REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

PROGRAMA PROFESIONAL DE DERECHO

EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR EN SU FACULTAD DE FISCALIZACIÓN FRENTE AL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR EN LA RELACION LABORAL, AREQUIPA, 2004-2012.

Tesis presentada por:

La Bachiller:

Mildred Milvia Mercado Murguía

Para obtener el Título Profesional de Abogado.

AREQUIPA – PERÚ

2014

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Dedicatoria:

A Dios mi fortaleza y mi guía,

Santo Justo Juez, San Damián de Molokai,

cuyas grandezas han iluminado mi vida.

A las tres mujeres que marcaron

el sendero de mi vida

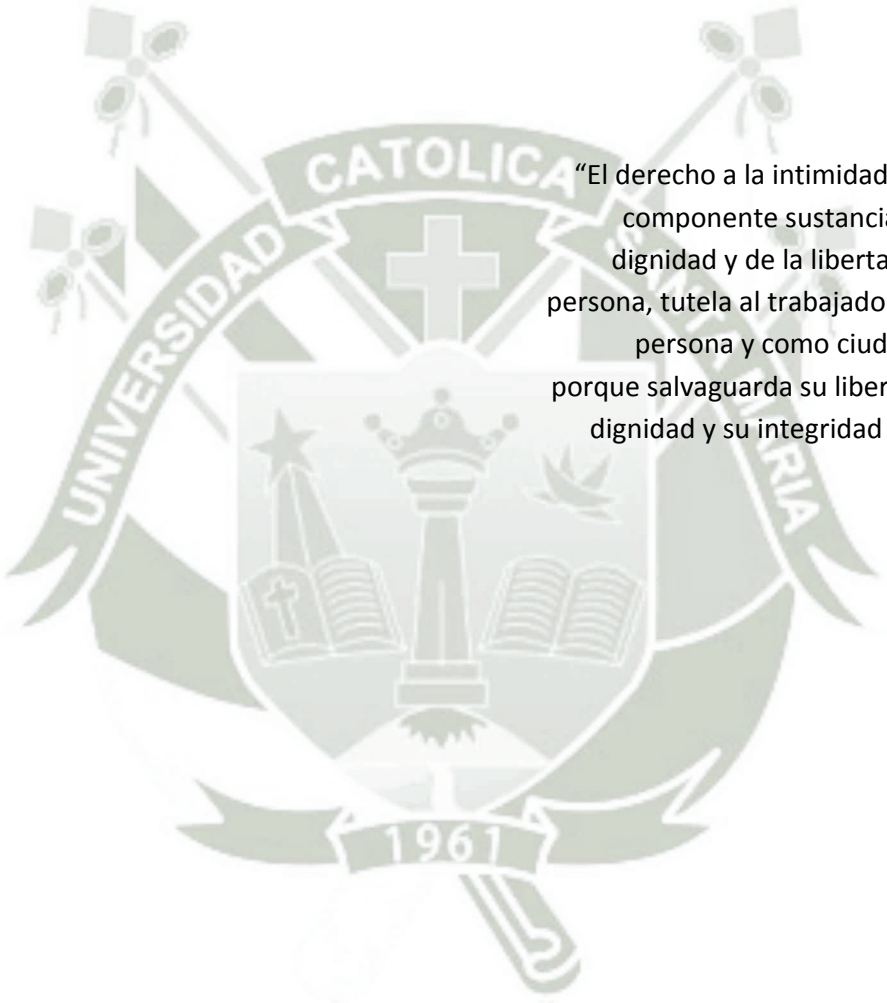
Silvia, Yolanda y Sofia

que hicieron de mi lo que soy.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA



"El derecho a la intimidad, como componente sustancial de la dignidad y de la libertad de la persona, tutela al trabajador como persona y como ciudadano, porque salvaguarda su libertad, su dignidad y su integridad física y moral"

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

INTRODUCCION

Los derechos se desarrollan socialmente, siendo en la interacción de éstos donde puede presentarse alguna contingencia, puesto que no todos estos derechos tienen las mismas dimensiones de aplicación en la sociedad.

El derecho a la intimidad, como componente sustancial de la dignidad y de la libertad de la persona, tutela al trabajador como persona y como ciudadano, porque salvaguarda su libertad, su dignidad y su integridad física y moral.

Sin embargo, con los adelantos tecnológicos en estos últimos años se ha venido presentando una serie de situaciones dentro de las relaciones laborales, que constituirían una manifiesta transgresión al derecho a la intimidad del trabajador; que se ejecutan de manera encubierta durante el tiempo de la jornada de trabajo, alegando el legítimo ejercicio de las facultades del empleador, en el cumplimiento de obligaciones contractuales asumidas por el trabajador; generando connotaciones demasiado restrictivas en los derechos de éste, y máxime que se encuentran dentro de los derechos fundamentales a los que nuestra Constitución otorga prevalencia.

La base de los derechos fundamentales es la “dignidad de la persona” y los “derechos inviolables que le son inherentes”, una de cuyas manifestaciones más importantes es el derecho a la intimidad. El derecho a la dignidad como el derecho a la intimidad tratan de preservar la esfera espiritual, afectiva e íntima de la persona, confiriéndole en primer término la capacidad de “autodeterminación consciente, responsable y adicionalmente una especie de “derecho de control” sobre sus opciones personales, afectivas y sociales.

Los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución Política del Estado reconoce a la persona acompañan a ésta en todas las facetas de su vida social, también son ejercitables en el seno de la relación de trabajo, ámbito en el que hayan de relacionarse con las obligaciones propias del contrato de trabajo, como la buena fe laboral y con los intereses legítimos de la empresa.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Sin embargo en estos últimos años en la relación laboral, se ha venido presentando una serie de situaciones que constituirían una manifiesta transgresión al derecho a la intimidad del trabajador que bajo el pretexto de la subordinación se ven encubiertas, alegando el legítimo ejercicio de las facultades del empleador, y el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el trabajador, generando connotaciones demasiado restrictivas entre otros derechos el de la intimidad que nuestra Constitución otorga prevalencia.

En este sentido es que, debe tenerse en cuenta que el trabajador no deja de ser persona al estar inmerso en una relación 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 y la ley le reconocen.

Se debe tener en consideración que el trabajador al realizar su actividad no se desprende de sus derechos fundamentales, no se quita la vestimenta de protección constitucional para entrar al fuero de su empleador, y ser violentado con desmedro de la consideración de su ser como persona y como ciudadano. El trabajador y sus derechos laborales son uno solo; el reconocimiento de sus derechos en el trabajo se da por su condición de ser persona y no por ser trabajador. De esta manera surge la necesidad de encontrar los limites que permitan al empleador ejercer su poder de dirección sin dañar los derechos fundamentales de una persona, que ha adquirido la condición de trabajador mediante una relación contractual reciproca aceptada mediante el contrato de trabajo, y no por ello va a perder por ello su condición natural básica, la de ciudadano, pues sabido es que en el establecimiento de relaciones laborales, se deben respetar las limitaciones y garantías referidas a los derechos fundamentales previstas por la Constitución Política del Estado.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

RESUMEN

Esta tesis es el resultado de una investigación realizada, cuyo objetivo principal fue el de analizar el Poder de Control y Vigilancia del empleador a la luz de las limitaciones que devienen del contenido y alcance del Derecho a la Intimidad de los trabajadores, en el marco del régimen jurídico peruano.

En el ámbito de las relaciones laborales el empleador es quien ostenta la facultad de determinar e instrumentar la forma de prestación de servicios, de tal suerte que gira instrucciones sobre el modo como debe ejecutarse el trabajo, lo anterior trae de la mano el poder de vigilar y controlar la actividad desarrollada por el trabajador que ha recibido tales instrucciones, así como también la potestad de sancionar aquellas conductas que no correspondan con ellas.

Esta aproximación a la noción amplia del Poder de Dirección constituye el punto de partida de la presente investigación, toda vez que el ejercicio de dicha Facultad de fiscalización de forma absoluta implicaría no sólo la colisión sino además la negación de uno de los derechos humanos y/o fundamentales más relevantes para todo trabajador; a saber: el derecho a la intimidad. De tal suerte que este último se erige como límite al Poder de Control y Vigilancia del empleador, generándose así una interrelación entre ambos derechos, donde cualquier explicación que pretenda salvaguardar su coexistencia, no solo tiene que partir de una hermética disección conceptual, sino que además debe basarse necesariamente en la teoría de los derechos humanos y/o fundamentales.

El Capítulo I de la presente investigación parte de la aproximación al Poder de Dirección Patronal del cual se desprende el Poder de Control y Vigilancia, para luego concentrarse en la delimitación de contenido, alcance y naturaleza jurídica de este último; y con base en ello, examinar detalladamente su regulación en el régimen jurídico peruano.

De tal contenido se desprenderá que no obstante que el Poder de Control y Vigilancia encuentra raíces constitucionales, ello no le reviste de un carácter absoluto o exento de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

limitaciones; dentro de esas limitaciones se halla el Derecho a la Intimidad, el cual también es objeto de la presente investigación. En razón de ello, en el Capítulo II, se analiza la naturaleza jurídica del derecho a la intimidad, y habida cuenta su carácter de *derecho humano y/o fundamental* se analizan los efectos que de ello se desprende, con especial énfasis en los aportes doctrinarios y jurisprudenciales de cara a su eventual limitación y/o restricción, para finalmente abordar el régimen jurídico peruano en materia de Derecho a la Intimidad, lo cual se hizo teniendo en cuenta las normas internacionales que informan sobre este derecho.

Partiendo de todas las precisiones formuladas en los dos primeros capítulos, la presente investigación se dedica al análisis de la coexistencia entre el Derecho a la Intimidad en el ámbito de las relaciones de trabajo y el Poder de Dirección, respecto de las situaciones circunscritas a las obligaciones estrictamente laborales desarrollado en el Capítulo IV, tuvo lugar el análisis relativo a la coexistencia entre el Derecho a la Intimidad y Poder de Dirección en su facultad de fiscalización, partiendo de los aspectos propios de las formas clásicas de prestación de servicios laboral, así como también la incidencia de la tecnología en las relaciones trabajo.

Sobre este último aspecto se hizo hincapié en el uso de medios específicos, tales como cámaras de video, uso de micrófonos, grabaciones telefónicas, implementación de tarjetas electrónicas, incorporación de recursos informáticos, registros de ficheros y carpetas contenidos en computadores y servidores de la empresa, conexión de internet y el uso de correo electrónico.

De esta manera surge la necesidad de encontrar los limites que permitan al empleador ejercer su poder de dirección sin dañar los derechos fundamentales de una persona, que ha adquirido la condición de trabajador mediante una relación contractual reciproca aceptada mediante el contrato de trabajo, y no por ello va a perder por ello su condición natural básica, la de ciudadano, pues sabido es que en el establecimiento de relaciones laborales, se deben respetar las limitaciones y garantías referidas a los derechos fundamentales previstas por la Constitución Política del Estado.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

SUMMARY

This thesis is the result of an investigation whose main objective was to analyze the Power Control and Monitoring employer in the light of the limitations that become the content and scope of the right to privacy of workers in the framework of Peruvian legal system.

In the field of labor relations is the employer who has the power to determine and implement the form of service delivery, in such a way that rotates as instructions on how the job should run, the above brings with it the power to monitor and control the activity of the worker who has received such instructions, as well as the power to punish those behaviors that do not correspond with them.

This approach to the broad notion of Power Management is the starting point of this investigation, since the exercise of that control Faculty absolutely would not only collision but also the denial of a human rights and / or fundamental most relevant for all workers; namely the right to privacy. In such a way that the latter stands as limit the Power Control and Monitoring employer, thus creating a relationship between two rights, where any explanation which aims to safeguard their coexistence, not only has to start from a tight conceptual dissection, but also must be based on the theory of human rights and / or fundamental.

Chapter I of this study adopts the approach to which Patronal Power Management Power Control and Surveillance follows, then concentrate on the delimitation of content, scope and legal nature of the latter; and based on this, examine in detail its regulation in the Peruvian legal system.

Of such content will come off that notwithstanding that the power of control and

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

surveillance is constitutional roots, it is not of him an absolute basis or without limitations; within those limitations is the Right to Privacy, which is also the subject of this investigation. Because of this, in Chapter II, the legal nature of the right to privacy is analyzed, given its status as a human right and / or fundamental effects that it follows, with special emphasis on doctrinal contributions are analyzed and jurisprudential view to its eventual limitation and / or restriction, to finally tackle the Peruvian legal regime for the right to Privacy, which was made taking into account international reporting on this right.

Based on all the points made in the first two chapters, the present research is devoted to the analysis of coexistence between the Right to Privacy in the field of labor relations and Power Management, regarding the circumscribed situations obligations strictly business developed in Chapter IV, took place on the coexistence analysis between the right to privacy and Power Management in its power to control, based on the specific aspects of the classic ways of delivering employment services, as well as the impact of technology on labor relations.

On this last point emphasized the use of specific media such as video cameras, use of microphones, telephone records, implementation of electronic cards, incorporation of computing resources, records, files and folders on computers and enterprise servers , internet and email use.

Thus the need to find the limits that allow the employer to exercise its power of direction without damaging the fundamental rights of a person who has acquired the status of worker by a reciprocal contractual relationship accepted by the employment contract arises, not this will losing its basic natural condition, the citizen, as it is known that in the establishment of labor relations, must respect the limitations and guarantees regarding fundamental rights provided by the State Constitution.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

INDICE

EPIGRAFE

DEDICATORIA

INTRODUCCION

RESUMEN

SUMMERY

MARCO TEORICO

CAPITULO I 1

EL CONTRATO DE TRABAJO: INICIO DE LA RELACION LABORAL 1

I. LA RELACION LABORAL CONTRACTUAL 1

1. El Contrato de Trabajo.- 1

1.1 Concepto.- 1

1.2 El Contrato de trabajo en la doctrina peruana 3

2. La Relación Laboral 5

2.1.Concepto.- 5

2.2 Partes de la Relación Laboral.- 6

2.2.1.El trabajador 6

2.2.2.Empleador 6

2.3. Características de la Relación Laboral.- 7

2.4.ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RELACIÓN LABORAL.- 8

2.4.1.PRESTACIÓN PERSONAL DE SERVICIOS: 8

2.4.2.REMUNERACIÓN: 9

2.4.3.SUBORDINACIÓN: 9

2.5. Derechos y Deberes de la partes que se derivan de la Relación Laboral.- 12

2.5.1.Derechos y Obligaciones del Trabajador.- 13

2.5.1.1.Derechos del Trabajador 13

2.5.1.2.Deberes del Trabajador.- 14

2.5.2.Derechos y Obligaciones del Empleador 16

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3. EL PODER DE DIRECCION DEL EMPLEADOR 18

3.1. Concepto de Poder de Dirección.- 18

3.1.1.La libertad de empresa como fundamento del poder de dirección.- 21

3.2. MANIFESTACIONES DEL PODER DE DIRECCIÓN.- 22

3.2.1.FACULTAD REGLAMENTARIA Y DE ORGANIZACIÓN.- 23

3.2.2.FACULTAD DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN.- 25

3.2.2.1.Regulación de la Facultad de control y Fiscalización del Empleador.- . 28

3.2.3.FACULTAD DISCIPLINARIA Y SANCIONADORA.- 29

3.2.3.1.Limites a la facultad disciplinaria y sancionadora.- 29

3.2.4. EL IUS VARIANDI.- 31

3.2.4.1. El ejercicio del *ius variandi* y el respeto de los derechos fundamentales.- 33

3.3. LÍMITES AL PODER DE DIRECCIÓN.- 34

3.3.1. LIMITES INTERNOS.- 35

3.3.1.1. La razonabilidad.- 35

3.3.1.2. Proporcionalidad.- 37

3.3.1.3. Finalidad y Necesidad.- 38

3.3.2. LIMITES EXTERNOS.- 40

3.3.2.1.El respeto a los derechos fundamentales.- 41

4. EL DEBER DE OBEDIENCIA DEL TRABAJADOR.- 44

4.1. Concepto.- 44

4.2. Limites del Deber de obediencia del trabajador.- 46

4.3. Deber de obediencia y respeto a la dignidad en la conducta laboral.- 47

4.4. El derecho de resistencia del trabajador (el ius resistentiae).- 48

4.5. El Deber de Protección.- 51

CAPITULO II 52

EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PERSONALIDAD 52

1. ASPECTOS GENERALES.- 52

1.1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL DE INTIMIDAD.- 53

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1.1.1. Etimología.- 53

1.1.2. Concepto de Intimidad.- 53

1.1.3. Aspectos Fundamentales del Concepto de Intimidad.- 57

2. DERECHO A LA INTIMIDAD 60

2.1. INICIO DE LA NOCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD 60

2.2. CONCEPTO DE DERECHO A LA INTIMIDAD.- 61

2.3. TITULARES DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.- 65

2.4. CONTENIDO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.- 67

2.4.1. El derecho a la intimidad familiar y personal 67

2.4.2. El secreto de las comunicaciones 68

2.4.3. Derecho al honor y la propia imagen 69

2.5. LA DIGNIDAD Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD 69

2.6. LA VIDA PRIVADA Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD 70

3. DISTINCION DEL DERECHO DE INTIMIDAD DE OTROS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. 74

3.1. Intimidad, imagen y voz.- 74

3.2. Intimidad, honor y reputación.- 75

4. VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD 77

4.1. Consecuencias de la Violación a la Intimidad.- 78

4.1.1. Daño Moral. 78

4.1.2. Daño patrimonial. 79

5. ANÁLISIS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL 80

5.1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO 80

5.1.1. Constitución de 1993.- 80

5.1.2. CÓDIGO CIVIL DE 1984.- 82

5.2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.- 84

5.3. DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.- 87

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5.3.1. Legislación Colombiana: 87

5.3.2. Legislación Brasileña: 89

5.3.3. Legislación Española: 89

6. LA "INTIMIDAD INFORMATICA".- 91

6.1. Tecnologías informáticas para la protección del derecho a la intimidad.- 93

CAPITULO III 95

EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR 95

COMO LÍMITE AL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR 95

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACION LABORAL.- 95

2. COLISIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES CON EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES DEL EMPLEADOR 100

2.1. Invasión de la intimidad físico-espacial.- 102

2.2. Invasión a la intimidad moral o afectiva del trabajador.- 104

3. EL RESPETO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL.- 107

4. LA NUEVA ERA TECNOLÓGICA EN LA RELACION LABORAL ¿RESPETA EL DERECHO A LA INTIMIDAD?.- 109

5. LA ADOPCIÓN DE NUEVAS MEDIDAS DE VIGILANCIA Y CONTROL FRENTE AL RESPETO A LA DIGNIDAD E INTIMIDAD DEL TRABAJADOR.- 113

5.1. Respecto a la Intimidad Informática.- 116

5.2. Limites del ejercicio de la facultad de control y vigilancia tecnológica en la relación laboral.- 118

6. EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO LIMITE DE PONDERACIÓN ENTRE LA APLICACIÓN DEL PODER DE DIRECCIÓN Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD.- 121

6.1. PONDERACIÓN: PODER DE DIRECCIÓN Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD 125

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPITULO IV 135

CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA FACULTAD LABORAL: PODER DE DIRECCION 135

1. DERECHOS FUNDAMENTALES VS. DERECHOS LABORALES 135

1.1. Teorías de la eficacia los derechos fundamentales.- 135

1.1.1. TEORÍA DE LA EFICACIA MEDIATA O INDIRECTA: 135

1.1.2. TEORÍA DE LA EFICACIA INMEDIATA O DIRECTA.- 136

1.2. LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 137

1.3. FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA.- 142

1.4. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.- 143

2. EFECTO HORIZONTAL DEL DERECHO 144

2.1. RECONOCIMIENTO DE LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL.- 149

2.2. ¿Pero cuándo es que se traspasa el límite del ejercicio del derecho de control? 150

3. EL PODER DE DIRECCIÓN VS. EL DERECHO A LA INTIMIDAD.- 152

3.1. ¿Cómo debe, entonces, y supuesta la plena eficacia del derecho a la intimidad en la relación de trabajo, solucionarse la tensión entre este derecho y la potestad de mando del empleador? 155

