

Las nuevas tecnologías y el derecho laboral

El control por el empleador de los medios electrónicos otorgados a los trabajadores*

Leopoldo Gamarra Vilchez

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la
Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asociado de la SPDTSS.

Sumario

1. Introducción. 2. El debate sobre las garantías posibles. 3. Facultades del Empleador: control y optimización. 4. Los derechos fundamentales de los trabajadores. 5. El Ordenamiento Jurídico. 6. Posibilidades y límites. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se propone exponer algunas consideraciones sobre la utilización del correo electrónico y de otros servicios que ofrece la red Internet en el ámbito laboral, ante la posibilidad que tiene el empleador para controlarlos.

La relación laboral es un escenario donde entran en juego distintos derechos fundamentales en busca de equilibrio. Un caso que se presenta a menudo tiene que ver con el legítimo interés del empleador en acceder a información sobre sus trabajadores para desarrollar su actividad –amparado por las libertades de información y de empresa-, y los derechos de estos últimos a la intimidad, a la propia imagen, a la libertad sindical y al secreto de las comunicaciones. Este viejo conflicto ha resurgido a propósito de la utilización del correo electrónico y de otros servicios que

* Este artículo ha sido elaborado con la colaboración de Carmen Moreno de Toro, Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, España

ofrece la red Internet, como las visitas a determinadas páginas web o la participación en chats, con fines particulares o bien como instrumentos de ocio y esparcimiento que con frecuencia son objeto de medidas disciplinarias.

2. EL DEBATE SOBRE LAS GARANTÍAS POSIBLES

El uso adecuado de la Tecnología de la Información y Comunicación en este mundo globalizado, juega un rol muy importante en la economía de un país, gracias al establecimiento o fortalecimiento de una nueva dinámica de acceso y difusión de la tecnología para el desarrollo económico y social¹. Especialmente el Internet² y el correo electrónico constituyen potentes herramientas que la empresa puede poner a disposición de los trabajadores para optimizar el cumplimiento de su prestación laboral³.

Esta innovación de tecnología supone una transformación tanto en la estructura social como empresarial y afecta todos los ámbitos de nuestra sociedad que incluyen: las relaciones entre Estados, las relaciones en la administración pública, los servicios públicos de interés general, las compañías y empresas. Sobre todo este último componente, con una gran incidencia en el terreno laboral que debe ser regulado por el Derecho del Trabajo.

El debate jurídico nace del enfrentamiento entre el poder de dirección del empleador, que permite medidas de vigilancia y disciplina para el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones; y por otro, el derecho a la intimidad y la comunicación de los trabajadores.

¹ Aquí es importante hacer mención, que el desafío mucho más grave para nosotros se deriva de la propia naturaleza de los cambios en el entorno mundial: la globalización; la rápida y creciente velocidad en que se toman y ejecutan las decisiones y la reorganización periódica casi continua de redes de conocimientos de las corporaciones, gobiernos y sociedades.

² El Internet (International Network of Computer) como instrumento tecnológico permite el acceso a una gama de información que se encuentra en cualquier parte del mundo.

³ Incluso se acepta la notificación judicial por correo electrónico. En el Perú tenemos la Ley 27419 del 25 de enero del 2001 sobre notificación por correo electrónico.

En efecto, en general, el uso de los medios tecnológicos por los trabajadores ha suscitado diversos puntos de conflicto. Por ejemplo, la comunicación entre los trabajadores y sus representantes en la empresa: los sindicatos difícilmente pueden ser controlados por el empresario sin violar el derecho fundamental a la libertad sindical. Además, es usual que no se determinen ni pacten claramente el uso de la computadora conectadas a Internet en los puestos de trabajo, y no se comuniquen las políticas de control y vigilancia previstas, por lo que al detectar usos incorrectos o excesivos del correo electrónico u otros servicios, se toman medidas extremas, e incluso ilegales, sin previo aviso, como abrir los mensajes, registrar el ordenador que utiliza un trabajador o poner filtros. Esto plantea la interrogante sobre el tema si constituye una intromisión ilegítima de la intimidad.

Entonces, ¿debe el trabajador tener acceso a Internet en la empresa para usos no laborales?, ¿cuándo y cómo puede el empresario ejercer su legítimo derecho de control en las redes digitales?, ¿qué límites tiene la instalación de videocámaras en el lugar de trabajo?

La determinación de los límites al control tecnológico del empresario emanado de sus derechos constitucionales a la libertad de empresa y a la libertad de información es una exigencia de la seguridad jurídica que, más que restringir, busca definir el contenido de un derecho que posee el empleador y que puede ejercer legítimamente.

No obstante, en la realidad se presenta, en determinadas circunstancias, un conflicto entre derechos fundamentales de las partes ligadas por la relación laboral. Específicamente, “el conflicto que puede surgir entre las facultades de control a través de los nuevos medios técnicos y, entre otros, el derecho a la intimidad y la dignidad del trabajador, apenas encuentra respuestas en la actual normatividad laboral”⁴. Como bien precisa Carmen Moreno “la utilización de los medios informáticos se ha convertido en un tema central ante el avance de las nuevas tecnologías...”⁵. Por ello, se debe precisar que no son los derechos los que eventualmente

⁴ Rosa M. Morato García, El control sobre internet y correo electrónico en la negociación colectiva, Revista Relaciones Laborales, Nro. 24, diciembre, 2005, pág. 86.

