

De la protección constitucional de derechos laborales inespecíficos

La intimidad del trabajador ¿está preparado el TC frente a las nuevas tecnologías?

Milagros Edith Vivas Ponce

Estudiante de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

1. INTRODUCCIÓN

La propagación de los nuevos avances telemáticos e informáticos para facilitar diversas prestaciones de servicios ha traído consigo una serie de repercusiones en materia laboral. En este contexto, la protección constitucional de la vida privada o intimidad de los trabajadores, derecho inespecífico laboral, ha adquirido creciente importancia en las recientes resoluciones expedidas por el Tribunal Constitucional, y ello en la medida en que se ha producido el desarrollo de la tecnología de la información¹.

La incidencia de los avances tecnológicos, en las relaciones laborales se aprecia especialmente en dos aspectos: la forma de trabajar y los medios de control empresarial de dicho trabajo. En la actualidad la prestación de servicios se ve influida por mecanismos telemáticos de comunicación (Internet, correo electrónico), asimismo, el empresario tiene a su disposición una variedad de instrumentos tecnológicos que le permiten ejercer más cómoda y eficazmente su poder de dirección y disciplina en la empresa (videocámaras por ejemplo).

¹ Prueba de ello es que la protección de la privacidad de los trabajadores fue tema de discusión en la reunión de Jueces de Cortes Europeas del Trabajo que tuvo lugar en La Haya, en 1996. Sin embargo, la evolución que ha habido desde entonces en la práctica y en materia jurídica justifican un nuevo examen del asunto.

Toda esta vertiginosa proliferación tecnológica en la prestación de servicios ha traído una nueva clase de conflictos laborales, reflejados, por una lado, en los límites del uso extralaboral de estos medios tecnológicos por los trabajadores y el control empresarial de dicho uso; y por otro lado, en la utilización de nuevas tecnologías como parte del poder de dirección y vigilancia del empresario y su limitación en función de los derechos de los trabajadores. En definitiva, se trata de conflictos a los que, a falta de regulación normativa, el Tribunal Constitucional debe dar solución y que generan debate sobre la vida privada del trabajador en el seno de la empresa.

Ahora bien, ¿está preparado el Tribunal Constitucional peruano para ir a la par de esta clase de situaciones o resultara desbordado por el empleo de estos medios tecnológicos? La realidad es que la falta de preceptos normativos específicos, la aún escasa atención al tema y el insuficiente desarrollo que los pronunciamientos del TC le han otorgado a este asunto, propiciarían un incremento de la judicialización de este tipo de conflictos.

2. PUNTO DE PARTIDA: ¿QUÉ SON LOS DERECHOS LABORALES INESPECÍFICOS?

En principio, parecería ser que hablar de estas definiciones no tendría mayor repercusión a los efectos de este trabajo; sin embargo su tratamiento tiene importancia al momento de determinar si se aplican como límites o restricciones a las facultades que ostenta el empleador en el seno de una relación laboral.

En tal sentido, pasaremos a explicar los derechos laborales específicos, para luego diferenciarlos de los derechos laborales inespecíficos y buscar un sustento para la protección de estos dos tipos de derechos laborales a los que, por ser tales, les corresponde una efectiva protección constitucional.

Así, siguiendo a Palomeque López y Álvarez de la Rosa, «los derechos laborales específicos tienen su origen específico o razón de ser (exclusiva o principalmente) en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que no es posible técnicamente

su ejercicio fuera de las mismas. La relación de trabajo, activa o como referencia pretérita o de futuro, se convierte de este modo para aquéllos en presupuesto insoslayable de su nacimiento y ejercicio»². Es decir, son derechos que se dan en el marco de una relación laboral y que fuera de ella no podrían ser ejercidos. En cambio, los derechos laborales inespecíficos, a decir de Palomeque (cuya definición tomamos por parecernos la más completa), «son otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales (que) pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laborales sobrevenidos. Se produce una ‘impregnación laboral’ de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo»³.

Ciertamente, tal como lo advierte Valdes dal Re, «son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer»⁴. Precisamente, dentro de estos derechos laborales inespecíficos se encuentra, entre otros, el derecho a la intimidad del trabajador, el cual trataremos como base para determinar el rol que está cumpliendo el Tribunal Constitucional (TC) en la protección constitucional de los derechos laborales inespecíficos.

En resumidas cuentas, en la actualidad, aún existen problemas en torno a cómo los derechos fundamentales (específicamente los no laborales) «se integran» en la relación de trabajo y cuáles son los límites que debe imponerse a esos derechos fundamentales en función al respeto de otros derechos fundamentales del empleador.

² PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y Manuel ALVAREZ DE LA ROSA. Derecho del Trabajo. Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 2001. p. 147.

³ Ibid. p. 147-148.

⁴ VALDES DAL RE, Fernando. Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador. En: Libro Informes Generales. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo, 2003. p. 47.

Sin embargo, sobre el particular, concordamos con lo establecido por Cortés cuando afirma que «en esta evolución de derechos fundamentales, específicos laborales o no, resulta de suma importancia considerar que esos derechos no están subordinados a las facultades que tiene el empleador al interior de la empresa, sino que en cuanto colisionen con las mismas, deberá de utilizarse las herramientas jurídicas necesarias para limitar al mínimo ambos derechos, de tal manera que la restricción y, por ende, el sacrificio que se realice, sea el mínimo indispensable»⁵.