CAPITULO V 159

LA COEXISTENCIA ENTRE EL PODER DE CONTROL Y VIGILANCIA DEL EMPLEADOR Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES 159

1. EL PODER DE VIGILANCIA, MEDIDAS DE CONTROL Y SU COEXISTENCIA CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD 161

1.1. El Consentimiento del Trabajador 165

2. REGISTROS SOBRE LA PERSONA DEL TRABAJADOR Y SUS EFECTOS PERSONALES VS. EL DERECHO A LA INTIMIDAD 166

2.1. Inviolabilidad de la persona del trabajador 166

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.2. Registro Personal de los Trabajadores.- 167

2.3. Forma de efectuar los registros: límites y garantías 171

2.4. Legislación Comparada Española.- 174

3. EL REGISTRO DE DATOS PERSONALES EN LA RELACIÓN LABORAL 176

3.1. Autodeterminación Informativa en el Ámbito Laboral.- 178

3.2. El consentimiento del Trabajador.- 181

3.3. Legislación Internacional en materia de protección del Registro de Datos.- 182

3.4. Legislación peruana en materia de protección del Registro de Datos.- ... 188

3.4.1. Registro de bancos de datos.- 189

3.5. Análisis Jurisprudencia Española.- 190

4. EL EJERCICIO DEL PODER DE CONTROL EN SU FACULTAD DE FISCALIZACION DEL EMPLEADOR A TRAVÉS DE RECURSOS TECNOLÓGICOS. 192

4.1. La utilización de las Tecnologías de la Información y Comunicación: ¿Atentado al Derecho a la Intimidad? 193

5. MEDIOS TECNOLÓGICOS NORMALMENTE IMPLEMENTADOS EN LAS RELACIONES DE TRABAJO 197

5.1. TECNOLOGÍAS AUDIOVISUALES 197

5.1.1. EL USO PONDERADO Y PROPORCIONADO DE LA VIGILANCIA AUDIOVISUAL EN LA EMPRESA 201

5.1.2. POSIBILIDADES Y LÍMITES DE LA VIGILANCIA EMPRESARIAL POR MEDIOS AUDIOVISUALES 203

5.1.3. ANALISIS LEGISLACIÓN COMPARADA 209

5.1.3.1. Legislación Española.- 209

5.1.3.2. Análisis Jurisprudencia Española 211

5.1.3.3. Legislación Italiana.- 221

5.2. CAMARAS VIDEOVIGILANCIA 222

5.2.1. Vulneración del Derecho a la Intimidad del Trabajador por la Instalación de Cámaras 223

5.2.2. Limites a la utilización de cámaras de video 226

5.2.3. Análisis Ordenamiento y Jurisprudencia Internacional Comparada 229

5.2.3.1. Análisis de Jurisprudencia Latinoamericana 229

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5.2.3.2. Análisis Jurisprudencia Europea 235

5.3. EL USO DE MICRÓFONOS Y LAS RELACIONES LABORALES ... 252

5.3.1. Criterio Jurisprudencial Español 254

5.4. EL PODER DE CONTROL Y VIGILANCIA APLICADO AL TELÉFONO COMO MEDIO DE COMUNICACIÓN 256

5.5. IMPLEMENTACIÓN DE TARJETAS ELECTRÓNICAS 258

5.6. USO DEL ORDENADOR Y SERVIDOR INFORMATICO 259

5.6.1. Sobre el registro de ficheros y carpetas contenidos en computadores y servidores de la empresa 259

5.6.2. El Uso "NO LABORAL" del Ordenador otorgado por el empleador 262

5.6.3. Uso del Ordenador para el acceso a Redes Sociales: FACEBOOK Y TWITTER 265

5.7. UTILIZACION CORREO ELECTRONICO INSTITUCIONAL 268

5.7.1. Control y Acceso del empleador al Correo Electrónico del Trabajador ... 271

5.7.1.1. Justificación del control, vigilancia, e/o intervención 271

5.7.1.2. Formas de Control por parte del empleador 273

5.7.1.3. Condiciones y limitaciones para la procedencia del control 276

5.7.2. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO ... 279

6. PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA UTILIZACIÓN DE NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA REALIZAR CONTROLES EN EL CENTRO DE TRABAJO. 297

6.1. ¿CONSTITUYE O NO UNA FALTA GRAVE? 301

6.2. Casos de incumplimientos laborales del trabajador, por el uso de los medios tecnológicos de información y comunicación: 304

CAPITULO VI 306

ANALISIS CASUISTICA PERUANA 306

ANALISIS JURISPRUDENCIAL 306

1. Caso RAFAEL FRANCISCO GARCIA MENDOZA EMPRESA DE SERVICIOS POSTALES DEL PERU SA, EXP. 1054-2004-AA 307

2. Caso ANGELINA MARIA HUAMANI VARGAS contra CAJA MUNICIPAL DE AHORRO Y CREDITO TACNA S.A, STC Exp. 04224-2009- PA/TC 314

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3. Caso MARIA MILAGROS ESPINOZA CHUMO DE LOPEZ contra TELEFONICA GESTION DE SERVICIO COMPARTIDOS S.A.C, STC Exp. Nº 03599-2010-PA/TC 324

3.1. JURISPRUDENCIA APLICABLE A OTROS CASOS..... 325

3.2. Tribunal Constitucional Español Sentencia 241/2012, de 17 de diciembre de 2012. 340

4. Caso ROBERTO NIEVES ALBAN contra TELEFONICA CENTROS DE COBROS S.A.C., Exp. No. 00114-2011-PA/TC 346

CAPITULO VII: ANALISIS DE RESULTADOS

1. TÉCNICAS UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN
2. ANALISIS DE RESULTADOS CUESTIONARIO
3. ANALISIS DE RESULTADOS ENTREVISTA

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

PROYECTO DE LEY

BIBLIOGRAFIA

ANEXOS

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPITULO I

EL CONTRATO DE TRABAJO: INICIO DE LA RELACION LABORAL

I. LA RELACION LABORAL CONTRACTUAL

1. El Contrato de Trabajo.-

1.1 Concepto.-

La Institución básica y fundamental del derecho individual del trabajo es el contrato de trabajo; institución que es concebida por el acuerdo voluntario entre el trabajador y el empleador, para intercambiar la prestación personal de una actividad subordinada por una remuneración.

El contrato de trabajo supone la existencia de un acuerdo de voluntades, por el cual una de las partes se compromete a prestar sus servicios personales en forma remunerada (el trabajador) y la otra, al pago de la remuneración correspondiente y que goza de la facultad de dirigir, fiscalizar y sancionar los servicios prestados (el empleador).[1]

Nuestra legislación no ha determinado un concepto de contrato de trabajo propiamente dicho, sin embargo a través del art. 4º del Decreto Supremo Nº 003-97-TR. TUO del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y competitividad Laboral señala que: *"En toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado"*.

De este texto normativo, que si bien está planteado en términos de la presunción de laboralidad, permite alcanzar una definición e inferir los elementos esenciales del contrato de trabajo, desprendiéndose así que, éste presenta tres elementos esenciales:

[1] TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, Derecho Individual del Trabajo, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Diciembre de 2011, Lima, pág. 36

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

prestación personal, remuneración y subordinación, tal y como lo ha resaltado la propia jurisprudencia; así en la Casación N° 1581-97, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema señaló en el tercer considerando:

"Que, el contrato de trabajo supone la existencia de una relación jurídica que se caracteriza por la presencia de tres elementos sustanciales, los cuales son: la prestación personal del servicio, la dependencia o subordinación del trabajador al empleador y el pago de una remuneración periódica (…)".

La individualidad del contrato de trabajo está conformada en primer lugar por dos personas: el trabajador y el empleador, y en segundo lugar por tres elementos esenciales: la prestación personal de los servicios, el pago de una remuneración como contraprestación por la energía del trabajo recibido y por último, el vínculo de subordinación jurídica, que liga la prestación del trabajador a la voluntad y fines del empleador. [2]

Por consiguiente el contrato de trabajo constituye el acuerdo voluntario entre el trabajador y el empleador, que da origen a la relación laboral, generando un conjunto de derechos y obligaciones entre las partes, así como las condiciones dentro de las cuales se desarrollará dicho vinculo laboral.

Sobre el particular el Tribunal Constitucional ha considerado que el elemento determinante, característico y diferenciador del contrato de trabajo en relación con el contrato de locación de servicios es el de la subordinación del trabajador con respecto al empleador, lo cual le otorga a este último la facultad de dar órdenes, instrucciones o directrices a los trabajadores con relación al trabajo por el que se les contrató (poder de dirección), así como la de imponerle sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo (poder sancionador o disciplinario).

Así, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte del comitente de impartir órdenes a quien presta el servicio, o en la fijación de un horario de trabajo para la prestación del servicio, entre

[2] SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, El Contrato de Locación de Servicios, Segunda edición, Lima, pág. 103.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

otros supuestos, indudablemente se estará ante un contrato de trabajo, así se le haya dado la denominación de contrato de locación de servicios. (*Vid*. Sentencia que resuelve el Expediente Nº 01846-2005-PA/TC).

1.2 El Contrato de trabajo en la doctrina peruana

Guillermo Cabanellas define el contrato de trabajo como: "Aquel que tiene por objeto la prestación retribuida de servicios de carácter económico, ya sean industriales, mercantiles o agrícolas. Más técnicamente cabe definirlo así: el que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico, y por el cual una de las partes da una remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o de servirse, bajo su dependencia o dirección, de la actividad profesional de otra"[3].

Por su parte Manuel Alonso García, define el contrato de trabajo "como todo acuerdo de voluntades (negocio jurídico bilateral) en virtud del cual una persona se compromete a realizar personalmente una obra o prestar un servicio por cuenta de otra, a cambio de una remuneración"[4].

De este modo al implicar el contrato de trabajo un acuerdo de voluntades, tanto el empleador como el trabajador deciden emprender un objetivo común, el cual brindará beneficios a ambos. El empleador manifiesta su interés por el trabajador pues considera que sus habilidades son óptimas para desarrollar el trabajo y por ello otorgará una retribución. Y el trabajador manifiesta su interés hacia determinado trabajo pues considera que puede realizarlo y por ello sabe que será retribuido. Y es precisamente en un contrato de trabajo donde establecen que tipo de trabajo realizará, el horario de trabajo, la retribución, etc.

Martínez Vivot nos presenta la definición siguiente : "...el contrato de trabajo es aquel que regula las relaciones que se manifiestan entre quienes se obligan a prestar su

[3] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Novena Edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires Argentina ,Pág.513

[4] ALONSO GARCÍA, Manuel : Curso de Derecho del Trabajo, Séptima Edición, Actualizada, Editorial Ariel, Barcelona - España 1981,Pág. 274

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

actividad laboral en situación de dependencia o subordinación, mediante el pago de una remuneración, en condiciones de trabajo impuestas, por lo menos, por las leyes o las convenciones colectivas de trabajo, y quienes dirigen y organizan ese trabajo, dentro de los límites del orden público laboral y de las obligaciones que se entienden comprendidas en la relación"[5].

Gómez Valdez considera que:"El contrato de trabajo es el convenio elevado a protección fundamental, según el cual, un trabajador bajo dependencia se coloca a disposición de uno o más empleadores a cambio de una retribución, elevada, también, a idéntica protección fundamental"[6].

Julio Armando Grisolia define el poder de dirección de la siguiente manera: *"... la potestad del empleador de emitir directivas a los trabajadores mediante órdenes e instrucciones relativas a la forma y modalidad del trabajo, según los fines y necesidades de la empresa. Se trata de un poder jerárquico, ya que tiene su fundamento en la desigual posición de las partes en el contrato, resultando su contracara el deber de obediencia del trabajador. Debe ser ejercido con carácter funcional y dentro de los límites legales y convencionales."*[7]

De todo ello es posible determinar que por la celebración de un contrato de trabajo, se produce el nacimiento y la forma de una relación laboral, generando un conjunto de derechos y obligaciones para el trabajador y el empleador (partes), así como las condiciones dentro de las cuales se desarrollará dicho vinculo laboral Por eso un contrato de trabajo es considerado como un contrato de cambio, el cual tiene un carácter bilateral perfecto, donde el fundamento es oneroso (retribución). Y es en la relación laboral donde las obligaciones laborales inciden en derechos de la persona (libre expresión, etc.), y en derechos exclusivos de los trabajadores o de sus representantes

[5] MARTÍNEZ VIVOT, Julio: Elementos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Segunda Edición, corregida y actualizada, Editorial ASTREA, Buenos Aires- Argentina 1988,Pág. 99

[6] GÓMEZ VALDEZ, Francisco: El Contrato de Trabajo, Parte General, Tomo I Edición 2000,Editorial San Marcos,Lima-Perú,2000,Pág.109.

[7] *GRISOLIA, Julio Armando. "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". Octava Edición. Editorial Lexis Nexos Depalma. Argentina. 2003. Pág. 291.*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

(libertad sindical, negociación colectiva, derecho a huelga, etc.)[8].

2. La Relación Laboral

2.1. Concepto.-

La relación laboral constituye la pieza maestra sobre la cual se construye no solamente el Derecho del Trabajo en su perspectiva individual, sino la totalidad del mismo[9].

Una relación laboral es aquella relación contractual entre una empresa o persona llamada empleador y una persona natural llamada trabajador, relación mediante la cual el trabajador pone a disposición del empleador su capacidad física e intelectual para desarrollar una actividad determinada, prestando su trabajo personal subordinado, por el cual recibe una retribución, mediante el pago de una remuneración o salario.

Una relación laboral se configura en el momento en que se presentan tres elementos inconfundibles que son: Subordinación, Remuneración y Prestación personal del servicio.

La relación laboral está mucho más allá del contrato de trabajo, puesto que la ausencia o existencia de éste, en nada afecta la relación laboral. El contrato de trabajo es un formalismo en el cual se pactan ciertas condiciones pero que en ningún momento afectan la relación laboral, toda vez que esta se da por sí misma como consecuencia de la existencia de una realidad en la que se configuren los famosos tres elementos previamente mencionados.

[8] TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, Instituciones del Derecho Laboral.- La Relación Laboral: Constitución y desarrollo, 3ra edición, 2010, pág. 90.

[9] NEVES MUJICA, Javier, "Introducción al Derecho Laboral" Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 15.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.2 Partes de la Relación Laboral.-

Son sujetos del contrato de trabajo, las personas que por su intermedio se vinculan, contrayendo los respectivos derechos y obligaciones que de él se derivan: el trabajador y el empleador.

2.2.1. *El trabajador*

Denominado también servidor, dependiente, asalariado, obrero o empleado; el trabajador es la persona física que se obliga frente al empleador a poner a disposición y subordinar su propia y personal energía de trabajo, a cambio de una remuneración. Es el deudor del servicio y el acreedor de una remuneración.

2.2.2. *Empleador*

Conocido también como patrono o principal; el empleador es la persona física o jurídica que adquiere el derecho a la prestación de los servicios y la potestad de dirigir la actividad laboral del trabajador, pone a disposición la propia fuerza de trabajo obligándose a pagarle una remuneración. Es el deudor de la remuneración y el acreedor del servicio[10].

El empleador es la persona física o jurídica que contrata al trabajador por cuenta ajena para que preste sus servicios a cambio de un salario. También es definido como el destinatario de los servicios y quien ejerce el poder de dirección para la ejecución de los mismos, pudiendo ser una persona natural o el representante de una persona jurídica.

Tiene la facultad y autoridad de dirigir el centro de trabajo, estableciendo y modificando horarios, puede asignar y modificar tareas y responsabilidades en aplicación del principio de IUS VARIANDI.

[10] GRISOLIA, Julio Armando, Manual de derecho laboral. - 8a ed. - Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, Pág. 35.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.3. Características de la Relación Laboral[11].-

Se califica como relación laboral aquella que reúne las siguientes características:

A. Voluntaria

Los frutos directos del trabajo no son propiedad del trabajador, sino que pertenecen, desde el instante en que se producen, a una persona distinta a la que ejecuta el trabajo, al empresario.

B. Por cuenta ajena

El trabajador presta unos servicios, es decir, trabaja a cambio de una compensación económica, el salario, que recibe independientemente de la buena marcha de la empresa.

C. Remunerada

El trabajo debe ser realizado personalmente por el trabajador, no por otra persona en su nombre.

D. Personalísima

El empresario es quien organiza y dirige la actividad laboral y a cuyas órdenes está sometido el trabajador. Si este desobedeciera, el empleador tiene poder para sancionarle.

E. Dependiente

El empresario es quien organiza y dirige la actividad laboral y a cuyas órdenes está sometido el trabajador. Si este desobedeciera, el empleador tiene poder para sancionarle.

Una relación laboral se caracteriza porque el trabajador está sometido al poder de subordinación constante de parte del empleador que lo contrata, de manera tal que el empleador contratante tiene la facultad de impartir órdenes que el trabajador está

[11] http://www.mintra.gob.pe/contenidos/archivos/inspecciones/expo_inspecciones_07.pdf, La Relación Laboral.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

obligado a cumplir, siempre y cuando las órdenes se ajusten a la ley y a lo pactado en el contrato.

2.4. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RELACIÓN LABORAL.-

En la celebración de un contrato de trabajo es necesario la presencia de elementos considerados esenciales, para lograr su creación, y por consiguiente se pueda dar origen a la relación laboral; la doctrina, la legislación y la jurisprudencia han señalado los tres elementos constitutivos de la relación laboral o del contrato de trabajo, cuales son: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación o dependencia.

Para nuestro ordenamiento laboral, la importancia de la presencia de los elementos esenciales es clara de un lado, se requiere de la conjunción de todos ellos (allí radica su esencialidad) para generar una relación de naturaleza laboral, por lo que si faltara alguno estaríamos ante una relación de naturaleza distinta (civil o comercial).

2.4.1. PRESTACIÓN PERSONAL DE SERVICIOS:

La prestación personal de servicios es un elemento esencial del contrato de trabajo porque permite la ejecución directa por parte del trabajador de las labores encomendadas, utilizando su fuerza, en ella se indica que debe ser de ejecución directa, pues al ser el contrato de trabajo personalísimo, el trabajo encomendado debe ser realizado por la persona que es contratado, exclusivamente por él; en conclusión la prestación de servicios es directa y personal.

Cuando no existe prestación personal del servicio, no podemos hablar de contrato de trabajo, el trabajador pone a disposición del empleador su propia fuerza de trabajo, debiendo prestar los servicios en forma personal y directa.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.4.2. REMUNERACIÓN:

Constituye la prestación otorgada por el empleador al trabajador por sus servicios y en nuestra legislación está definida como el íntegro de los que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o especie, cual quiera sea la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición.

Este elemento es considerado esencial, pues es la contraprestación económica que se realiza al celebrar el contrato de trabajo, donde el trabajador recibe a cambio de sus servicios una retribución económica (sueldo, salario), también es considerada como el integro que el empleador paga al trabajador como contraprestación por sus servicios, ya sea en dinero o en especies.

2.4.3. SUBORDINACIÓN:

La subordinación es un vinculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla; sujeción de un lado y dirección del otro, son los dos aspectos centrales del concepto[12].

La subordinación es el vínculo de sujeción que tienen el empleador y el trabajador en una relación laboral, de dicho vínculo surge el poder de dirección, el cual implica la facultad del empleador de dirigir, fiscalizar, y cuando lo crea conveniente, poder sancionar al trabajador, dentro de los criterios de razonabilidad. Este es el elemento distintivo que permite diferenciar al contrato de trabajo del contrato de locación de servicios (en estos contratos, los servicios son autónomos o independientes).

Este elemento esencial, es un poder privado derivado de la libertad de empresa y que incide sobre una relación laboral con la finalidad de adecuar los recursos humanos a las necesidades de la empresa para hacerla más competitiva, la cual implica la presencia de

[12] NEVES MUJICA, Javier, Introducción al Derecho Laboral; Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2da edición, febrero 2007. Pág. 31

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

las facultades de dirección, fiscalización y sanción que tiene el empleador frente a un trabajador que se exteriorizan en: cumplimiento de un horario y jornada de trabajo, uniformes, existencia de documentos que demostrasen cierta sumisión o sujeción a las directicas que se dicten en la empresa, imposición de sanciones disciplinarias, sometimiento a procesos disciplinarios aplicables al personal dependiente, etc.[13]

Es así que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en cuyo artículo 9º señala:

"Artículo 9º.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador,

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo".
Consecuentemente nuestra legislación establece a la subordinación, como aquella situación en la cual el trabajador presta sus servicios bajo la dirección de su empleador, quien está facultado para normar las labores (poder reglamentario), dictar las ordenes (poder de dirección) y sancionar disciplinariamente dentro de los límites de la razonabilidad.

