

EL CONTROL DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS POR PARTE DEL EMPLEADOR

MAURICIO MATOS ZEGARRA⁽¹⁾

INTRODUCCIÓN

El control de los medios electrónicos proporcionados por el empleador a los trabajadores supone por un lado el ejercicio legítimo del derecho y deber de controlar la mejor forma en la que se ejecutan las prestaciones que son objeto de un contrato de trabajo, pero al mismo tiempo entraña la afectación al derecho fundamental del trabajador a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

A través del presente análisis nos proponemos abordar esta problemática con la finalidad de determinar cuándo y hasta qué punto resulta legítimo que un empleador pueda afectar la vida privada de un trabajador con el objeto de controlar las herramientas informáticas y electrónicas que pueda entregar a este último. Con este propósito hemos dividido el presente trabajo en tres partes principales.

En la primera abordamos y desarrollamos el derecho del empleador a dirigir las prestaciones que son objeto del contrato de trabajo a través del poder de dirección característico de la relación laboral individual, que es por definición vertical y subordinada. En seguida nos abocamos a desarrollar la posición jurisprudencial a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre la vida privada del trabajador en el centro de trabajo y también las posiciones

(1) Gerente del área laboral en EY (Ernst & Young). Máster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Université Libre de Bruxelles (ULB) - Bélgica. Docente de Derecho Laboral en la Universidad Católica de Santa María (UCSM) y en la Universidad Católica San Pablo (UCSP). Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS).

más importantes de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), así como posiciones jurisprudenciales desarrolladas en España y Francia.

En la segunda parte, desarrollamos la posición jurisprudencial peruana plasmada a través de 4 sentencias del Tribunal Constitucional que han orientado el tratamiento de esta problemática en nuestro país, así como el estatus legislativo actual y la existencia de 2 proyectos de ley aprobados por la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República que intentarán por primera vez regular legislativamente el control de los medios electrónicos de los que dispone el trabajador en el centro de trabajo.

Finalmente, en la tercera y última parte analizamos la legitimidad de las medidas de control y proponemos una utilización justificada de los mismos, siempre y cuando se respeten los principios de transparencia, finalidad y proporcionalidad de estas medidas de control.

I. EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL DERECHO DEL EMPLEADOR A DIRIGIR LA FORMA DE SU EJECUCIÓN

1. El derecho fundamental a la libertad de empresa y la libertad contractual

Si bien nuestra legislación laboral no ofrece una definición de contrato de trabajo, es preciso reconocer que este supone –como cualquier otro contrato– un acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos de carácter patrimonial. A través del contrato de trabajo, una persona llamada trabajador se obliga a disposición de otra persona, llamada empleador su fuerza de trabajo, a cambio del pago de una remuneración equitativa y suficiente.

Sin embargo, el contrato de trabajo a diferencia de los contratos regulados en el Código Civil supone la existencia de dos rasgos característicos que lo distinguen y hacen de su estructura una de carácter peculiar. Por un lado, el contrato de trabajo no solo se compone de una relación personal obligatoria, sino que dicha relación obligatoria supone la posibilidad del empleador de dirigir las prestaciones de trabajo y dar órdenes directas al trabajador para la ejecución contractual, es decir, que se trata de una relación contractual por definición vertical y, por lo tanto subordinada; y por el otro, nos encontramos frente a una relación contractual donde –a diferencia de lo que sucede en el derecho patrimonial– la autonomía de la voluntad de las partes para determinar con quién contratan y el contenido de sus contratos se encuentra fuertemente limitada. En efecto, el Derecho del

Trabajo es una rama del Derecho caracterizada por su fuerte regulación legislativa, y sobre todo, por la existencia de un conjunto de normas imperativas que limitan la libertad de las partes.

En este contexto, debemos recordar que la facultad del empleador de dirigir las prestaciones de trabajo y ordenarlas de la manera más conveniente se encuentra garantizada por la Constitución Política del Estado. Así, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en la STC recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC (caso Nesta Brero y 5000 ciudadanos) (f. j. 26) señaló que “el modelo económico consignado en la Constitución exige el reconocimiento y defensa de una pluralidad de libertades de carácter patrimonial, cuya configuración binaria y simultánea es la de derechos subjetivos y garantías institucionales”. Dentro de las garantías enumeradas por el TC se encuentra la libertad de empresa consagrada en el artículo 59 de la Constitución, que se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios.

