se puede recortar el espacio de

²¹ “La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si esta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden”.

²² “La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público.

No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden”.

²³ “La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares, en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor.

Muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento. Si no hubiese acuerdo entre los herederos, decidirá el juez.

La prohibición de la publicación póstuma hecha por el autor o el destinatario no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte”.

²⁴ DESANTES GUANTER, *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, 108.

²⁵ GONZÁLEZ GAITANO, *El deber de respeto a la intimidad*, 44.

²⁶ *Ibidem*.

la vida privada de una persona hasta el límite, hasta suprimirlo sin que se destruya la persona, a la que le queda el refugio de su intimidad. En cambio, cuando se destruye la intimidad, “la persona se volatiliza”²⁷.

Tenemos entonces que la intimidad es el ámbito de la vida de la persona que se sitúa por completo en la interioridad, fuera del alcance de los demás y, en consecuencia, es ajena a toda exteriorización y relación²⁸. No obstante, la intimidad es comunicable, por eso, se puede hablar de *compartir la intimidad*. Se trata de una comunicabilidad libre, de allí que ninguna intromisión pueda ser justificada. La libertad en la comunicabilidad de la intimidad se mantiene inclusive en el matrimonio, que es la institución jurídica que reconoce la mayor unidad psico-física a la que pueden llegar dos seres humanos²⁹. Se puede hablar de una dimensión familiar de la intimidad, pero siempre será distinta de la intimidad *personal*: no son equivalentes. La intimidad familiar corresponde a la vida privada, que es la que se desenvuelve a la vista de una o más personas –siempre en un círculo pequeño y cerrado– y en la que se manifiesta la intimidad del individuo.

Esta distinción es especialmente importante frente al derecho de información y al de control externo, porque mientras que la vida pública es siempre objeto de información y de control social; la vida privada sólo lo será en la medida en que trasciende a la vida pública y tenga, por tanto, importancia para el desenvolvimiento de ésta. En cambio, “la vida íntima no sólo no es informable, sino que ni siquiera es investigable. No puede, ni debe ser objeto de la información. Es un núcleo totalmente reservado”³⁰. En consecuencia, la intimidad del trabajador, que es la parte del contrato sujeta a subordinación y dependencia, no puede quedar sometida al poder directivo ni de control del empresario. En cambio, algunos aspectos de la

²⁷ Ibidem., 45.

²⁸ Cfr. Ibidem., 38 y ss.

²⁹ “.. la invocada “intimidad familiar” de la intimidad no autoriza en modo alguno a uno de los cónyuges a violar el derecho fundamental a la intimidad que, como persona, tiene el otro cónyuge. (...) Se trata de derechos básicos del ser humano que proscriben la injerencia de quien su titular no desee en el ámbito de su personalísima privacidad, que no cabe entender renunciado por el hecho de contraer matrimonio”. Sentencia del Tribunal Supremo Español (STSE) 872/2001 (Sala Penal) de 14 de mayo.

³⁰ DESANTES GUANTER, *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, 108. Por esta razón se ha podido afirmar que lo íntimo, en cuanto es objeto de información, se destruye. Cfr. SERNA BERMÚDEZ, “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos,” 216.

vida privada del trabajador, en cuanto afectan a la relación jurídico-laboral, sí pueden ser materia de esa investigación y de control.

Ahora bien, cuando se habla del derecho a la intimidad se está haciendo referencia a la obligación general de respeto a los demás, exigida por la dignidad humana, pero desde la óptica del titular del derecho³¹. Esta obligación convierte al titular en acreedor de un deber universal de respeto pero que, en realidad, “se nutre solamente de facultades de exclusión”³². Por eso, su reconocimiento adopta, en concreto, la forma de preceptos negativos, como puede apreciarse en el segundo apartado del art. 7 de la Constitución³³ y en los artículos del CC antes citados. De allí que cuando se produce una lesión no procede la restitución de la intimidad, sino “el castigo del culpable”³⁴ y la reparación civil por el perjuicio causado³⁵. Sin embargo, la doctrina académica, siguiendo a la jurisprudencia, reconoce un derecho de signo positivo en este ámbito, que es el de controlar los datos personales que deban ser comunicados en la vida social, que se ha denominado el “derecho informático de la intimidad”³⁶.

En un sentido analógico se puede hablar de intimidad en el seno de una organización o grupo social, en la medida en que en ella se pueden compartir ideas y proyectos que no se desean sean conocidos por terceros. Se ha dicho que “allí donde el hombre es capaz de reafirmar su dignidad, personalidad, ideología y creencias en el seno de las relaciones con otros hombres, es posible encontrar un interés legítimo a la intimidad”³⁷. Y este derecho sería aplicable al ámbito de las activida-

³¹ Cfr. GONZÁLEZ GAITANO, *El deber de respeto a la intimidad*, 185.

³² *Ibidem.*, 186.

³³ “Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que este se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

³⁴ GONZÁLEZ GAITANO, *El deber de respeto a la intimidad*, 185.

³⁵ En similar sentido se decanta la legislación española, ver art. 2.3 la Ley Orgánica (LO) 1/1982, de 5 de mayo, que desarrolla el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen previsto en el art. 18 de la Constitución española”.

³⁶ Cfr. DE VICENTE PACHÉS, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, 135 y ss. El TC considera que el acceso a las bases de datos informáticos que contienen datos de salud constituye una excepción al derecho fundamental a la información, ver EXP. N.º 0004-2004-AI/TC, f.j. 36.

³⁷ GOÑI SEIN, José Luis, *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Madrid, Civitas, 1988, 24. El autor aplica las exclusiones del art. 7 de la

des sindicales de los trabajadores, que deben quedar resguardadas de las actividades intromisoras del empresario³⁸ y de cualquier tercero. Lo mismo podría predicarse de las actividades empresariales. Pero, en ambos casos, como hemos mencionado anteriormente, en puridad más que de derecho a la intimidad debería hablarse de derecho al secreto o de información de carácter reservado³⁹. Nadie puede legítimamente descubrir los secretos ajenos, tampoco cuando son conocidos por razón del oficio o de las relaciones laborales. Así lo reconoce el Código Penal al tipificar estas acciones como delitos⁴⁰.

No obstante existir esta distinción conceptual emplearemos, en los siguientes apartados, el concepto de derecho a la intimidad en su concepción más amplia, es decir, la que engloba el derecho a la vida privada, que es la que utilizan la jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina académica⁴¹.

3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL

Una de las carencias más importantes de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), su mismo nombre lo indica, es la poca consideración que tiene por los derechos del trabajador en la relación laboral, ya que no los menciona. Sin embargo, pueden deducirse *contrario sensu* de algunos de sus preceptos, pero es deseable que en el futuro se contemple este aspecto esencial de la relación jurídico-laboral, tal como lo hace art. 48 del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo. Asimismo, es necesario que se establezca, como un principio general, el deber del empresario de tratar al trabajador con la consideración que merecen su dignidad y su intimidad: el texto del art. 50 del mencionado Anteproyecto recoge

LO 1/1982 a la relación laboral. Cfr. GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, 22-23.

³⁸ El autor califica esas intromisiones como un "medio instrumentalizador del ser humano". GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, 24.

³⁹ Cfr. DESANTES GUANTER, *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, 113.

⁴⁰ Art. 165 CP.

⁴¹ Muestra de esta extensión del término en el Perú es la sentencia del TC recaída sobre el Expediente No 1058-2004-AA/TC; y en España, la STC 98/2000 (RTC 2000, 98), que ha declarado que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales.

adecuadamente esta obligación. No obstante estos importantes avances, debe advertirse que ese texto –y menos la LPCL– no hace referencia a uno de los principios medulares del orden jurídico: el deber que compete tanto al empresario como al trabajador de actuar de buena fe, precisamente por el respeto debido a la dignidad del otro contratante⁴².

En el Derecho laboral español el art. 4.2 e) del Estatuto de los Trabajadores consigna el derecho del trabajador a ser tratado conforme lo exigen su dignidad e intimidad, y su eficacia ha sido tal, que hoy en día se considera como la “portada general que impregna la ejecución toda del contrato de trabajo” y que se erige en “un principio general del Derecho del Trabajo”⁴³. Sin embargo, no puede silenciarse que para un sector de la doctrina académica de ese país, se trata de una formulación abstracta que no brinda una adecuada protección⁴⁴. No obstante, es precisamente la mejor tutela de la intimidad y privacidad del trabajador la que exige que no se concrete más este mandato general, porque de este modo puede actuar como un principio hermenéutico en cualquier situación que requiera delimitar el ejercicio regular del poder de dirección y control del empresario⁴⁵.

⁴² “El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo a lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”. (art. 168 CC). No es posible abordar en estas páginas, con detalle, la función de este principio en la relación laboral, por eso remito al realizado por MONTOYA MELGAR, Alfredo, *La buena fe en el Derecho del Trabajo: discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como Académico de Número*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001.