La subordinación constituye el elemento fundamental y exclusivo que permite diferenciar al contrato de trabajo de los demás tipos de contrato, puesto que supone la existencia del deber de sujeción del trabajador al poder directivo del empleador en la ejecución de las labores, al contrario de los otros contratos de servicios por cuenta ajena, como la de locación de servicios y contrato de obra, que son cumplidos con autonomía.

La subordinación es un elemento contingente, es decir, es un poder jurídico que detenta el empleador, pero no siempre tiene que ser ejercitado, mucho menos con la misma intensidad cada ocasión. Por tanto la falta de ejercicio de algunas de las facultades

[13] LUQUE PARRA, Manuel. Los limites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral. Editorial Bosch, Barcelona, 1999. Pág. 30

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

inherentes al poder dirección (por ejemplo el empleador constata una infracción y no lo sanciona) no desvirtúa ni hace que desaparezca la subordinación[14].

La subordinación implica un sometimiento del trabajador hacia el empleador en tres aspectos fundamentales: el jurídico, que supone la facultad del empleador de dictar instrucciones respecto del trabajo contratado, así como el deber de obediencia del trabajador; el económico, que supone una dependencia del trabajador respecto del empleador, considerando que el salario representa en muchos casos el único ingreso del trabajador; y la técnica, significa que el trabajador este sujeto en el desempeño del trabajo, a instrucciones más o menos precisas del empleador o de su representante.

Así tenemos que, que en nuestra jurisprudencia peruana en la sentencia expedida por la Corte Suprema de Justicia en el Exp. Nº 652-93-SL-CSJL, considera que la *"subordinación se manifiesta en el hecho de que al poner el trabajador su capacidad laboral a disposición del empleador, le otorga éste el poder de dirigirlo, de darle ordenes y de controlarlo; y el trabajador, por su parte se obliga a obedecerle"* [15].

La Jurisprudencia española, a su vez señala a la subordinación como, la situación a través de la cual el trabajador está situado dentro de la esfera organicistas, rectora y disciplinaria del empleador, estableciendo asimismo un elemento importante respecto de la materialización de esta, de modo tal que es la subordinación el dato concreto que marca las diferencias de una "autoridad tácita" del empleador, pese a una posible autonomía "fáctica" en la prestación del trabajador, no excluyendo así la calificación de lo laboral de la relación, en aquellas ocasiones en que el dato de la subordinación no se exterioriza con la suficiente nitidez, tendiendo la jurisprudencia a utilizar elementos indiciarios que, sin considerarse como requisitos de indispensable concurrencia para que se pueda afirmar la presencia de la subordinación pueden ser sin embargo, en casos concretos, claros exponentes de la presencia de un vínculo laboral, pudiendo ser los siguientes: el control sobre el trabajo realizado, ejecución personal de la prestación de servicios, la asistencia regular al lugar de la prestación de servicios, la exclusividad en la prestación de servicios, la ejecución o no a horarios fijos, el hacer publicidad de la

[14] BOZA PRO, Guillermo; "Fundamentos del derecho del trabajo"; Curso a distancia para magistrados Académica de la Magistratura. Lima Agosto del 2000, pág. 24.
[15] PAREDES INFANZON, Jelio; "Jurisprudencia Laboral Peruana"; Juristas Editores; Lima – Octubre del 2000, pág. 170.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

empresa en vehículo de transporte, la vestimenta, la actuación o no del titular del negocio, la titularidad de las herramientas de trabajo o del local del negocio, etc.[16]

2.5. Derechos y Deberes de la partes que se derivan de la Relación Laboral.-

Sabido es que la conformación, la vida y la extinción de la relación jurídica individual del trabajo poseen características que les son propias y que, por otra parte, las distinguen de cualquier otra relación jurídica no laboral, dicha diferencia radica fundamentalmente en la asimetría de la misma, que ubica al trabajador en un plano más bajo que al empleador, situación que resulta consecuencia de su condición técnica, económica y jurídica.

De tal forma, los derechos del trabajador, no sólo los derechos que posee como trabajador, sino todos sus derechos, garantías constitucionales e infra constitucionales, pueden naufragar y no ser respetados en el marco de su vida en el trabajo.

Debido a un contrato de trabajo, se crea un conjunto de derechos y obligaciones para las partes, además se establecen las condiciones que permitirán desarrollar la relación laboral que nace del mismo. El contrato de trabajo establece las obligaciones de cada una de las partes, en este caso del empleador y del trabajador, donde al conocerse cada uno de ellas es posible determinar los derechos que corresponden a cada uno de las partes por haber cumplido con su obligación laboral[17].

Es en el contrato de trabajo donde se protegen los intereses patrimoniales de las partes contratantes y a la vez se designan las responsabilidades de los mismos, siempre que no sea contrario a las leyes, la moral ni el orden público, pues cada contrato de trabajo se celebra dentro de un ordenamiento jurídico, el cual regula diferentes aspectos de la relación laboral.

[16] CRUZ VILLALÓN, Jesús; "Subordinación en el diccionario Jurídico Laboral Manuel Alonso Olea; Editorial Comares; Madrid –1999; pág. 627

[17] FERREIROS, Estela M., "El juego de los Derechos y Garantías constitucionales en el seno de la Relación Jurídica de Estirpe Laboral", *Errepar, Enero 2001, Pág. 7*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

2.5.1. Derechos y Obligaciones del Trabajador.-

2.5.1.1. Derechos del Trabajador

Es posible distinguir en el contrato de trabajo dos tipos de derechos: los derechos laborales y los derechos de la persona. Los derechos laborales son aquellos cuya realización típica se ha de producir en el seno de la relación de trabajo, mientras que los personales son los inherentes a toda persona, cuyo reconocimiento y ejercicio se puede producir tanto en el desenvolvimiento estrictamente privado del individuo, como cuando éste se inserta en una relación laboral.

- Los derechos de la persona, como el derecho a la intimidad, son derechos que el individuo, en cuanto persona, lleva siempre consigo y que puede ejercitar o reclamar con independencia del lugar o situación en la que se encuentre, incluso, durante el desenvolvimiento de la relación de trabajo.

Los derechos fundamentales aparecen, además, caracterizados por el Tribunal Constitucional como “permanentes e imprescriptibles” e “irrenunciables”, de forma que “toda restricción a los mismos ha de estar justificada”, aunque esto no signifique que sean derechos ilimitados ya que por las especiales características de la relación, su ejercicio podrá ser objeto de una cierta modelización y podrá ceder ante otros derechos o bienes constitucionales, siempre que el interés contrapuesto sea de mayor trascendencia. En cualquier caso, las limitaciones a los mismos han de ser entendidas de acuerdo con “criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”.

- La legislación laboral peruana otorga al trabajador una variedad de derechos laborales, los cuales se derivan del contrato de trabajo; estos derechos son: derecho al pago de beneficios tales como la compensación por tiempo de servicio, vacaciones, gratificaciones, etc.

La relación laboral determina el pago de una serie de beneficios laborales, como seguro de vida , gratificaciones semestrales, vacaciones anuales pagadas, compensación por

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

tiempo de servicios, participación en utilidades, indemnización por despido arbitrario, remuneración mínima vital, asignación familiar, entre otros[18].

La celebración de un contrato de trabajo no puede comportar, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, pues "ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa legitima que quienes presten servicios en aquéllas, por cuenta y bajo dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional" sin que la invocación de un derecho fundamental pueda servir para justificar el incumplimiento de los deberes laborales que incumben al trabajador[19].

2.5.1.2. Deberes del Trabajador.-

a. Deber de obediencia.-

Y así como se establecen derechos también se establecen obligaciones para el trabajador, teniendo como principal obligación: obediencia a las órdenes del empleador referidas al objeto del contrato de trabajo. Además el trabajador debe actuar de buena fe al realizar la prestación de servicios.

El deber de obediencia se origina en la posición de subordinación o dependencia del trabajador, que se incardina, por el contrato de trabajo en "el ámbito de organización y dirección de otra persona"

La obediencia exigida al trabajador, tanto por la jurisprudencia como para la doctrina académica preconstitucional, ha sido la denominada "obediencia justa".

[18] PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Contrato de Trabajo Típico y Contratos Atípicos, en Balance de la Reforma Laboral Peruana, Editorial Industrial, Lima, 2001. Pág. 127

[19] 15 STC 88/1985, de 19 de julio, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional (BJC)*, Nº 52, 1985, p. 1003.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Estos derechos y deberes del trabajador se corresponden con los derechos y deberes del empleador, siendo el trabajador quien debe guardar secreto y reserva sobre las informaciones a las que acceda, es decir debe ser un empleado fiel, debe observar las órdenes que se le impartan y conservar los instrumentos-útiles que se le han entregado; asimismo no tiene que entrar en concurrencia con su empleador, esto es, no puede ejercer de manera competitiva las mismas actividades que desarrolla o presta para su empleador, debe ser un ejecutor leal de sus obligaciones[20].

b. Deber de Diligencia.-

Es un deber inseparable de la prestación laboral, es inherente a ella; puesto que el modo de actuación del trabajador influirá directamente en su ejecución, es decir el rendimiento del trabajador en la ejecución de las prestación de servicios va a depender de su actuar diligente.

El actuar diligente del trabajador se mide generalmente en términos cualitativos, es decir que el trabajador debe conservar las facultades personales para un buen desempeño de trabajo, la dedicación necesaria para lograr buenos resultados de trabajo o la pericia profesional adecuada; así como en términos cuantitativos. Resulta preciso señalar que la indeterminación del deber de diligencia genera muchos espacios abiertos para la subjetividad, por lo que debe medirse en base a obligaciones de trabajo concretas.

[20] TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, Derecho Individual del Trabajo, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Diciembre de 2011, Lima, pag.169

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

2.5.2. Derechos y Obligaciones del Empleador

El empleador cuenta con derechos y obligaciones propias de una relación laboral, siendo el principal derecho el poder de dirección, el cual se compone de la facultad de dirección reglamentaria: potestad de dictar las órdenes necesarias para la ejecución del trabajo, facultad de control: potestad de supervisar que las órdenes dictadas sean cumplidas, y la facultad de sanción donde el empleador puede sancionar disciplinariamente cualquier incumplimiento del trabajador.

Un punto de partida indiscutible es la *buena fe* que preside toda relación humana y más aún la laboral puesto que, activa y pasivamente, las partes deben proceder con colaboración y solidaridad. *Generalmente se insiste en el cumplimiento del trabajador de rend*ir, *es decir, de que el trabajo se haga bien y a un ritmo regular pero sobre todo, se suele prescindir de la proyección de este principio en lo que respecta a la conducta del empleador patrones que obligan al trabajador a cumplir horario sin asignarle ninguna tarea para que se encuentre moralmente incómodo y acabe por retirarse de la empresa.*

En la legislación española en cuyo art. 37 L.C.T., se señala que el empleador, como acreedor de la prestación laboral, tiene derecho a que el trabajador concrete la prestación de sus tareas con "*puntualidad, asistencia regular y dedicación adecuada a las características de su empleo y a los medios instrumentales que se provean*" (art. 84 L.C.T.), y que los instrumentos que se provean para el desarrollo de la labor, como puede ser el correo electrónico laboral, sean efectivamente empleados para el cumplimiento de la tarea encomendada.

A su vez, como titular de facultades jerárquicas reconocidas en los arts. 64 a 68 L.C.T., podrá controlar el adecuado y oportuno cumplimiento de la labor, pero siempre encauzando el ejercicio dentro de pautas mínimas de prudencia y razonabilidad, a fin de salvaguardar la dignidad del trabajador.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El empleador debe tener con todos igualdad de trato sin diferencia alguna salvo aquellas ventajas que, proveniente de la eficacia, laboriosidad o contracción a las tareas, objetivamente pudiere preverse.

La facultad de dirección, no puede ejercerse con abuso de derecho sino con carácter funcional acorde a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción y *con miras a preservar y mejorar* los derechos personales y patrimoniales del trabajador, puesto que la finalidad que justifica la facultad de dirección empresarial, se impone claramente el principio protector a favor del trabajador consagrado en el derecho laboral que no se inspira en un propósito de igualdad con el empresario sino que responde al objetivo de establecer un amparo preferente al trabajador.

Además del poder de dirección el empleador puede hacer uso de ius variandi, es decir tiene la facultad de introducir cambios o puede modificar turnos, días horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación laboral, siempre que se encuentre dentro de los criterios de razonabilidad, y además teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo[21].

Es así que, en cuanto a los controles que implemente sobre los trabajadores deben preservar su dignidad personal, hacerse con discreción y comprender a la totalidad de dependientes con selección automática cuando sea pertinente, siempre debe tener un sentido tendiente a preservar la intimidad y a mejorar los derechos personales y patrimoniales.

El empleador, recibe y dispone del producto del trabajo que tiene contratado, y ello lo obliga respecto del trabajador a deberes superiores a otro tipo de vínculos: más allá del resguardo de derechos del empleado su iniciativa está dirigida a *mejorar su situación personal* y patrimonial.

[21] MARQUET GUERRERO, Porfirio, EL contrato y la relación de trabajo, México 2011 http://www.adapt.it/boletinespanol/docs/porfirio_marquet.pdf

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3. EL PODER DE DIRECCION DEL EMPLEADOR

3.1. Concepto de Poder de Dirección.-

El poder de dirección, es la potestad que confiere al empleador el contrato de trabajo, definiendo su posición jurídica en el seno de la relación laboral, en virtud del cual este se encuentra facultado a dar órdenes sobre el modo, el tiempo y el lugar de ejecución del trabajo, ordenando las prestaciones laborales; se faculta al empleador a normar reglamentariamente las labores del trabajador, dictar las ordenes necesarias para la ejecución de las mismas y sancionar disciplinariamente dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.[22]

Constituye un poder privado derivado de la libertad de empresa y que incide sobre una relación laboral con la finalidad de adecuar los recursos humanos a las necesidades de la empresa para hacerla más competitiva, llevando a cabo la iniciativa económica de la empresa y la defensa de los intereses legítimos, reconocidos en la Constitución.

El contenido del poder de dirección, según la doctrina le permite al empleador dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador; pues puede impartir instrucciones, tanto de forma genérica, mediante reglas validas para toda o parte de la empresa, como de forma específica, destinadas a un trabajador concreto, verificar si se cumplen adecuadamente o no y en caso constatar su inobservancia imputable al trabajador, sancionarlo por ello.

Existen tres características generales sobre el poder de dirección del empleador: por un lado el poder de dirección es indelegable, es decir es intuito personae, en segundo lugar el poder de dirección es complejo, finalmente es un poder jurídico que no requiere de una especialización por parte de la persona que lo ejerce, bastara el solo merito de la prestación de servicios en relación de ajenidad para determinar que nos encontramos con un empleador con plenas facultades pata dirigir tales prestaciones de servicios[23].

[22] Compendio de Derecho Laboral Peruano, Ediciones Caballero Bustamante, Ejemplar 95, 2011, capitulo 2, pág. 62-63

[23] TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, Derecho Individual del Trabajo, Gaceta Jurídica, Tercera Edición, Diciembre de 2011, Lima, pag.174

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En este sentido, nuestro ordenamiento ha establecido a través del artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral que el empleador:

"(…) *tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.*

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de la labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo. Por consiguiente nuestro ordenamiento laboral hace referencia expresa a las facultades normativa, ordenadora, sancionadora y de variación o modificación (ius variandi)".

De esta forma, podemos afirmar que el poder de dirección comprende tres tipos de funciones: 1) las decisorias o ejecutivas, que se manifiestan en las múltiples determinaciones concretas que debe tomar el empresario diariamente, 2) las ordenadoras o de instrucción, que acompañan las funciones decisorias, toda vez que requieren su implementación practica a través del dictado de órdenes e instrucciones, y 3) las funciones de control, referidas fundamentalmente al control y vigilancia de la realización del trabajo, a adoptar medidas de control para evitar sustracciones y a los controles médicos ordenados dispuestos por la legislación laboral[24].

Son varias las teorías que tratan de justificar el poder de dirección del empleador. La primera de ellas, se basa en que el empleador dirige al empleado, pues es el propietario de la empresa. La segunda, se fundamenta en la subordinación existente entre patrono y trabajador a tenor de lo cual este último se sujeta a las órdenes impartidas por el primero.

Finalmente, una tercera teoría parte que la empresa es una institución, entendiendo por tal "aquello que perdura en el tiempo", de suerte que el poder de dirección sería

[24] PÉREZ PEDRERO, Belda, "El derecho al secreto de las comunicaciones: algunos apuntes sobre su protección en las relaciones por correo electrónico", III Jornadas sobre Informática y Sociedad. 2000. Instituto de Informática Jurídica. UOCO. ICADE. Pág. 78.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

"consecuencia del rol de empleado de estar insertado en esa institución, debiendo por lo tanto obedecer sus reglas"[25].

En realidad el poder de dirección, es un complemento obligado de orden económico que se fundamenta en la libertad de empresa, pues no tendría objeto que sus propietarios no pudieran organizarla; el contrato de trabajo está inmerso en un ámbito donde una de las partes, el empresario, tiene la facultad de organizar el sistema de producción de bienes y servicios que libremente ha decidido instalar siendo que la capacidad de organización, acaba por concretarse en la ordenación de las "…singulares prestaciones laborales"[26] .

En efecto, es de la propia esencia del contrato de trabajo (en virtud de la existencia de una actividad subordinada) que puede explicarse el poder de dirección y por tanto el poder de control y vigilancia.

Sobre el particular, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de España en decisión N° 489 de fecha trece 13 de agosto de 2002, precisó que:

"La acepción clásica de la subordinación o dependencia se relaciona, con el sometimiento del trabajador a la potestad jurídica del patrono, y que comprende para éste, el poder de dirección, vigilancia y disciplina, en tanto que para el primero es la obligación de obedecer".

En un contrato de trabajo ambas partes empleador y trabajador han acordado vincularse bajo forma expresamente regulada o tipificada por el ordenamiento jurídico, siendo que desde su perfeccionamiento nacen obligaciones para ambos sujetos, apreciables desde el inicio las cuales serán ejecutadas o cumplidas en forma periódica o continuada en el tiempo.

Los deberes de los trabajadores bien establecidos por vía legal o convencional tienen como correlativo derechos patronales en cuanto a su fijación, control y vigilancia; y sanción en caso de inobservancia. Máxima que se concreta a través de la asociación

[25] PINTO MARTINS, Sergio, 'Derecho del Trabajo', São Paulo, Atlas, 2002, pág.190
[26] PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos y ÁLVAREZ de la ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 9. ed., Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001, Pág.703-704

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

entre subordinación o dependencia, con el correspondiente derecho del empleador de vigilar el cumplimiento de las instrucciones por él impartidas en cuanto al modo de ejecución de la prestación de servicios.

De esta forma a partir de la potestad reconocida, el empleador cuenta con facultades que le permiten regular, reglamentar, dirigir, modificar, adecuar, complementar, reemplazar y extinguir las condiciones de trabajo dentro de determinados límites que suelen contraerse en derechos adquiridos por los trabajadores o prohibiciones establecidas en normas legales.

Por consiguiente a nivel infra constitucional, nuestra legislación define el poder de dirección, como la facultad que tiene el empleador para reglamentar las labores, dictar las ordenes necesarias para su ejecución, y sancionar disciplinariamente, estableciendo limites para tal efecto[27].

3.1.1. La libertad de empresa como fundamento del poder de dirección.-

Señala Valdés del Re que, el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de empresa brinda la oportunidad para la configuración unitaria del poder de dirección, entendiendo tal como el conjunto de facultades que definen su posición en la relación laboral. O dicho en otras palabras la libertad de empresa se proyecta en el contrato de trabajo a través de las facultades y poderes que los ordenamientos reconocen al empresario…"[28].