⁵ Carmen Moreno de Toro, Poderes empresariales y uso del correo electrónico por el sindicato: sentencia del Tribunal Supremo del 26 de noviembre de 2001, Revista Temas Laborales de la Universidad de Córdoba, España, Nro. 82, 2005, pág. 226.

chocarían, al igual que no es la tecnología la causante de las injerencias ilegítimas, sino que son las conductas que intentan ampararse en una apariencia de derecho las que colisionan, y es el juez quien debe despejar en cada caso en concreto, luego de ponderar los hechos y contrastarlos con las disposiciones jurídicas existentes, qué conducta está realmente protegida por el derecho que se invoca. Veamos cuáles son las facultades del empleador y los derechos de los trabajadores.

3. FACULTADES DEL EMPLEADOR: CONTROL Y OPTIMIZACIÓN

El control de las comunicaciones efectuadas por el empresario en la empresa, se ha concebido tradicionalmente como una medida defensiva de éste para salvaguardar el patrimonio empresarial si bien, actualmente, los sistemas de comunicación dejan de concebirse como mera herramienta de trabajo y se presentan además, como medio de comunicación en general o bien para ofrecer servicios y productos al mercado en determinados sectores de la actividad en los que el control empresarial de las comunicaciones se manifiesta, en principio, como el único medio posible de evaluar el cumplimiento de la prestación.⁶

⁶ Es ilustrativa la Resolución Nro. 129 de la OIT, Recomendaciones sobre las comunicaciones dentro de la empresa, 1967:

- 1) Tanto los empleadores y sus organizaciones como los trabajadores y sus organizaciones deberían, en su interés común, reconocer la importancia que tiene, dentro de la empresa, un clima de comprensión y confianza mutuas favorable tanto para la eficacia de la empresa como para las aspiraciones de los trabajadores.
- 2) Este clima debería ser favorecido por la difusión e intercambio rápidos de informaciones tan completas y objetivas como sea posible, sobre los diferentes aspectos de la vida de la empresa y de las condiciones sociales de los trabajadores.
- 3) Para promover dicho clima, la dirección de la empresa, previa consulta con los representantes de los trabajadores, debería adoptar las medidas apropiadas para aplicar una política eficaz de comunicaciones con los trabajadores y sus representantes.
- 4) Una política eficaz de comunicaciones debería asegurar que se difundan informaciones y que se efectúen consultas entre las partes interesadas, en la medida en que la revelación de las informaciones no cause perjuicio a ninguna de las partes, antes de que la dirección adopte decisiones sobre asuntos de mayor interés.
- 5) Los métodos de comunicación no deberían menoscabar en absoluto la libertad sindical, ni causar perjuicio alguno a los representantes libremente elegidos de los trabajadores ni a sus organizaciones, ni limitar las atribuciones de los organismos que, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, representan al personal.

Entonces, la verdadera finalidad del empresario al aplicar medidas de control no es conocer o censurar el contenido de mensajes o archivos, sino más bien su preocupación radica en la optimización productiva y evitar el consumo descontrolado de sus recursos y la pérdida de horas de trabajo, y mantener la propia seguridad de la información contenida en sus sistemas informáticos;⁷ razón por la cual el control tecnológico del empleador debe indicar claramente los límites dentro de los cuales se encontrarían, a nuestro juicio, los derechos fundamentales de los trabajadores. No obstante, en muchos casos, los nuevos sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, por el vacío legal, entran en conflicto con los derechos de los trabajadores, tanto como personas como en su actividad laboral.

Como hemos apreciado, el justificado control que ejerce el empleador en su empresa, obedece principalmente a una necesaria política de optimización productiva. Además, el estado actual de la tecnología permite cubrir uno de los aspectos básicos para el desarrollo de la actividad empresarial: la seguridad de los sistemas informáticos. Tal es su importancia, que en ocasiones se impone como una obligación legal o reglamentaria para resguardar la información y garantizar su confidencialidad, integridad, disponibilidad y verificabilidad. Asimismo, la protección del patrimonio empresarial en cuanto al uso indebido o abuso del correo electrónico o del Internet por parte del trabajador, puede justificarse en cuanto afecta el rendimiento y productividad del trabajador, el peligro de la existencia de virus y software maliciosos, fuga de información corporativa, el costo de acceso a páginas web, etc.

A partir de estas consideraciones es posible mencionar algunas medidas utilizadas para realizar el control de las comunicaciones y los sistemas al interior de una empresa. Las hay básicas, como la instalación de programas, de identificadores de usuarios basados en contraseñas o tarjetas de acceso, y otras más complejas, como la utilización de cortafuegos para controlar los ingresos y salidas de datos en una red, la identificación por técnicas biométricas o firmas digitales, o el cifrado de las

⁷ Según la sentencia del Tribunal Superior Español del 19 de julio de 1989, no se impide a los empresarios supervisar a sus trabajadores, "pues lo contrario supondría vaciar de contenido el derecho de dirección que incumbe a la empresa".

comunicaciones⁸. También existen mecanismos para identificar los accesos no autorizados y controlar los riesgos de seguridad y adoptar medidas correctivas, especialmente contra los delitos informáticos⁹.