De esta forma, el empleador que desarrolla una actividad económica tiene el legítimo derecho de organizar la mejor forma en la que se presta el servicio que brinda, y este derecho lo legitima a su vez a organizar la prestación que es objeto del contrato de trabajo de la manera que más se ajuste al mejor desarrollo de la actividad empresarial. Dentro de las manifestaciones válidamente garantizadas para el desarrollo de la libertad de empresa se encuentra la facultad del empleador de dirigir la prestación de trabajo (poder de dirección), así como la facultad de apreciar y sancionar conductas de los trabajadores que considere contrarias a dichos fines.

En la misma línea, no podemos dejar de lado, que el derecho fundamental a la libertad de empresa se integra a su vez con el derecho a la libre contratación reconocido en los artículos 2.14 y 62 de la Constitución, recordando que el TC en la STC recaída en el Exp. N° 01405-2010-PA/TC (f. j. 12) señaló que el derecho a la libre contratación, se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad, el que, a su vez, tiene un doble contenido: a) Libertad de contratar, también llamada **libertad de conclusión**, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y b) Libertad contractual, que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución, también llamada **libertad de configuración interna** que es la facultad para decidir de común acuerdo el contenido del contrato, haciendo la salvedad que en el marco de la relación contractual laboral, bajo determinadas circunstancias el empleador goza del derecho de introducir modificaciones unilaterales en el contrato de trabajo como analizamos a continuación.

2. Manifestaciones y límites al poder de Dirección del empleador

Tal como lo señala Alonso Olea y Casas Baamonde⁽²⁾, el poder de dirección es la facultad que confiere al empresario el contrato de trabajo, de dar órdenes sobre el modo tiempo y lugar de ejecución del trabajo. “El poder de dirección es un poder de ordenación de las prestaciones laborales”. En este sentido, podemos afirmar que el poder de dirección puede manifestarse de las formas siguientes:

- a) En primer lugar, permite que el empleador pueda dictar órdenes para la mejor prestación de un servicio. Así puede, por ejemplo, determinar procedimientos, controlar la forma en la que se ejecuta un contrato de trabajo, limitar la esfera de acción del trabajador en el empleo, introducir controles de vigilancia y seguridad, entre otros. En esta línea de ideas, la mejor manifestación de esta facultad se cristaliza a través del Reglamento Interno de Trabajo (RIT), que además en nuestro país, es obligatorio para todas las empresas con más de 100 trabajadores de acuerdo al D.S. N° 039-91-TR. Cabe agregar, que la existencia de un RIT no supone en forma alguna una limitación para que el empleador pueda dictar órdenes concretas y directas a un trabajador.
- b) Asimismo, el poder de dirección permite al empleador apreciar las conductas de sus trabajadores contrarias a la correcta ejecución de las prestaciones de trabajo y sancionarlas de manera debida, incluso en aquellos casos que impliquen la violación del deber genérico de ejecutar de buena fe el contrato.
- c) A diferencia de un contrato civil, en el contrato de trabajo el empleador tiene la potestad de introducir modificaciones unilaterales en el contrato de trabajo para lograr una mejor ejecución del servicio prestado y adaptar el contrato de trabajo a las necesidades técnicas y económicas de la empresa. A esta facultad se le denomina *ius variandi*. Tal como refiere Rodríguez Mancini, la alteración [unilateral] debe ser admisible, vale decir que debe respetar ciertas condiciones o límites. El autor agrega que sin perjuicio de los límites que puedan establecer las normas imperativas, existen al menos tres condiciones para el ejercicio legítimo del *ius variandi*: ellas están dadas por el propio contrato individual de trabajo (limitación contractual), por los fines de la empresa (limitación funcional) y por la consideración de los legítimos intereses del trabajador (limitación por el “deber de previsión”)⁽³⁾.