Como un derecho fundamental las facultades del empleador empresario de crear, organizar y dirigir su empresa suponen necesariamente la de disponer sobre todos los factores que intervienen en el proceso productivo o actividad económica de aquella entre estos naturalmente el factor trabajo.

---

[27] *SAPARRAT, María Emilia,* El e-mail laboral. Derecho a la intimidad e inviolabilidad de la correspondencia del trabajador vs. Poder de dirección y organización empresarial, *Tº LIII, Fº 231 CALP, pág. 03.*

[28] Valdés Dal-Ré, Fernando, Derecho del Trabajo y Derecho de Seguridad Social ¿hacia unas nuevas relaciones?, Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, Nº 2, 2010, pág. 97.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El empleador al ejercer el poder de dirección actúa por consiguiente como titular del referido derecho fundamental a la libertad de empresa, siendo este el que inviste de legitimidad *prima facie* a dicho poder. Sin embargo, ello no significa que este poder no se encuentre sujeto a límites provenientes tanto de su propio contenido funcional, cuanto del hecho de que el trabajador es igualmente titular de derechos fundamentales que deben ser respetados.

En el contrato de trabajo los derechos del trabajador encuentran un límite insoslayable en el respeto al interés empresarial y, a su vez, el poder del empresario aparece como un poder limitado, como un derecho potestativo, subordinado a la existencia de otros derechos.

3.2. MANIFESTACIONES DEL PODER DE DIRECCIÓN.-

La doctrina considera como manifestaciones del poder de dirección del empleador, la facultad de dictar reglamentos, ordenes o normas generales de comportamiento en los centros de trabajo o instrucciones particulares a cada trabajador o grupo de trabajadores; la facultad de ir modalizando la ejecución del contrato para ir adaptándolo a las necesidades de la empresa y por último la facultad de exigir conductas privadas en el trabajador, vigilando y controlando el cumplimiento de sus instrucciones y ordenes[29].

De acuerdo con la LPCL, el poder de dirección se expresa en tres atribuciones del empleador: dirigir, controlar y sancionar.

La facultad de dirigir se puede hacer efectiva ya sea a través de mandatos genéricos en forma de reglas, en el reglamento interno de trabajo; la facultad de controlar se refleja en la posibilidad de verificar el cumplimiento de las órdenes impartidas, supervisando o fiscalizando la labor de los trabajadores. Por último la facultad sancionadora permite al empleador penalizar los incumplimientos del trabajador.

[29] Compendio de Derecho Laboral Peruano, Ediciones Caballero Bustamante, Ejemplar 95, 2011, capitulo 2, pág. 62-63

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3.2.1. FACULTAD REGLAMENTARIA Y DE ORGANIZACIÓN.-

Una de las manifestaciones del poder de dirección es la *facultad reglamentaria*, en virtud de la cual el empleador se encuentra habilitado para dictar, al interior de la institución, normas, directivas o reglamentos de obligatorio cumplimiento para los trabajadores; es la facultad del empleador de dictar instrucciones generales sobre la organización y el funcionamiento de la empresa y sobre la prestación laboral en la misma, así como la facultad de dictar órdenes e instrucciones particulares a un trabajador o a un grupo de trabajadores sobre el contenido y circunstancias del trabajo.

Lupo Hernández señala que, el Poder de Dirección comprende el elenco de facultades o poderes jerárquicos, manifiestos en las siguientes conductas: dictar reglamentos y normas generales, el establecimiento de controles administrativos, la precisión de medidas relativas a la seguridad, opinión e información; impartir órdenes precisas al personal y, finalmente, la adaptación del trabajo a los cambios técnicos y de organización de la empresa.

Por ello afirma que en un sentido lato el Poder de Dirección comprende "…la facultad de dirigir, dar órdenes e instrucciones, la facultad de reglamentar la prestación del trabajador en la empresa, la facultad de vigilar y fiscalizar y la facultad de sancionar (poder disciplinario) las faltas cometidas por el trabajador".[30]

De esta misma opinión son Palomeque y Álvarez cuando afirman que "…el fundamento del poder para organizar y ordenar las prestaciones de los trabajadores es el propio contrato de trabajo que, sin duda, justifica tanto el poder de dirección y su alcance como sus propios límites", nos hallamos ante un poder *ex lege*, imprescriptible, indisponible e intransferible; pero la fuente del poder la que permite el juego del ordenamiento legal y de la obligación correlativa están en el contrato de trabajo, tras el cual existen y se desenvuelven[31].

---

[30] HERNÁNDEZ, Lupo, Instituciones del Derecho del trabajo y la Seguridad Social , Universidad Nacional Autónoma de México, Primera edición, México 1997, pág. 406

[31] PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos y ÁLVAREZ de la ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 9. ed., Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001, Pág.704

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Por su parte, Manuel Alonso Olea y Mª Emilia Casas Baamonde (1999, 364) en su obra intitulada 'Derecho del Trabajo' ofrecen un concepto de Poder de Dirección, el cual es del tenor siguiente: 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 comprende, asimismo, la facultad de especificar las prestaciones debidas dentro de las posibles conforme a la cualificación profesional del trabajador, según se dijo; lo ejerce el empresario por sí o a través de otras personas; necesariamente a través de otras si el empresario es una persona jurídica, y voluntariamente puede ejercitarlo de esta forma indirecta en cualquier caso, lo que quiere decir que el titular de hecho, por derecho propio o por delegación, del poder de dirección es precisamente el que se calificó de estamento directivo de la empresa[32].

Dicha definición recalca que el Poder de Dirección se compone de facultades jurídicas que le permiten o habilitan para organizar económica y técnicamente la empresa, siendo que el sujeto activo o titular es el empleador, dichas facultades se disponen tanto en atención a los fines de la empresa (y exigencias de la producción) pero con la limitante o consideración de la dignidad de los trabajadores y en virtud de las fuerzas físicas e intelectuales de éstos.

El Reglamento Interno de Trabajo representa, por excelencia, el instrumento de gestión a través del cual el empleador ejerce su facultad reglamentaria. No obstante, dicha facultad puede materializarse también mediante la dación de otros instrumentos internos, como directivas, instructivos, códigos o cualquier otro reglamento que regule la relación laboral entre la empresa y su personal (sobre todos los trabajadores de la organización o una parte de ellos).

En efecto, el reglamento puede ocuparse de aquello que las normas legales no han regulado o hacerlo en vía de precisión o de mejora, pero nunca en contra de lo establecido en ellas. De esta forma, para la aprobación de reglamentos disciplinarios, las

[32] Manuel Alonso Olea y Mª Emilia Casas Baamonde, 'Derecho del Trabajo', Universidad Complutense de Madrid 1999, pág. 364.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

entidades deben observar las disposiciones legales que regulan el ejercicio del poder disciplinario en cada régimen laboral.

Por consiguiente consiste en la facultad del empleador de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de prestación del servicio, la facultad de especificar los puestos y atribuciones de éstos, de ordenar la empresa conforme a sus necesidades específicas de orden técnico, funcional, económico y conforme a los requerimientos de la producción.

Cabe precisar que la facultad reglamentaria a que se hace referencia no es irrestricta, sino que está sujeta a determinados límites, que están orientados por: (i) Lo que indique la legislación respectiva, (ii) el respeto al trabajador y a la dignidad humana; y (iii) la ubicación de la empresa dentro del concepto económico-social y su concepto integral y funcional.

3.2.2. FACULTAD DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN.-

Se afirma y con razón, que la consecuencia lógica de la posibilidad patronal de dar órdenes o instrucciones a los trabajadores es, precisamente, el poder verificar y controlar el cumplimiento de las mismas.

En los derechos del empleador en la relación laboral, la existencia de una facultad de control asume como una lógica consecuencia del poder de organización y dirección del empleador, en virtud de la cual "…tiene la facultad de controlar que las órdenes que ha impartido sean ejecutadas debidamente"[33].

Se entiende por Poder de control y vigilancia aquel derecho subjetivo en cabeza del empleador compuesto por un elenco de facultades, atribuciones, potestades o prerrogativas, que son ejercidas por su titular con el propósito de verificar el cumplimiento de los trabajadores en cuanto a las instrucciones impartidas, así como en general de aquellas obligaciones que con ocasión del contrato de trabajo deben

33 OVIEDO, María Natalia, 'Control empresarial sobre los <<e-mails>>de los dependientes, Editorial: Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2004, Pág.65

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

observarse durante su ejecución; que comporta limitaciones de orden espacial, temporal y de contenido (muy especialmente el derecho a la dignidad e intimidad del trabajador); cuyo origen no se explica en modo suficiente con arreglo al derecho de propiedad y/o libertad de empresa, sino que requiere tomar en cuenta el carácter responsable de la comunidad laboral, el contrato de trabajo y el reconocimiento del Estado en virtud de su interés por el bien común.

El objeto o contenido del poder de dirección es triple. En segundo lugar, esta la facultad de fiscalización, como consecuencia de la primera potestad de carácter reglamentario del empleador, tal es el caso de registros al trabajador cuando entra y sale de las instalaciones de la empresa.

El empleador no sólo determina el trabajado especificándolo con su poder de dirección en los límites de la movilidad funcional, sino que puede adoptar las medidas que estime oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales comprobando que se realiza de acuerdo a lo previsto en sus instrucciones[34].

Ahora bien, la importancia de este hilo conductor entre Poder de Dirección y vigilancia patronal, radica en que es allí donde se revela el objeto hacia el cual debe circunscribirse la potestad contralora del empleador, cuestión que contribuye a delimitar su contenido y alcance con arreglo al criterio finalista.

Consecuentemente de lo señalado podemos determinar que, el empleador puede aplicar esa vigilancia y control de la cual es titular con el objeto de corroborar que las prestaciones laborales se ejecutan en la forma pactada, sin tener por ello derecho a irrumpir o vincular, durante dicha verificación, la esfera personal del trabajador, ya que su razón no es otra que garantizar *el óptimo funcionamiento de la empresa*.

En un sentido lato, la verificación del cumplimiento de las directivas patronales, y en general, las obligaciones del trabajador con ocasión de la relación laboral, se materializa

[34]PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos y ÁLVAREZ de la ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 9. ed., Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001, Pág.833

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

en el control de la asistencia, puntualidad e incluso la verificación de los motivos invocados por el trabajador para justificar las ausencias laborales, lo que asimismo comprende el control de producción (en cuanto a la calidad, cantidad de la tarea realizada) y el control de bienes (evitando sustracciones entre otros).

No obstante, tal verificación patronal excluye "en principio" cualquier injerencia en la conducta privada del trabajador "…así como también cualquier averiguación acerca de sus opiniones políticas, religiosas o sindicales, pues corresponden a un ámbito reservado al empleado" [35].

Así tenemos en la jurisprudencia internacional, en la sentencia emanada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 16 de diciembre de 2003, precisó al respecto lo siguiente:

En este sentido, debe tenerse en cuenta el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, atribuye al empresario la facultad de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Ahora bien, dicha facultad debe respetar la dignidad del trabajador, es decir, el empresario no puede realizar intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo.

El control a la persona del trabajador, denota de entrada el aspecto subjetivo y está destinado a la protección de los bienes del empleador, así tenemos que en la Ley de Contrato de Trabajo vigente en Argentina en cuyo artículo 70 según el cual se permite los controles personales del trabajador, destinados a la protección de los bienes del patrono o empleador, colocando como límite la dignidad del trabajador.

En efecto el desbordamiento extra laboral no puede tener trascendencia para el trabajador, en libertad para desconocer las supuestas órdenes que lo afecten en su estricta esfera personal, puesto que la realidad de este control está en la esencia misma

[35] Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Derecho del trabajo y mercado, 2003, ISBN 84-88816-77-4, págs.225-226.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de la posición contractual de dependencia y alcanza a todas las obligaciones y deberes formales del trabajador; el límite estará en la dignidad y no en la no discriminación.

Lo que si resulta indudable es que el control y vigilancia ejercido por el empleador como expresión del Poder de Dirección colinda (tanto en el plano objetivo como subjetivo) con los derechos fundamentales de los trabajadores (muy especialmente con el derecho a la intimidad) y que encuentra en su ejercicio límites formales, temporales y espaciales.

3.2.2.1. Regulación de la Facultad de control y Fiscalización del Empleador.-

Considerando que tal y como ha sido señalado por poder de dirección se entiende aquella potestad patronal legítima que deviene de su carácter de empleador en virtud de la cual le está permitido controlar y supervisar, con las limitantes establecidas en el ordenamiento jurídico, la conducta de los trabajadores a su cuenta durante la jornada de trabajo y/o durante el tiempo en que éstos permanezcan en las instalaciones de la empresa[36].

De la definición antes citada, destacan tres límites al control y vigilancia patronal; a saber: *límite formal* (que viene dado por las restricciones contenidas en el ordenamiento jurídico) *límite temporal* (en atención al tiempo o duración de la jornada de trabajo); y *límite espacial* (destacado en que no sólo importa el tiempo que dure la jornada de trabajo, sino el hecho por el cual el trabajador permanezca en las instalaciones de la empresa fuera de su jornada laboral).

Lo que si resulta indudable es que el control y vigilancia ejercido por el patrono como expresión del Poder de Dirección colinda (tanto en el plano objetivo como subjetivo) con los derechos fundamentales de los trabajadores (muy especialmente con el derecho a la intimidad) y que encuentra en su ejercicio límites formales, temporales y espaciales.

[36] CARBALLO MENA, César Augusto, APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA DOCTRINA LABORAL DEL TSJ, ISBN: 980-244-342-5, UCAB, 2003, pág. 208

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

3.2.3. FACULTAD DISCIPLINARIA Y SANCIONADORA.-

Una de las manifestaciones del poder de dirección es la facultad disciplinaria, en virtud de la cual el empleador puede aplicar sanciones a sus trabajadores, cuando incurran en algún incumplimiento de sus obligaciones.

La función del poder disciplinario del empleador es corregir la conducta de aquellos trabajadores que cometan faltas o incumplimientos a las obligaciones que le imponen la ley, el Convenio Colectivo que los rige, el reglamento interno de la empresa y su propio contrato de Trabajo.

En relación a la naturaleza jurídica del poder disciplinario del empleador, una parte de la doctrina funda el mismo en la propiedad privada, sobre la cual ejerce el empresario un derecho que tiene que usar de la misma.

Sin embargo, la tesis predominante que trata de explicar la naturaleza jurídica del Poder Disciplinario es la que se funda en el propio contrato de trabajo, expresión de la autonomía de las partes. Ello supone, que el trabajador en toda la prestación laboral, entra en la esfera sometida al poder de dirección cuyo titular es la persona para la que se trabaja.

Estando a lo expuesto, podemos concluir que en toda relación laboral es propio e intrínseco al empleador el ejercicio del poder de dirección y con él la facultad disciplinaria sobre todos sus trabajadores.

3.2.3.1. Limites a la facultad disciplinaria y sancionadora.-

La facultad sancionadora derivada del poder de dirección debe tener una causa jurídica; es ilícita si el trabajador no ha cometido la falta, debe ser ejercido en forma proporcional a la gravedad de la falta cometida por el trabajador.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El ejercicio de esta facultad por parte del empleador, al igual que todos, tiene claros límites. En este caso el principal límite es la proporcionalidad entre la falta que el trabajador comete y la sanción que se le aplica.

Estos límites que se establecen dentro de la facultad sancionadora, están limitados por su finalidad, esto es el de servir para mantener el orden en la empresa. Los actos del trabajador situados fuera del ámbito de la empresa que no repercutan negativamente sobre el correcto cumplimiento de la prestación de trabajo o pueden perjudicar la imagen de la empresa, no deben ser sancionados.

Según CABANELLAS los requisitos que debe reunir la sanción disciplinaria son: el ser inmediata entre la falta cometida y su sanción; la finalidad debe estar referida a la propia prestación del servicio; debe despertar en el sujeto el sentimiento de propia responsabilidad; debe ser proporcional entre la falta cometida y la sanción impuesta[37].

Según AMERICO PLA, lo razonable es la proporcionalidad entre las sanciones y la conducta del trabajador, tanto en lo que se refiere a la falta como a su reiteración, así como a los restantes antecedentes del trabajador sancionado[38].

Mediante los límites de la ley se excluye la posibilidad de que el empleador aplique sanciones arbitrarias en relación al incumplimiento del trabajador, que signifiquen un ataque a su dignidad.

Existen límites funcionales y conceptuales, los primeros se refieren a ciertas pautas generales que deben observarse para la actuación del empleador y los segundos se contraen a determinadas materia que no serian pasibles de modificación por parte del empleador.

Doctrinariamente, se habla de dos tipos de límites a la facultad sancionatoria: el referido a la labor que va a desarrollar el trabajador: *"El trabajador no está al servicio del*

[37] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Novena Edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires Argentina ,Pág.512

[38] PLA RODRIGUEZ, Américo, Curso de Derecho Laboral, Montevideo, Editorial Acali, 1978, tomo II, Vol.I, Pág. 56.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

empleador para cumplir cualquier actividad, durante todo el día y todos los días y en el sitio que a este le parezca" y el segundo relacionado a los derechos fundamentales del trabajador, puesto que las órdenes impartidas no pueden vulnerar los derechos fundamentales del trabajador ;legislativamente, el límite a este poder es la razonabilidad[39].

3.2.4. EL IUS VARIANDI.-

Todo empleador en virtud del poder de dirección, puede introducir modificaciones no esenciales en la prestación de trabajo, a esta potestad se denomina ius variandi.

Es la facultad que tiene el empleador de alterar unilateralmente condiciones esenciales del contrato individual de trabajo, tales como: Cambio de lugar de trabajo, Alteración de la jornada laboral, Cambio de labores o prestaciones laborales que impliquen un cambio en la categoría de trabajo, Alteración de la remuneración pactada o de convenio, etc.

AMÉRICO PLÁ la define como "la potestad del empleador de variar, dentro de ciertos límites, las modalidades de prestación de las tareas del trabajador"[40].

Desde el punto de vista del empleador, este debe efectuar modificaciones de las condiciones de trabajo teniendo en cuenta la razonabilidad, objetividad, previsibilidad y proporcionalidad; es decir una causa justa, una motivación que justifique la variación de las condiciones de trabajo.

El artículo 9 de la LPCL señala que el empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de labores, dentro de los criterios de razonabilidad y las necesidades de la empresa.

[39] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. "Compendio de Derecho Laboral". Tomo I. Cuarta Edición Heliasta. 2002. Argentina. Pág. 456.

[40] PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO, Ob. Cit. pág.31.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Por otro lado dicho artículo representaría la abdicación del estado a favor de las facultades del empleador en la medida en que se dispone de manera general, la posibilidad de modificar de manera sustancial o no las condiciones de trabajo sin más limites que la razonabilidad y la necesidad de la empresa de variar la prestación de servicios del trabajador y sin que se establezcan mecanismos previos de control al ejercicio de tales facultades[41].

Lo expuesto resalta la trascendencia de regular en forma integral y orgánica, las facultades del empleador para modificar sustancial o radicalmente las condiciones d trabajo Se considera que esta facultad deriva del derecho del empleador de organizar y dirigir el trabajo de sus trabajadores.

Los actos que califican dentro del ius variandi son aquellos aspectos que suponen una variación unilateral, no sustancial, no esencial de las condiciones de trabajo, en el art. 9 LPCL alude solamente al ius variandi, porque esta institución como limites la razonabilidad y las necesidades de la empresa como criterios para la actuación del empleador.

En nuestro sistema jurídico se permite modificaciones unilaterales del empleador con la apreciación valorativa de elementos esenciales que solamente dependen del (razonabilidades y necesidades de la empresa); ante la ausencia de una regulación positiva que delimite los márgenes de actuación del empleador, solamente los actos de hostilidad art. 30 LPCL y algunas prohibiciones contenidas en dispersas normas[42]

[41] TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, Derecho Individual del Trabajo, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Diciembre de 2011, Lima, pag.172

[42] MARTÍNEZ ISUIZA, Benjamín, Compendio Laboral Asesores empresariales, Editorial entre líneas SRL Lima Perú, Primera edición junio 2012, Págs. 24-25

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3.2.4.1. El ejercicio del *ius variandi* y el respeto de los derechos fundamentales.-

El ejercicio por parte del empleador del *ius variandi* ha supuesto, tal como sucede con el ejercicio de la potestad disciplinaria y demás genéricas y especificas que se le reconocen al empleador, la necesaria conformidad no tan sólo con las específicas reglas que el legislador le traza (a modo ejemplar, con trasladar a un trabajador de lugar de trabajo, sin ocasionarle menoscabo), sino que, en la medida que alcance el ejercicio de uno o más derechos fundamentales del trabajador, deberá salvar adecuadamente, el referido juicio de proporcionalidad.