Con estas medidas tecnológicas, el empresario puede comprobar si el trabajador cumple o no con sus deberes laborales básicos y realiza el trabajo convenido. Además, le permiten controlar la productividad y utilización de los recursos, supervisando de forma rutinaria la actividad de los trabajadores. Igualmente, con ellos puede velar por la custodia de secretos profesionales y generar pruebas que lo protejan frente a posibles responsabilidades de la empresa por conductas de sus empleados¹⁰. Bajo esta perspectiva, en el Perú, se puede calificar la conducta del trabajador como causal del despido justificado, como una disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de sus labores, según el artículo 25 inciso d) del Decreto Supremo Nro. 003 - 97- TR, TUO del Decreto Legislativo Nro. 728.

Lo anterior fundamenta la vigilancia del empresario, el cual se puede apoyar, incluso, en la implementación de instrumentos de monitorización laboral, pero respetando el principio de proporcionalidad e intervención mínima. Es decir, los medios deberán ser adoptados de forma equilibrada, justa y proporcional, pero garantizando el resultado que se pretende¹¹.

⁸ Existen medios de protección en Internet como los programas de encriptación, certificados digitales, filtros, cortafuegos, etc. Al respecto ver el artículo de Juan Francisco Arana Chalco, El derecho a la intimidad y el avance de la informática, en Normas Laborales, Tomo 358, marzo 2006.

⁹ Los delitos informáticos son definidos como todo ilícito penal llevado a cabo a través de medios informáticos y que está íntimamente ligado a los bienes jurídicos relacionados con las tecnologías de la información o que tiene como fin estos bienes. Pueden ser: ataques que se producen contra el derecho a la intimidad; infracciones a la propiedad intelectual a través de la protección de los derechos de autor; falsedades; sabotajes informáticos mediante la destrucción o alteración de datos, programas o documentos electrónicos contenidos en redes o sistemas informáticos; fraudes informáticos a través de la manipulación de datos o programas para la obtención de un lucro ilícito y amenazas, calumnias o injurias por cualquier medio de comunicación.

¹⁰ Sobre la responsabilidad de los empleadores por la conducta de sus trabajadores ver el libro de Carmen Moreno de Toro, La Responsabilidad Civil del Empresario por Actos de sus Empleados, Ed. CES, Madrid, diciembre de 1999.

¹¹ Monserrat Hernández Rubio, Revista de Derecho Informático. La legitimidad del control tecnológico del empleador sobre el trabajador. www.alfa-redi.org/rdi-articulo.

Sin perjuicio de ello, si el empresario estima como oportunas estas medidas para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes del trabajador, debe circunscribirlas a un ejercicio que respete la dignidad humana. Sin embargo, no deja de ser un caso controvertido, especialmente el uso del correo electrónico personal por parte del trabajador en horas de trabajo, lo que es considerado, incluso, como causal de despido¹².

No obstante, la jurisprudencia presenta casos en uno y otro sentido, según se opte por la facultad de dirección y control del empleador o se priorice el derecho a la intimidad del trabajador¹³.

Finalmente, cabe agregar que los actuales sistemas de control y vigilancia no están diseñados para vulnerar derechos fundamentales y libertades públicas. Son las conductas reflejadas en los procedimientos de utilización y en las políticas empresariales de control y dirección, las que pueden llegar a ser excesivas y desproporcionadas, atacando directamente la intimidad, las libertades y la dignidad del trabajador. Por eso, el correcto funcionamiento de la empresa no puede ser utilizado como argumento para conculcar arbitrariamente derechos, puesto que el poder

¹² Así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña No 5886/2000 (Sala Social), del 5 de julio del 2000, avala el despido de un trabajador por utilizar correo electrónico para uso personal: "Es cierto que el artículo 18.3 de la CE garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial, y que el artículo 11.1 de la LOPJ señala que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, pero en el presente caso no se ha vulnerado los derechos o libertades fundamentales, al secreto de las comunicaciones, ya que no nos encontramos en presencia de una correspondencia privada entre particulares cuyo secreto debe ser preservado, sino ante una utilización indebida de medios e instrumentos de la empresa para fines ajenos a los estrictamente laborales, pudiendo la empleadora ejercer un control sobre la forma de utilizar tales medios, que son de su propiedad, así como sobre la propia actividad laboral del trabajador, y en este sentido el artículo 20.3 del ET (RDCL 1995, 997) señala que el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana. Sobre esta misma cuestión, se dice en el hecho probado cuarto de la sentencia que todos los trabajadores de la empresa conocen que los correos electrónicos se graban. Asimismo, se afirma en el fundamento de derecho tercero, con valor de hecho probado, que los trabajadores de la empresa tienen conciencia de que los medios informáticos son exclusivos de la empresa y que todos los correos son grabados, siendo habitual por otro lado el acceso por otros trabajadores a terminales de otros compañeros".

¹³ Como veremos en el punto 6 y 7 con las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Superior de Justicia de España.

de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, no es en ningún caso ilimitado.