(2) ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M^a Emilia. *Derecho del Trabajo*. 26^a ed., Thomsom Reuters - Civitas, Madrid, 2009, p. 506 y ss.

(3) RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. Director. *Derecho del Trabajo. Análisis doctrinal, normativo y jurisprudencial*. Tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 437.

Es importante aclarar en la línea manifestada por Rodríguez Mancini, que el poder de dirección del empleador no puede resultar jamás ilimitado, pues debe ser ejercido en armonía con dos consideraciones determinantes. Por un lado, el poder de dirección debe ser ejercido respetando el carácter imperativo y de orden público de las normas de Derecho Laboral, y por otro, el poder de dirección no puede implicar la trasgresión del principio-derecho de la dignidad de la persona humana. En el mismo sentido, Pacheco Zerga señala que “el *ius variandi* del empresario, implícito en el poder de dirección implica que las acciones que adopte el empleador (...) ha de realizarlas teniendo en cuenta que el trabajador no es una pieza del proceso de producción, sino un ser libre, con fines propios, que tiene derecho a un **reconocimiento** (...)”⁽⁴⁾.

Asimismo, el ejercicio del poder de dirección por parte del empleador no puede, ni debe suponer una afectación a los derechos fundamentales del trabajador en tanto persona humana, consagrados en la Constitución Política del Estado, en los tratados internacionales sobre derechos humanos y, en general, en todas aquellas normas que forman parte del bloque de constitucionalidad. Sobre este punto, el TC nos recuerda en la ya citada STC recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC (caso Nesta Brero y 5000 ciudadanos) f. j. 26.D que la libertad de empresa debe ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce.

No obstante, en muchas ocasiones el derecho del empleador a determinar libremente la mejor forma en la que debe ejecutarse la prestación que es objeto del contrato de trabajo puede colisionar con ciertos derechos fundamentales del trabajador. Esta situación se evidencia con absoluta claridad, por ejemplo, respecto a los controles impuestos por los empleadores a la utilización de nuevas tecnologías de la información como pueden ser los correos electrónicos, el acceso a internet, e incluso la utilización de los teléfonos inteligentes por parte del trabajador, que no solo suponen una limitación al espacio de libertad individual del trabajador en el trabajo, sino que en la mayoría de los casos implican una injerencia en la vida privada de este. Encontrar el equilibrio entre ambas situaciones resulta pues una situación de capital importancia.

(4) PACHECO ZERGA, Luz. *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. 1ª ed., Thomsom Civitas, Navarra, 2007, p. 71 y ss.

II. EL DERECHO DE LOS TRABAJADORES A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA EN EL TRABAJO

1. El derecho fundamental a la vida privada en el trabajo

El artículo 2.7 de la Constitución Política del Estado establece que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar. De la misma forma, el artículo 2.10 consagra el derecho de toda persona al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. A nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia.

Así, en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*⁽⁵⁾ la CIDH, señaló en el f. j. 55 que el artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, agregando que la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En el mismo caso, la CIDH determinó que “aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación, que al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada”. Por su parte, en el caso *Escher y otros vs. Brasil*⁽⁶⁾, la CIDH señaló por primera vez que el artículo 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla.

El f. j. 115 de la sentencia comentada se orienta a tratar el tema específico del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones respecto a las nuevas tecnologías cuando refiere que “la fluidez informativa que existe hoy en día coloca al derecho a la vida privada de las personas en una situación de mayor riesgo debido a las nuevas herramientas tecnológicas y su utilización cada vez más frecuente. Este progreso, en especial cuando se trata de interceptaciones y grabaciones telefónicas, no significa que las personas deban quedar en una situación

(5) Corte IDH. Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de enero de 2009. Serie C. N° 193.

(6) Corte IDH. Caso *Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de julio de 2009. Serie C N° 200.

de vulnerabilidad frente al Estado o a los particulares. De allí que el Estado debe asumir un compromiso, aún mayor, con el fin de adecuar a los tiempos actuales las fórmulas tradicionales de protección del derecho a la vida privada”.

Ahora bien, resulta importante que ahondemos sobre la situación del derecho fundamental a la intimidad y el secreto de las comunicaciones en el ámbito exclusivamente laboral.

2. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en el trabajo

Refiriéndose a lo que denomina “la intimidad informática” Sagardoy Bengoechea⁽⁷⁾ refiere que “los problemas surgen –y con frecuencia y virulencia– cuando se enfrentan los derechos y libertades de los trabajadores con las facultades legales del empresario de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”. Si bien las medidas de control que puedan afectar en mayor o en menor medida la intimidad de los trabajadores puede ser casi infinita, en el presente análisis nos abocamos exclusivamente a la injerencia que pueda tener en el derecho al secreto de las comunicaciones el control por parte del empleador de las cuentas de correo electrónico y sistemas de mensajería internos en la empresa.

Desde una perspectiva comparada, debemos iniciar señalando que la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) en el caso *Niemietz vs. Alemania*⁽⁸⁾ del 16 de diciembre de 1992 precisó que sería demasiado restrictivo limitar el respeto de la vida privada a un “círculo íntimo” dejando de lado el mundo del trabajo. La Corte añade con propiedad, que la noción de vida de privada no puede excluir las actividades profesionales o comerciales, pues después de todo, es en su trabajo, donde la mayoría de personas desarrollan con más frecuencia sus relaciones con el mundo exterior. En el mismo sentido, en el caso *Halford vs. Reino Unido* del 25 de junio de 1997, la CEDH rechazó el argumento del gobierno británico según el cual “en principio un empleador puede vigilar, sin prevenir a los interesados, las llamadas de teléfono que los trabajadores realizan desde los teléfonos que el empleador pone a su disposición”⁽⁹⁾. Asimismo, en el caso *Copland vs. Reino Unido*⁽¹⁰⁾ del 3 de abril de 2007, la CEDH señaló que los correos electró-

(7) SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A. *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Thomsom Civitas, Cuadernos Civitas, Navarra, 2005, p. 75 y ss.

(8) Corte Europea de Derechos Humanos. 16 de diciembre de 1992. En: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57887#{"itemid":\["001-57887"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57887#{)>.

(9) Corte Europea de Derechos Humanos. 25 de junio de 1997. En: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58039>>.

(10) Corte Europea de Derechos Humanos. 3 de abril de 2007. En: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-79996#{"itemid":\["001-79996"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-79996#{)>.

nicos remitidos desde el centro de trabajo pertenecen a la esfera de la vida privada del trabajador protegida por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, sin prohibir la posibilidad de que el empleador pueda establecer mecanismos de control.

Siempre en el ámbito europeo, el Tribunal Constitucional español en la STC recaída en el Exp. N° 241/2012 de 17 de diciembre de 2012, señala que en el marco de las facultades de auto organización, dirección y control correspondientes a cada empresario, “no cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso de medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respecto a los derechos fundamentales”. Con relación a esta última limitación, agrega el Tribunal, “hemos precisado que, aun cuando la atribución de espacios individualizados o exclusivos –como la asignación de cuentas personales de correo electrónico a los trabajadores– puede tener relevancia sobre la actuación [del] fiscalizador de la empresa, ha de tenerse en cuenta que los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin”⁽¹¹⁾.

Esta posición del Tribunal Constitucional español complementa la posición desarrollada por el Tribunal Supremo de dicho país en la sentencia de fecha 26 de setiembre de 2007⁽¹²⁾. En la referida sentencia, el Tribunal Supremo español consideró que las comunicaciones telefónicas y el correo electrónico están incluidos en el ámbito de la protección que deriva de la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones. La garantía de la intimidad también se extiende a los archivos personales del trabajador que se encuentran en el ordenador. Por otro lado, el Tribunal Supremo español aclara que de acuerdo con las exigencias de buena fe, el empleador debe establecer previamente las reglas de uso de los medios informáticos, con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales, e informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización del medio. De esta manera precisa el Tribunal, que si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables,

(11) Véase: <<http://www.boe.es/boe/dias/2013/01/22/pdfs/BOE-A-2013-614.pdf>>.

(12) Véase: <<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/326542/Despido/20071018>>.

no podrá entenderse que al realizarse el control se ha vulnerado “una expectativa razonable de intimidad”.