El límite a la aplicación del ius variandi está enmarcado por tres causas[43]:

a) Razonabilidad (que no sea arbitraria);
b) Funcionalidad (que obedezca a un motivo atendible);
c) Indemnidad del trabajador (que no le provoque menoscabo patrimonial o moral, o que le ocasione un perjuicio material que le sea adecuadamente compensado).

Los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras tienen el carácter de límites infranqueables respecto de las potestades del empleador, en particular en cuanto al derecho a la dignidad del trabajador o trabajadora, a su honra, a su vida privada, a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y al derecho a no ser discriminado arbitrariamente.

[43] JIMÉNEZ SILVA, Carlos, EL PODER DE DIRECCION DEL EMPLEADOR Y SUS LÍMITES: LA CIBERNETICA FRENTE A LOS DERECHOS LABORALES, http://carlosjimenezlaboral.blogspot.com/2012/03/el-poder-de-direccion-del-empleador-y.html

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

3.3. LÍMITES AL PODER DE DIRECCIÓN.-

Del reconocimiento de la legitimidad del poder de dirección del empleador, fundada está en su entroncamiento directo con el derecho fundamental a la libertad de empresa; el poder de dirección, en efecto no es ni puede ser absoluto, por que se encuentra sujeto a límites internos o funcionales y a límites externos o jurídicos.

El poder de dirección no es un poder absoluto y arbitrario puesto en manos del empleador, es un poder que puede estar limitado en forma conjunta o alternativamente por los siguientes mecanismos: la Ley, por los convenios colectivos de trabajo, por los usos y costumbres, por el contrato individual de trabajo y por el reglamento interno de trabajo.

El adecuado ejercicio de poder de dirección requiere de la existencia de 3 condiciones:

1) La vigencia de la relación laboral
2) El que sea ejercido durante la realización de la jornada de trabajo
3) El que los actos del empleador derivados de su poder de dirección, se encuentren dentro del marco de la labor convenida[44]

Ahora bien, el poder de dirección del empleador, como cualquier otro derecho, debe practicarse de acuerdo a ciertos parámetros de tal manera que su ejercicio no se considere arbitrario o irregular. Sobre el particular se ha indicado que existen dos tipos de fronteras que determinan su práctica: los llamados límites internos y externos. Los primeros se encuentran delineados por las definiciones propias de la libertad de empresa y del poder de dirección. Por su parte, los externos se corresponden con el principio de razonabilidad y los derechos fundamentales del trabajador[45].

[44] Compendio de Derecho Laboral Peruano, Ediciones Caballero Bustamante, Ejemplar 95, 2011, capitulo 2, pág. 62-63

[45] GARCÍA BIRIMISA, Eduardo. “El ejercicio del poder de dirección y el uso del correo electrónico en el ámbito de trabajo”. En: *Estudios de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica*, Grijley. Lima, 2009, p. 214

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3.3.1. LIMITES INTERNOS.-

El poder de dirección está sometido, en primer lugar a límites internos, ello circunscribe las manifestaciones concretas de este poder el ámbito de las relaciones laborales, sin permitirle extenderse, indebidamente, hacia aspectos propios de la vida de cada trabajador, ajenos a su actividad laboral.

El primer limite se refiere a la labor para cuya ejecución se ha celebrado el contrato de trabajo, así como el tiempo y lugar en que debe prestarse, salvo que se hubieran acordado expresamente, admitir modificaciones razonables por el empleador; esto significa que el poder del empleador de dirigir y el deber del trabajador de acatar se restringen a los factores señalados.

El segundo tipo de límite comprende los derechos fundamentales del trabajador, que el empleador está obligado a respetar. Las órdenes impartidas no pueden vulnerar el derecho del trabajador a la vida, a la salud, a la dignidad, a la libertad, etc.[46]

3.3.1.1. La razonabilidad.-

Pues bien de conformidad con lo establecido por el artículo 9 de LPCL, se coloca a la razonabilidad como limite esencial frente al ejercicio de las facultades del empleador, la razonabilidad planteada como límite para la actuación del empleador en el ejercicio del poder de dirección, así como en la modificación de las condiciones de trabajo es, ciertamente, un concepto indeterminado que solamente puede definirse en cada caso concreto, pero que se relaciona con la existencia de causas objetivamente validas y que pueden ser demostrables y justificables.

El principio de razonabilidad, es definido como *"la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones procede y debe proceder conforme a la razón"*, producto de la alta carga subjetiva inherente a la razonabilidad, esta se caracteriza por ser elástica,

[46] NEVES MUJICA, Javier, Introducción al Derecho Laboral; Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2da edición, febrero 2007. Pág. 32-33

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

siendo definible en cada caso en concreto, en ningún caso dicha elasticidad y su carga subjetiva implicará un *"juicio caprichoso, arbitrario o extremadamente personal"*[47].

Otro límite interno que debe observar el poder de dirección es el relativo al contenido "razonable" de sus decisiones, las cuales por consiguiente incluso las de carácter discrecional, deben excluir la arbitrariedad. En rigor se trata de someter el poder de dirección al principio de razonabilidad, lo señala Pla Rodríguez "(…) actúa como cauce, como límite, como freno de ciertas facultades cuya amplitud puede prestarse a la arbitrariedad".

La razonabilidad puede estructurarse en un triple sentido: i) debe existir motivación en el acto del empleador, es decir una justificación de la medida sobre una base objetiva; ii) la motivación debe ser suficiente o proporcional y iii) la motivación del empleador debe ser coherente, es decir debe verificarse una relación directa entre la cusa y modificación de la condición de trabajo[48]

Pla Rodríguez, señala que esa potestad patronal debe ser razonablemente ejercida. Y ello significa que el empleador debe invocar razones objetivamente validas para justificar su ejercicio. Pues bien, la razonabilidad es una especie de límite o freno formal y elástico, al mismo tiempo aplicable en aquellas áreas del comportamiento donde la norma no puede prescribir límites muy rígidos ni en un sentido ni en otro, y sobre todo, donde la norma no puede prever la infinidad de circunstancias posibles[49].

La razonabilidad de la decisión del empresario entonces, debe respetar una causa objetiva, suficiente y coherente.

Coincidentemente, refiriéndose a su ejercicio por los poderes públicos, pero no por ello no susceptible de ser aplicado al ámbito laboral, nuestro Tribunal Constitucional señala que "la razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de

[47] VILLAVICENCIO HURTADO, Renny, Límites a la facultad sancionatoria del empleador y el Principio de Razonabilidad, a raíz del Caso Cayo, JURISPRUDENCIA LABORAL, RAE jurisprudencia, Enero 2009,pág. 217

[48] TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, Instituciones del Derecho Laboral, Lima, Gaceta jurídica, 2005, pág. 205

[49] PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Ob. cit.,* pp. 364-365.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. (…) esto implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos"[50].

3.3.1.2. Proporcionalidad.-

De conformidad con el artículo 9 de la LPCL, se precisa que la aplicación de sanciones disciplinarias debe ejercerse "dentro de los limites de razonabilidad"; por ello las decisiones del empleador deben ser legitimadas por una causa objetiva y razonable, así como por el criterio de proporcionalidad, especialmente si se trata del ejercicio del poder disciplinario. (STC de 5 de julio de 2004 Exp. 0090-2004-AA/TC).

El poder asignado al empleador se acentúa aun mas por el amplio margen de proporcionalidad y discrecionalidad que se le reconoce, en la medida en que las obligaciones y deberes del trabajador suelen enunciarse de forma genérica o a través de conceptos jurídicos indeterminados, como los deberes de diligencia y colaboración, buena fe laboral, deber de lealtad, etc., cuya especificación en el primer caso y concretización en el segundo corresponden únicamente al empleador.

Precisamente en la variedad de sus facultades y en la amplitud de su margen de discrecionalidad reside la potencial lesividad de los poderes del empleador respecto de los derechos del trabajador ya que estos según Valdés del Re "… inciden en la esfera personal del trabajador, comprometiendo una parte de su agere libre…"

El problema principal que se presenta cuando el empleador ejerce irregularmente su poder de dirección, es el de determinar la actitud que puede asumir el trabajador: cumplir la orden y después reclamar ante un organismo jurisdiccional, o resistirse a ejecutarla.

[50] *Vid*. Fundamento jurídico 16 de la sentencia que resuelve el EXP. Nº 00535-2009-PA/TC

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Teniendo en consideración que la relación de trabajo consiste en una situación contractual de carácter vertical dado que se advierte una marcada situación de desequilibrio que se refleja en que el empleador, en virtud de su poder de dirección, tiene la facultad de regentar los servicios que el trabajador le brindará. Es decir, este último se encuentra claramente subordinado al poder directriz de aquel.

En virtud de lo señalado, en el devenir de la relación laboral se requiere que las partes, pero sobretodo el empleador, actúen de manera razonable y proporcional. Y es que, dada su posición jurídica, este último es más susceptible de incurrir en arbitrariedades o en un ejercicio irregular de su poder de dirección.

Debemos resaltar que la subordinación conlleva un poder jurídico, por tratarse es un poder, su ejercicio no es obligatorio para quien lo detenta, el empleador puede decidir si lo ejerce o no y en qué grado, según las necesidades de la empresa y diversidad de trabajadores.

3.3.1.3. Finalidad y Necesidad.-

En este sentido, el poder de dirección, como todo poder, obedece a una necesidad social que, en este caso, consiste en el uso adecuado de la fuerza de trabajo, coordinado y dirigiendo sus actividades, de modo tal que esta concurra, de la manera más eficiente, a obtener resultados y beneficios. Fuera de este ámbito, dicho poder no existe, porque la relación de trabajo vincula a dos personas dotadas de libertad e igualdad jurídica que, como personas y ciudadanos se encuentran relacionadas por vínculos de coordinación y no de subordinación ni de supra ordenación.

El empleador debe ejercer su poder de dirección dentro del marco legal, teniendo en cuenta que es un poder limitado y condicionado, que debe ejercerse tomando en cuenta la dignidad del trabajador. De este modo las ordenes que el empleador imparta deberán estar referidas al trabajo o estar en conexión intima con él; caso contrario, no tienen por qué ser obedecidas por los trabajadores en la media que escapan al ámbito propio del poder de dirección empresarial.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Al respecto, se ha señalado que las órdenes tienen que estar relacionadas con el trabajo o encontrar una conexión íntima con él. Si no se cumpliera con este presupuesto no tienen porque ser obedecidas en cuanto escapan por completo al ámbito propio del poder de dirección empresarial[51].

Como podrá advertirse el artículo 9 de la LPCL contiene también este límite externo cuando establece que el empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Igualmente se ha destacado en que forma el poder de control del empleador sobre la actividad laboral, al incorporar nuevas tecnologías informáticas y audiovisulaes que amplían notablemente las posibilidades de intromisión del empleador en la esfera personal del trabajador reduce significativamente la vigencia de los derechos fundamentales, por ejemplo los de privacidad o intimidad, propia imagen, dignidad, etc.

Al desempeñar su poder de dirección el empleador debe moverse dentro de determinados marcos, fuera de los cuales incurre en ejercicio irregular de su derecho. El trabajador le ha puesto a disposición su actividad, no su propia persona, razón por la cual las atribuciones del empleador deben ceñirse a la utilización de dicha actividad, dentro de los límites del ordenamiento laboral, sin afectar los derechos fundamentales del trabajador.

Básicamente, lo reseñado hasta ahora respecto de los límites internos del poder de dirección se refieren principalmente a las funciones por las que se le contrata a un trabajador. Habría que precisar también que estos parámetros están también dirigidos a la fijación del tiempo y lugar en que las labores deben prestarse[52].

---

[51] ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1981, p. 266.

[52] A partir del nexo o relación que debe existir entre la orden de trabajo y las funciones que devienen del contrato de trabajo celebrado, se derivan las llamadas obligaciones laborales implícitas o inherentes y la consecuente inquietud de si éstas se encuentran fuera de los linderos contractuales laborales. Nosotros consideramos que no por lo que cuando hablemos en el siguiente capítulo sobre el derecho de resistencia a las órdenes remitidas por el empleador nos referiremos también a este tipo de deberes. Para revisar más sobre el tema puede acudirse a: GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. *Ob. cit.*, pp. 20-25.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3.3.2. LIMITES EXTERNOS.-

Existen otros límites externos, entre los cuales ocupan en primer lugar los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico reconoce al trabajador como tal y como persona y ciudadano. Valdés Ra enfatiza que el régimen de libertades, derechos y principios constitucionales lleva inexorablemente asociado a un sistema de límites a los poderes del empresario, de entre los cuales la primacía corresponde de manera indiscutida a los derechos fundamentales del trabajador, a todos ellos incluidos por tanto sus derechos como persona[53].

La existencia de estos límites cuyo fundamento resulta incuestionable en la medida en que se entiendan circunscritos al ámbito de los derechos fundamentales laborales; no sucede lo mismo con los derechos inespecíficos del trabajador, aquellos que este posee como persona y ciudadano, ya a los cuales por sus contenido extra laboral y sus carácter general, se les niega eficacia en el seno de las relaciones de trabajo, o sucede que se subordina dicha eficacia a las obligaciones que emanan del contrato de trabajo y de las exigencias de organización y eficiencia de la empresa. Es necesario por ello, delimitar con exactitud cuál es el grado de vinculación del empleador a los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, teniendo presente el texto del tercer párrafo del art. 23 de la constitución.

El empleador se encuentra vinculado a los derechos fundamentales específicos e inespecíficos del trabajador, en la misma medida en que se está vinculado a los del empleador, este tiene la obligación de respetar los derechos de la persona del trabajador sin que le este permitido interferir o coartar su libre ejercicio, la posibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral, la vinculación negativa del empleador a los derechos fundamentales del trabajador no plantea problema alguno, por cuanto este, como persona y ciudadano los ejerce ante el estado, es decir, fuera del ámbito de su relación con el empleador, y por consiguiente o que a este se exige es que no intervenga en dicho ejercicio.

---

[53] VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, Derecho del Trabajo y Derecho de Seguridad Social ¿hacia unas nuevas relaciones?, Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, Nº 2, 2010, pág. 89

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Por consiguiente las órdenes empresariales no podrían ingresar en el ámbito de lo irrazonable ni contravenir derechos fundamentales de los que es titular el trabajador en tanto persona.

3.3.2.1. El respeto a los derechos fundamentales.-

Como los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador son afectados en el vínculo laboral y la relación, como es sabido no es entre iguales, se hace necesario lograr un equilibrio entre las partes. Siendo que el poder empresarial hace a la propia naturaleza del nexo que se establece, es probable que los derechos fundamentales inespecíficos se afecten en provecho del propio empleador. Mientras que el ejercicio excesivo de poder agrede los derechos fundamentales inespecíficos, es decir los que se le otorgan al trabajador por el hecho de ser persona, a la vez son ellos mismos los que pueden moderar las tensiones entre el poder y el derecho.

Oportunamente, Montesquieu escribió que "es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites"[54] y el connotado profesor Luigi Ferrajoli: "el poder -todos los poderes, sean estos públicos o privados- tiende en efecto, ineludiblemente, a acumularse en forma absoluta y a liberarse del derecho"[55].

Tales certidumbres entrañan la necesidad que existe de garantizar al interior de las empresas un trato digno y el modo de conseguirlo es proteger los derechos fundamentales inespecíficos. La dignidad de la persona es un valor incorporado a la conciencia jurídica universal, un valor de naturaleza especial que se proyecta a todos los derechos de la persona, a los que es inherente y los vincula[56].

[54] Ferrajoli, Luigi; El Garantismo y la Filosofía del Derecho; Fundación FES; 2000; p.121
[55] Ferrajoli, Luigi; idem
[56] Sotelo Márquez, Ana; Protección de los derechos fundamentales inespecíficos; XV JORNADAS URUGUAYAS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL; FCU; Salto; diciembre/2004; p.47 y La dignidad en la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; en Revista Judicatura No. 45. agosto, 2007; págs. 34 a 36

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Alrededor del reconocimiento de la dignidad de la persona giran una serie de derechos humanos fundamentales, derechos laborales inespecíficos, derecho a la salud, derecho a la información, etc. que, como se ha dicho, no están expresamente consagrados en el derecho positivo y que pueden ser objeto de vulneración fácilmente, habida cuenta de esa relación desigual entre las partes, que está en la génesis del Derecho del Trabajo.

Así, conductas del empleador pueden afectar seriamente la intimidad y la vida privada del trabajador, su libertad de expresión y de conciencia, su honor, la no discriminación, la igualdad de trato, entre otros derechos de igual importancia. Pero si bien es cierto que el empleador tiene facultades jurídicas para dirigir, ellas no se extienden a todos los aspectos de la persona del trabajador; su autoridad no debilita la validez de los derechos humanos inespecíficos del trabajador.

Más allá de las distintas posiciones en torno a los fundamentos del poder disciplinario del empleador, la doctrina coincide en que, como lo ha sostenido alguna jurisprudencia: "el poder disciplinario no es absoluto y no puede ser ejercido en forma absoluta". Tal afirmación implica reconocer que hay límites, entre los que se destacan, por un lado el interés objetivo de la empresa, que no debe necesariamente coincidir con el interés subjetivo del empresario, y por otro lado, la condición humana del trabajador, que torna al poder disciplinario antijurídico cuando lesiona su dignidad humana.

La violación de derechos fundamentales tiene como consecuencia el establecimiento de exigencias que van más allá de los límites razonables del poder de dirección o de la potestad disciplinaria, a pesar de que la justicia es clara en cuanto a que el poder disciplinario no puede ser usado con fines persecutorios ni guiado por causas extra-laborales[57].

Sobre el límite referido a los derechos fundamentales habría que anotar que este viene impuesto desde la misma norma constitucional, la cual, a través de su artículo 23, apunta a reconocer de manera muy concreta, directa y categórica que en toda relación laboral se debe respetar el carácter vinculante de los derechos constitucionales del

[57] Castello, Alejandro; "Criterios jurisprudencias sobre la potestad disciplinaria del empleador"; revista Derecho Laboral nº 212; Montevideo; abril 2001; p. 335

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

trabajador y de la dignidad de éste. Este dispositivo, en opinión de Blancas Bustamante, encierra un potencial muy grande en orden al desarrollo normativo, jurisprudencial e institucional para posibilitar el cabal ejercicio de los derechos constitucionales y el respeto de la dignidad del trabajador en la relación laboral[58]

En este sentido, aquellos derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por estos 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 encuentran, plena vigencia también en el entorno laboral de una persona, no podrían ser obviados por el empleador cuando imparta sus órdenes[59].

Recordemos que la dignidad de la persona ha sido prevista en el artículo 1 de nuestra Constitución, lo cual reafirma su carácter primario y basilar no solo en relación de los derechos fundamentales sino también del resto del ordenamiento jurídico. Su previsión adicional en el referido artículo 23 no tiene otra finalidad sino la de recalcar la dignidad de la persona en un contexto especial como es la relación de trabajo, originalmente asimétrica[60].

Y es que, evidentemente, como argumenta Pacheco Zerga, el ejercicio de los derechos constitucionales en las relaciones de trabajo se configura como manifestación imprescindible y, en suma, importante de la dignidad del trabajador, y es, en nuestros días, tópico central en el Derecho del Trabajo[61].

---

[58] BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2007, p. 266.

[59] VALDÉS DAL RÉ, Fernando. "Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador". En: *Libro de Informes Generales, XVll Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Montevideo, 2003, p. 47.

[60] CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos, GARCÍA GRANARA, Fernando y GONZÁLEZ HUNT, César. "Promoción del Trabajo, Empleo Productivo y Educación para el Trabajo. Comentario al articulo 23º de la Constitución". En: *La Constitución Comentada*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 528.