3. CONTROL DEL EMPLEADOR MEDIANTE SISTEMAS TECNOLÓGICOS

En el ordenamiento peruano no existe una prohibición general que impida que el empleador instale aparatos audiovisuales, electrónicos u otros mecanismos para vigilar a distancia el trabajo⁶. Antes bien, pareciera que se reconoce al empresario el derecho de adoptar las medidas oportunas para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales por los trabajadores. Sin embargo, en el derecho comparado, autores como GOÑI SEIN, han recalcado el riesgo de que exista un avasallamiento en la esfera privada del trabajador, en otras palabras, una vulneración a su derecho a la intimidad personal.

3.1. Facultades o poderes empresariales

Desde que Millerand esbozara la idea de erradicar las empresas virreynales por ser incompatibles con los logros democráticos de las sociedades contemporáneas, ha existido un constante esfuerzo por medir los poderes omnímodos, que en nombre del derecho de propiedad, enfrenta el empleador en las relaciones individuales de trabajo.

⁵ CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional. En: Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en materia Laboral y provisional. Lima: Academia de la Magistratura, 2004. p. 74.

⁶ Esto marca una clara diferencia con el ordenamiento italiano, ya que el artículo 4 del Statuto del Lavoratori prohíbe expresamente la instalación de medios audiovisuales y de otros aparatos con finalidades de control a distancia de la actividad laboral, salvo que tal instalación responda a las peculiares características organizativas, productivas o de seguridad en la empresa, y en tal caso ha de llegarse a un acuerdo con los representantes de los trabajadores en la empresa.

En un plano específico, en el ámbito laboral, se ha sostenido que el principio del ejercicio de poderes del empleador se sustenta en que éste, en tanto que único aportante del capital, da origen a la actividad empresarial. Al asumir sólo los riesgos que tal propósito conlleva, habrá de ejecutar cuanto esté a su alcance para asegurar su inversión, en procura de los beneficios trazados y la prosecución sostenida de la actividad emprendida; es por eso, que hay quienes sostienen que los poderes del empleador son inherentes al capital aportado, en otras palabras al derecho de propiedad.

Al respecto, se debe tener en cuenta que el artículo 23 de la Carta Magna establece: «Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento».

En atención a ello, el artículo 9 de la LPCL establece como límite para el ejercicio de la facultad directriz del empleador la razonabilidad de la medida y, previo a ello, constitucionalmente se exige el respeto a la dignidad del trabajador y sus derechos fundamentales.

4. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR

4.1. Derecho a la intimidad

El derecho laboral inespecífico de la intimidad está consagrado en el artículo 2 numeral 7 de la Constitución Política de 1993, el mismo que establece que «Toda persona tiene derecho (...) a la intimidad personal y familiar (...)».

Sin embargo, este concepto de intimidad que ha generado no pocas discusiones en torno al mismo (precisamente por ser un concepto extrajurídico, extremadamente amplio y variado, sin que puedan sentarse reglas generales ni catálogos enunciativos del mismo), ya hace referencia a una zona espiritual reservada a las personas, al tener como finalidad el respeto a un ámbito, cual es la vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno, salvo autorización del interesado. Por ello, para Pla Rodríguez, «en virtud del derecho a la intimidad, las

personas pueden reservarse para si la religión que profesan, la opción sexual, la identificación política, la simpatía por un club deportivo, la posición que profesan dentro de un determinado tema, los sentimientos, los ideales o deseos, etc. No hay pues, limitación alguna en torno a estos derechos que pueden derivarse de la intimidad; pero evidentemente, el ejercicio de este derecho no es, en modo alguno, irrestricto: como todo derecho, está sujeto a los lineamientos derivados del orden público»⁷.

En esa misma línea, especialmente española, podemos asumir que en aquellos supuestos en donde existan derechos fundamentales en juego –como el derecho a la intimidad– debe ponderarse, si la medida adoptada es la adecuada para conseguir el fin que se pretende, y si no existe otra medida que pueda alcanzar el mismo objetivo sin producir lesión o restricción al derecho. Ciertamente, en este aspecto deben basarse las decisiones del TC, a fin de garantizar y brindar una adecuada protección constitucional a este derecho laboral inespecífico.

4.2. Poder de dirección del empleador y derechos fundamentales del trabajador

El empleador, como propietario de los medios de producción, ya sea individual o asociativamente, es, por este hecho y según la legislación, el titular de la empresa o negocio, y, en tal carácter, detenta el poder de organizar, ordenar y controlar a quienes ha contratado para prestar servicios en la empresa o entidad a su cargo. El poder de dirigir, que es el de mandar o el de dar órdenes, se reproduce en el conjunto de facultades necesarias para la conducción de cualquier entidad o grupo humano que son, según la escuela clásica de la ciencia administrativa, las de prever o planificar, organizar, dirigir, coordinar y controlar⁸.

⁷ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. El Derecho Laboral y la protección de la intimidad del trabajador. En: Revista Derecho Laboral. Tomo XXIX, número 144. Montevideo, 1986.

⁸ Estos son los principios fundamentales de la administración, a los que hace alusión RENDÓN VÁSQUÉS, y que son expuestos por la Escuela Clásica de la ciencia encargada de esta materia. No obstante, de acuerdo a lo señalado por Alfredo MONTROYA MELGAR «el poder de dirección es el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone de trabajo realizado por su cuenta y por su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa». El poder de dirección del empresario. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1965. p. 44.