⁴³ ALONSO OLEA, Manuel/ BARREIRO GONZÁLEZ, Germán, *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia.*, Ed. Comentarios Breves, 4ª ed., Madrid, Civitas, S.A., 1995. Ese mismo texto legal, en el art. 20.2 *in fine*, establece que, en cualquier caso, “el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe”.

⁴⁴ “Partiendo del carácter de formulación abstracta del derecho a la intimidad en la relación de trabajo, en cuanto que el Estatuto de los Trabajadores (ET) no ha sabido (o querido) configurar una esfera privada de autodeterminación de la persona del trabajador en el lugar de trabajo, todo lo más que se encuentran son manifestaciones aisladas de tutela potencial o residual”. GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, 29. Una crítica similar se lee en MARÍN ALONSO, Inmaculada, *El poder empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005, 197.

⁴⁵ La experiencia demuestra que, “... la reglamentación del ejercicio del control basada en la prohibición de ciertos medios –al modo italiano– corre el riesgo de la rápida obsolescencia de la norma ante el proceso de continua renovación tecnológica y organizativa en las empresas”. MARTÍNEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2002, 55.

La aplicación del art. 23 de la Constitución –“ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”–, corrige la deficiencia de la LPCL en esta materia e impide que la relación laboral se convierta en un feudo, donde la subordinación convertida al trabajador en un ciudadano de segunda categoría. El deber de buena fe que informa el contrato de trabajo, no convierte la subordinación del trabajador en servilismo, ni el poder de dirección en una facultad omnicomprendiva del empresario. Es lamentable que la LPCL sólo se refiera a este deber como si fuera exclusivo del trabajador (art. 25 a) cuando en realidad se trata de un principio constitutivo del mundo del Derecho. El deber de actuar de buena fe en el empleo de las medidas de control y vigilancia traen como consecuencia, que el empresario no pueda incursionar en el ámbito de la intimidad del trabajador, por no ser ésta comunicable más que por la libre determinación del titular. En cambio, sí podrá intervenir, sin que supongan una intromisión ilegítima, en los aspectos de la vida privada del trabajador que tengan repercusión en la vida de la empresa.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que las nuevas tecnologías han potenciado la capacidad de control del empresario. Sin embargo, el contar con mayores recursos, no le faculta a desconocer el espacio de privacidad que ha de tener el trabajador en el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas⁴⁶. Hace ya varios años que la doctrina académica se encargó de resaltar que el trabajador tiene derecho a un espacio de privacidad, que no puede reducirse a los momentos particulares en que se aísla para atender a necesidades fisiológicas, ni al espacio físico indispensable para conservar y proteger sus bienes personales, sino que se extiende también a salvaguardar la “intimidad de sus relaciones con los compañeros de trabajo, de la propia actividad sindical y de las comunicaciones”⁴⁷.

El derecho a la intimidad, como cualquier otro derecho subjetivo, no constituye una realidad predeterminada, perfectamente delimitada por las normas, sino una “teoría de la justicia, que alimenta un continuo proceso de *positivación* jurídica”,

⁴⁶ Sobre la dimensión laboral del Derecho Informático, ver SEMPERE NAVARRO, Antonio V. / SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002, 65 y la bibliografía citada a pie de página.

⁴⁷ GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, 23.

reflejado, a su vez, “en un paralelo esfuerzo de *delimitación* de derechos”⁴⁸. No podemos concebir el derecho a la intimidad como un derecho subjetivo encapsulado en una norma, que lo presenta como propiamente jurídico⁴⁹. Esta concepción, además de promover el conflicto, no responde a la realidad porque lo íntimo no puede establecerse en base a un texto legal o supra legal, sino por el dinamismo que se sigue a la aplicación de los principios jurídicos que, “prestos a confluir con otros y matizarse mutuamente en una dosificación” adecuada, van “delimitando una solución ajustada”⁵⁰. En consecuencia, en cualquier aspecto de la relación contractual, el deber de respetar la intimidad obliga al empresario y debe servir de punto de referencia para delimitar el deber de obediencia del trabajador y el ejercicio regular del poder de dirección del empresario (art. 9 LPCL).

Sin perder de vista esta función *macro* del respeto a la intimidad, nos referiremos a dos aspectos de este derecho: el que se refiere al poder de control del empresario sobre los recursos electrónicos entregados al trabajador para el cumplimiento de sus obligaciones, con particular referencia al secreto de las comunicaciones en el uso del correo electrónico, y el que se refiere al poder fiscalizador del empleador sobre el teléfono que utilice el trabajador para realizar su labor.

4. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN EL ÁMBITO LABORAL

La buena fe que ha de informar el cumplimiento de las obligaciones que se asumen al celebrar un contrato de trabajo, no impide que el empresario pueda establecer las medidas de control y vigilancia que crea oportunas para verificar el cumplimiento de los deberes del trabajador, pero precisamente ese deber de buena fe exige que, en la adopción y aplicación de esas medidas, el empresario guarde la consideración debida a la dignidad humana del trabajador y, de ser el caso, que

⁴⁸ OLLERO, Andrés, “La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal,” *Pensamiento y Cultura*, no. 3 (2000): 160.

⁴⁹ Cfr. *Ibidem.*: 161.

⁵⁰ *Ibidem.*: 162.

tenga en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, al momento de establecer el estándar de rendimiento⁵¹.

La legítima utilización de medios informáticos, así como de grabadoras, vídeos, personal de vigilancia, etc. para llevar a cabo estas medidas de control, han sido objeto de abundante literatura jurídica, tanto en artículos doctrinales como en estudios monográficos⁵², que han puesto de manifiesto la renovación de las modalidades del poder empresarial, que se caracteriza por “la «normalización» del control informático de la prestación”⁵³.

El deber de buena fe es la expresión en el ámbito obligacional, de una de las consecuencias éticas, jurídicamente exigibles, del respeto debido a la dignidad humana. Por tanto, las medidas de control y vigilancia, sean informáticas o no, han de ser evaluadas teniendo en consideración si el trabajador que sea objeto de ellas, es tratado como un sujeto o como un objeto y, a la vez, si en la imposición de esas medidas, el empresario actúa con veracidad y lealtad, es decir, sin quebrar el clima de confianza mutua que ha de impregnar la relación laboral. Como criterio general puede afirmarse que el interés empresarial merece tutela y protección, de acuerdo al art. 59 de la Constitución, pero las medidas de control que pueda ejercer para obtener los objetivos institucionales, han de ser las indispensables y estrictamente necesarias cuando afecten los derechos constitucionales de los trabajadores. Como bien ha señalado la jurisprudencia y doctrina académica española, al elegir esas medidas de control y vigilancia, el empresario ha de elegir aquellas que sean “menos agresivas y afectantes” a la dignidad y a la intimidad del trabajador, aún cuando existan otras más efectivas, pero desproporcionadas para estos efectos⁵⁴.

⁵¹ Así lo establece expresamente el art 20.3 ET, que evidencia que “el legislador español prefiere optar por restringir el poder empresarial a partir de limitaciones genéricas” y no con medidas reglamentarias. Cfr. MARTÍNEZ FONS, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, 56.

⁵² Cfr. VV. AA., *Tecnología Informática y Privacidad de los Trabajadores*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003.

⁵³ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, tirant lo blanch, 1990, 85.

⁵⁴ STC 98/2000 (RTC 2000, 98) Ver el comentario a esta sentencia que realiza del REY GUANTER, Salvador, "Sentencia 98/2000, de 10 de abril. Los límites del control por el empresario en el centro de trabajo mediante mecanismos auditivos" en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, ed. Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Madrid: Civitas, 2000), Vol. XVIII: 192-199.

Para identificar mejor si se ha respetado la dignidad del trabajador, el primer punto que corresponde analizar es si se ha contado o no con su consentimiento para esas medidas de control. En segundo lugar, la proporcionalidad de esas medidas cuando estén en relación con el espacio de intimidad al que tiene derecho el trabajador. A la vez, las respuestas sólo pueden formularse en base a supuestos reales de control. Analizaremos a continuación las que surgen ante el uso de la computadora y los teléfonos, entregados como instrumentos de trabajo⁵⁵.

5. EL CONSENTIMIENTO DEL TRABAJADOR

Teniendo en cuenta que el contrato de trabajo no es un simple contrato privado, sino que tiene elementos que no puede ser modificados a voluntad de las partes, porque contiene mínimos que podemos denominar “de derecho necesario e irrenunciables”⁵⁶. Lo público y lo privado se interrelacionan en el contrato de trabajo, que está regulado por normas mínimas “imperativas hacia abajo y dispositivas hacia arriba”⁵⁷, que se orientan a tutelar la dignidad y los derechos que son inherentes al trabajador, cuando se celebra y ejecuta un contrato de trabajo. La CP ha recogido, por eso el principio de irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y en las leyes (art. 26).

El trabajador, al celebrar el contrato, conoce y acepta que corresponde al empleador dirigir la actividad productiva (art. 9 LPCL) y controlar la utilización que realice de los bienes entregados para cumplir sus obligaciones, así como su rendimiento, ya que de comprobarse la utilización indebida de esos bienes o la disminución deliberada y reiterada del rendimiento, puede ser despedido justificadamente

⁵⁵ Pueden consultarse los estudios monográficos ya citados, realizados por MARTÍNEZ FONS, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, 67-274, SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 190-240.