[61] PACHECO ZERGA, LUZ. *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. Universidad de Navarra. Navarra, 2006, p. 29.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4. EL DEBER DE OBEDIENCIA DEL TRABAJADOR.-

4.1. Concepto.-

Por el poder de dirección se deriva la prerrogativa que le permite al empleador dirigir la labor de sus trabajadores y encauzarlas a lograr los fines económicos propios de su afán empresarial. Naturalmente, tales potestades se reflejan o concretizan en obligaciones o deberes dirigidos hacia los trabajadores. Entre ellos encontramos el referido a la sujeción y acatamiento a las órdenes que el empleador considere pertinente instruirles.

Se aprecia entonces que surge el hecho de que el trabajador tiene como una de sus principales obligaciones, sino la más relevante, la de obedecer las disposiciones y órdenes que su empleador le imparta.

El deber de obediencia es la otra cara de la misma moneda del poder de dirección, sobre el o instrucciones del empleador; dicho deber acaba donde termina el ejercicio regular del poder de dirección: el contrato de trabajo.

Es una manifestación de la dependencia del trabajador respecto del empresario, derivada del mismo concepto de contrato de trabajo por el que el trabajador presta sus servicios dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, que es el empleador o empresario.

La obligación de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario tiene su límite en el ejercicio regular de las facultades directivas por parte de éste, el profesor Montoya Melgar explica sobre el particular lo siguiente:

"Ni poder directivo empresarial ni posición de dependencia del trabajador son creaciones del legislador, de los jueces o de los autores; al contrario, constituyen rasgos exigidos por la realidad económico-social: sin dirección del trabajo no hay producción posible"[62]

[62] MONTOYA MELGAR, Alfredo. "El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 48. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2004, p. 135.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

De este punto se desprende la extrema importancia práctica que este deber adopta lo cual permite a su vez calificarla como una obligación primaria del trabajador, como una característica manifestación de dependencia del trabajador respecto del empresario y al mismo tiempo una clara prueba de que la tan alegada desigualdad económica entre trabajadores y empresarios es también y sobre todo una desigualdad jurídica: el empresario ordena y el empleado obedece; sus relaciones son jerárquicas y no paritarias o de igualdad[63] .

Cabe decir, entonces, que una empresa comprende a quien o quienes mandan (empleadores y sus representantes) y aquellos que obedecen, que prestan un servicio personal subordinado (los trabajadores)[64].

En virtud de esta facultad se le permite al empleador ordenar las concretas prestaciones de sus trabajadores, íntimamente ligada a esta obligación se encuentra el deber de trabajar con diligencia y buena fe, puesto que tal como lo explica Plá, que el contrato de trabajo no crea solo derechos y obligaciones exclusivamente patrimoniales sino también personales, estables y continuadas en las cuales se exige confianza recíproca en múltiples planos, por lo que para el debido cumplimiento de esas obligaciones y el adecuado mantenimiento de esas relaciones, resulta imperativo que ambas partes actúen de buena fe, es decir, actuar con honradez y honestidad, con la plena conciencia de no engañar ni perjudicar ni dañar a la otra parte[65].

Pues bien, a la impartición de órdenes de trabajo le corresponde su acatamiento por parte de sus destinatarios. Atendiendo al carácter cardinal de este deber, se indica, por el contrario, que la desobediencia es la falta más grave dado que la relación de trabajo radica en la subordinación por lo que la violación a esta característica, el no acatar el trabajador las órdenes que recibe, constituye una falta imperdonable.

---

[63] MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Trigésima edición. Tecnos. Madrid, 2009, p. 329.

[64] HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo. “Poder de dirección del empleador”. En: *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Universidad Nacional Autónoma de México Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F., 1997, p. 405.

[65] GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. “Las obligaciones implícitas o inherentes de los trabajadores”. En: *Soluciones Laborales*. Nº 36. Gaceta Jurídica. Lima, diciembre de 2010, p. 21.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Sin embargo esta afirmación no podría ser absoluta. Puede darse el caso de que alguna de las directivas emitidas por el empleador ingrese en el campo de la arbitrariedad y se comporte, por lo tanto, como una manifestación viciada del poder de dirección como veremos en líneas posteriores.

Al respecto es preciso señalar que el amparar el obligado acatamiento de órdenes ilegítimas previamente a cualquier reclamo significa desnaturalizar el propio deber de obediencia, que sólo surge ante un mandato válidamente emitido, e implica la consagración de un evidente abuso bajo pretexto de una autoridad y disciplina mal interpretadas.

4.2. Limites del Deber de obediencia del trabajador.-

El deber de obediencia se origina en la posición de subordinación o dependencia del trabajador, que se incardina por el contrato de trabajo, el ámbito de organización y dirección de otra persona y constituye el primer deber del trabajador.

La obediencia exigida al trabajador, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina académica preconstitucional, ha sido denominada “obediencia justa”.

No obstante ello es que también se reconoce el derecho al ius resistentiae del trabajador frente a las ordenes empresariales de manifiestamente arbitrariedad y abuso de derechos, contrarias a la buena fe, a la dignidad de los trabajadores o a la seguridad en el trabajo, uno de los supuestos extraordinarios que justifican la desobediencia es precisamente cuando la orden recibida implique un atentado a la dignidad del trabajador o a los derechos fundamentales y libertades públicas[66].

Para la delimitación del deber de obediencia podemos establecer dos criterios:

1. El deber de obediencia se circunscribe a las cuestiones puramente laborales.
2. La obediencia debida, lo es a la orden legítima del empresario, en el correcto ejercicio de su poder de dirección.

[66] ALONSO OLEA, Manuel y CASA BAAMONDE, M. Emilia, Derecho del Trabajo, 20 ed. Madrid, Civitas, 2002, Pág. 325-326

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

La desobediencia legítima es excepcional y limitada a supuestos tales como órdenes manifiestamente ilegales, órdenes radicalmente viciadas de legitimidad u órdenes claramente ilegales o que impliquen peligro grave para el trabajador.

4.3. Deber de obediencia y respeto a la dignidad en la conducta laboral.-

Las órdenes del empleador han de ser obedecidas por el trabajador, salvo que constituyan un atentado a su dignidad o a los derechos fundamentales y libertades públicas.

El empresario no puede en principio dar órdenes generales o concretas que afecten la vida privada del trabajador; por tanto las costumbres, ideas, opiniones, credo religioso, etc. quedan fuera de la esfera directiva del empresario.

Sin embargo como ningún derecho es ilimitado si no que, más bien, se encuentran articulados entre sí, el empleador puede, en algunos casos, exigir al trabajador una conducta extra laboral que no dañe los intereses de la empresa, así como darle indicaciones sobre aspectos de su vida privada que estén directamente relacionados con el trabajo convenido.

La razón se encuentra en que no pocas veces los trabajadores realizan en el disfrute de su vida extra laboral actos que inciden en los intereses no siempre patrimoniales de la empresa comprometiendo la reputación y la imagen de que gozan las empresas entre los clientes. Como es evidente, en estos casos corresponderá al empleador probar que no solo la advertencia u orden fue dada y desobedecida, si no que era pertinente y exigida por el trabajo.[67]

[67] PACHECO ZERGA, Luz, La dignidad humana en el Derecho del Trabajo, Thomson Civitas, Primera edición, 2007, pag. 115-116

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4.4. El derecho de resistencia del trabajador (el ius resistentiae).-

Así pues, en principio, fuera de los límites internos y externos del poder de dirección del empresario que hemos referido, se habilita el derecho del trabajador de desobedecer la orden. Cuando nos encontremos en un terreno extraño a la regularidad del poder directivo del empleador, procede el llamado *Ius resistentiae.*

Esta facultad se define como un principio en virtud del cual cabe admitir excepcionalmente la desobediencia frente a aquellas órdenes que no se inscriban al ejercicio regular de las facultades directivas, ya sea por poner en peligro o menoscabar bienes, derechos o intereses del trabajador[68].

González de Patto explica que este derecho implica la facultad de no acatar órdenes empresariales ilícitas, vejatorias, arbitrarias, que comporten grave riesgo o impliquen abuso de derecho, que afecten a derechos inviolables del trabajador o coarten el libre desarrollo de su personalidad. Refiere que este derecho se fundamenta en el hecho de que el deber de obediencia del trabajador decae ante órdenes dadas por el empresario en el ejercicio "irregular" de su poder directivo[69].

El uso regular de los poderes directivos se condiciona a la licitud y conformidad con el ordenamiento jurídico y al cumplimiento de esta condición se supedita el deber de obediencia. Desde esta perspectiva, la negativa del trabajador a adaptar su actividad laboral a las nuevas condiciones de trabajo impuestas por una medida modificativa que lesiona gravemente sus derechos al respeto de la dignidad y/o la formación profesional del trabajador y, por tanto, manifiestamente ilícita, sería perfectamente legítima[70].

---

[68] OLMO BAU, Carlos. "Ius resistentiae: De la objeción de conciencia a la desobediencia colectiva en el ámbito laboral". En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. N° 11. Madrid, 2007/2008, p. 265.

[69] GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa. *La Dimisión Provocada: Estudio Sistemático del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Editorial de la Universidad de Granada. Granada, 2008, p. 170

[70] MONTOYA MELGAR, Alfredo. "Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa". En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 23. Madrid, 2000, pp. 48 y ss.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

De lo expuesto, tenemos que el derecho de resistencia supone, asimismo, un supuesto, en efecto, de desobediencia, no obstante este desacato es legítimo y por tanto dicho incumplimiento no podría ser sancionado de manera alguna[71].

De esta manera, se puede advertir que el ejercicio del *ius resistentiae* requiere necesariamente de una práctica desmedida del poder de dirección, por lo que, en sentido contrario, se colige que la desobediencia de una instructiva regular del empleador facultaría a éste a iniciar el procedimiento disciplinario que corresponda.

La presunción de licitud de las ordenes empresariales, que rige en el derecho peruano, implica que el trabajador está obligado a cumplirlas hasta que le juez o un funcionario de la administración declaren expresamente su ilicitud. En la jurisprudencia, por regla general se ha entendido que el trabajador no puede evaluar la licitud o ilicitud de la medida, sino solo podrá impugnarla con posterioridad a su acatamiento (principio del solve et repete), puesto que si el trabajador no cumple con las labores encomendadas será acusado de desobediencia.

En nuestra legislación no existe ni una sola norma que fundamente la presunción de licitud de los actos empresariales, ni siquiera el deber de obediencia.

El derecho del trabajador a desobedecer las órdenes que a su juicio no son regulares dejando así sin actividad aquellas, es un modo de repartir más equitativamente los riesgos en el desarrollo de la prestación laboral, puesto que el ius resistentiae no exime al trabajador del riesgo de que su negativa sea considerada como causa de despido posteriormente por una sentencia que estime regular la orden del empresario y generadora por tanto de obligación de cumplimiento, riesgo que será tenido en cuenta a la hora de negarse al cumplimiento de la orden, impidiendo preventivamente hasta cierto punto consideraciones arbitrarias o poco fundadas a cerca de la pretendida irregularidad[72].

[71] CANO GALÁN, Yolanda. *Ob. cit.*, p. 208.

[72] ARCE ORTIZ, Elmer, Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias, Lima, 2008, pág. 490-492.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En consecuencia queda claro que el ius resistentiae no se aplica por regla general en nuestro país, aun a pesar de los argumentos endebles que justifican la idea de la presunción de licitud del orden empresarial, de este modo el trabajador no puede dejar de cumplir las órdenes del empleador así las considere ilícitas. No obstante ello el trabajador mantendrá siempre su derecho a resistirse al cumplimiento de órdenes que excedan desproporcionadamente las fronteras del contrato de trabajo, tales como ordenes delictivas, las que afectan los derechos irrenunciables del trabajador, las ordenes imposibles, las que ingresan a la vida privada sin razón, las que ponen en peligro la salud o vida del trabajador, etc.

Hasta aquí entonces se tiene como características de esta facultad: en primer lugar tenemos que se trata de una desobediencia por parte del trabajador aunque permitida en tanto responde al ejercicio anormal del poder de dirección del empleador, ésta sería la segunda peculiaridad. La tercera gira en torno a la permisión o autorización de un desacato legítimo de una orden empresarial que sobrepasa los límites mencionados, el cual no puede ser objeto de sanción disciplinaria alguna. Inclusive, en ocasiones, no solo es un derecho a resistir una orden empresarial sino también es una obligación proceder con el incumplimiento como ya veremos más adelante.

Ahora bien, se sustenta que esta facultad es ciertamente excepcional ante la regla de obedecer. De este modo, solo cabría la resistencia en casos en los que la instrucción es notoriamente irregular por lo que su ejercicio debe darse con cautela dado que, de lo contrario, el empleador podrá activar su poder disciplinario por la desobediencia ilegítima. Veamos entonces brevemente de qué trata esta discusión[73].

[73] PACHECO ZERGA, LUZ. *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. Universidad de Navarra. Navarra, 2006, p. 29.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4.5. El Deber de Protección.-

De otro lado, así como el trabajador debe llevar a cabo sus servicios de acuerdo a criterios de buena fe, el empleador debe también ejercer su poder de dirección atendiendo a esta pauta. La buena fe genera deberes recíprocos en el contrato de trabajo y, quizás, exige sobre todo al empresario, lo cual le permite adoptar la forma de mecanismo eficaz de limitación y control de los poderes empresariales[74].

En esta línea el principio de buena fe se comporta como otro freno derivado del interior del contrato de trabajo, inherente a las obligaciones derivadas de la misma relación laboral, por lo que el empleador deberá tener en cuenta que la emisión de una disposición deshonesta o desleal a su trabajador escapa a su poder de dirección[75].

La doctrina española ha señalado que "(…) el ejercicio del poder de dirección del empresario deberá actualizarse respetando los límites impuestos por el habito de la propia relación laboral, pues solo respecto de las obligaciones derivadas de la misma permanece vigente el deber de obediencia.[76]

De allí que el ejercicio del poder de dirección que trasvase el ámbito laboral, pretendiendo incidir sobre aspectos ajenos la obligación laboral del trabajador que atañen a su vida personal o familiar, es ilegitimo y justifica el *ius resistendi* del trabajador.

[74] GIL Y GIL, José. *Principio de buena fe y poderes del empresario*. Mergablum. Sevilla, 2003, pp. 195-196.

[75] LUQUE PARRA, Manuel. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Editorial Bosch. Barcelona, 1999, p. 30.

[76] CRUZ VIDALLON, j, Modificaciones de la prestación de trabajo , Madrid, Servicio de publicaciones del Ministerio de Trabajo, 2003, pág.109

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

CAPITULO II

EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PERSONALIDAD

1. ASPECTOS GENERALES.-

Los seres humanos, en su quehacer cotidiano y en su constante interacción con sus semejantes realizan un sin número de actividades tanto a nivel personal, familiar, laboral, etc. Actividades que en algunas oportunidades las personas desean mantener reservadas sólo para sí o también para un número reducido de las mismas. Otras veces ellas mismas dan a conocer al resto de la sociedad sobre dichos asuntos.

La intimidad se constituye como una necesidad de orden social en la que existe una primacía de lo privado frente a lo público y por tanto, que no se debe a una motivación humana fundamental y si como una reacción ante la pérdida de control de lo que nos rodea por lo que concluye que la intimidad es, en esencia, desde el punto de vista psicológico una conducta.

La aproximación antes presentada, revela un par caracteres de interés; a saber: (i) Se trata de una necesidad de orden social y no una motivación humana fundamental, y (ii) es una conducta en la que el individuo revela una supremacía de lo privado frente a lo público.

En otras palabras, referir a la intimidad incluso bajo la aproximación psicológica, parte necesariamente de concebir al ser humano de manera distinta a un ser aislado: esto es, se trata de un hombre en sociedad, que se comunica, interactúa y relaciona en mayor o menor grado con otros sujetos. No puede tenerse intimidad respecto de si, sino respecto de esas otras personas con las que se está en vínculos de mayor o menor proximidad.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1.1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL DE INTIMIDAD.-

1.1.1. Etimología.-

La palabra íntimo procede de *intimus*, que es una variación de *intumus*, a su vez forma superlativa del adverbio *intus*, que significa, dentro de máxima interioridad. Así el concepto de lo íntimo va mas allá de la vida privada, pues si bien comparte con ella el sentido de apartamiento frente a los demás, lo trasciende en tanto se afirma en el carácter definitorio de su interioridad.[77]

1.1.2. Concepto de Intimidad.-

> La intimidad es un "… principio que tutela los escritos personales y cualquier otra obra producto del espíritu o de las emociones", principio que ampara además "… a la apariencia personal, a los dichos, a los hechos y las relaciones personales, domesticas o de otra clase"[78]

Para la Real Academia Española de la Lengua, intimidad es la *zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia,* es: "Parte personalísima, comúnmente reservada de los asuntos, designios o afecciones de un sujeto o de una familia", poniendo de relieve en esta especificación que la intimidad es algo que la persona o la familia se reservan para si, queriendo excluir a los demás con respecto al conocimiento de ese "algo".[79]

> La palabra intimidad se emplea para hacer referencia al conjunto de actos, situaciones o circunstancias que por su carácter personalísimo no se encuentran por regla general o de ordinario, expuestos a la curiosidad y a la divulgación. WESTIN considera que la intimidad (*privacy)* puede manifestarse en cuatro situaciones básicas[80]:

[77] GONZALES GAITANO, Norberto; El deber de respeto a la intimidad; pamplona; Ediciones Universidad de Navarra SA, 1990, Pág. 17
[78] WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis; El derecho a la intimidad, Madrid, Editorial Civitas SA; 1995, pág. 59
[79] CREVILLEN SANCHEZ, Clemente. "Derechos de la Personalidad". Madrid 1995. Pág. 75
[80] VAZQUEZ RIOS, Alberto. "Derecho de las Personas", Tomo I, Editorial San Marcos, Lima, 1997. Pág. 131- 132.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- Soledad.- de orden físico, excluye cualquier contacto material; es el último estadio de la *"privacy"*.

- "Intimidad" (*intimacy)*.- sin aislamiento, que se circunscribe a un ámbito de relaciones restringidas.

  Se define porque el individuo actúa como parte de una pequeña unidad que reclama y está preparada para ejercer una segregación corporativa que permite alcanzar una relación franca, relajada y cerrada entre dos o más individuos.

- Anonimato.- que implica la falta de identificación, pero que se produce dentro del grupo.

- Reserva.- el estado más sutil de la intimidad, que supone la erección de una barrera psicológica frente a intromisiones.

La intimidad es una de las notas que caracteriza a la persona y la constituye en un quien, es el factor de diferenciación con los demás seres vivos y cono otros individuos de su misma especie; puede ser considerada como "la zona espiritual reservada de una persona".

Para Aurelia Romero, la intimidad de una persona "… está constituida por todo aquello que le es propio y exclusivo en cuyo uso y ejercicio se afirma en su propiedad y exclusividad al mismo tiempo que se manifiesta como persona y como tal sujeto de derechos. El calificativo de intimidad se puede aplicar al pensamiento o a la conciencia, a aquello que hemos guardado interiormente sin comunicar a nadie. También se puede aplicar a la vida familiar que se desarrolla en un clima de confianza donde comparten los mismos problemas y en donde tienen cabida un número reducido de individuos"[81].

Por otro lado Pilar Gómez, señala que la intimidad es: "… el derecho al aislamiento, a la soledad, a la posibilidad de separar tajantemente la esfera pública de la privada", además agreda que "consecuencia lógica de este entendimiento de intimidad es el derecho de exclusión, al

[81] ROMERO COLOMA, Aurelia, Los bienes y derechos de la personalidad, Madrid, Trivium, 1985, Pág. 37-38.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

facultad concebida al individuo de excluir del conocimiento general aspectos de su vida intima, basado en la pertenencia a su ámbito de poder de estas zonas privadas"[82].

El jurista García Amigo define a la intimidad como: "La vida Privada de cada particular es el circulo de actos y actividades personalísimas que forman el núcleo del a vida individual y familiar"; por lo que la intimidad, definitiva y fundamentalmente se basa se basa en la dignidad de la persona humana[83].

El derecho a la intimidad, que ha tenido acogida explícita en la Constitución con el carácter de fundamental, parte de la idea originaria del respeto a la vida privada personal y familiar, la cual debe quedar excluida del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado.