El poder, como toda facultad, aún emanante de la propia ley, no es absoluto; tiene más bien sus naturales restricciones. Dentro de esta orientación, el poder patronal ha concitado una serie de discusiones desde aquellas que le niegan tal prerrogativa, hasta aquellas que han generado una ardua doctrina para justificarlo. En todo caso, como advierte Jean Emmanuel Ray son cada vez más las posiciones que se han inclinado en depararle una connotación jurídica, que usada del mejor modo, seguramente otorgará beneficios tangibles no sólo a las partes que la ejercitan, sino también a la comunidad laboral en su conjunto, pues, de lo que se trata es que, utilizado, adecuadamente dicho poder, contribuya con el interés y bien común de la empresa. Es el interés de la empresa que, en última instancia, justifica la permanencia del poder patronal; de esta manera queda desechada la vieja oposición entre el capital y el trabajo⁹.

Ahora bien, lo cierto es que el debate jurídico nace del enfrentamiento entre el denominado poder de dirección empresarial, el cual permite la adopción por la empresa de las medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales, y por otro lado, el derecho a la intimidad y la dignidad de los trabajadores.

De esta manera, la empresa, al hacer uso de programas informáticos de monitorización, no hace más que ejercer facultad que le otorga la Ley, y ello con la finalidad de proteger el patrimonio empresarial o la productividad de los empleados. No obstante, por lo que respecta al trabajador, éste tiene derecho a su intimidad y privacidad, pues este derecho le está reconocido constitucionalmente, tanto en el desempeño de operaciones profesionales como no profesionales, ya que, en muchos casos, la disociación es imposible. En otras palabras, el trabajador tiene derecho a un espacio reservado, en cuanto a su intimidad y vida privada en el seno de la relación laboral, es decir, no por el hecho de firmar un contrato renuncia a su vida privada.

Entonces, el hecho de que el trabajador se encuentre en su lugar de trabajo, cumpliendo sus obligaciones, no quiere decir que no le pertenezcan espacios de

⁹ RAY, Jean-Emmanuel. *Droit du travail droit, droit vivant*. París: Liaisons, 1997, número. 6. p. 70.

intimidad, como por ejemplo conversaciones privadas con otros compañeros, uso de instalaciones o lugares reservados al descanso, e incluso la utilización privada de medios materiales -mesas, armarios, archivadores- o tecnológicos -discos duros, carpetas- dispuestos por la empresa.

No cabe duda que los condicionantes entre derechos fundamentales del trabajador y derechos constitucionales del empresario, en algunos textos internacionales y nacionales considerados igualmente como fundamentales, son recíprocos, de modo que hay cosas que cabe exigir legítimamente al trabajador que no lo serían en otro ámbito –ej. Control sin autorización judicial, incluso, en ciertas condiciones, sin consentimiento del trabajador-, de la misma manera que el empresario debe asumir cargas a favor de la efectividad de tales derechos que no es exigible a otros particulares. Las razones del mercado y de la empresa, cuando son verdaderamente tales, y no cuando ocultan arbitrariedad o capricho, han de hacerse compatibles con las razones de tutela de la persona del trabajador, sometiendo a una revisión profundamente crítica el ejercicio tradicional, pero no muy actual, de los poderes empresariales como formas de dominación económica –y a veces personal- de los valores de los que son portadores los trabajadores. La recepción de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo originadas en la empresa no sólo implica deberes –límites negativos-, sino obligaciones de hacer –deberes positivos¹⁰-.

Al respecto es muy importante precisar, como lo dice Toyama, que no existen derechos absolutos, omnímodos o ilimitados –ni siquiera los que han recibido regulación o desarrollo constitucional-, por lo tanto, ellos deberán adecuarse cuando ingresen en conflicto –y en esa pugna pueden resultar ganadores el derecho a la libre empresa o los derechos constitucionales inespecíficos.

Tal vez es tiempo de que el Tribunal Constitucional tome conciencia y empiece a aceptar otras opciones para buscar el beneficio entre las partes de la relación laboral. Se tiene que considerar que así como el poder dirección empresarial no es

¹⁰ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. La protección de los derechos de la personalidad en los lugares de trabajo y nuevas formas de dominación en la era de la globalización. En: Derecho del trabajo. Lima: Normas Legales, 2005. p. 291.

absoluto, tampoco resulta ilimitada la facultad de supervisar el trabajo a través de las nuevas tecnologías de la información. A su vez, hay que tener en cuenta que el límite está en el respeto a la dignidad humana del trabajador y, más específicamente, en su derecho a la intimidad. Incluso hay muchos que hablan del derecho a la propia imagen de los trabajadores, entendida esta como la garantía frente a la captación, reproducción y difusión de la imagen de la persona, de modo que aquélla integra una manifestación más de la tutela del genérico derecho a la intimidad¹¹.

Como se sabe, no contamos con normas que expresamente prohíban la instalación de cámaras de video para vigilar a los trabajadores en la prestación de sus servicios, o la intervención de las PCs a los fines de controlar el uso extralaboral de la misma (cuando ésta es otorgada como herramienta de trabajo), y aunque lo que no está prohibido está permitido, ello no significa que exista una libertad absoluta para el empresario a la hora de instalar y utilizar estos medios de control; antes bien ha de modularse su derecho en función del derecho de los trabajadores a que su intimidad no resulte vulnerada. En otros términos, de lo que se trata es de la frontera entre los derechos fundamentales de los trabajadores y los poderes empresariales, en el marco del contrato de trabajo.

Aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce. No en vano el artículo 23 de nuestra norma fundamental contempla expresamente que «Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador». Por consiguiente y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos.

¹¹ No obstante, existen autores como MARTINEZ FONZ, que señala que el derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad son conceptualmente diversos, y que el derecho que está en juego por la videovigilancia es el de la propia imagen, sin que necesariamente se vea afectado el derecho a la intimidad. Este último sólo se conculcará en aquellos casos en los que la captación de la imagen del trabajador afecte el ámbito que éste reserva frente a la acción y conocimiento de los demás.

a) Principio de Proporcionalidad de las limitaciones

Los derechos fundamentales no son absolutos, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes. En ese sentido, queda claro, que cuando se alega que la relación laboral no puede desconocer los derechos fundamentales del trabajador, ello no significa tampoco que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse o desnaturalizarse. En tales casos, es evidente que el empleador no solo puede, sino que debe, hacer uso de su poder fiscalizador e, incluso, disciplinario. Sin embargo, la única forma de determinar la validez, o no, de una medida de tal índole es, en primer lugar y como ya se anticipó, respetar las propias limitaciones establecidas por la Constitución y, en segundo lugar, implementar mecanismos razonables que permitan, sin distorsionar el contenido de los derechos involucrados, cumplir los objetivos laborales a los que se encuentran comprometidos los trabajadores y las entidades empleadoras a las cuales pertenecen.

Al parecer, en el ámbito de la relación laboral el reconocimiento de los derechos fundamentales los trabajadores se hace más restrictivo, en otras palabras, se reduce la esfera de protección. Así, conforme señala Sempere Navarro, un ejemplo claramente marcado lo constituye el derecho a la intimidad, en virtud del cual decidimos cada día como vestirnos o cómo peinarnos, ya que puede perder algo de fuerza en una relación laboral si pensamos en el caso de un puesto de trabajo que exija llevar un uniforme determinado. Esto se sustenta en el ejercicio de los poderes empresariales, derivados de la naturaleza misma del contrato de trabajo y del reconocimiento de la libertad de empresa, y que se concretan en diversas facultades de organización del trabajo, control de cumplimiento de las obligaciones contractuales y, en su caso, sanción de los incumplimientos.

Entonces, la pregunta que habría que hacerse es si, en el uso de ese poder de control y vigilancia, el empresario, en ocasiones, trasgrede la buena fe contractual. Así, por ejemplo, existen empresas de telemarketing que realizan contratos de teleoperadores, en los que los Tribunales europeos ya han tenido ocasión de pronunciarse a favor de impedir un acceso sistemático a las conversaciones de los trabajadores en el desempeño de sus trabajos, y ello porque si bien es posible

realizar escuchas por parte de la empresa, también es cierto que durante toda la jornada laboral pueden producirse conversaciones y comentarios de índole privada que no afectan a su trabajo, por lo que la empresa no estaría legitimada a conocerlos, produciéndose una limitación desproporcionada al derecho de la intimidad del trabajador.

El problema, por ende, se origina cuando no sólo se filtra, se realiza un control somero de la actividad del empleado, sino que se espía abiertamente a estos. Se puede afirmar, sin temor a equivocarnos, que actualmente, la situación es más delicada ya que, si bien las Tecnologías de la Información y la comunicación no fueron diseñadas para vigilar al trabajador, es un hecho que las mismas permiten ejercer una vigilancia brutal del mismo. De hecho, hay disponibles programas que, instalados en el ordenador del empleado, muestra a distancia lo que hay en la pantalla, la navegación Web, el correo electrónico, mensajería instantánea y *chats*, sin riesgo a ser descubiertos¹².

En este contexto, una primera apreciación que debe hacerse es que cuando un trabajador es contratado se implanta dentro del marco rector, organizativo y disciplinario del empresario, y dada su posición subordinada, queda sometido a las órdenes, instrucciones, controles y sanciones de su superior jerárquico. En otros términos, se produce una limitación de sus derechos fundamentales, al someterse al poder directivo y organizativo del empresario. No obstante, como lo manifestamos anteriormente, tal poder no es absoluto: los trabajadores no pierden totalmente sus derechos fundamentales porque estamos en un régimen de libertades democráticas donde no cabe exigir a los primeros un comportamiento que desconozca la defensa de sus propios intereses¹³. La cuestión es ¿cuál es el límite de las facultades de dirección y control del empresario? Pues bien, sólo se admite la limitación de derechos fundamentales cuando no hay otra forma de satisfacer el interés empresarial. A su vez, se exige que se justifique la limitación de derechos en razón

¹² ARAGÚEZ GUERRERO, Juan José. Intimidad en el trabajo. En: Revista @RROBA. Madrid: [s.a.]. p. 2 y siguientes.

¹³ FEDRAJAS MORENO, A. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio. En: Actualidad Laboral, número 4, 2000. p. 60.

de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente una mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador¹⁴. Es decir, hay que recurrir a motivos que reflejen la necesidad de llevarla a cabo (por ejemplo, sospechas de ciertas irregularidades, etc.).