4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

Aquí es bueno preguntarse ¿de qué garantías o seguridades disponen los individuos para la tutela de sus derechos fundamentales frente al Estado o a la empresa, sobre todo ahora que una nueva tecnología se ha incorporado vertiginosamente al mundo empresarial? Esas garantías pueden ser sociales, políticas o jurídicas, privilegiándose las garantías sociales por entender que “todas las fuerzas de la civilización obran constantemente para crear y desarrollar el derecho que es un fin humano y social. Esas fuerzas y esos poderes sociales constituyen la garantía más fuerte de su validez; las otras fuerzas le darán sólo el máximo de su eficacia, pero es ese complejo de fuerzas sociales el que en verdad da la mayor garantía de validez al ordenamiento jurídico”¹⁴.

Esta es una afirmación que se entroniza con la contemporánea tendencia del enfoque centrado en derechos. Este enfoque radica en el hecho que no se limita a

“los derechos reconocidos en la legislación laboral vigente, ni a la tarea de establecer nuevos derechos jurídicos mediante leyes nuevas. El marco que se establece, parte de la idea de que existen algunos derechos fundamentales que deben reconocerse aunque no estén proclamados en la legislación porque son consustanciales a toda sociedad decente”¹⁵.

Con este objetivo, se busca asegurar que una empresa haga un uso más eficiente de las nuevas tecnologías de información y comunicación como recursos para proveer servicios de calidad, accesibles, seguros y oportunos a ella misma y ciudadanos en general y mejorar su propia eficiencia interna¹⁶.

¹⁴ Aníbal Barbagelata, *Derechos fundamentales*. FCU. 1977, pág. 43-44.

¹⁵ Amartya Sen. *Trabajo y derechos*. Revista Internacional del Trabajo, vol. 119/2 pág. 133.

¹⁶ En la sentencia del Tribunal de Grande Instance de París del 9 de abril de 2001, en el caso Marks y Spencer, se señala que el empresario debe proporcionar una información sincera, leal y completa. Asi-

Para ello, se requiere considerar un concepto jurídico que se encuentra inmerso en toda esta problemática y es el referido al de intimidad cuya procedencia histórica la encontramos en el siglo XIX en los EE.UU en 1873, el Juez Thomas A. Cooley, en su obra *The Elements of Torts*, lo definió como *the right to be let alone* (el derecho a ser dejado en paz o a ser dejado solo); es decir, el derecho que cada individuo tiene de permanecer aislado, de permanecer solo.

Luis García San Miguel¹⁷ nos indica que definamos la intimidad, con la posibilidad de que algo de lo que hacemos o lo que somos (sean cuales sean los confines de ese algo) no sea conocido por los demás y, si fuera conocido por algunos, éstos no lo den a conocer a otros. Para Esther Sánchez Torres¹⁸, la intimidad puede manifestarse como soledad (de orden físico, excluye cualquier contacto material); anonimato (que implica la falta de identificación); o reserva (que supone la consideración de una barrera psicológica frente a intromisiones).

Miguel Ángel Davara Rodríguez¹⁹ define privacidad como término al que podemos hacer referencia bajo la óptica de la pertenencia de los datos a una persona - su titular- y que en ellos se pueden analizar aspectos que individualmente no tienen mayor trascendencia, pero que al unirlos a otros pueden configurar un perfil determinado sobre una o varias características del individuo que éste tiene derecho a exigir que permanezcan en su esfera interna, en su ámbito de privacidad.

La intimidad personal y familiar es usualmente definida como aquel espacio en que el individuo y su familia mantienen en reserva, lejos del conocimiento, ojos y oídos de extraños, actividades o comportamientos que no son socialmente relevantes o que carecen de interés público. Tal esfera, según el derecho, debe preservarse libre de intrusiones de extraños. Se trata del espacio vedado, cerrado, oculto, prohibido que cada cual posee y que, por tanto, genera curiosidades mutuas que

mismo, en el Libro Verde de la Comisión de la UE, en el marco de la responsabilidad social de las empresas, se valora las iniciativas a intercambiar buenas prácticas de las empresas con sus trabajadores.

¹⁷ Luis García San Miguel Rodríguez - Arango, *Estudios sobre el Derecho a la Intimidad*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1992.

¹⁸ Esther Sánchez Torres, *El derecho a la intimidad del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Relaciones Laborales nº 20, Octubre 1997, págs. 95 a 124. Madrid.

¹⁹ Miguel Ángel Davara Rodríguez. *Manual de Derecho Informático*, Aranzadi Editorial, Pamplona, España. 1997.

dan pie a un mercado en el que se comercian informaciones conseguidas mediante intromisiones²⁰.

Citando a Bobbio,²¹ “nuestra vida se desenvuelve dentro de un mundo de normas. Creemos ser libres, pero en realidad estamos encerrados en una estrechísima red de reglas de conducta, que desde el nacimiento hasta la muerte dirigen nuestras acciones en esta o en aquella dirección”. Pues bien, el pequeño resquicio que deja abierto ese sistema de reglas de conducta, es ocupado por la intimidad personal y familiar²².