GONZÁLEZ GAITANO, al tratar de la localización de la intimidad, señala: "Así como la vida pública y la vida privada en términos relativos uno del otro, intimidad es un término absoluto. La vida privada se define por relación a la vida pública y viceversa. Esa relación es variable en cada cultura y según los momentos históricos la intimidad está al margen de la dialéctica público-privado, pero a la vez está en la raíz de la posibilidad de las dos esferas y de su mutua dependencia. Sólo desde la intimidad puede haber vida privada y vida pública y sólo desde el reconocimiento y protección de su valor absoluto pueden definirse los ámbitos de las otras dos esferas."[84]

La intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona (el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo); la privacidad por otro lado, constituye un conjunto, más amplio, más global de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, puede carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado.

[82] GOMEZ PAVON, Pilar, La intimidad como objeto de protección penal, Madrid, Ediciones Akal SA, 1989, pág. 33
[83] GARCIA, Amigo. "Instituciones de Derecho civil I", Parte General, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid 1979. Pág. 311
[84] GONZALES GAITANO, Norberto; El deber de respeto a la intimidad; pamplona; Ediciones Uniersidad de Navarra SA, 1990, Pág. 20

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En resumen, 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 Informática.

Pero, ¿Cuáles son esas situaciones, acontecimientos o comportamientos, considerados como íntimos?

Al respecto, NOVOA MONREAL sostiene que: "... lo complejo que resulta definir el derecho a la vida privada o intimidad; y es que son muchos criterios los que hay que considerar y por ello varia de una persona a otra, de un grupo, de una sociedad a otra; varia también en función a las edades, tradiciones y culturas diferentes"

Es difícil el tratar de determinar cuáles son aquellas situaciones, actividades o comportamientos que puedan considerarse como de intimidad, debido a la relatividad de este derecho, pues depende de muchas circunstancias, factores sociales, culturales, personales, de la determinación de lo público y lo privado, etc.

A continuación pasaremos a enumerar una serie de actividades, situaciones y fenómenos considerados como de intimidad citado por Morales Godo[85]:

a) Ideas y creencias religiosas, filosóficas, mágicas y políticas que el individuo desee sustraer al conocimiento ajeno.
b) Aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual;
c) Aspectos no conocidos por extraños de la vida familiar, especialmente los de índole embarazosa para el individuo o para el grupo;
d) Defectos o anomalías físicas o psíquicos no ostensibles;

[85] MORALES GODO, Juan; "El Derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de Información "; Lima-Perú; ed. Editora y distribuidora jurídica GRIJLEY EIRL; S/e 1995; Pág. 184.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

e) Comportamiento del sujeto que no es conocido por extraños y que de ser conocido originaria críticas o desmejoraría la apreciación que estos hacen de aquel;

f) Apreciaciones de la salud cuyo conocimiento menos cabe el juicio que para fines sociales o profesionales formulan los demás acerca del sujeto;

g) Contenido de comunicaciones escritas u orales de tipo personal, estos es, dirigidas únicamente para el conocimiento de una o más personas determinadas;

h) La vida pasada del sujeto en cuanto pueda ser motivo de bochorno para este;

i) Orígenes familiares que lastimen la posición social y en igual caso, cuestiones concernientes a la filiación y a los actos de estado civil;

j) El cumplimiento de las funciones fisiológicas de la excreción, y hechos y actos relativos al propio cuerpo que son tenidos por repugnantes o socialmente inaceptables

k) Momentos penosos o de excesivo abatimiento,

l) En general, todo dato hecho o actividad personal no conocidos por otros, cuyo conocimiento por terceros produzca turbaciones moral o psíquica al afectado (desnudez, embarazo prematrimonial, etc)"

1.1.3. Aspectos Fundamentales del Concepto de Intimidad.-

Al tratar de afinar el concepto de "privacy" los autores han distinguido desde antaño tres aspectos fundamentales: la autonomía, la tranquilidad y el control de la información.

A. Tranquilidad

Este aspecto parecía claramente delineado en una de las definiciones más antiguas del derecho a la intimidad, la del juez Cooley, quien en 1873 sostuvo que se trata del derecho a ser dejado "solo y tranquilo" o "a ser dejado en paz".

La definición que hizo huella en la doctrina y en la jurisprudencia norteamericanas aparecen ratificadas por el juez Brandeis, en la década del veinte en el caso "Omstead

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

vs. United States", en su voto señaló que: "los padres de nuestra constitución… nos confieren… el derecho a ser dejados en paz, el más comprensivo de los derecho y el más valorado por los hombres civilizados"[86].

Novoa Monreal sostiene, que es el derecho que tiene todo ser humano a disponer momentos de soledad, recogimiento y quietud que le permiten replegarse sobre sí mismo; va a consistir por ende en el derecho que tiene una persona a vivir una vida de reclusión y anonimato libre de la malsana curiosidad que suele acompañar a la fama y a la notoriedad, es una reconocimiento a la dignidad del aislamiento, del peso de la voluntad y poder libres de un hombre para moldear su propia dignidad de la sagrada e inviolable naturaleza del mas intimo yo humano.

B. Autonomía

La autonomía es el segundo de los aspectos que conforman la "privacy". La autonomía es la "libertad de tomar decisiones relacionadas a las áreas fundamentales de nuestras vidas, sin interferencias de ninguna índole"; esta autonomía está dada por un derecho fundamental del ser humano que es la libertad.

Se trata de la libertad que compete a cada individuo para elegir entre las múltiples acciones que se plantean al hombre en todas las instancias de su existencia, elegir por si y para sí sin intromisiones indeseadas que dirijan la elección en forma directa o encubierta. La resolución número 428 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa contiene la consagración de la autonomía en los siguientes términos: "el derecho respeto a la vida privada consiste esencialmente en poder conducir su vida como uno pretenda, con un mínimo de injerencias"[87].

La autonomía está referida, pues a la libertad del ser humano para la toma de decisiones respecto de su vida es la fase del desarrollo humano donde se debe optar libremente por las distintas posibilidades que le ofrece sus circunstancias, y ello implica que debe existir la posibilidad de tomar decisiones propias, sin interferencias directas o indirectas.

[86] MORALES GODO, Juan. Derecho a la intimidad. Lima: Palestra Editores, 2002, Pág. 111
[87] FERREIRA RUBIO, Delia. El derecho a la intimidad. Buenos Aires: Universidad, 1982.Pág. 43

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

C. Control de información

Para algunos autores es la fase más importante del derecho a la vida privada o intimidad, por lo que su protección se torna indispensable.

Dentro del control de información existen dos aspectos; por un lado, la posibilidad de mantener ocultos o reservados ciertos aspectos de la vida de una persona, y por el otro, la posibilidad que corresponde a cada individuo de controlar el manejo y circulación de la información que, sobre su persona ha sido confiada a un tercero.

"La intimidad no es simplemente una ausencia de información a cerca de nosotros en la mente de los demás; con mayor precisión es el control que nosotros tenemos sobre la información que nos atañe. La libertad sobre el derecho de control sobre la información genera intrincados problemas, entre los cuales cabe mencionar, el derecho del sujeto para revisar periódicamente la información que contienen los respectivos registros, la posibilidad de exigir que esos datos sean rectificados y actualizados, la limitación de su utilización para los fines previstos, etc."[88].

En consecuencia el concepto del derecho a la vida privada deberá comprender estos tres elementos desarrollados, de tal manera que podríamos definirlo como aquél derecho que le permita al ser humano tener un espacio de su existencia para el recogimiento, la soledad, la quietud, evitando las interferencias de las autoridades o terceras personas, así como la divulgación de hechos reservados para si, permitiendo un desarrollo libre y autónomo de su personalidad.

[88] Ibíd.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2. DERECHO A LA INTIMIDAD

2.1. INICIO DE LA NOCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la vida privada o "The Right of Privacy", como se le conoce en el Common Law norteamericano, tiene su origen en 1890, en la obra clásica de los jóvenes juristas norteamericanos Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis "The Rigth to Privacy", publicada como articulo en Harvard Law, delinea los contornos de este derecho y fija las garantías del ciudadano para la protección de su vida privada, respecto de intromisiones indebidas[89].

El origen de este autónomo derecho está marcado por el conflicto con el derecho a la información, relacionado con el desarrollo vertiginoso de la información y fundamentalmente con los medios de comunicación masiva, en este entonces representado por los diarios. Los autores mencionados, rechazaron las extralimitaciones en que incurrían dichos medios de información en el tratamiento de ciertas noticias que no obedecían a un interés general, y que, por el contrario, solo constituían invasión a la esfera de la privacidad.

Ahora bien, la Declaración Universal de los Derecho Humanos, proclamada por la organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, establece en su artículo 12: *"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques"* este fue el primer instrumento internacional en establecer el derecho a la vida privada de las personas.

En el año 1950 surge el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, el cual fue aprobado en roma el 4 de noviembre de dicho año; este convenio señalo en su artículo 8 numeral 1: *" Toda persona tiene derecho al respecto a su priva privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia"*, asimismo en el numeral 2 del mismo artículo establece: *"No podrá*

[89] Cf. WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis; El derecho a la intimidad, Madrid, Editorial Civitas SA; 1995

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia este prevista por la laye y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país , de la defensa del orden y al prevención del delito, la prevención de la salud , la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

A su vez el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, reitera el derecho de las personas a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

Pues bien el origen norteamericano marca el inicio universal del Right of Privacy conocido en, América Latina y en el Perú en particular, como Derecho a la Intimidad, sin embargo este Derecho, fue reconocido por la Constitución Política del Perú de 1867, aun cuando no genero ningún desarrollo doctrinario, fue considerado nuevamente en la Constitución de 1979, posteriormente se desarrollo en forma limitada en el Código Civil de 1984 y finalmente algunas conductas que afectan la vida privada de las personas son tipificadas como delitos en el Código Penal de 1991.

2.2. CONCEPTO DE DERECHO A LA INTIMIDAD.-

El derecho a la intimidad puede ser entendido como la facultad que tiene toda persona para evitar que ciertas situaciones, acontecimientos, pensamientos, sentimientos, emociones o comportamientos de carácter estrictamente personal, pasados o presentes, sean conocidos por terceros, reservándola estos solo para sí o para un número reducido de personas; le permite al ser humano tener un espacio de su existencia para el recogimiento, la soledad, la quietud, evitando las interferencias de la autoridad o terceras personalidad.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Para Juan Espinoza, "el Derecho a la Intimidad es una situación jurídica en la que se tutela el espacio individual y familiar de privacidad de la persona, conformados por experiencias pasadas, situaciones actuales, características físicas y psíquicas no ostensibles y, en general, todos aquellos datos que el individuo desea que no sean conocidos por los demás, porque de serlo, sin su conocimiento, le ocasionarían incomodidad y fastidio.[90]"

El derecho a la Intimidad se proyecta en dos dimensiones: como secreto de la vida privada y como libertad. Concebida intimidad como secreto, atentan contra ella todas las divulgaciones ilegitimas de hechos relacionados con la vida privada o familiar, o las investigaciones también ilegitimas de acontecimientos propios de dicha vida. Concebida como libertad individual, la intimidad trasciende y se realiza en el derecho de toda persona a tomar por si sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada.

Para Xavier O´Callaghan el derecho a la intimidad es un derecho de la personalidad, elevado … a la categoría de derecho fundamental, de carácter constitucional, derecho independiente, autónomo, separado del derecho independiente, autónomo, separado del derecho al honor y del derecho a la imagen y que, a su vez, comprende dos aspectos, la intimidad personal y la intimidad familiar…" [91]

Por consiguiente la intimidad personal es uno de los denominados derechos de la personalidad, suele definírsele como ese ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra la posibilidad de desarrollo humano y donde enraíza la personalidad.

GARCIA TOMA, refiriéndose al derecho a la intimidad sostiene que: "se trata de mantener en reserva aquellas actividades o comportamientos carentes de trascendencia social... en pro de la tranquilidad espiritual y paz interior de la persona y su familia" [92]

---

[90] ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de las Personas",4º Edición, Gaceta Jurídica, Lima 2004. Pág. 326

[91] O´Callaghan, Xavier, Libertad de expresión y sus límites, honor, intimidad e imagen, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas 1991, Pág. 93.

92 GARCIA TOMA, Víctor**; "**Análisis sistemático de la constitución de 1993" Lima-Perú; ed. Fondo de desarrollo editorial; S/e; TOMO I; 1997 Pág. 86

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Para HUMBERTO QUIROGA: "El derecho a la intimidad es aquel por el cual todo individuo puede impedir que los aspectos privados de su vida sean conocidos por terceros o tomen estado público..."[93]

Efectivamente, basándose las personas en la importancia que tiene este derecho para su tranquilidad y libre desarrollo de su personalidad, es que puede exigir que ciertos aspectos de su vida no sean conocidos por terceros, ni mucho menos publicados; ya que de ocurrir ello le ocasionaría un estado de intranquilidad, zozobra, angustia que le impediría actuar y desarrollarse libremente.

Por consiguiente el derecho a la intimidad es aquella facultad que tiene toda persona para evitar que ciertas situaciones, acontecimientos o comportamientos, de carácter estrictamente personal, pasados o presentes, sean conocidos por terceros, reservándosela estos solo para sí o también para un número reducido de personas .

BOREA ODRIA, Alberto, señala: "El derecho a la intimidad es propio de los seres humanos que para su desarrollo requieren de un ámbito impenetrable en donde pueden constituir sus relaciones efectivas y donde pueden expresar sus inhibiciones sociales, sus propios sentimientos. Cualquier intromisión en ese círculo íntimo y personal es una violación a la privacidad"[94]

Se protege el libre desenvolvimiento de las personas en la sociedad, por lo tanto el derecho a la privacidad constituye un cerco protector para impedir que se ingrese a una zona reservada por la persona por contener actos, hechos, acontecimientos y diferentes datos sobre su vida privada y que no desea que ponga en conocimiento de los demás.

Pues bien cuando se afecta la intimidad ya sea personal, familiar con informaciones que van más allá de los límites permitidos, se puede pedir que se suspenda dicha información gratuita en el caso de que la información sea difundida por medios de comunicación. Otra modalidad puede darse cuando el agravio es cierto, entonces se ha

[93] QUIROGA LAVIE, Humberto; "Los derechos humanos y su defensa ante la justicia"; Santa Fe de Bogota-Colombia; ed; Temis S.A; S/e; 1995; Pág.85
[94] BOREA ODRIA, Alberto: "Evolución de las Garantías Constitucionales" Lima-Perú. edit. Grijley. 3era. e. 1996. pág, 468.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

producido un daño a la reputación o al honor, la rectificación puede pedirse pero no ayuda mucho porque el daño ocasionado contiene hechos verdaderos.

El derecho a la intimidad es absoluto, el cual se refiere a un ámbito propio del ser humano, reservado o vedado a la curiosidad del público en general, en el que se encuentran los datos sensibles de la persona, los que están conformados, entre otros elementos, por las ideologías políticas o religiosas, las costumbres, la situación económica, la orientación sexual y en síntesis, aquellos actos, acciones, circunstancias que partiendo de una forma de vida normal, están reservadas al individuo. [95]

En un sentido positivo, por lo tanto el derecho a la Intimidad implica la libertad de toda persona a decidir qué hacer con su vida privada así como guardar reserva sobre aquellos aspectos de la misma que no desea que sean conocidos por los demás. Esta es precisamente la característica del arbitrio, facultad de toda persona para adoptar en la intimidad los comportamientos o actitudes que mejor correspondan a sus orientaciones y preferencias, y que le permiten, entre otras cosas, ejercer en el plano de la intimidad su derecho al libre desarrollo del a personalidad y a la libertad de conciencia.

De otra parte significa no ser molestado y mantener una vida privada sin interferencias de ningún particular ni del Estado; esto implica la inviolabilidad, es decir, la prohibición de interferir arbitrariamente en diferentes aspectos de la vida privada, tales como el escenario intimo (domicilio, oficina, etc.) los medios relacionales (correspondencia o cualquier otra forma de comunicación) o la conducta personal.

El derecho a la intimidad es “proteiforme”, por la variedad de manifestaciones que comprende, que son las siguientes: intimidad corporal o física, intimidada personal psíquica, intimidad personal económica, intimidad personal social y profesional, intimidad personal informática, intimidad personal ideológica y religiosa, intimidad

[95] BERNALES BALLESTEROS, Enrique. “La Constitución de 1993”. análisis Comparado Lima – Perú. Edit. ICS e. 1997 Pág 107.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

personal sexual y de hábitos o costumbres, intimidad personal de la comunicación con otras personas, intimidad personal sindical[96].

En tal sentido, la violación de la intimidad de la persona tiene lugar no solo cuando se divulgan hechos o situaciones que corresponden a su vida privada, si no por el mero hecho de desplegar actitudes que supongan fisgonear y entrometerse en la intimidad de la vida privada o represente una invasión, un hurgamiento o búsqueda indebida en bienes o propiedades de la persona, sin que medie un interés público.

Por ende se puede llegar a la conclusión de que con el adelanto tecnológico y la utilización de computadora, va disminuyendo las márgenes de privacidad, difundida informaciones que afectan la intimidad de las personas y como esos datos personales son aceptados, almacenados ordenados en computadora no se hace muy difícil su utilización para fines no permitidos como perjudicar a los demás.

2.3. TITULARES DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.-

a. PERSONAS NATURALES

El reconocimiento del derecho de todo ser humano a conservar fuera del acceso general ciertos hechos concernientes a su esfera de la intimidad, tiene por fundamento la necesidad esencial de la soledad y recogimiento para el desarrollo pleno de la personalidad.

El ser humano desde su nacimiento hasta el momento de su muerte es el titular del derecho a la intimidad, constituyéndose de esta manera el derecho a la intimidad un derecho fundamental de la personalidad, el cual tiene el carácter personalísimo, esto quiere decir que solo puede hacerse prevalecer dicho derecho por el interesado, a

[96] VASQUEZ RIOS, Aldo; Conflicto entre intimidad y libertad de información, Editorial ROELSA, Universidad San Martin de Porres, Noviembre 1998, pág. 43.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

excepción de que el titular de dicho derecho otorgue un poder especial a una persona para que esta en su representación suya haga prevalecer su derecho.

Si bien en materia de titularidad es irrelevante la capacidad jurídica de la persona. Cuando se trate de autorizar ciertos actos de intromisión en la esfera de la intimidad habrá que aplicar reglas diversas ya se trate de personas capaces o incapaces.

Personas capaces: para pretender disponer de su derecho dentro de los márgenes legales, bastará su sólo consentimiento expreso o tácito.

Personas incapaces: se distingue entre incapaz con o sin discernimiento. Si *no tiene discernimiento* bastará el consentimiento otorgado por su representante legal.

b. PERSONAS JURÍDICAS

Respecto de si las personas jurídicas pueden convertirse en titulares del derecho a la intimidad, no existen criterios uniformes, es así que un sector de la doctrina mayoritaria en tanto en el orden nacional como en el derecho comparado afirma que la personas jurídicas no tienen derecho a la intimidad, sustentando que estos entes no pueden sufrir daños morales que son los que surgen de la violación de la vida privada. La naturaleza intrínseca del derecho a la intimidad descalifica a las personas ideales para ser titulares del mismo.

Un sector minoritario de juristas, entre los cuales se encuentra Ferreira Rubio sostiene que las personas jurídicas están tuteladas en su vida privada entendiéndose ésta de una manera distinta a la del ser humano. Sostiene que si las personas jurídicas tienen derecho a un nombre, domicilio, honor, por las mismas razones pueden tener derecho a la vida privada[97].

La tesis contraria sostiene que las personas jurídicas son centros de imputación de derechos y deberes, son centros de referencia normativa, son creación de la ley y los derechos de la personalidad sólo corresponden a los seres humanos.

[97] Ferreira Rubio, Delia. Op. Cit, Pág. 156 - 157

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

MORALES GODO sostiene que una persona jurídica no puede convertirse en titular del derecho a la vida privada, por ser un derecho únicamente del ser humano y que, por tanto, la trasgresión de este derecho es un atentado contra la moral de la persona, lo que no ocurre con la persona jurídica. Ello no quiere decir que se niegue las garantías a las personas jurídicas, pero ello corresponde a otros criterios y a diferente normatividad[98].