Merece citar finalmente una sentencia de la Corte de Casación francesa, el caso Nikon del 2 de octubre de 2001 que propuso una solución radical al problema, prohibiendo cualquier forma de control de los mensajes de los trabajadores aún si el empleador hubiese proscrito la utilización de estas herramientas para fines privados⁽¹³⁾. Comentando esta sentencia, Ravanas⁽¹⁴⁾, señaló que “los jueces franceses quisieron evitar a todo precio la censura por parte de la CEDH y optaron por la solución más protectora de los derechos del hombre, sacrificando el derecho y el deber del empleador de velar por el buen funcionamiento de su empresa”. Analicemos ahora, el estado de la cuestión en el Perú:

3. La situación de la jurisprudencia y la legislación en el Perú

Sin duda, el desarrollo de la protección del derecho a la intimidad que comprende el derecho al secreto de las comunicaciones de los trabajadores respecto a la posibilidad del derecho del empleador de controlar la utilización de los medios informáticos proporcionados por este, ha sido desarrollado únicamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Si bien, a la fecha del presente análisis, con fecha 24 de setiembre de 2014, la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso recomendó la aprobación de dos proyectos de ley que regulan el uso de los medios informáticos en los centros de trabajo públicos y privados, proyectos que buscan que la futura norma tenga por objetivo principal: a) garantizar el uso adecuado y eficiente del trabajador de esta herramienta de trabajo; b) proteger los derechos fundamentales del trabajador a la intimidad y el secreto de las comunicaciones; c) establecer límites a las facultades de control por parte del empleador y d) prevenir conflictos laborales⁽¹⁵⁾ la regulación normativa por el momento es inexistente.

La posición del TC peruano se ha desarrollado a través de 4 sentencias (STC Exp. N° 1058-2004-AA/TC - caso García Mendoza, STC Exp. N° 4224-2009-AA/TC - caso Huamaní Vargas, STC Exp. N° 3599-2010-PA/TC - caso Espinoza Chumo y la STC Exp. N° 0114-2011-PA/TC - caso Nieves Albán). En las mismas, el TC ha considerado que tanto el correo electrónico como el comando o programa

(13) Véase: <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arret_n_1159.html>.

(14) RAVANAS, J. *Protection de la vie privée: la preuve illicite d'une relation défectueuse de travail*. Recueil Dalloz, 2003, p. 1305.

(15) El dictamen de la Comisión de Trabajo y de Seguridad Social puede ser consultado en: <[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf8be305256f2e006d1cf0/93d6cfd4928147a205257d7700680b7f/\\$FILE/02604DCMAY22201014.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf8be305256f2e006d1cf0/93d6cfd4928147a205257d7700680b7f/$FILE/02604DCMAY22201014.pdf)>.

de mensajería instantánea que proporciona el empleador a sus trabajadores, son formas de comunicación que se encuentran protegidas por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y la inviolabilidad de las mismas. Es más, en las STC más recientes (casos Espinoza Chumo y Nieves Albán), la posición del TC peruano se apoya en los ya citados casos Halford vs. Reino Unido, Copland vs. Reino Unido de la CEDH y en el caso Escher y otros vs. Brasil de la CIDH.

Si realizamos un análisis comparativo de la posición del TC respecto a la posición que sobre el tema tiene la CIDH y sobre todo la CEDH, podremos advertir que la posición del Tribunal peruano parece la más radical, es decir, proteger el secreto de las comunicaciones de los trabajadores, aun cuando los comandos de mensajería o el correo electrónico sean de propiedad exclusiva del empleador, y aun si es que el empleador ha detallado a través de órdenes generales o específicas que su utilización no puede realizarse para fines personales.

Consideramos, sin embargo, que independientemente la norma que en los próximos días pueda ser publicada respecto a la utilización de medios informáticos en el centro de trabajo, el derecho al secreto de las comunicaciones de los trabajadores debe ser ponderado adecuadamente respecto al derecho y deber del empleador de controlar el ejercicio correcto de la prestación del servicio que es objeto del contrato de trabajo. Con esta finalidad analizamos a continuación los aspectos que podrían ser tomados en cuenta para la adecuada ponderación de ambos derechos.