⁵⁶ Calificados así en el art. 3.1c) ET. Frente a este tipo de derechos se alzan los “dispositivos”, que son aquellos sobre los que puede actuar la autonomía de la voluntad. Cfr. por todos, VINATEA RECOBA, Luis, “La Conciliación en la Ley Procesal de Trabajo” en *Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo. Exposiciones y Ponencias*. (Cuzco: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 1997), 234.

⁵⁷ Cfr. NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho Laboral*, 2a ed., Lima, Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 2004, 102-107.

(art. 25 b) y c) LPCL). Por tanto, existe un consentimiento tácito a este poder de vigilancia y control. Estos controles, como bien ha hecho notar la jurisprudencia constitucional española, “serán lícitos mientras no produzcan resultados inconstitucionales”⁵⁸. Con términos similares el Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que la validez de esas medidas se determina por la limitación al poder fiscalizador y sancionador que la misma Constitución ha establecido⁵⁹.

Esta licitud entronca directamente con el respeto a la dignidad e intimidad del trabajador, por lo que será necesario establecer en cada caso, si la medida empresarial es proporcional, “para lo cual es necesario constatar si dicha medida «cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)»”⁶⁰.

En consecuencia, el consentimiento otorgado al celebrar el contrato de trabajo, si bien convierte al trabajador en sujeto pasible de ese control, no convierte *a priori* las medidas de control en legítimas, porque ésta han de realizarse necesariamente, respetando su dignidad e intimidad, la cual sólo se puede medir en situaciones concretas y ponderando las circunstancias y los medios utilizados.

Cuando la medida de vigilancia recae sobre la utilización de un bien de propiedad de la empresa entregado para el cumplimiento de las obligaciones asumidas, como puede ser una computadora –denominada “ordenador” en otros países–, en principio, esa utilización no se encuadra dentro de la intimidad personal del trabajador, sino dentro de su vida profesional. Sin embargo, la misma condición humana lleva, como hemos afirmado anteriormente, a que en su actividad se reconozca

⁵⁸ STC 186/2000 (RTC 2000, 186).

⁵⁹ Cfr. Sentencia del Expediente No 1058-2004-AA/TC, f.j. 20. Cfr. los comentarios realizados por DEL RÍO TIMANÁ, Dalia, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, no. 47: CXXXV a CLVI, MARGARAY BRIGNOLE, Carlos Eduardo, “La transparencia del trabajador y la posible afectación de su privacidad,” *Diálogo con la Jurisprudencia*, no. 76 (2005): 89-95.

⁶⁰ STC 186/2000 (RTC 2000, 186).

un espacio de privacidad e intimidad. Por tanto, si bien es cierto en la actividad laboral el trabajador ha de utilizar los instrumentos y el tiempo de labor para las tareas que le han sido asignadas, es necesario delimitar los espacios y momentos en que se proyecta esa intimidad, a fin de respetar la dignidad humana, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad⁶¹.

Partiendo de estas premisas, las medidas de vigilancia han de realizarse con métodos y parámetros claros, que deben ser conocidos por el trabajador, a fin de no sorprenderlo con un control oculto que sería contrario al deber de buena fe, precisamente porque es contrario al trato que merece la dignidad humana. Ese tipo de control sólo se justificaría si existiesen fundadas sospechas de la conducta fraudulenta del trabajador y se presentase como el único método idóneo para confirmar la culpabilidad del trabajador. Corresponderá a la jurisdicción social determinar en última instancia, la proporcionalidad de la medida empleada, que si confirma la sospecha, acreditaría que quien habría faltado al deber de buena fe habría sido el trabajador y no el empresario, que se vería obligado a recurrir a ese método para defenderse de una conducta fraudulenta⁶².

Una medida que contribuye a que no se utilice arbitrariamente el poder de control, es la de exigir al empleador que informe a los representantes de los trabajadores de las medidas que empleará. En España, el empresario debe informar al Comité de empresa, de cualquier sistema de control del trabajo en la empresa, antes de ponerlo en práctica, (art. 64.1.4 d) ET). Al margen de esta primera información,

⁶¹ "Un empleado que pasa frente al ordenador la mayor parte del día probablemente acabe conservando en el mismo algunos documentos ajenos a su prestación e servicios, o imprima alguna vez un texto particular. Pero si es tal el caudal de documentos personales archivados que entorpece el funcionamiento del ordenador, o es tal la magnitud de las impresiones que agota el «tonner», entonces es cuando se produce un abuso plenamente encuadrable en la trasgresión de la buena fe contractual y procede, consecuentemente su sanción. Pero estos son casos extremos que nuestro sentido común resuelve sin dificultad. La cuestión se complica en la estricta delimitación entre lo que es un uso extralaboral racional y lo que pasa a constituir un abuso, en aquellos supuestos en los que no está tan claro". SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 103. Similar criterio se encuentra en la Sentencia del Exp. 1058/2004-AA/TC, f.j. 17.

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional Español (STCE) 186/2000, de 10 de julio. Ver el comentario realizado por MONTROYA MELGAR, Alfredo, "Sentencia 185/2000, de 10 de julio. Control del trabajador desleal y alcance del derecho a éste a la intimidad" en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, ed. Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Madrid: Civitas, 2000), 315-318.

está obligado a comunicar al personal de las medidas de control que se emplean en la empresa. Se entiende, por tanto, que una vez puesto en marcha el sistema, éste se encuadra dentro de la legitimidad que exige el Ordenamiento, salvo que judicialmente se demuestre lo contrario. Al no existir una disposición similar en el Ordenamiento nacional, la advertencia al trabajador de esas medidas de control, debe ser expresa y la carga de la prueba debe corresponder al empleador, salvo que se demuestre que no existía otro sistema para probar el incumplimiento contractual del trabajador⁶³. En el Derecho comparado la doctrina judicial no exige el consentimiento expreso del trabajador, sino únicamente, tácito, pero siempre que se acredite que el empresario notificó de ese control o que el trabajador era consciente de su existencia⁶⁴.

Finalmente, no existen dudas de la improcedencia de una medida de control que vulnere derechos fundamentales. En estos casos, el consentimiento del trabajador será irrelevante para determinar la licitud o proporcionalidad de la medida impuesta por el empresario⁶⁵, ya que por ser ilícita no tendrá valor judicial (art. 2.10 de la Constitución del Perú. En España se advierte una regulación similar en los arts. 90 de la Ley Procesal Laboral {LPL} y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial {LOPJ}).

6. EL USO INDEBIDO DE LA COMPUTADORA

El empleo de la informática en la actividad empresarial presenta, junto con importantes progresos, nuevas perturbaciones en los espacios de intimidad del trabajador⁶⁶. Una consecuencia de la innovación tecnológica, es la asignación de una computadora u ordenador para realizar el trabajo con más eficacia y prontitud. A la vez, teniendo en cuenta que es en la empresa donde el trabajador pasa la mayor

⁶³ STCE 186/2000, de 10 de julio. Ver el comentario realizado por Ibidem.

⁶⁴ A pesar de esta tendencia mayoritaria de la jurisprudencia, no existe consenso en la doctrina académica, ver SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 69-71.

⁶⁵ MARÍN ALONSO, *El poder empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, 217-218.

⁶⁶ Un estudio, basado fundamentalmente en las disposiciones del Estatuto italiano, pero aplicables a la realidad peruana se encuentra en GAETA, Lorenzo, "La dignidad del trabajador y las "perturbaciones" de la innovación" en *Autoridad y democracia en la empresa*, ed. Joaquín Aparicio Tovar y Antonio Baylos Grau (Madrid: Trotta, 1992), 63-76.

parte de su jornada, resulta relativamente frecuente que utilice, en ocasiones, ese instrumento de trabajo para asuntos personales y/o para comunicarse a través del correo electrónico con personas o por cuestiones ajenas al trabajo y/o para visitar páginas de Internet, que no se relacionan con la labor que tiene encomendada.

En principio, ante cualquiera de estos supuestos nos encontraríamos frente a un incumplimiento contractual, que debería ser sancionado en forma proporcional a su gravedad⁶⁷. Sin embargo, deberá tenerse en cuenta que “por nimiedades”, como sería tener unos archivos personales o imprimir algunas hojas de contenido extralaboral, “no pueden proceder medidas trascendentales”⁶⁸.

En consecuencia, la conducta del trabajador se debe evaluar teniendo en cuenta su culpabilidad, medida en términos de dolo o negligencia inexcusable; el perjuicio que ocasione, sea moral⁶⁹ o económico; el tiempo dedicado a realizar esas labores y la defraudación de la confianza depositada para el cumplimiento de las obligaciones encomendadas. En resumen, no puede medirse con el mismo rasero cualquier utilización indebida del ordenador⁷⁰.

De aquí, que el despido, sólo sería procedente si se acreditase la relevancia o trascendencia que tiene ese uso indebido, en proporción al tiempo de la jornada empleado, al perjuicio ocasionado, sea dentro de la empresa o frente a terceros y a la posible pérdida de confianza para trabajos futuros, por quebrantarse gravemente el deber de buena fe.