Siendo esto así, no cabe duda que el empresario a la hora de utilizar medidas de vigilancia laboral tiene que respetar el denominado principio de proporcionalidad e intervención mínima. Esto implica que el control y vigilancia no se lleve a cabo de forma masiva e indiscriminada, asimismo se hace necesario que la finalidad que persigue esté justificada, de modo que las medidas sean indispensables para la seguridad y el buen desarrollo de la actividad productiva.

En efecto, las medidas tomadas tienen que ser justas y proporcionales, sin que ello implique anular o perjudicar la intimidad del trabajador. Incluso se prohíbe y rechaza que se tomen en el caso de que de ellas no se derive una ventaja considerable para la empresa y si un perjuicio grave para la intimidad del trabajador.

Para delimitar el alcance, fundamento y particularidades de estas medidas de restricción de derechos fundamentales, es necesario considerar la observancia del principio de proporcionalidad. Este principio permite apreciar la constitucionalidad de una medida restrictiva de un derecho fundamental siempre que supere un triple test. Este test, en el derecho comparado, especialmente en países como España, ha surgido de los diversos pronunciamientos de Tribunales Constitucionales y ha ido poco a poco tejiendo una serie de pautas mucho más concretas. Se trata básicamente de un análisis exhaustivo que comprende estos tres aspectos:

- Juicio de idoneidad: aquí se parte de analizar si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto; es decir, si puede alcanzar la finalidad pretendida. Se trata de que toda restricción de derechos permita satisfacer el interés empresarial que éste alega para su adopción, que ha de ser, específicamente, conocer la conducta laboral de sus empleados.

¹⁴ Así lo estima el Tribunal Constitucional Español en la STC 98/2000 de 10 de abril.

- Juicio de necesidad: aquí se trata de investigar si la medida es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia. «Si existe otras posibilidades de satisfacer el interés empresarial menos agresivas y afectantes al derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas»¹⁵. Por ende, no basta con que la restricción de derechos sea idónea –aunque en cualquier caso debe serlo- sino que además ha de ser la menos agresiva de todas las posibles. En este juicio de necesidad se inscribiría el principio de indispensabilidad.
- Juicio de Proporcionalidad en sentido estricto: aquí se examina si la medida es ponderada y equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. La proporcionalidad en sentido estricto exige en cualquier caso el respeto del contenido esencial del derecho fundamental.

Adicionalmente, se exige también que la medida restrictiva de derechos esté suficientemente justificada, lo que significa que su adopción debe responder a motivaciones objetivas, distintas de la simple y llana conveniencia empresarial, y no a voluntad arbitraria o caprichosa¹⁶.

Como señala Arce¹⁷, el trabajador al entrar a formar parte de la relación laboral no pierde su calidad de persona, por el contrario la mantiene junto con sus derechos inherentes como tal. Estos derechos se suman o se condensan con los propios de la relación laboral, limitando más el poder omnímodo del empleador.

Siendo esto así, cuando se exige que toda limitación a los derechos fundamentales supere el triple test de proporcionalidad y además esté estrictamente justificada, se está afirmando su carácter excepcional, lo que conlleva a afirmar que sólo en tales casos cabrá limitar los derechos de los trabajadores; por el contrario,

¹⁵ Así lo estima el Tribunal Constitucional Español en la STC 98/2000 de 10 de abril.

¹⁶ CARDONA RUBERT, M. B. *Informática y contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 67. Señala que la objetividad derivaría de la conexión estrecha de la medida empresarial con la organización productiva y su finalidad de protección y conservación de la misma, y la necesidad de la medida se aseguraría siempre que se hiciera precisa para la protección y seguridad del trabajador.

¹⁷ ARCE ORTIZ, Elmer. *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

si falla alguno de estos requisitos o condicionamientos acumulativos, el derecho fundamental de que se trate predomina frente al poder de dirección empresarial, y cualquier negación o restricción del mismo constituye una vulneración.

Esta clase de medidas son las que el Tribunal Constitucional (TC) debiera adoptar a los fines de brindar un adecuado tratamiento a esta clase de conflictos que poco a poco se están dando nuestra realidad con la influencia de las nuevas tecnologías.

b) La legitimación de intromisiones personales en base al consentimiento del trabajador

Esto, según San Martín Vazzuconi, abre la puerta a una concepción subjetiva de la intimidad (lo que cada persona desee proteger de las intromisiones de terceros), conforme a la cual determinadas cuestiones queden (o no) amparadas por el derecho a la intimidad según la voluntad del sujeto.

En este orden de ideas, si bien la Constitución debido a su carácter proteccionista de los derechos fundamentales no permite renuncia, en abstracto y para el futuro, del derecho, tenemos que tener en cuenta que si permite una renuncia concreta en base a una autodelimitación de su contenido. Esto quiere decir, que si una persona da a conocer datos suyos que podrían considerarse privados, éstos dejan de serlo, y no quedan amparados por su derecho a la intimidad. Algo similar ocurrirá si en vez de dar a conocer abiertamente dichos datos, simplemente consiente que terceros puedan acceder a los mismos.

En relación a ello, un problema adicional se presenta en las dudas que genera el consentimiento tácito, del cual se deduce que el trabajador sencillamente conozca que está siendo grabado o filmado (por ejemplo, como lo señala la doctrina española, cuando el trabajador vea las cámaras o los dispositivos de escucha). Incluso, algunos autores han considerado que sería plenamente válido el consentimiento tácito siempre que fuera previo y claro¹⁸

¹⁸ MARTÍN MORALES, R. El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones. Madrid: Civitas, 1995. p. 83. Este autor, si bien reconoce que «a pesar de que formas tácitas de consentimiento también sean válidas, esta modalidad ha de interpretarse muy restrictivamente».