III. LÍMITES A LA INJERENCIA DEL EMPLEADOR EN EL CONTROL DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS DE LOS TRABAJADORES

La existencia de mecanismos de control de las comunicaciones de los trabajadores debe estar orientada, por un lado, a asegurar el respeto de la vida privada de los trabajadores en el centro de trabajo y, por otro, armonizar las necesidades relativas al buen funcionamiento de la empresa. Así, es muy importante que el empleador empiece por definir cuál es la finalidad, y cuáles son las condiciones –dentro de los límites de razonabilidad, proporcionalidad y transparencia– en las cuales el control de los medios de comunicación informáticos de los trabajadores es necesario.

Para hacerlo, el empleador no necesita de la existencia de una norma de origen legal, pues este puede determinar a través del RIT o incluso a través de un Convenio Colectivo de Trabajo (CCT), los alcances legítimos del control a ser ejercido. Precisamente en Bélgica, esta situación se ha resuelto y reglamentado a

través de la Convención Colectiva de Trabajo N° 81 concluida en el seno del Consejo Nacional de Trabajo de dicho país el 26 de abril de 2002, relativa a la protección de la vida privada de los trabajadores respecto al control de los medios de comunicación electrónica por parte del empleador⁽¹⁶⁾.

1. El deber de información al trabajador

Para que un control de los medios de comunicación informáticos sea posible por parte del empleador, constituye un deber fundamental ligado al principio de la buena fe con la que deben ser ejecutados los contratos, que los trabajadores o la organización sindical sean informados previamente respecto a la existencia de estos controles. En nuestra opinión, aun si las herramientas informáticas son de propiedad del empleador, los controles encubiertos y sin comunicación previa, constituyen un atentado al derecho a la intimidad del trabajador. Como mencionamos, esta comunicación puede darse bien a través de comunicaciones generales u órdenes específicas.

El deber de información respecto a la correcta utilización de las herramientas brindadas por el empleador se encuentra acorde con el principio de transparencia y la buena fe que debe existir en la ejecución de cualquier relación contractual, pues a través de este principio los trabajadores estarán en condiciones de prever bajo qué circunstancias y bajo qué condiciones se puede afectar su vida privada en el centro de trabajo.

2. La finalidad de los mecanismos de control

Respecto a la finalidad de las medidas de control que pueda imponer el empleador, coincidimos con la CCT N° 81 del Reino de Bélgica en el sentido de que el control de medios de comunicación electrónicos, por parte del empleador, debe tener por finalidad:

- a) La prevención de hechos ilícitos o difamatorios, hechos contrarios al orden público, las buenas costumbres o hechos susceptibles de atentar contra la dignidad del empleador o de cualquier otro trabajador;
- b) La protección de los intereses económicos, comerciales y financieros de la empresa y sobre todo proteger aquella información que es considerada

(16) Lo interesante de esta CCT, es que por un lado los empleadores reconocen el derecho de los trabajadores a la protección de su vida en el trabajo, pero al mismo tiempo los trabajadores reconocen el derecho del empleador de controlar las herramientas de trabajo y su utilización por los trabajadores en el marco de la ejecución de sus obligaciones contractuales. La CCT de alcance nacional en dicho país, puede ser consultada en <<http://www.cnt.be/CCT-COORD/cct-081.pdf>>.

como confidencial por el empleador, independientemente de la existencia de una cláusula expresa de confidencialidad en el contrato individual de trabajo.

- c) La seguridad y/o el buen funcionamiento técnico de los sistemas informáticos en red de la empresa, así como la protección de las instalaciones físicas de la misma.
- d) El respeto de buena fe de los principios y reglas de utilización de las tecnologías en red establecidas por la empresa⁽¹⁷⁾.