Por tanto, considerar como “trasgresión de la buena fe contractual la mera utilización de medios de trabajo para fines extralaborales, especialmente si se llevan a

⁶⁷ Esta falta se encuentra tipificada en el art. 25 c) de la LPCL, cuando se refiere a la utilización indebida de los bienes del empleador. La doctrina académica española entiende que “...el uso autorizado de ordenadores para asuntos propios no plantea ningún problema, {pero} el no autorizado genera responsabilidades de los trabajadores”. MONTOYA MELGAR, Alfredo; GALIANA MORENO, Jesús M.; SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 6ª rev. y puesta al día ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005, 146.

⁶⁸ Cfr. SEMPERE SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 24.

⁶⁹ Utilizo esta palabra en su acepción genérica, incluyendo en ella, por ejemplo, las ofensas o los actos discriminatorios.

⁷⁰ Cfr. SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 78-79.

cabos en tiempo y lugar de trabajo”⁷¹, es un principio que debe ser matizado. El respeto a la dignidad del trabajador exige que el empresario le advierta que el uso de la computadora debe limitarse a las labores productivas y/o que será controlado, sea por medio de un sistema informatizado o por la revisión del disco duro.

La legislación española no contiene ninguna disposición específica sobre este supuesto, pero se entiende que al ser la computadora un bien de propiedad de la empresa, no se requiere para su revisión o control, la presencia de los representantes de los trabajadores, a diferencia de lo que ocurre cuando se revisan la taquilla y los objetos personales del trabajador (art. 18 ET), aún cuando pudiera ser aconsejable esa presencia por razones de orden práctico⁷². Sólo en casos extremos, cuando existen fundadas sospechas de la utilización irregular de ese instrumento, así como de la dificultad para realizar esa revisión si estuviese presente el trabajador, la doctrina judicial española ha reconocido la eficacia probatoria del testimonio de un tercero imparcial, como es un notario⁷³.

En todo caso, para el registro de la computadora debe aplicarse un criterio similar al que se utiliza cuando se revisan la mesa de trabajo y los cajones del escritorio que emplea el trabajador, es decir, con respeto a la persona, que implica “un margen de tolerancia de uso extralaboral”⁷⁴, en la medida en que en esos espacios es “posible la existencia de un espacio de intimidad”⁷⁵.

La negativa del trabajador a la instalación de un programa informático de control, si no está avalada por la lesión a la dignidad o a un derecho fundamental, es irrelevante, ya que supondría un límite irrazonable al poder de control del empresario. De aquí que el que la Sala Laboral del Tribunal Supremo español haya recono-

⁷¹ Ibidem., 24.

⁷² Ibidem., 106, ver la bibliografía y jurisprudencia allí citadas.

⁷³ En este caso, la empresa solicitó la presencia del notario, para que viera cómo un técnico informático grababa en un CD el contenido de la computadora, el cual, junto con un segundo CD y la CPU fueron retirados en su presencia. El notario procedió al traslado de este material a la Notaría, para su ulterior precinto y posterior presentación como medios de prueba en el juicio. Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) Galicia de 30 mayo 2003 (AS 2003\3128).

⁷⁴ SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 88.

⁷⁵ LUQUE PARRA, Manuel; MARTÍNEZ FONS, Daniel, “La determinación de la prestación de servicios” en *Tratado práctico de Derecho del trabajo y Seguridad Social*, ed. Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia (Dirección y Coordinación) (Cizur Menor: Aranzadi, 2002), 708.

cido la legitimidad de instalar un programa “espía” en la computadora de un trabajador, que no tenía clave personal de acceso y estaba conectado a la red de la empresa, pero que se había negado a la instalación de filtros para el acceso a Internet⁷⁶.

Si el empresario comprueba que el trabajador ha utilizado la computadora para fines personales, el control que está facultado a realizar debe llegar “a lo que la verificación de la infracción exige”⁷⁷. Esto implica que, en algunos casos sea necesario leer el íntegro del archivo o documento, que puede tener un contenido extralaboral perjudicial a los legítimos intereses empresariales.

7. EL USO INDEBIDO DEL CORREO ELECTRÓNICO

Cuestión más difícil de resolver es la que se refiere al uso indebido del correo electrónico, ya que es práctica sumamente generalizada emplear el correo electrónico que facilita la empresa, también para fines personales⁷⁸. Esta práctica puede ser compatible con el deber de diligencia y de buena fe, cuando se califica ese uso con un criterio prudencial y no rigorista⁷⁹. Evaluar la conducta del trabajador con criterio rigorista llevaría a afirmar el quebranto a la buena fe siempre que el trabajador haya utilizado (en tiempo y lugar de trabajo) el correo electrónico, facilitado por la empresa, para fines ajenos a la actividad laboral. Si se emplea, en cambio, un criterio prudencial, se tendrá en cuenta, además, la cantidad y el contenido de los mensajes enviados para calificar el incumplimiento contractual⁸⁰.

De acuerdo a un sector de la doctrina laboral española, cuando el correo electrónico es utilizado como medio de comunicación personal por el trabajador, ten-

⁷⁶ El Auto del TSE de 30 abril 2004 (JUR 2004\149766) al declarar la improcedencia del recurso de casación dejó firme la sentencia de suplicación que había declarado la legalidad de las medidas de control, así como el despido de un trabajador, que utilizó indebidamente la computadora, según se pudo comprobar de los datos obtenidos de un programa “espía”, instalado en la máquina, sin su consentimiento, al negarse a que pusieran filtros de acceso a Internet a páginas pornográficas.

⁷⁷ Cfr. SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 105.

⁷⁸ Cfr. el estudio estadístico citado por *Ibidem.*, 73.

⁷⁹ “Treinta segunda bastan para enviar tres mensajes de correo electrónico, con lo que el argumento de la disminución de rendimiento perdería fuerza”. *Ibidem.*, 78.

⁸⁰ Cfr. la doctrina jurisprudencial recogida por *Ibidem.*, 76-77.

dría la protección del secreto de las comunicaciones reconocidas en el art. 18.3 CE, aún cuando se haya utilizado un canal de propiedad del empresario⁸¹. Similar postura se advierte en un sector de la doctrina peruana⁸², pero es criticada por otra⁸³, a la luz de la interpretación que del art. 2.10 CP ha realizado el Tribunal Constitucional en el Expediente 1058-2004-AA/TC. Es doctrina conocida que el secreto de las comunicaciones es un derecho diferente al de la intimidad⁸⁴ pero que constituye, junto con la inviolabilidad del domicilio y la limitación legal del uso de la informática, “los guardianes” de la intimidad y, en su caso, de la vida privada⁸⁵. La duda que se plantea es si este derecho es aplicable en la relación laboral, como si el empresario fuera un tercero, que actúa como agente intrusivo en la intimidad de la comunicación realizada a través de una cuenta de correo electrónico facilitada por la empresa para fines laborales.

Tanto en el Perú como en España, el derecho a la intimidad personal y familiar consagrada en las Constituciones de ambos países guarda un estrecho parentesco con el secreto de las comunicaciones y, en especial, con el de las postales, telegráficas y telefónicas, cuya interceptación significa “una grave injerencia”⁸⁶. La protección constitucional al secreto de las comunicaciones “se presenta como una garantía formal, que protege la reserva o privacidad de la comunicación, sea cual sea el contenido de la misma”⁸⁷. Por tanto, se garantiza tanto la libertad de comunicación como “la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas”⁸⁸.

Estos derechos fundamentales y libertades públicas, tienen espacio en la relación jurídico-laboral, dentro de las reglas de la buena fe y de las obligaciones asu-

⁸¹ Cfr. MARÍN ALONSO, *El poder empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, 131 y ss, SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 81 y ss.

⁸² Cfr. DEL RÍO TIMANÁ: CXLIV, MARGARAY BRIGNOLE, “La transparencia del trabajador y la posible afectación de su privacidad,” 94.

⁸³ Cfr. VV. AA., “Jurisprudencia Laboral,” *Análisis Laboral* (2004): 33.

⁸⁴ Ver la detallada fundamentación que realiza al respecto MARÍN ALONSO, *El poder empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, 115-125.

⁸⁵ Cfr. DESANTES GUANTER, *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, 111-112.

⁸⁶ Sentencias del TCE 85/1994 y 36/1996 (RTC 1994, 85 y 1996, 36).

⁸⁷ MERCADER UGUINA, Jesús R., “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?,” *Relaciones Laborales*, no. 1 (2001): 677.

⁸⁸ STCE 114/1984 (RTC 1984/114).

midas por las partes. Por tanto, si la empresa proporciona a los trabajadores el correo electrónico únicamente para fines laborales y advierte del posible control sobre su contenido⁸⁹, el trabajador que lo emplee para fines personales, está renunciando al secreto de esa comunicación en relación al empresario, pero no frente a terceros⁹⁰.