Entonces, en general, los avances tecnológicos, como ya hemos señalado, que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente con el uso del Internet, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental que extienda la protección a esos nuevos ámbitos en cuanto al uso de esos medios tecnológicos por parte del trabajador a nivel individual y a nivel colectivo por parte de los trabajadores organizados²³. Por tanto, y en cuanto a los derechos del trabajador, queda claro que el derecho fundamental que se ve más vulnerado con los medios informáticos de la empresa es el derecho a la intimidad. Esto nos permite plantearnos no ya si el trabajador puede recibir información sindical a través de medios que el empresario le ha facilitado y el sindicato a mandarlos, sino si el mismo empresario está habilitado para acceder al contenido de los mensajes que el trabajador recibe y emite²⁴.

Contiene una especial protección de las comunicaciones, en el mundo laboral, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas. Así, encontramos una

²⁰ El Tribunal Constitucional Español considera que “cada persona (puede) reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio” (STC 134 / 1999). Y ha destacado que el elemento de la libertad y de las posibilidades de autorización del individuo” (STC 202/1999).

²¹ Norberto Bobbio, *Teoría general de la política*. Editorial Trotta, Madrid, 2003.

²² Como bien se señala “ese derecho de no injerencia, de aislarse, de ser desconocido, de que los demás no sepan, no indaguen lo que somos o lo que hacemos, o incluso, lo que pensamos y creemos, lo que se conecta con la libertad ideológica, religiosa y de conciencia, asegura un ámbito reservado de la vida personal y familiar inaccesible a los demás”(Editorial de la Revista Relaciones Laborales, Nro. 8, abril, 2004).

²³ La Confederación Europea de Sindicatos (CES) en octubre del 2000, en Bruselas, en su informe anual, reivindicó el derecho a la información y participación de los trabajadores en las nuevas tecnologías.

²⁴ Carmen Moreno de Toro, artículo citado, pág. 227.

parte de la doctrina²⁵ que afirma que el derecho fundamental que protege la utilización del correo electrónico en la empresa, se encuentra no dentro del derecho al secreto de las comunicaciones, sino dentro del derecho a la intimidad del trabajador que a su vez se establece como límite al poder de dirección empresarial. La empresa no puede, por tanto, acceder de manera absoluta al conocimiento de todo lo que realiza el trabajador, puesto que en el centro de trabajo los derechos fundamentales del trabajador no se pierden, existen, hay que respetarlos. Entre estos derechos se encuentra el derecho a la intimidad de los trabajadores.

5. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Nuestro ordenamiento jurídico, en este momento, no ofrece una regulación específica sobre el control del empleador de los medios informáticos en las empresas y los derechos de los trabajadores, que responda la demanda de la realidad social²⁶. No obstante, en el artículo 2 de la Constitución Política de 1993 se establece que toda persona tiene derecho: “a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afectan la intimidad personal y familiar” (inciso 6), “al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias” (inciso 7). Asimismo, de manera taxativa en este aspecto, el artículo 23 establece que “ninguna relación

²⁵ Inmaculada Marín Alonso, El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones. Valencia, España, 2004, Tirant lo Blanch.

²⁶ En cuanto al correo electrónico comercial, promocional o publicitario no solicitado tenemos la Ley Nº 28493 del 18 de marzo del 2005, que “Regula el envío de comunicaciones comerciales, publicitarias o promocionales no solicitadas, realizadas por correo electrónico, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones vigentes en materia comercial sobre publicidad y protección al consumidor” (art. 1). Se señala en que casos en correo electrónico comercial no solicitado será considerado ilegal (art. 6). Esta ley es reglamentada por el D.S. Nro. 031 – 2005 – MTC, publicado el 4 de enero del 2006. Por otro lado, existen varios proyectos de ley, siendo el más completo el proyecto Nro. 7355 del 23 de junio del 2003, del congresista Alcides Chamorro, sobre la regulación del uso del correo electrónico en el ámbito laboral. El mencionado proyecto se pronuncia por las relaciones a partir del trabajo y el mail de la empresa en que el trabajador presta sus servicios. Establece que “el trabajador debe ser expresamente advertido de las condiciones del uso legítimo del correo electrónico y de que no puede utilizarlo para fines distintos a los que encomienda el contrato de trabajo”(art. 1).

laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

Además, este postulado es concordante con lo establecido en el artículo 37 de la Ley 28237, Código Procesal Constitucional del 31 de mayo de 2004, donde se señala que el amparo procede en defensa de los siguientes derechos: “De información, opinión y expresión” (inciso 3), “de la inviolabilidad y secreto de los documentos privados y de las comunicaciones”(inciso 6).

Es decir, el derecho a la intimidad reconocido constitucionalmente ha establecido la prohibición de suministrar información que afecte a la intimidad personal y familiar por parte de los servicios informáticos como producto de los avances tecnológicos de los sistemas informáticos. Además, toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

La constitucionalidad del derecho a la intimidad personal y familiar tiene elementos similares en las experiencias latinoamericanas, tal como podemos observar en el siguiente cuadro.