Al respecto, también es necesario señalar que, en lo que se refiere al tema de mensajes de correo, en el artículo «Las verdades del correo electrónico», World febrero de 1999, se explicaba lo sencillo que resulta para el administrador del servidor de correo almacenar una copia de todos los mensajes, tanto los recibidos como los enviados. No es que estemos exagerando, y para muestra tenemos que: en USA tres de cada cuatro empresas controlan las actividades de sus empleados en Internet, según la American Management Association. Estas prácticas son tan frecuentes en aquel país que el Congreso en su oportunidad presentó un proyecto de ley que obliga a las empresas, una vez al año, a informar a sus trabajadores que sus comunicaciones están siendo vigiladas, en el caso de que así sea. La nueva Ley no impide ni limita el derecho de las empresas americanas a espiar las comunicaciones electrónicas de sus empleados, es suficiente con un aviso anual que explique la política de la empresa a este respecto.

Así, la confrontación del derecho a la intimidad del trabajador con los derechos del empresario, fue examinada en una de las sentencias del Tribunal Superior de Galicia del 21 de abril de 1995, en la que el Juzgador recuerda que el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, el cual no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada.

En tal sentido, queda claro que, «si el trabajador consiente expresamente la captación de su imagen, de sus mensajes de correo o la grabación de sus conversaciones, no habrá una intromisión ilegítima en el ámbito de su intimidad y su propia imagen. Ello ocurriría si se incluyera en el contrato de trabajo una cláusula mediante la cual el trabajador consiente la captación de su imagen o su voz en su trabajo. Sin embargo, no falta quien llama la atención sobre el carácter meramente aparente de este consentimiento expreso, tratándose en realidad de simples mecanismos de adhesión. Y desde varios sectores de la doctrina comparada en materia constitucional, se cuestiona arduamente la validez de estas cláusulas, por considerar que en realidad entrañan una suerte de absoluta renuncia del derecho»¹⁹.

¹⁹ MERINO MERCHAN, J.F. El control sobre el correo electrónico de los trabajadores. www.injef.com/revista7sitios/jfmm_001215.htm. Este autor entiende que la «intimidad, en el.../

Precisamente, este es uno de los aspectos que el Tribunal Constitucional tiene que desarrollar a fin de evitar futuros malos entendidos en lo que al consentimiento del trabajador se refiere.

c) Necesidad de comunicar al trabajador

Básicamente, más allá de que se logre conseguir el consentimiento válido de los trabajadores para captar su imagen o sus conversaciones, lo que en realidad resulta relevante, es que los trabajadores conozcan dichos controles, todo ello basado en la idea de la buena fe contractual que compete al empresario. De lo contrario, si el empresario ni siquiera informa al trabajador que lo está filmando o grabando, entonces nos encontraremos ante la más clara y evidente vulneración de los derechos del trabajador, acercándose a los juicios de ilicitud²⁰.

Toda esta dimensión tecnológica en la prestación de servicios ha traído a colación el tema de la protección y la representatividad de los trabajadores en estos casos. Dentro de esta orientación, hay quienes consideran que deben llegar a conocimiento de los representantes de los trabajadores los datos necesarios como para que éstos puedan valorar la adecuación a Derecho de la utilización de estos mecanismos electrónicos de vigilancia, y en tal sentido han de conocer, principalmente, la finalidad de su instalación, si las imágenes o sonidos captados se graban o no, y quiénes tendrán acceso a su visualización o escucha. Sin embargo, se ha dicho también que no hace falta que el empresario les informe acerca de la concreta ubicación de las cámaras o micrófonos, siempre que estén situados en lugares de trabajo²¹.

Ahora bien, a falta de un tratamiento específico de este tema en el medio jurídico, y de la falta de desarrollo y de un pronunciamiento profundo en torno a

/...ámbito de las comunicaciones, es un derecho público subjetivo irrenunciable positivizado, además, como una libertad fundamental del ciudadano dentro del Estado de Derecho y por tanto, elemento estructural de configuración objetiva de éste último de carácter permanente e imprescriptible. Por consiguiente, esa renuncia ha de reputarse nula de pleno derecho con efectos *ex tunc*.

²⁰ MONTOYA MELGAR, A. Los límites del control por el empresario en el centro de trabajo mediante mecanismos auditivos. Jurisprudencia Constitucional española sobre trabajo y seguridad social. Tomo XVIII, 2000. Civitas, 2001. p. 194.

²¹ MERCADER UGUINA, J. Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías. Relaciones laborales, número 10, 2001. p. 16.

todos estos temas que envuelve la protección constitucional de derechos laborales inespecíficos (concretamente la intimidad del trabajador) por parte del Tribunal Constitucional (TC), tenemos que remitirnos a la jurisprudencia comparada. Al respecto, el tribunal español se ha pronunciado manteniendo que la falta de comunicación a los representantes y la consiguiente ausencia del preceptivo informe no son significativas ni determinan que se esté vulnerando los derechos fundamentales de los trabajadores. Y ello aunque tampoco sea evidente para estos últimos la instalación de este tipo de sistemas de control. En ese sentido, la falta de comunicación a los representantes e incluso al propio trabajador afectado se justificaría por el temor de la empresa a que el conocimiento de la existencia de los mecanismos de control frustre «la finalidad apetecida», que es verificar la comisión de infracciones laborales, «no habiendo ningún precepto legal que exija que la adopción de medidas de vigilancia y control precise del conocimiento previo de los trabajadores o de sus representantes legales»²².

d) Laboralidad del control

Además del juicio de proporcionalidad, en el derecho comparado se exige una amalgama de requisitos adicionales para entender que los controles llevados a cabo a través de medios audiovisuales son lícitos.