Sin embargo, esa utilización extralaboral debería evaluarse con el criterio prudencial que dicta la buena fe y, teniendo en cuenta, como ya se ha dicho, que el trabajador pasa la mayor parte de las horas de la jornada en la empresa. Por tanto, se deberían emplear criterios de proporcionalidad para establecer el incumplimiento laboral. A la vez, si de la lectura del mensaje se infiere un perjuicio a los legítimos intereses del empresario, éste puede realizar una minuciosa revisión del texto, sin que por ello vulnere la intimidad del trabajador. En estos casos no sería suficiente identificar, por el título, que el contenido del mensaje es extralaboral, porque sólo en la medida en que se conozca el íntegro del mensaje, se podrá determinar la gravedad del uso indebido que se ha realizado del tiempo y de los instrumentos de trabajo⁹¹.

Las facultades empresariales para controlar el uso del correo electrónico no han sido reglamentadas por la legislación vigente, pero deben ser interpretadas de acuerdo “a la correspondiente doctrina del TC sobre modulación de derechos fundamentales y poderes empresariales en el contrato de trabajo”⁹². Lamentablemente, en el Perú sólo existe una sentencia que se haya pronunciado sobre este tema: la que resolvió la acción de amparo de un trabajador de Serpost S.A., por utilización indebida del correo electrónico que, aunque afirme lo contrario, vacía de contenido la potestad de control y, lo que es más grave, desvirtúa las exigencias del deber de

⁸⁹ Las experiencias en el Derecho comparado se pueden revisar en MERCADER UGUINA, "Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?," 680-681.

⁹⁰ STSJ Cataluña 14 noviembre 2000 (AS 2000/3444). Esta es la línea jurisprudencial mayoritaria en los TSJ. Critica esta doctrina y cita abundante jurisprudencia sobre este tema, SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 92.

⁹¹ Para un sector de la doctrina no sería legítima este control empresarial cuando “a través de la identificación del tema o título del mensaje puede derivarse que tiene carácter personal no es necesario acceder a su contenido, puesto que el interés empresarial queda ya satisfecho identificando la naturaleza extraproductiva del correo”. LUQUE PARRA, "La determinación de la prestación de servicios", 705.

⁹² SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 89.

buena fe en el cumplimiento de las obligaciones laborales⁹³, salvo que se realice una interpretación teleológica y unitaria de ese pronunciamiento. Esta sentencia contiene varias afirmaciones carentes del debido sustento jurídico, que justifican un análisis detallado.

En primer lugar, califica la correspondencia que se emite o recibe a través del correo electrónico facilitado por la empresa para fines laborales, como de carácter privado. Entiende el TCP que el empleo de los instrumentos de comunicación por los trabajadores incluye “determinados elementos de autodeterminación personal”, que están referidos a derechos fundamentales (f.j. 17). Sin negar la evidencia de esta afirmación, no podemos limitarnos a una lectura superficial de esa sentencia, que podría llevar a absolutizar este aspecto, al punto de exigir en el ámbito laboral, lo que no es exigible en ninguna otra rama del Ordenamiento: la autorización judicial en todos los casos en que se pretenda conocer el contenido de la correspondencia. El análisis de las disposiciones de la Constitución y del Código Civil y Penal que tratan sobre el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones impone realizar dos precisiones: a) que la correspondencia a la que se refieren esas normas, es la estrictamente privada, que no ha sido objeto de ninguna cesión jurídica, por consentimiento del titular; b) que la intervención del juez es, en todos los casos, supletoria, es decir, cuando no existe pacto o consentimiento para develar el secreto de esas comunicaciones. Por tanto, estos supuestos deben ser matizados en la relación laboral, porque al ser el trabajador un ciudadano con iguales derechos a los demás, tiene la potestad de otorgar su consentimiento para que se revise la correspondencia que envíe o reciba en una cuenta de correo electrónico facilitada por la empresa para fines productivos⁹⁴: esa cesión no es contraria a la dignidad ni al contenido esencial de los derechos constitucionales. El trabajador al recibir la cuenta de correo electrónico de la empresa, adquiere la obligación cualificada de utilizar ese bien para cumplir con la prestación laboral (art. 25 c) LPCL). En consecuencia, la intervención del juez se encuentra plenamente justificada sólo cuando

⁹³ Sentencia recaída en el Expediente 1058-2004-AA/TC.

⁹⁴ El art. 16 del CC establece que “la correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario”.

falta el consentimiento del trabajador a ser sometido a la fiscalización del buzón que le ha sido facilitado por la empresa⁹⁵.

En la sentencia bajo comentario, la inclusión expresa de este deber en el Reglamento Interno de Trabajo (art. 110) constituía para el empleador la expresión cabal del conocimiento que el trabajador tenía de esta medida de control y, por tanto, de las sanciones que podía recibir en caso de incumplirlo. Sin embargo, a juicio del TC no fue suficiente para considerar otorgado el consentimiento para esa fiscalización y ha declarado la necesidad de iniciar un proceso judicial para poder acceder a esa correspondencia. Por tanto, es aconsejable que el trabajador firme un documento en el que exprese su consentimiento a que el empresario conozca y revise la correspondencia que emita o reciba por medio de la cuenta de correo electrónico que le ha sido facilitada para su labor. Podría también emitir esa declaración utilizando el buzón electrónico asignado por la empresa, en comunicación dirigida al Jefe de Relaciones Industriales o de Personal. Lo importante es que pueda demostrarse, en forma indubitable, el consentimiento realizado previamente para ese control y fiscalización.

En cambio, solicitar el consentimiento del trabajador para que el empresario revise y controle la cuenta de correo personal que pudiera tener en alguno de los servicios que ofrece Internet, equivaldría a solicitar la renuncia genérica, en términos que afectan la dignidad del trabajador, del derecho fundamental a la intimidad y al secreto a las comunicaciones reconocido en la CP. Al no ser esa cuenta de correo un bien entregado por el empleador para fines laborales, no puede ser objeto del contrato de trabajo ni de medidas de control o vigilancia. En estos casos, el trabajador puede lícitamente oponer resistencia a la vigilancia empresarial, que tendrá que solicitar autorización judicial para poder acceder a esa correspondencia, tal como establece la normativa constitucional y legal antes mencionada⁹⁶.

En resumen, entendemos que el Tribunal Constitucional ha declarado la necesidad de iniciar un procedimiento judicial para verificar el contenido de las comu-

⁹⁵ Criterio similar se puede utilizar para controlar los documentos que se reciban en una casilla o buzón físico de la empresa.

⁹⁶ El Dec. Leg. 910 tiene una omisión, que debería ser corregida prontamente, al no haber calificado como falta de tercer grado, pasible de la máxima multa, la conducta empresarial que vulnere la dignidad y los derechos constitucionales del trabajador.

nicaciones que se emitan o reciban por medio del correo electrónico que ha sido facilitado por el empresario, sólo cuando no se cuente con la aceptación expresa del trabajador o cuando se trate de una cuenta personal del trabajador, que no ha sido objeto del contrato de trabajo. Lo contrario equivaldría a negar la capacidad jurídica de los trabajadores para ceder lícitamente espacios de privacidad y, a la vez, la imposición de una carga excesivamente onerosa para verificar la utilización indebida de un bien entregado para fines previamente acordado por las partes. No se podría en este caso argumentar la violación de un derecho fundamental porque el pacto laboral implica la cesión de un espacio de privacidad que no afecta la dignidad humana, ya que el trabajador no renuncia a su intimidad ni al secreto de sus comunicaciones *in genere*, sino únicamente ante el empresario y para la correspondencia recibida o emitida en la cuenta de correo electrónica entregada para fines laborales.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional confunde dos incumplimientos laborales: el del acoso sexual con el del empleo indebido de los bienes de propiedad del empresario. En el f.j. 14 de esta sentencia se afirma que la denuncia tendría que haber sido realizada por “el supuesto agraviado” por el envío de los correos y no por el trabajador que había empezado a utilizar la computadora en la que constaban dichos mensajes. Sin embargo, no se trata de un supuesto de acoso sexual laboral, que es el que justificaría que sea el receptor del correo quien denuncie el hecho, sino de la comprobación del uso indebido y de la defraudación de la confianza depositada en un Jefe de Auditoria que había empleado el instrumento de trabajo para fines extralaborales. Por otro lado, el Tribunal invade el campo de la legalidad ordinaria al evaluar la proporcionalidad de las sanciones previstas en el Reglamento Interno de la empresa y entender que aplicar la sanción del despido por la utilización indebida del correo electrónico, “tergiversa el alcance del debido proceso” en sus aspectos formales y sustantivos (f.j. 8). El debido proceso no ha sido vulnerado pues la empresa cumplió con comunicar la falta y tipificarla, así como sancionarla, de acuerdo a su normativa interna, aunque al Tribunal, ignoramos por qué motivos, parece querer “menguar responsabilidades”⁹⁷.

De acuerdo al art. 108 del Reglamento Interno de SERPOST S.A. la sanción se aplica teniendo en cuenta la gravedad de la falta y los antecedentes del trabajador.

⁹⁷ VV. AA., “Jurisprudencia Laboral,” 32.