**Derecho a la intimidad
En algunas constituciones latinoamericanas**

BRASIL	Artículo 5º. Es inviolable la intimidad (inc.x), Es inviolable el secreto de las comunicaciones (inc. XI).
COLOMBIA	Artículo 15º Toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre y el Estado debe respetarlos ...la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables.
ECUADOR	Artículo 19º inc 3º Se protege el derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar.
PANAMÁ	Artículo 29.- La correspondencia y los documentos privados son inviolables y no pueden ser ocupados o examinados sino por disposición de autoridad, mediante formalidades legales.
PARAGUAY	Artículo 36.-El patrimonio documental de las personas es inviolable. Los impresos, la correspondencia, los escritos, las comunicaciones, las colecciones, los testimonios, sus copias, no podrán ser examinados o reproducidos.
PERÚ	Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: a la intimidad personal y familiar, al honor y a la buena reputación. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.
URUGUAY	Artículo 28.- Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables.
VENEZUELA	Artículo 63 .- Se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas.

La doctrina constitucional no concede el mismo valor a los dos intereses, los derechos fundamentales de los trabajadores y el poder de dirección del empresario, basado en otro derecho, el de libertad de empresa, al exigir que cualquier limitación a los derechos fundamentales supere el juicio de proporcionalidad. Si falla alguno de estos requisitos acumulativos, el derecho fundamental de que se trate queda protegido frente al poder de dirección empresarial.

Así tenemos, en la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano que se pronunció sobre el correo electrónico en materia laboral en los siguientes términos:

“Sobre este particular, queda claro que aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado. En efecto, conforme lo establece el artículo 2º, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo”.

En el caso de España, país en donde más se ha desarrollado el tema mencionado, tenemos las sentencias de los Tribunales de Justicia de España ante medidas de control empresarial que se detallan. Pero es difícil afirmar que exista sobre el tema

una doctrina uniforme en las sentencias; ellas reflejan sólo el criterio mayoritario de los distintos pronunciamientos²⁷.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cataluña (21,09,2004)

“Del examen de la doctrina se deduce que en estos supuestos colisionan el derecho de la empresa al control de la actividad del trabajador (arts. 18 y 20 del Estatuto de los Trabajadores) con el derecho a la intimidad personal del mismo, garantizado, por el artículo 18-1 de la Constitución española, implicando un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, que no se pierde cuando se realicen trabajos por cuenta ajena (s.TS de 5-12-2003) como lo ponen de manifiesto los art. 4-2 e) y 20-3 del citado Estatuto de los Trabajadores. Reflejo de este último derecho es el secreto de las comunicaciones y en concreto cuando éstas se produzcan por medio de correo electrónico a través de ordenador puesto a disposición del trabajador como herramienta o instrumento de trabajo por el empresario y su utilización se lleva a cabo con fines estrictamente personales o extraproductivos en horario de trabajo”.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Galicia(21/11/2003)

“Tampoco cabe tildar de ilícita o atentatoria contra el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que aquélla pretende atribuir a la prueba relativa a la investigación llevada a cabo por la empresa en el PC que la actora tenía asignado y utilizaba en su lugar de trabajo, pues conviene tener presente que, aun cuando el artículo 18.3 de la Constitución Española (NSL000003) garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial de las postales, telegráfica y telefónica, salvo resolución judicial, en tanto que en el artículo 11.1 de la LOPJ se refiere que las pruebas obtenidas con vulneración de derechos o libertades fundamentales no surtirán efecto, no cabe olvidar que, a tenor de las actuaciones llevadas a cabo en el presente supuesto fáctico, pero en el presente caso no se ha vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no es dado aseverar que se constate una situación conculcadora de los referidos preceptos, al evidenciarse la concurrencia de una indebida e ilícita utilización, con finalidad ajena y diferente a la estrictamente laboral, de elementos o instrumentos de trabajo facilitados por la empresa a la trabajadora, siendo innegables las facultades de la patronal en relación

²⁷ Por otro lado, actualmente no existen normas destinadas a armonizar las legislaciones de los distintos Estados miembros de la UE que impongan unas pautas sobre el uso del correo electrónico en la empresa.

con los controles que puede llevar a cabo acerca del uso o forma de uso que la empleada haga de tales medios e incluso sobre el desarrollo de la actividad y rendimiento de ésta en su jornada laboral, sin duda, afectada y reducida por las «ocupaciones» extralaborales a que se refiere el relato histórico, singularmente, el hecho probado noveno, y la fundamentación jurídica, de la resolución impugnada, en especial el fundamento segundo in fine.”

Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía (9/5/2003)

“Cuando nos referimos a medios o sistemas de comunicación de la empresa, el proceso a través de ellos no permite considerar al empresario como ajeno, de manera que no existe la penetración desde el exterior que la norma constitucional impide. Cuestión distinta sería que el empresario autorizase al empleado su uso por motivos distintos del trabajo o que fuese un medio propio o dentro de la esfera de disposición del trabajador, pues en este caso sería aquél un mero tercero no facultado para la intromisión, sino sólo legitimado, si es perjudicado por conductas graves del trabajador, de relevancia penal, para su denuncia, siendo el proceso penal el marco adecuado para que se dicte resolución judicial motivada que permita la investigación del correo electrónico. Por último, no obstante lo anterior, si el empresario investiga en ordenadores propios el correo de los empleados y revela el contenido de sus comunicaciones, puede merecer el reproche de quien revela cualquier comunicación propia si el contenido afecta a la intimidad del trabajador, esto es, no vulneraría el artículo 18.3 de la C.E., pero sí puede atacar al derecho reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española. Ello sucedería cuando la comunicación conocida carece de toda relevancia a los fines disciplinarios u organizativos y se refiere a datos personales, físicos, económicos, familiares o profesionales propios de la intimidad del trabajador.”