En todo caso, la vigilancia debe recaer sobre la actividad laboral, se admite la videovigilancia como medida de supervisión de la conducta del trabajador fuera de su tiempo y lugar de trabajo, cuando de ella se detrae una transgresión de la buena fe contractual por este último.

Por otro lado, la instalación de una cámara es lícita como medida de vigilancia y de difusión de imágenes captadas, o de conservación de las mismas una vez visualizadas dentro de un tiempo razonable y en las instalaciones de la empresa por la persona encargada del control, salvo que se haya apreciado infracción sancionable en cuyo supuesto podrán ser conservadas durante y a los solos efectos de prueba.

²² Así lo estima el Tribunal Constitucional Español en las STC 186/2000 de 10 de julio.

La vigilancia ha de efectuarse en el lugar de trabajo, y concretamente en el sitio en el que el trabajador presta sus servicios. No queda amparada por el poder empresarial la captación de imágenes o audio en espacios personales de los trabajadores, como pueden ser los lavados, las salas de descanso, etc., en los que las acciones desempeñadas por los trabajadores pertenecen al estricto ámbito de su intimidad y no guardan relación con una eficaz prestación de sus servicios²³.

Ahora bien, aunque la instalación de medios de vigilancia electrónica en lugares de descanso o esparcimiento de los trabajadores resulta lesiva de su derecho a la intimidad, eso no significa que esa lesión no pueda producirse en aquellos lugares donde se realiza la actividad laboral, si concurre alguna circunstancia que permita calificar la actuación empresarial como ilegítima intrusión en el derecho a la intimidad de los trabajadores.

En países como España por ejemplo, la doctrina constitucional de la proporcionalidad determina que sólo se pueda considerar respetuosa con los derechos fundamentales de los trabajadores aquella medida de control a través de sistemas de audio/video que supere el triple test que ya mencionamos anteriormente: juicio de necesidad, juicio de idoneidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Además, ha de venir justificada objetivamente con independencia de la mera conveniencia empresarial de vigilar a los trabajadores.

Es indudable que en algunas empresas que se dedican a actividades peligrosas para la integridad física, los medios audiovisuales de control resultan especialmente útiles para vigilar determinadas fases del proceso productivo.

No obstante, el derecho a la intimidad de los trabajadores no es el único que está en juego frente a los poderes empresariales en materia de nuevas tecnologías. El derecho al secreto de las comunicaciones se encuentra consagrado en el artículo 2 inciso 10 de la Constitución Política del Perú. El mismo que establece que:

«Toda persona tiene derecho a: Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones

²³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (España), de 21 de abril 1995.

o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal (...)».

Como se puede apreciar, el secreto a las comunicaciones es una variante más del derecho a la intimidad del trabajador. Sin embargo ¿qué puede entenderse específicamente sobre la misma? Al respecto, Belda Pérez-Pedrero²⁴ acierta cuando afirma que el secreto de las comunicaciones debe entenderse como la libertad de relacionarse con otra u otras personas distantes, a través de un medio destinado a tal efecto sin que trascienda el contenido del proceso comunicativo.

Dicho en otros términos, esta variante del derecho a la intimidad implica la facultad que tiene toda persona de comunicarse libremente con sus semejantes contando para ello con la garantía de que el contenido de sus mensajes no serán vulnerados ni conocidos por personas ajenas a las receptoras.

Ciertamente, se trata de aquella premisa que limita el contenido de un mensaje únicamente entre emisor y receptor garantizando de esta manera la intimidad de las personas involucradas.

Queda claro que, este derecho al secreto de las comunicaciones impide la intromisión de terceros en estas últimas y su retención por cualquier medio. No obstante, aunque esa reserva frente al conocimiento de terceros tiene por objeto salvaguardar la intimidad de la información transmitida, la doctrina comparada ha señalado que existe una presunción *iuris et de iure* de que lo comunicado es secreto en un sentido sustancial²⁵, por lo que en realidad lo que se acaba protegiendo es la opacidad de la propia comunicación, afecte o no a la esfera íntima personal. Se afirma que, esta es la diferencia entre el derecho al secreto de las

²⁴ Véase BELDA PÉREZ – PEDRERO, E. El derecho al secreto de las comunicaciones: algunos apuntes sobre su protección en las relaciones por correo electrónico. En: III Jornadas sobre Informática y Sociedad 2000. Instituto de Informática Jurídica. UOCO. ICADE. p. 73.

²⁵ Así lo estima el Tribunal Constitucional español en la STC 34/1996, 11 de marzo: Visto desde esta perspectiva, «el concepto jurídico de lo secreto tiene un carácter formal (...) y abstracto en consecuencia, ya que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no la comunicación misma al ámbito personal, lo íntimo o lo reservado».

comunicaciones y el derecho a la intimidad, es decir, que toda comunicación es secreta aunque sólo algunas son íntimas. En este último caso, estarían en juego ambos derechos fundamentales de los trabajadores.