La sentencia bajo comentario no aporta elementos suficientes para evaluar los antecedentes del trabajador, pero resulta una falta cualificada, de especial gravedad, que sea precisamente el Jefe de la Auditoria Interna de la empresa, es decir, la persona en quien confía la organización empresarial para verificar la correcta utilización de sus bienes, quien los utilice no sólo para fines ajenos a la organización, sino para enviar correos, que la jurisprudencia española ha calificado como “ofensivos”, para el respeto debido a la dignidad humana⁹⁸. Considerar “absolutamente desproporcionado e irrazonable” aplicar la sanción de despido evidencia únicamente la distinta valoración axiológica de los miembros del Tribunal Constitucional, respecto a la Sala Laboral, pero en modo alguno, una mejor interpretación teleológica de las disposiciones de la Constitución y de las normas y principios que rigen la relación laboral.

Tampoco se puede silenciar que ese Tribunal entiende que se vulneró el debido proceso porque el empleador no comunicó al trabajador en la carta de despido, todas las pruebas con las que contaba sobre la falta cometida (f.j. 10). Esta obligación no se encuentra ni en la Constitución ni en las normas procesales laborales. Por tanto, presentar un medio de prueba con la contestación de la demanda, no sólo no es contrario al deber de buena fe, sino que constituye el legítimo ejercicio de los derechos laborales, en consonancia con el Ordenamiento vigente (art. 21.4 Ley Procesal de Trabajo). La obligación legal del empresario consiste en tipificar adecuadamente la falta y no en presentar los medios de prueba. Por otro lado, no puede negarse que la computadora que debió ser sometida a control y verificación notarial fue la del trabajador despedido, lo cual pudo haberse realizado en su presencia y en la de un notario, que hubiese dado fe pública de su contenido.

Finalmente, también debe señalarse que el sistema de control del correo electrónico que se presenta como más idóneo para respetar la dignidad e intimidad del trabajador, es el que se realiza a distancia y permite obtener los datos necesarios para identificar el contenido extralaboral, aún cuando no se conozca al detalle ese contenido, mediante programas informáticos especializados, filtros de seguridad en los servidores o redes informáticas⁹⁹. Como hemos afirmado anteriormente, una

⁹⁸ Cfr. SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 99-102. Desarrollaremos esta calificación en el siguiente Apartado Décimo de este estudio.

⁹⁹ “Lo atractivo –y seguro– de estos métodos es que no sólo permiten conocer datos suficientes sobre los mensajes enviados y recibidos como para saber si son de naturaleza laboral o no, sin necesidad de entrar

vez comprobada la utilización irregular del correo, queda a criterio del empresario, ahondar en esa investigación para determinar la gravedad del incumplimiento. La tecnología informática en las comunicaciones exige nuevas respuestas, que aún cuando puedan ser incluidas en un Código de Conducta empresarial, como se ha propuesto¹⁰⁰, tendrán siempre un margen de discrecionalidad, en el que si se tiene en cuenta el respeto debido a la dignidad humana, se evitará el abuso del derecho, tanto de parte del trabajador, como del empresario.

8. EL USO INDEBIDO DE INTERNET

Sobre el empleo indebido de Internet en la empresa, han de tenerse en cuenta los criterios enunciados en los apartados anteriores sobre el respeto a la intimidad personal y al deber de utilizar los instrumentos de trabajo para los fines pactados. No obstante, existe una diferencia esencial entre la utilización del correo electrónico y la consulta a Internet. Las comunicaciones personales realizadas a través del correo electrónico de propiedad del empresario, mantienen el carácter secreto frente a terceros, aún cuando quede copia de ellas en un servidor¹⁰¹. En cambio acceder a Internet equivale a ingresar a un espacio que es, *per se*, público.

La expresión "navegar por Internet" manifiesta que la Red ofrece vías virtuales por las cuales transitar en busca de información, entretenimiento, etc. Por tanto, el control empresarial sobre el itinerario virtual del trabajador, se corresponde con el que hacen los detectives privados, que siguen a un trabajador que transita por la ciudad o el campo, cuando existe fundada sospecha de un incumplimiento en la utilización del tiempo de trabajo. En consecuencia, así como no es necesario el consentimiento del trabajador para la contratación de detectives privados, tampoco es exigible para conocer las direcciones de Internet que ha consultado durante la jornada de trabajo: éste es un riesgo que toda persona asume al consultar Internet y, más si se realiza en horas de trabajo y con una computadora de propiedad de la

propiamente en su contenido, sino que incluso se evita tener que acceder desde el ordenador del trabajador, que igualmente podría ser constitutivo de una intromisión en su ámbito de intimidad". *Ibidem.*, 91.

¹⁰⁰ Cfr. MERCADER UGUINA, "Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?," 683.

¹⁰¹ Considera que ese carácter secreto es oponible también frente al empresario, MARÍN ALONSO, *El poder empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, 143 y ss.

empresa. A la vez, si al navegar por Internet el trabajador utiliza una cuenta de correo electrónico personal, el empresario, al igual que los detectives en el caso de un seguimiento físico, no puede ingresar en ese ámbito de estricta privacidad del trabajador, salvo que medie autorización judicial.

La doctrina laboral ha resaltado que al reconstruir el historial de acceso a páginas visitadas por un trabajador se pueden “desvelar numerosos datos correspondientes al estricto ámbito de la intimidad del trabajador”¹⁰². No obstante, resulta difícil calificar esa verificación como una violación a la intimidad, tanto por el carácter público de Internet, como porque siempre es posible deducir aspectos íntimos de la conducta de una persona y esa tarea deductiva no puede considerarse una intromisión ilegítima en la intimidad. Para que se configure la lesión a la intimidad tendría que haber una intromisión directa en ese ámbito personalísimo. Por esta razón en los conflictos por uso indebido de Internet, se ha admitido en sede judicial, la reconstrucción del historial de páginas visitadas como prueba válida para calificar la procedencia de un despido¹⁰³.

9. EL CONTENIDO “OFENSIVO” DEL CORREO ELECTRÓNICO Y DE INTERNET

La infracción laboral por el uso indebido del correo electrónico o del recurso a Internet se configura en primer lugar por la materialidad de la acción: su mayor o menor gravedad, hemos afirmado antes, dependerá del contenido y del tiempo empleado para esas actividades.

Respecto al tiempo empleado no existen dudas, en la doctrina académica ni judicial, sobre la procedencia del despido cuando el tiempo dedicado a *navegar* por Internet sea excesivo, en relación a la jornada de trabajo, o cuando el envío de los correos electrónicos personales sea elevado¹⁰⁴. Tampoco existen dudas cuando esos contenidos pueden reconducirse a las causas de despido disciplinario. En

¹⁰² SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 97 y las referencias bibliográficas que se citan.

¹⁰³ STSJ Madrid de 16 octubre 1998 (RJ 1998/3780). No obstante, parte de la doctrina considera que puede ser calificado como un atentado a la intimidad *Ibidem.*, 99-102 y la doctrina académica allí citada.

¹⁰⁴ *Ibidem.*, ver la jurisprudencia citada en 92 y 101.

cambio, la doctrina académica se cuestiona si consultar páginas de contenido pornográfico o enviar correos electrónicos de este tenor, calificados como “ofensivos” por la jurisprudencia, pudieran ser un agravante en el incumplimiento laboral¹⁰⁵.

El Ordenamiento vigente sólo considera delito la pornografía exhibida frente a menores o la pornografía infantil (art. 183 Código Penal)¹⁰⁶. Por tanto, parecería que no es jurídicamente reprobable el contenido pornográfico de las comunicaciones electrónicas o de las consultas en Internet que no tengan esos destinatarios. Sin embargo, existen indicios de que consultar una página de este tipo, o difundir ese tipo de material por el correo electrónico, es cualitativamente distinto, en cuanto a sus efectos en las relaciones interpersonales, que las que tienen un contenido ético indiferente.

Se dice que la pornografía es difícil de definir, pero muy fácil de reconocer. Un estudio de la Carnegie Mellon sobre pornografía en Internet aportaba los datos de que el “98,9% de los consumidores on-line de pornografía son varones. Y hay algún indicio de que del restante 1,1% muchas son mujeres pagadas para tomar parte en los *chat rooms* y en los boletines para que los clientes se sientan más a gusto”¹⁰⁷. Los sujetos de las películas o imágenes pornográficas incluyen elementos y temas sistemáticamente ofensivos y degradantes para las mujeres: las mujeres suelen ser presentadas explícita o de una manera implícita como esclavas sexuales¹⁰⁸. Por tanto, parece que la dignidad humana de algunas personas es sistemáticamente violentada en la pornografía. Pero ¿es esta apreciación suficiente para calificar la consulta y difusión de pornografía en la empresa, como un atentado a la

¹⁰⁵ “Da la impresión de que lo trasgresor no radica únicamente en el carácter extralaboral de las llamadas visitas informáticas o correos electrónicos sino también en su carácter poco serio o inmoral (generalmente erótico); ese dato se toma con frecuencia como factor agravante de la conducta del trabajador, generando la impresión de que los tribunales se convierten en una especie de censores morales”. Ibidem., 54-55.