Esto nos demuestra que no estamos ante una ausencia de respuesta jurídica, sino que la falta de preceptos reguladores de estas nuevas realidades, propicia inevitablemente la judicialización de estos conflictos. En este caso, la labor de los tribunales se convierte en fundamental para empezar a dar respuestas y establecer criterios respecto a las múltiples cuestiones que se suscitan en la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral, a la espera de una regulación al respecto.

6. POSIBILIDADES Y LÍMITES

Las diversas consideraciones expuestas a lo largo del presente trabajo han fundamentado la necesidad de regular este ámbito concreto, las facultades del empleador y los derechos de los trabajadores, puesto que “la aparición de las nuevas

tecnologías de comunicación e información y su empleo en el centro de trabajo, si bien no ha modificado la naturaleza de poder de verificación de la actividad laboral, sí podemos afirmar que ha alterado el modo en que éste se manifiesta y ha puesto de gran actualidad la tutela de los derechos de la persona del trabajador”²⁸.

Además, téngase presente que los derechos fundamentales se encuentran sometidos a relaciones de coordinación, no de subordinación, formando un sistema que conduce a albergar derechos equilibrados entre sí, que no hace necesaria la existencia de jerarquías de derechos, e impide que se anulen mutuamente. Dicho sistema encuentra explicación en los propios derechos constitucionales, que al ser inherentes a la dignidad de la persona no pueden desconocer que el ser humano es básicamente una unidad. Por lo tanto, ni la capacidad de control del empresario es absoluta, ni los derechos del trabajador son ilimitados. De hecho, ambos derechos se encuentran sometidos al principio jurídico de buena fe contractual²⁹.

Es decir, no podemos dejar de mencionar el papel de la buena fe en el ejercicio de los derechos fundamentales y la prohibición del abuso del derecho. En el primer caso, interesa destacar que los derechos deben ser ejercidos conforme a las exigencias de la buena fe, según unas determinadas pautas de comportamiento sobreentendidas que no pueden ser ignoradas si se quiere comprender el funcionamiento de un sistema jurídico.

En el segundo supuesto, la ley no ampara el abuso del derecho. Es más, resulta ilógico que su ejercicio, que representa para los demás un deber moral de abstención o de actuación, pueda realizarse con abuso. El respeto incondicionado del propio derecho sólo puede ser racionalmente exigido en la medida en que su ejercicio se haga ateniéndose a pautas de comportamiento conformes con las exigencias de una convivencia que garantice los derechos de los demás y la paz social. Esto, sin duda, va más allá de las actuaciones que constituyen delitos, porque se refiere a situaciones en que queda fuera del ejercicio legítimo la acción que de manera desproporcionada e irrazonable, de forma intempestiva de cualquier otra solución, podría haber causado un grave daño a otro.

²⁸ Rosa M. Morato García, Doc.cit, pág 88.

²⁹ Ver mi artículo El deber de buena fe del trabajador: faltas graves derivadas de su trasgresión, en Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez, Ed. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004.

En otras palabras, aparte de la discusión doctrinal que existe al respecto, lo que es indudable es que en la época actual ha aumentado considerablemente la información de la que se puede disponer acerca de una persona, y que ésta tiene derecho a que esté protegida con una serie de garantías jurídicas frente a la intromisión de los demás, hecho que últimamente es más frecuente por la aparición de la Informática³⁰. Por ello, no podemos dejar de lado que una de las relaciones más importantes en cualquier sociedad, por el carácter social y económico que poseen en las oportunidades de desarrollo individual y colectivo, es la relación laboral, la cual ha sido siempre un escenario donde entran en juego diversos derechos constitucionales en busca de un ansiado equilibrio.

Mediante esta relación laboral, el trabajador se obliga a prestar personal y directamente sus servicios por cuenta de un patrono o empleador y, con tal fin, a permanecer personalmente a disposición de éste precisando que en el contrato de trabajo, el trabajador pone a disposición del empresario la fuerza de su trabajo, pero no su persona³¹, quien se obliga, a cambio, de mantener las condiciones ambientales y de higiene y seguridad para garantizar a ese trabajador el bienestar, la salud y la vida, y a pagarle el salario estipulado³².

El trabajador, al ser contratado, se inserta dentro del poder organizativo y disciplinario del empresario y queda sometido a las instrucciones, órdenes, controles y sanciones de su superior jerárquico, lo que no supone una limitación de sus derechos fundamentales como ciudadano. Es decir, la tutela al trabajador es como persona y como ciudadano, salvaguardando su libertad, su dignidad y su integridad física y moral.

³⁰ Es tal la importancia de este derecho, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene, acerca de las dimensiones de la libertad de expresión que “ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios(...)” (Bases y aportes para una Constitución de América Latina y el Caribe, Ed. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2006).