3. La proporcionalidad de las medidas de control

El TC peruano ha señalado en el f. j. 15 de la STC recaída en el expediente N° 2192-2004-AA/TC (caso Costa Gómez y otro) que el principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado social y democrático de derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3 y 43, y plasmado expresamente en su artículo 200, último párrafo. El TC agrega que en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Se encuentra fuera de toda discusión que las medidas de control que adopte el empleador deben tomar en cuenta un criterio mínimo de proporcionalidad. Si bien la injerencia en la vida privada respecto a herramientas electrónicas brindadas por el empleador puede estar justificada, su aplicación debe ser razonable y proporcional. En virtud de este principio, el control bajo cualquier circunstancia debe tener un carácter adecuado, pertinente y no excesivo respecto a la finalidad que se persigue. En conclusión si el control aplicado por el empleador supone necesariamente una injerencia en la vida privada del trabajador, la injerencia debe ser reducida al mínimo indispensable para alcanzar los objetivos perseguidos. Desde ya, un control general, o una revisión sistemática de los medios informáticos sin razón aparente que lo justifique puede resultar en principio desproporcional y, por ende, ilegítimo.

(17) BARTH, H. "Contrôle de l'employeur de l'utilisation privée que font ses travailleurs des nouvelles technologies de l'information et de communication au lieu du travail". J.T.T., 2002, p. 169.

IV. CONCLUSIONES

1. El control por parte del empleador de las herramientas electrónicas otorgadas a un trabajador supone, por un lado, el ejercicio legítimo del poder de dirección del empleador, pero al mismo tiempo, implica una injerencia en la vida privada e intimidad del trabajador.
2. Tanto a nivel de la CIDH como la CEDH se ha venido señalando que la esfera privada de un trabajador no se reduce a un “círculo íntimo” sino que se extiende al centro de trabajo, lugar natural donde un trabajador se relaciona con la mayor cantidad de personas.
3. Los tribunales europeos, tanto en Francia como en España, han tenido posiciones jurisprudenciales variables que han ido desde la prohibición absoluta de control de herramientas electrónicas de comunicación, hasta la permisión bajo circunstancias de proporcionalidad y razonabilidad.
4. Ante la ausencia de legislación sobre el tema, en nuestro país el Tribunal Constitucional se ha orientado a ponderar el derecho de los trabajadores al secreto de las comunicaciones, dejando de lado el derecho del empleador a poder controlar la utilización adecuada de los medios electrónicos de comunicación brindados al trabajador.
5. El control de los medios electrónicos de comunicación, por parte del empleador, es legítimo y constitucional, no obstante su utilización debe implicar un periodo de información previa a los trabajadores sobre el objeto y finalidad de estos controles; asimismo, debe suponer una utilización proporcional de tal manera que si existe injerencia en la vida privada del trabajador esta se reduzca al mínimo.

V. BIBLIOGRAFÍA

A. Libros y artículos académicos

1. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M^a Emilia. *Derecho del Trabajo*. 26^a ed., Thomsom Reuters - Civitas, Madrid, 2009.
2. BARTH, H. “Contrôle de l’employeur de l’utilisation privée que font ses travailleurs des nouvelles technologies de l’information et de communication au lieu du travail”. J.T.T., 2002.

3. RAVANAS, J. *Protection de la vie privée: la preuve illicite d'une relation défectueuse de travail*. Recueil Dalloz, 2003.
4. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (Director). *Derecho del Trabajo. Análisis doctrinal, normativo y jurisprudencial*. Tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 2010.
5. PACHECO ZERGA, Luz. *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. 1ª ed., Thomsom-Civitas, Navarra, 2007.
6. SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A. *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Thomsom-Civitas. Cuadernos Civitas. Navarra, 2005.

B. Jurisprudencia Supranacional y Comparada

1. Corte IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de enero de 2009. Serie C. N° 193.
2. Corte IDH. Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de julio de 2009. Serie C N° 200.
3. Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia de 16 de diciembre de 1992. En: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00157887#{"itemid":\["001-57887"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00157887#{)>.
4. Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia de 25 de junio de 1997. En: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58039>>.
5. Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia de 3 de abril de 2007. En: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00179996#{"itemid":\["001-79996"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00179996#{)>.
6. En: <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arret_n_1159.html>.
7. En: <<http://www.boe.es/boe/dias/2013/01/22/pdfs/BOE-A-2013-614.pdf>>.
8. En: <<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/326542/Despido/20071018>>.