¹⁰⁶ Un reciente estudio de una disposición similar en el Ordenamiento español, que encuentra su paralelo en el art. 186 del Código Penal de ese país, se encuentra en MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil: especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Madrid, Dykinson, 2005.

¹⁰⁷ ELMER-DEWITT, P. “On a Screen Near You: Cyberporn”, *Time*, 3 julio 1995, 38, citado por NUBIOLA, Jaime, “La marea negra de la pornografía,” *ACEPRENSA* 2003.

¹⁰⁸ Cfr. COWAN, G. y K.F. DUNN, K.F. “What Themes in Pornography Lead to Perceptions of the Degradation of Women?”, *Journal of Sex Research*, 31 (1994), 11-21; LINZ, D. y MALAMUTH, N., *Pornography*, Sage, Newbury Park, CA, 1993, 4, citados por Ibidem.

dignidad humana, jurídicamente reprochable, aunque no exista un precepto legal que lo prohíba? Una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) puede darnos luces para resolver esta cuestión.

El TJCE, en el caso Omega¹⁰⁹ confirmó la prohibición realizada por las autoridades alemanas, de impedir el funcionamiento de un local para explotar comercialmente la simulación de actos violentos contra personas, en particular, mediante la representación de acciones homicidas¹¹⁰. La razón esgrimida por las autoridades alemanas y confirmada por TJCE, fue que “la explotación comercial de juegos de entretenimiento que impliquen la simulación de acciones homicidas menoscaba un valor fundamental consagrado por la Constitución nacional, como es la dignidad humana”¹¹¹.

En consecuencia, aún cuando no existía un precepto legal que prohibiera ese tipo de juegos, la defensa de la dignidad humana justificó la decisión de las autoridades alemanas y su confirmación el TJCE. Es decir, la fuerza jurídica de este fundamento y principio general del Ordenamiento fue suficiente para reafirmar la prohibición realizada por las autoridades alemanas¹¹². Si aplicamos este criterio a la consulta y difusión de pornografía en la empresa, que es un lugar de interacción social, podría también afirmarse que, por ser una actividad que menoscaba la dignidad humana, constituye un agravante del incumplimiento contractual, por ser la empresa un lugar privilegiado para la tutela de la dignidad humana, como ha resal-

¹⁰⁹ STJCE 14 octubre 2004 (2004\377).

¹¹⁰ “En el presente caso, por una parte, procede señalar que, según el órgano jurisdiccional remitente, la prohibición de explotación comercial de juegos de entretenimiento que implican la simulación de actos violentos contra personas, en particular mediante la representación de acciones homicidas, corresponde al nivel de protección de la dignidad humana que la constitución nacional ha querido garantizar en el territorio de la República Federal de Alemania. Por otra parte, debe observarse que, al prohibir únicamente la variante del juego láser que tiene por objeto disparar a blancos humanos y, por tanto, «jugar a matar» personas, la orden controvertida no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por las autoridades nacionales competentes”. STJCE 14 octubre 2004 (2004\377), ap. 39.

¹¹¹ STJCE 14 octubre 2004 (2004\377), ap. 32.

¹¹² La doctrina científica se hizo eco de la importancia de este pronunciamiento, ver TAPIA HERMIDA, Antonio, “La protección de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario: Sus funciones. La “dignidad humana” como principio general del derecho y norma jurídica,” *Estudios Financieros*, no. 265 (2005): 115-142.

tado la jurisprudencia de la Sala Laboral del Tribunal Supremo español en numerosos pronunciamientos¹¹³.

La eliminación de la pornografía viene siendo propugnada, con singular fuerza en Canadá y Estados Unidos, no por motivos religiosos sino “por la constatación empírica de que las películas pornográficas causan daño a las mujeres, no sólo a las que toman parte en la filmación, sino también a las que son violentadas por los varones excitados por esas películas o que han aprendido en ellas nuevas prestaciones”¹¹⁴.

La pornografía presenta y trata a los seres humanos como objetos sexuales y no como personas. Por tanto, se encuentra en las antípodas de la convivencia humana civilizada, no por razones simplemente morales, sino jurídicas, ya que desconoce la regla básica que exige el respeto a la dignidad humana y que fue enunciada magistralmente por Kant: “todos los seres racionales están sujetos a la ley de que cada uno de ellos debe tratarse a sí mismo y tratar a todos los demás nunca como simple medio sino siempre al mismo tiempo como fin en sí mismo”¹¹⁵. Por tanto, la dignidad humana exige el reconocimiento *erga omnes* de la *dimensión personal* de todos los individuos de la especie humana.

La erradicación del acoso sexual laboral, que tantos pronunciamientos ha merecido de los Poderes Públicos a nivel nacional, comunitario e internacional, difícilmente podrá lograrse en una sociedad que tolere con indiferencia, la difusión de la pornografía. Una de las conquistas del siglo XX es haber logrado que se reconozca la *igual dignidad* del varón y la mujer, basada en el reconocimiento de la *dimensión personal* de la condición sexuada. Las relaciones entre el hombre y la mujer

¹¹³ Cfr., por todas, la STS de 26 abril 1988 (RJ 1988/3027) que declara que la empresa tiene que salvaguardar, “el valor superior en el que se integran otros”, y que se erige como el más alto de todos: “el de la dignidad del hombre que trabaja”.

¹¹⁴ NUBIOLA, “La marea negra de la pornografía,” y las referencias bibliográficas por él citadas. Afirma este autor que “la pornografía no es tanto la explicitación de la genitalidad, como el establecimiento de unas cadenas de excitación y consumo –de verdadera explotación– entre creadores o productores y audiencia. En este sentido, la pornografía sería una adicción plenamente asimilable a la droga, tanto por el volumen de negocio que mueve, como por la borrosa distinción entre drogas duras y blandas (*hard* y *soft porn*), o incluso por la ingenua tolerancia satisfecha que se tiene acerca de ella en muchos países democráticos en nombre de la libertad de expresión”.

¹¹⁵ KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Argentina, El Cid, 2003, 83-84.

han superado la tradicional complementariedad en orden a la formación de una familia, y se orientan a un trato propio de “compañeros, colegas, colaboradores, amigos y miembros integrantes de empresas comunes en donde se requiere la estrecha colaboración de unas y otros”¹¹⁶. En consecuencia, a la vista de la cosificación de la persona –y mayoritariamente de la mujer–, que caracteriza a la pornografía, parece laudable que, en aras a contribuir al mayor respeto de la dignidad humana y a la desaparición de la lacra del acoso sexual, se considere como un agravante del incumplimiento contractual, el utilizar los bienes del empresario para promover la pornografía, lo cual se consigue con la simple consulta a dichas páginas eróticas. Y, como un agravante cualificado, que el objeto de los comentarios procaces en un correo electrónico, sea alguna persona vinculada al trabajador por el contrato de trabajo.

10. EL USO INDEBIDO DEL TELÉFONO

Otro instrumento de trabajo que se presta a intromisiones en el ámbito de la intimidad es el que se relaciona con el uso del teléfono. En principio, por ser el empresario el titular del teléfono, puede sancionar el uso abusivo que se haga, con fines particulares o extraproductivos, porque se trataría de un quebranto al deber de buena fe¹¹⁷ y, a la vez, una utilización indebida de los bienes de propiedad del empresario. Sin embargo, esto no le faculta a escuchar las conversaciones de los trabajadores¹¹⁸. El control sobre el uso del teléfono se puede realizar a distancia,

¹¹⁶ MARTÍ GARCÍA, Miguel-Ángel, *La sensibilidad*, Madrid, EIUNSA, 1999, 48-49.

¹¹⁷ Cfr. LUQUE PARRA, “La determinación de la prestación de servicios”, 699 y la jurisprudencia de los TSJ en esta materia.

¹¹⁸ Así lo confirmó una sentencia de la Sala Laboral del TSE: la STS de 10 marzo 1990 (RJ 1990/2045) calificó como conducta antijurídica la grabación que realizó la empresa de una supuesta conversación telefónica entre el trabajador y una tercera persona no identificada, “en la que aquél le ofrecía una cantidad de Langostinos sustraídos a la empresa, mediante precio”. El trabajador negó la veracidad del casete que recogía esa grabación. El TSE cita en apoyo de su fallo la STC 114/1984 (RTC 1984\114), que al interpretar el art. 18.3 CE afirma que éste «consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas». Añade que «la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia «erga omnes») ajenos a la comunicación misma». Así como la STS de 15 de febrero 1984 (RJ 1984\878), que rechazó “la interposición o interferencia de un tercero entre remitente y destinatario

en base a las facturas, comprobando los destinatarios de las llamadas. Este control no vulnera la intimidad del trabajador y encaja dentro de las facultades de fiscalización del empleador¹¹⁹.

Sin embargo, sí sería lícito, previa advertencia, grabar una conversación telefónica porque se entiende que hecha la advertencia, de continuar la conversación, el emisor y el receptor de la comunicación están dando su consentimiento para dicha grabación. Por el contrario, es dudosa la legalidad de las cláusulas contractuales que autoricen genéricamente al empresario a controlar todas las comunicaciones escritas o telefónicas del trabajador, porque equivaldría a renunciar sin condiciones a un derecho fundamental¹²⁰.