Ahora bien, el secreto de las comunicaciones opera respecto de terceros, pero no de los sujetos que se intercomunican. Esto quiere decir, por ejemplo, que en el caso de las comunicaciones telefónicas en las que uno de los interlocutores graba la propia conversación sin conocimiento del otro, entendiéndose que dicha conducta, aunque pueda considerarse desleal desde el punto de vista ético, no atenta contra la intimidad personal del segundo²⁶.

En lo que respecta a la grabación de voces al tiempo que se graban imágenes, algunos autores han señalado que «es válida la captación de imágenes pero la de voces no, arguyendo que en la escucha de conversaciones que mantienen los trabajadores entre sí y con los clientes, «pueden darse conceptos que afecten al ámbito particular del propio trabajador y aún de los clientes que no existe razón alguna de vigilancia que autorice a la empresa a conocer»²⁷.

En cambio, otros autores han afirmado que el centro de trabajo no constituye un espacio en el que se ejerza el derecho a la intimidad por parte de los trabajadores, pues la actividad labora está al margen de aquel derecho. Sin embargo esta tesis fue rechazada en la jurisprudencia constitucional comparada ya que se considera que también en aquellos lugares en que se desarrolla la prestación de servicios pueden producirse intromisiones ilegítimas del empresario.

En los últimos tiempos, se han venido dado este tipo de casos a nivel internacional. Incluso se ha señalado que la justificación de la decisión empresarial de llevar a cabo las escuchas, se encuentra fundamentada en la finalidad exclusiva de controlar la buena realización del servicio para su posible mejora. En ese sentido, en nuestro país hace falta por parte del Tribunal Constitucional un desarrollo mucho más completo en lo que a la identificación y solución de esta clase de conflictos se refiera.

²⁶ COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge. Derecho del Trabajo. Lima: Normas Legales, 2005. p. 342 y siguientes.

²⁷ Ibid. p. 343.

5. CONCLUSIONES

En definitiva, nos encontramos ante una cuestión un tanto espinosa, por lo que aventurarse a establecer conclusiones puede ser arriesgado. Tal vez uno de los principales obstáculos a la hora de tratar este tema es que no existen soluciones legales específicas y suficientes para la amalgama de problemas que se generan a partir de la proliferación de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral. Sin embargo, tampoco podemos esperar que se establezca la normatividad necesaria para cada caso en particular. En todo caso, lo que se requiere es un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional en el que se desarrolle el contenido y las propias limitaciones en el ejercicio de las facultades del empleador y los derechos inespecíficos laborales del trabajador, específicamente el derecho a la intimidad. Esto propiciará que se tenga cierta claridad al momento de establecerse un control por parte del empleador, y tendrá como resultado una adecuada y global protección de los derechos laborales constitucionales.

Siendo esto así, conviene precisar que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empresario, en ningún caso, pueden tener como consecuencia un resultado lesivo para los derechos fundamentales del trabajador, a su vez, la ausencia de todo control sobre la actividad profesional del trabajador, de ningún modo, puede acarrear una lesión de los derechos legítimos del empresario.

Consideramos que el empresario a la hora de utilizar medidas de monitorización laboral debe respetar el denominado principio de proporcionalidad e intervención mínima, lo cual implica que el control no se lleve a cabo de forma masiva e indiscriminada, y que la finalidad que persigue esté justificada, es decir que las medidas sean indispensables para la seguridad y el buen desarrollo de la actividad productiva.

De este modo las medidas tomadas tienen que ser justas y proporcionales, no anulando ni perjudicando la intimidad y trabajador. Sin embargo, en la medida que de ellas no se derive una ventaja considerable para la empresa y si un perjuicio grave para la intimidad del trabajador, el control será rechazado al punto de prohibirse por completo. En tal sentido, en el ámbito laboral la intimidad tiene que pasar por

un juicio de proporcionalidad, juicio de idoneidad y juicio de necesidad y además, su adopción debe responder a motivaciones objetivas, distintas de la simple y llana conveniencia empresarial.

La defensa efectiva a través de las garantías adecuadas, de los derechos fundamentales en el seno de la organización empresarial, es una tarea de primer orden del Derecho del Trabajo de nuestros días. Los legisladores, pero sobretodo los Tribunales Constitucionales, y los jueces, tienen un importante compromiso en orden a evitar que el trabajador sometido a su contrato deje de ser un ciudadano y sea reducido a cosa objeto de dominación.

Esta mutación de poderes de dirección en poderes de dominación, deben encontrar la férrea oposición del respeto a los derechos del trabajador a su intimidad, a la igualdad de trato, etc. Tales derechos son objeto de tutela en todos los ordenamientos jurídicos, y pueden enmarcarse dentro de los derechos fundamentales de la persona reconocidos en las declaraciones de los derechos humanos y en las Constituciones, así como en la legislación laboral.

El mejor mecanismo para resolver los conflictos que se susciten sea la negociación colectiva, a través de la cual pueden pactarse reglas de uso y control que permitan una utilización de dichos medios respetuosa con los derechos fundamentales de los trabajadores. En otras palabras, mientras no haya un pronunciamiento definitivo en torno a este tema, la solución habría que buscarla en el consenso de las partes.