³¹ Bruno Veneziani, *El Derecho del Trabajo entre tradición y renovación*. En “Evolución del pensamiento juslaboralista”. Montevideo: FCU. 1997.

³² Rafael Alfonso Guzmán, *Estudio analítico de las leyes de trabajo venezolano*. Ediciones Libra, Caracas. 2da. Edición. 1985.

Los derechos fundamentales del trabajador en la empresa, sólo podrán limitarse, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva. El ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador, no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél.

En definitiva, pese a que aún no se puede hablar de un derecho en este ámbito, sí está siendo objeto de regulación por las partes de la relación laboral a través de la negociación colectiva. Así tenemos, en el caso español, “es el convenio colectivo de la empresa UNIPREX (...). De manera similar se regula esta cuestión en el convenio colectivo de la empresa Telefónica de España que asegura el derecho al empleo de la mensajería electrónica como sistema de comunicación entre trabajadores, sindicatos y comités de empresa”³³.

Y como bien afirma Carmen Moreno, al analizar la Sentencia del Tribunal Superior español del 26 de noviembre de 2001, “hay que tener en cuenta que la inclusión del trabajador como parte de la relación laboral no le priva de sus derechos constitucionales y en especial de los fundamentales; como lo ha establecido el Tribunal Constitucional”³⁴.

Es decir, en las negociaciones colectivas se podrían precisar “la manera de utilización de estos medios, ya por los trabajadores, ya por los representantes de los trabajadores, para fines de acción sindical en la empresa o fuera de ella, el fin para el que está destinado el correo electrónico y, a la vez, el posible control que pudiera tener el empresario ...”³⁵. El 7 de noviembre último el Tribunal Constitucional español, en la Sentencia Nro. 281/2005 (primera sala), se pronunció de la siguiente forma:

“En conclusión, sobre el empresario pesa el deber de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical siempre tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respeten los límites y reglas de uso que a continuación enun-

³³ Rosa Morato García, Doc. Cit. Pág. 113.

³⁴ Carmen Moreno de Toro, Doc.cit, pág 227

³⁵ Carmen Moreno de Toro, Doc.cit. pág 235

ciaremos cuyo cumplimiento deberá examinarse en cada caso. En tales condiciones no puede negarse la puesta a disposición, ni puede unilateralmente privarse a los sindicatos de su empleo, debiendo acudir al auxilio judicial si con ocasión de su utilización el sindicato llega a incurrir en excesos u ocasionar perjuicios, a fin de que aquellos sean atajados y éstos, en su caso, compensados”.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANA CHALCO, Juan Francisco, El derecho a la intimidad y el avance de la informática, en Normas Laborales, Tomo 358, marzo 2006.
- BOBBIO, Norberto. Teoría general de la política, Ed. Trotta, Madrid, 2003.
- BARBAGELATA, Aníbal. Derechos fundamentales, FCU, 1977.
- SEN, Amartya. Trabajo y derechos, Revista Internacional del Trabajo, Vol. 119/2.
- CHACARTEGUI JÁVEGA, Consuelo. El correo electrónico como instrumento de información, consulta y participación de los trabajadores en las empresas, en Relaciones laborales, Nro. 8, Abril 2004.
- DÁVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. Manual de Derecho Informático, Ed. Aranzadi, Pamplona, España, 1997.
- GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ – ARANGO, Luis. Estudios sobre el derecho a la intimidad, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- HERNANDO DE LARRAMENDI, Álvaro. Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo, La Ley II, Madrid, 2003.
- LAGUNA QUIROZ, Rosa, El trabajo en la era digital: análisis de la relación contractual, Normas Laborales, Tomo 352, septiembre, Lima, 2005.
- MARTINEZ LOPEZ, Francisco, Luna Huertas Paula y otros. Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, La Ley I, 2003.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio y García-Murcia, Joaquín. Defensa de intereses personales y profesionales del trabajador en la ejecución del trabajo, en Tratado práctico del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ed. Aranzadi, Navarra, España, 2002.

- MARÍN ALONSO, Inmaculada. El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2004.
- MORATO GARCIA, Rosa. El control sobre el Internet y correo electrónico en la negociación colectiva, en Relaciones Laborales, Nro. 24, diciembre, Madrid, 2005.
- MORENO DE TORO, Carmen. Poderes empresariales y uso del correo electrónico por el sindicato, en la Revista Temas Laborales de la Universidad de Córdoba, España, Nro.82, 2005.
- SÁNCHEZ TORRES, Esther. El derecho a la intimidad del trabajador en la Ley de prevención de riesgos laborales, en Relaciones Laborales, Nro. 20, Octubre, Madrid, 1997.
- VELÁSQUEZ VÉLIZ, Hugo Illitch, Derechos fundamentales de los trabajadores: el poder de dirección del empleador y el uso del correo electrónico, en la Revista Derecho Laboral,
- ZAA ADDAD, Abelardo José. El uso del correo electrónico en la empresa bajo la perspectiva del Derecho Laboral Venezolano, en Estudio Analítico de las leyes de trabajo venezolano, Ed. Libra, Caracas, 1985.