Una muestra palpable de que la aplicación del derecho exige identificar en cada supuesto lo que a cada quien le corresponde, sin caer por ello en el casuismo, es que puede justificarse, en determinadas circunstancias, la escucha de las conversaciones telefónicas. Un importante referente en este tema es una sentencia del Tribunal Supremo español, que ante la medida de conflicto colectivo iniciada por el sindicato que consideraba ilegal el control realizado por la empresa, se pronunció por la legitimidad en atención a los siguientes hechos probados: a) el teléfono controlado se puso a disposición de los trabajadores como herramienta de trabajo para el trabajo encomendado; b) También se puso a su disposición otro teléfono para sus conversaciones particulares; c) Los trabajadores sabían que el primero de estos teléfonos debían utilizarlo solamente para trabajar y que podía ser intervenido por la empresa; d) La empresa sólo controlaba las llamadas que recibía el trabajador, pero no las que hacía; e) El control que realizaba la empresa era aleatorio —un 0,5%—, y con la finalidad exclusiva de controlar la buena realización del servicio para su posible mejora¹²¹.

de cualquier comunicación". Termina afirmando que esa conducta empresarial es "contraria a lo que previene el número 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo". Similar doctrina es la que ha consagrado la sentencia del TCP recaída en el Exp. 1058-2004-AA/TC.

¹¹⁹ En el Derecho español formaría parte del poder de vigilancia y control previsto en el art. 20.3 ET. Cfr. SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 129.

¹²⁰ Cfr. LUQUE PARRA, "La determinación de la prestación de servicios", 700.

¹²¹ STS de 5 diciembre 2003 (RJ 2004\313). A la vista de estos hechos, el TSE concluye que "la única conclusión razonable a la que se puede llegar" es que se trata de un control proporcionado a la finalidad que pretende. Además es un control "necesario puesto que no se conoce otro medio más moderado para

11. EL DERECHO AL SECRETO EN LAS COMUNICACIONES Y EL DEBER DE BUENA FE

La función de intérprete supremo de la Constitución, que corresponde al Tribunal Constitucional (art. 1 LO 28301) obliga a los Jueces y Tribunales del Poder Judicial a interpretar y aplicar las leyes y cualquier otra norma con rango de ley, conforme a la interpretación que realice ese Tribunal, bajo responsabilidad (Disposición Final Primera de la LO 28301). Por tanto, la interpretación que ha realizado de los alcances del artículo segundo, inciso 10 de la CP en la relación laboral, exige iniciar un procedimiento judicial para conocer el contenido de la correspondencia emitida o recibida por un trabajador a través del correo electrónico facilitado por la empresa, siempre y cuando no haya otorgado su consentimiento expreso para esa fiscalización.

La modalización del ejercicio de los derechos fundamentales que realiza el deber de buena fe en el ámbito laboral exige que se realice una interpretación teleológica y unitaria del Ordenamiento, a fin de no caer en abusos del derecho, como sería convertir en inoperante el poder de control del empresario o permitir, bajo la apariencia de respeto a la dignidad, intimidad y secreto a las comunicaciones, lo que sería una *banalización* de los derechos fundamentales al viciar su contenido, calificando como derecho lo que no pasaría de ser una conducta netamente antijurídica¹²².

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, Manuel/ BARREIRO GONZÁLEZ, Germán. *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*. Editado por Comentarios Breves. 4ª ed, Madrid, Civitas, S.A., 1995.

obtener la finalidad que se pretende –juicio de necesidad–, es idóneo para el mismo fin –juicio de idoneidad– y ponderado o equilibrado porque de ese control se pueden derivar beneficios para el servicio que presta la empresa y no parece que del mismo se puedan derivar perjuicios para el derecho fundamental de los trabajadores –proporcionalidad en sentido estricto–.

¹²² Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo, "Sentencia 6/1995, de 10 de enero. Poder del empresario y libertad de expresión del trabajador" en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, ed. Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Madrid: Civitas, 1995), Vol. XIII: 41-45.

- DE VICENTE PACHÉS, Fernando. *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1998.
- del REY GUANTER, Salvador. "Sentencia 98/2000, de 10 de abril. Los límites del control por el empresario en el centro de trabajo mediante mecanismos auditivos" en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, editado por Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar, Vol. XVIII: 192-199. Madrid: Civitas, 2000.
- DEL RÍO TIMANÁ, Dalia. *Revista Peruana de Jurisprudencia*, no. 47: CXXXV-CLVI.
- DESANTES GUANTER, José María / SORIA, Carlos. *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, Madrid, Asociación de la Prensa de Madrid, 1991.
- GAETA, Lorenzo. "La dignidad del trabajador y las "perturbaciones" de la innovación" en *Autoridad y democracia en la empresa*, editado por Joaquín Aparicio Tovar y Antonio Baylos Grau, 63-76. Madrid: Trotta, 1992.
- GARCÍA GARCÍA, Clemente. *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Murcia, Universidad de Murcia, 2003.
- GONZÁLEZ GAITANO, Roberto. *El deber de respeto a la intimidad*, Pamplona, EUNSA, 1990.
- GOÑI SEIN, José Luis. *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Madrid, Civitas, 1988.
- KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Argentina, El Cid, 2003.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. "Prólogo" en *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, 17-23. Madrid, 1995.
- LUQUE PARRA, Manuel; MARTÍNEZ FONS, Daniel. "La determinación de la prestación de servicios" en *Tratado práctico de Derecho del trabajo y Seguridad Social*, editado por Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia (Dirección y Coordinación), 699-712. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.

- MARGARAY BRIGNOLE, Carlos Eduardo. "La transparencia del trabajador y la posible afectación de su privacidad." *Diálogo con la Jurisprudencia*, no. 76 (2005): 89-95.
- MARÍN ALONSO, Inmaculada. *El poder empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005.
- MARTÍ GARCÍA, Miguel-Ángel. *La intimidación*. 5a ed, Madrid, EIUNSA, 2001. *La sensibilidad*, Madrid, EIUNSA, 1999.
- MARTÍNEZ FONS, Daniel. *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2002.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. "Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?" *Relaciones Laborales*, no. I (2001): 665-685.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; ÁLVAREZ MONTERO, Antonio; GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel; MOLINA HERMOSILLA, Olimpia; DE LA CASA QUESADA, Susana; VILLAR CAÑADA, Isabel. "La vigencia de los derechos fundamentales "inespecíficos" en la vida laboral: problemas actuales y vías de respuesta" en *XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, editado por Jesús Cruz Villalón (Coordinador), 145-186. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2002.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. *La buena fe en el Derecho del Trabajo: discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como Académico de Número*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001. "Sentencia 6/1995, de 10 de enero. Poder del empresario y libertad de expresión del trabajador" en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, editado por Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar, Vol. XIII: 41-45. Madrid: Civitas, 1995.
- "Sentencia 185/2000, de 10 de julio. Control del trabajador desleal y alcance del derecho a éste a la intimidad" en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, editado por Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar, Vol. XVIII: 315-318. Madrid: Civitas, 2000.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo; GALIANA MORENO, Jesús M.; SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; RÍOS SALMERÓN, Bartolomé. *Comentarios al*

- Estatuto de los Trabajadores*. 6ª rev. y puesta al día ed, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil: especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Madrid, Dykinson, 2005.
- NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. 2a ed, Lima, Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 2004.
- NUBIOLA, Jaime. "La marea negra de la pornografía." *ACEPRENSA* 2003.
- OLLERO, Andrés. "La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal." *Pensamiento y Cultura*, no. 3 (2000): 157 - 166.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, tirant lo blanch, 1990.
- ROLLA, Giancarlo. "El principio de la dignidad humana." *Persona y Derecho*, no. 49 (2003): 227-262.
- RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio V. / SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002.
- SERNA BERMÚDEZ, Pedro. "Derechos fundamentales: el mito de los conflictos." *Humana iura*, no. 4 (1995): 191-234.
- "La dignidad de la persona como principio del Derecho Público." *Derechos y Libertades*, no. 4 (1995): 287-306.
- "La dignidad humana en la Constitución Europea" en *Comentarios a la Constitución Europea*, 192-239. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.
- TAPIA HERMIDA, Antonio. "La protección de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario: Sus funciones. La "dignidad humana" como principio general del derecho y norma jurídica." *Estudios Financieros*, no. 265 (2005): 115-142.

VINATEA RECOBA, Luis. "La Conciliación en la Ley Procesal de Trabajo" en *Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo. Exposiciones y Ponencias.*, 227-243. Cuzco: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 1997.

VV. AA. "Jurisprudencia Laboral." *Análisis Laboral* (2004): 28-34.

Tecnología Informática y Privacidad de los Trabajadores, Cizur Menor, Aranzadi, 2003.

YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier. *Fundamentos de antropología. Un ideal de la excelencia humana*. 6a ed, Pamplona, EUNSA, 2003.