2.4. CONTENIDO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.-

2.4.1. El derecho a la intimidad familiar y personal

El derecho a la intimidad personal es el derecho que tiene cada individuo a preservar del conocimiento externo aquella esfera de la personalidad que forma parte su vida privada y de su familia como por ejemplo el derecho a no hacer públicos sentimientos, pensamientos, emociones y cualquier tipo de acto o acción que forme parte de su esfera interna.

Por el derecho a la intimidad se entiende no solo a los aspectos de la propia vida personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que guardan una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que por esa relación o vínculo familiar, coinciden en la propia esfera de la personalidad del individuo.

La legislación peruana determina dos dimensiones a la intimidad las que a su vez son complementarias: la personal y la familiar.

Partimos del trato que le da a este derecho la ley de leyes; es decir, la constitución política del Perú vigente;

Art. 2º: toda persona tiene derecho a:....

7.... a la intimidad personal y familiar....

[98] MORALES GODO, Juan. Op Cit, Pág. 214

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

De igual manera, el código civil vigente, en su artículo 14º *establece: la intimidad de la vida personal y familiar.*

Y por último, este derecho, en el Código Penal está tipificado de la siguiente manera:

Art. 154º: El que viola la intimidad de la vida personal o familiar....

Art. 156º: El que revela aspectos de la intimidad personal y familiar....

Según Bernales Ballesteros la intimidad personal "Es el ámbito restringido en torno al individuo mismo. Es aquella intimidad que incluso, puede negarla a sus familiares"[99].

Al hablar de intimidad personal nos estamos refiriendo a ciertos datos y comportamientos propios de cada persona que, como mencionamos anteriormente, se las reserva solo para sí, ya sea por la delicadeza del dato o comportamiento; o porque la persona simplemente, quiere mantenerlos reservados y por lo tanto ajeno del conocimiento de terceros inclusive de sus mismos familiares.

2.4.2. El secreto de las comunicaciones

Este derecho implica que si se accede a comunicaciones ajenas sin autorización, se vulneraría el derecho a la intimidad de su destinatario.

Una de los contenidos más interesantes de la intimidad es, precisamente respecto al secreto de las comunicaciones, correspondencias, etc. El ser humano puede comunicarse por medio de la voz, gestos o la escritura, a través de los cuales exterioriza su interior y revela su intimidad.

Respecto a este punto Giorgina Batlle señala que, constituye una intromisión en la intimidad, el realizar el empoderamiento, intromisión de las comunicaciones que las personas efectúan; así como el escuchar conversaciones, el interceptar las llamadas telefónicas, el registrar sin consentimiento conversaciones o declaraciones, así como la toma de fotografías de personas, situaciones o documentos.

[99] BERNALES BALLESTEROS, Enrique; "La constitución de 1993 análisis comparado" Lima-Perú; ed ICS editores; 3º edición; 1997; Pág. 130.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

2.4.3. Derecho al honor y la propia imagen

Estos dos derechos se encuentran íntimamente ligados al derecho a la intimidad no sólo en cuanto a su regulación normativa, sino además en la práctica, ya que cuando se produce una vulneración del derecho a la intimidad en muchas ocasiones aparecen vulnerados también el derecho al honor y a la propia imagen.

El derecho a la propia imagen sería aquel que cada persona tiene para decidir sobre la utilización y difusión que se hace de su imagen ya sea mediante fotografías, videos o cualquier otro medio que se realice sin su consentimiento.

El derecho al honor suele interpretarse desde una doble perspectiva, la *perspectiva social* del honor, que sería la imagen que los demás tienen de nosotros, y la imagen *personal* del honor que coincidiría con la autoestima. Por ello, las violaciones al honor pueden producirse a través de la imputación de hechos falsos a un individuo o del descubrimiento de hechos ciertos pero sobre los que no exista un interés legítimo de conocimiento.

2.5. LA DIGNIDAD Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Pues bien resulta importante señalar que, el derecho a la intimidad se encuentra directamente relacionado con la dignidad de la persona, tanto a nivel legislativo, como constitucional y jurisprudencial.

El reconocimiento de uno de los derechos fundamentales no es sino la manifestación obligada de la primacía del valor constitucional último, la dignidad de la persona. Todos los derechos que la constitución proclama de una u otra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral de la persona por la propia dignidad de la misma.

El derecho a la intimidad se encuentra inseparablemente unido a la dignidad, por tanto a

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

laos derechos de la personalidad; es por tal motivo que se establece como obligación dentro del marco de la relación laboral que el empleador trate al trabajador respetando su intimidada y dignidad.

Dignidad, intimidad y personalidad son realidades mutuamente interdependientes; a su vez en el núcleo de la personalidad se puede distinguir tres esferas; la intimidada, la vida privada y la vida pública.

L a intimidad es el ámbito de la vida de la persona que se sitúa por completo en la interioridad, fuera del alcance de los demás y en consecuencia, es ajena a toda exteriorización y relación; es solo desde la intimidad que puede haber vida pública y privada, y solo desde el reconocimiento y protección de su valor absoluto pueden definirse los ámbitos de las otras dos esferas[100].

2.6. LA VIDA PRIVADA Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Se reconoce que toda persona tiene asuntos o negocios, designios o afecciones de él o su familia, que prefiere mantener como una esfera secreta, o al menos reservada de su vida, de la que tenga poder de alegar a los demás. Se mencionan en éste ámbito aquellos datos, hechos o situaciones desconocidas para la comunidad, que son verídicos y que están reservados al conocimiento del sujeto mismo, o de un grupo reducido de personas, cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño.

La vida privada es una parte esencial de la persona, que sin resultar secreta ni de carácter íntimo merece el mayor de los respetos para garantizar el normal desarrollo de las libertades.

[100] PACHECO ZERGA, Luz, La dignidad Humana en el Derecho al Trabajo, Thomson Civitas, Primera edicionn,2007, pág. 216-218.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

DAVARA RODRÍGUEZ 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[101].

El derecho a la intimidad es la respuesta jurídica al interés de cada persona de lograr un ámbito en el cual pueda desarrollar, sin intrusión, curiosidad, fisgoneo ni injerencia de los demás, aquello que constituye su vida privada, es decir la exigencia existencial de vivir libre de un debido control, vigilancia o espionaje.

En cuanto al comparativo con la expresión 'vida privada' resulta importante la reflexión efectuada por Rebollo de la cual se toman cuatro ideas principales:

(i) El elemento volitivo en la intimidad es total, en tanto que en la vida privada es sólo parcial, toda vez en esta última existe una parcela indisponible derivada de la interrelación social.

(ii) Únicamente es el individuo quien establece los límites de la intimidad; y en menor medida de la vida privada.

(iii) Corolario de lo anterior, la vida privada es "lo generalmente reservado" en tanto que la intimidad es "lo radicalmente vedado, lo más personal" (similar a un sector de la doctrina alemana que suele diferenciar 'niveles' dentro de la privacidad en atención al número de personas que tienen conocimiento de un aspecto personal); y

(iv) La intimidad es la concreción o realización efectiva de una parcela de la vida privada.

[101] DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. *"Manual de Derecho Informático,* Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

La doctrina suele distinguir entre vida privada, haciendo referencia a una esfera de aislamiento y retiro donde los demás dejan en paz al sujeto, en intimidad; e intimidad, por lo cual el sujeto tiene un mundo propio, fuera de los ojos de los demás.[102] Mientras el Derecho a la Intimidad tutela zona espiritual, reservada de la persona que permanece en su interior, referida a la conciencia en sí mismo como ser humano libre en su ámbito estrictamente personal , de amistad o familiar en que el sujeto decide desarrollar su existir, preservando esa esfera de su existencia del conocimiento general.

El límite entre Intimidad y Privacidad es difuso y no se podrá hallar un derecho preciso que alimente la fuente de protección respectiva; en definitiva todo conduce a sostener que la limitación que se persigue pretende como mínimo, que nadie se entrometa en la vida de otro sin tener consentimiento para ello, y que el individuo mantenga la libertad de resolver, en todo tiempo y espacio.

Desde este punto de vista afirma el prestigioso publicista argentino Bianchi, el pensamiento es intimo mientras no sea objeto de exteriorización y se trasforma en privado cuando es divulgado en un pequeño o limitado circulo[103].

La distinción entre privacidad e intimidad es más aparente que real, para ellos se vale de algunos ejemplos: una reunión es intima o privada cuando asisten a ellas algunas pocas personas elegidas. La correspondencia que intercambian dos individuos es intimo y privado entre ellos y no debe ser conocida y no divulgada por otros. En todo caso, y con ánimo de formular alguna diferencia, podría decirse que íntimo es más privado aun que lo privado. El fuero íntimo de una persona es lo que solo le pertenece a ella y está exento de cualquier objetivación forzosa.

Al efecto, González Gaitano señala cuatro razones que justifican la distinción entre privacidad e intimidad:

1) Sólo las personas físicas gozan de intimidad; las personas jurídicas y las instituciones, no.

[102] GOZAINI, Osvaldo Alfredo. “Habeas Data”. Buenos Aires. Pág. 59
[103] BIANCHI, Alberto. “habeas Data y Derecho a la Privacidad”. Buenos Aires. Pág. 161

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

2) La intimidad requiere el consentimiento para participar de ella sin que se destruya. Requiere siempre del consentimiento libre del sujeto para hacer partícipe a otros. Conocer y difundir la intimidad de una persona contra su voluntad comporta automáticamente su destrucción.

3) La intimidad implica el respeto a la libertad de las personas, pues su existencia, conocimiento y difusión ocurre sólo por donación, la cual es siempre libre y voluntaria, como en el caso de la amistad y el amor.

4) La intimidad tiene un valor absoluto, incuestionable e inviolable, lo que se refleja en ciertos derechos como la libertad de pensamiento o doctrinas como la objeción de conciencia que no pueden ser objeto de mandatos judiciales. Lo privado es el derecho fundamental de la personalidad consistente en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados, por persona o entidad alguna, en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público.

La intimidad es un espacio irreductible al que solo se accede con el consentimiento del individuo, es autoconciencia y auto relato, es negación de la participación externa no admitida, a diferencia de la privacidad, que tolera la interrelación, aunque en un entorno limitado. Así la vida privada no resulta un valor absoluto, si lo seria en cambio, la vida intima, que alcanza aquello de mas interior en la persona[104].

En resumen, fuera de la discusión doctrinal, la distinción carece de efectos jurídicos en nuestro ordenamiento ya que la protección de lo íntimo del ser humano hace parte de su privacidad, de manera que no se superponen. Debemos recordar que el derecho a la intimidad está instituido en nuestro ordenamiento constitucional, para garantizar a las personas una esfera de privacidad en su vida personal y familiar y lo cierto es que el derecho a la intimidad en sí no aparece como categoría independiente a la privacidad sino a partir de las nuevas constituciones, conforme lo veremos más adelante.

[104] GONZALES GAITANO, Norberto; El deber de respeto a la intimidad; op.cit; pág.44

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3. DISTINCION DEL DERECHO DE INTIMIDAD DE OTROS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Morales Godo, al respecto, manifiesta: "En la experiencia Jurídica resulta sumamente complicado, otorgar configuración autónoma a ciertos derechos de la personalidad, que se confunden con la vida privada, principalmente el derecho de la imagen y la voz, al honor, y al nombre y es que cuando se arremete la intimidad simultáneamente pudiera estar atacado otros derechos de la personalidad, lo que complica su discriminación"[105].

Si bien todos estos, son derechos fundamentales de la personalidad y entre los cuales hay una estrecha relación, ellos continúan siendo derechos autónomos, por lo tanto una conducta lesiva a uno de ellos no necesariamente perjudica al resto.

3.1. Intimidad, imagen y voz.-

Para Marcial Rubio el derecho a la imagen "es el que tiene la persona para usar su propio cuerpo, sus imágenes y sus reproducciones y la prohibición de que lo utilice sin su consentimiento, consiste en la facultad que cada persona tiene para autorizar o prohibir que su figura sea producida con fines lucrativos o sin ellos..., la imagen se constituye a partir de la expresión corporal y de sus posterior representación" [106].

El derecho a la imagen sería aquella facultad que tiene las personas para difundir o publicar su propia imagen, a través de cualquier medio, ya sea de manera gratuita u onerosa; o también para impedir la reproducción y difusión de su imagen por parte de terceros, si estos no han dado su consentimiento para ello.

En cuanto al derecho a la voz, tenemos que "Consiste en que la utilización por parte de una persona de su voz sólo puede hacerla ella misma a aquel a quien autorice la voz es parte de uno mismo y de la identificación personal"

[105] MORALES GODO, Juan; "El Derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de Información"; Lima-Perú; ed. Editora y distribuidora jurídica GRIJLEY EIRL; S/e 1995; Pág. 203.
[106] RUBIO CORREA , Marcial; "Para conocer la constitución de 1993" ; Lima-Perú; ed.DESCO; 6O e, 1996 pág. 21

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Con este derecho se está protegiendo no sólo su utilización a través de versiones grabadas, si no también centra quienes quieran incitarla y hacerla pasar como suya siendo ajena.

Entre los derechos a la intimidad y a la imagen y voz existe una estrecha relación, por ser ambos derechos personalísimos por eso se suele creer erróneamente que cuando se agrede la imagen, necesariamente se agrede también la intimidad, lo cual es falso; ya si existe casos en los que una determinada conducta agrede simultáneamente a los dos derechos, pero ello no ocurre siempre ya que tanto la imagen como la intimidad son derechos autónomos, al igual que la voz.

Morales Godo hace algunas distinciones en cuanto a agresiones a la intimidad y a la imagen: "Pudiera suceder que a través de la imagen se agravia la intimidad de alguien, como el caso que se fotografiara un acto íntimo, pero si sólo capta la imagen sin que ello ponga en evidencia aspectos íntimos de la persona, pero su utilización sin el consentimiento significa un ataque al derechos a la imagen"[107].

3.2. Intimidad, honor y reputación.-

Podemos considerar que el honor se encuentra dividido en honor subjetivo (honor propiamente dicho) y en honor objetivo (buena reputación).

El honor, en su sentido subjetivo, para la Comisión Andina de Justicia es "la valoración que la propia persona hace de sí misma, independientemente de la opinión de los demás". Por su parte, Enrique Bernales sostiene que "el honor es el sentimiento de auto-estima; es decir, la apreciación positiva que la persona hace de sí misma y de su actuación".

El honor es la autovaloración, el juicio que cada cual tiene de sí mismo y de su accionar, independientemente de la opinión de los demás. Es por ello que se dice que todas las

[107] MORALES GODO, Juan; Ibíd., pág.215.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

personas tenemos honor, así como también se dice que éste puede variar de una persona a otra; ya que existen personas con una elevada autoestima, así como también los hay aquellas que tienen una baja autoestima. Pero sea en mayor o menor grado existe siempre una autoestima.

En cambio, la reputación sería aquel concepto que los demás tienen o presuponen de un individuo, producto de la participación real de éste en la sociedad; por ello podríamos decir que la reputación de una persona es obra construida con sus propias manos. En conclusión no es algo innato, si no totalmente adquirido.

La buena reputación sería, la opinión cierta, evidente y favorable que lo congéneres tienen de nuestra persona. Alude a la celebridad, renombra o estima social que una persona alcanza en su entorno como consecuencia de su comportamiento coexistencial y de su esfuerzo profesional, cívico, etc.

Entonces el honor y la buena reputación son derechos complementarios de la persona, pues ambos se refieren a su valoración desde dos esferas diferentes. El primero, se refiere a un sentimiento de autovaloración; el segundo, a la valoración de una persona por parte de terceros.

Morales Godo establece algunas diferencias entre el agravio al honor y agravio a la intimidad: El atentado contra en honor no puede provenir de un hecho reservado de la persona y que el sujeto activo fisgoneando en la privacidad de la víctima; otra diferencia está en que el atentado contra la intimidad obedece a hechos reales que la víctima ha reservado para sí, en cambio el atentado contra el honor de la persona, muchas veces, son imputaciones falsas; por ello es que en este último derecho funciona la exceptio veritatis; mientras que en el derecho a la intimidad no cabe la interposición de dicha excepción., finalmente señala que para el ataque al honor se requiere el dolo; en cambio, para el derecho a la intimidad resulta punible la conducta aún cuando se realice de buena fe [108].

[108] MORALES GODO, Juan; Ibíd., pág.235.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

De todo lo expuesto podemos deducir que el honor, en su sentido amplio, y la intimidad son derechos próximos más no siempre coincidentes; toda vez que muchas veces al agredirse la vida privada de las personas se está aprendiendo al honor, más ello no ocurre en todos los casos, por lo que ambos adquieren su propia autonomía.

4. VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Son clásicos los cuatro supuestos que se contemplan como atentatorios del derecho a la intimidad, y que son resumidos por O´Callaghan[109] del siguiente modo:

1. La intrusión o intromisión en la soledad física que cada persona se ha reservado, supuesto que tiene un aspecto material, físico, no ya en el resultado que se obtiene, sino en la forma con que se obtiene. Significa la intromisión en el hogar del sujeto o en sus pertenencias y, por extensión la instalación de micrófonos para la grabación de conversaciones privadas, la intervención de conversaciones telefónicas, fotografía o filiación de interioridades del hogar. La intrusión consiste en definitiva en la conducta ofensiva y molesta para una persona razonable, el acoso irrazonable en el círculo intimo de una persona.
2. La divulgación publica de hechos privados, que es la más típica expresión de la violación, ataque o intromisión en el derecho a la intimidad. Se explican al público – es decir, se divulgan- hechos que pertenecen al círculo íntimo de la persona. Aquí se incluye lo que se ha venido a llamar el "derecho al olvido": Unos hechos, verdaderos, que por el paso del tiempo o el cambio de residencia, ya habían dejado de ser conocidos; su divulgación atenta al derecho a la intimidad.

3. La presentación al público de circunstancias personales bajo una falsa luz o apariencia, conocido en el Derecho norteamericano con la expresión "false ligth in public eye". Es el caso de divulgar hechos relativos a una persona con una apariencia deformada totalmente falsa.

[109] O´CALLAGHAN. "Libertad de Expresión y sus limites: honor, intimidad e imagen". Madrid 1991,Pág. 88

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4. Apropiación, en beneficio propio, del nombre o imagen de otra persona. En algunos ordenamientos esto sería una intromisión en el Derecho a la propia imagen y no a la Intimidad.

Para poder establecer un mecanismo de protección, es primordial determinar previamente donde se sitúa el umbral de lo íntimo. El órgano aplicador del derecho debe tomar en cuenta el siguiente elemento: si el conocimiento por extraños del hecho o aspecto de la vida a que se refiere el problema, suscita en el afectado "turbación moral", por afectarse sus sentimientos "de recato y pudor", entonces debe entendérsele como integrante de su intimidad.

En otros términos, en los casos difíciles de determinación hay que utilizar una suerte de evaluación de riesgo moral: "si el acceso por extraños o terceros a dicho hecho o aspecto de la vida, cuyo carácter íntimo está en duda, genera perturbación afectiva en el titular, entonces, dicho hecho o aspecto está dentro de la frontera de lo íntimo. Ésta perturbación moral, debe ser medida según el criterio de sujeto tipo o medio, como si a cualquier persona normal, atendida la concepción ética dominante en la sociedad acerca del recato y pudor, la invasión a dicha zona de la vida le hubiere producido una perturbación moral o afectiva.[110]

4.1. Consecuencias de la Violación a la Intimidad.-

4.1.1. Daño Moral.

El ataque a la intimidad generara daños morales, entendiéndose por tales a la consecuencia del ataque de los derechos extra patrimoniales. Se caracteriza por los sufrimientos espirituales que provoca un determinado hecho en la persona el mismo por la naturaleza del perjuicio ocasionado.

[110] UGARTE, JOSE LUIS; Derechos Fundamentales y Ordenamiento Juridico; XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Uruguay, 3-5 de Septiembre de 2003.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Cabe señalar que los daños que se provocan al atacar el derecho a la intimidad en su mayoría son morales. Y decimos que no se trata de la totalidad ya que no podemos hablar de daño moral con respecto a la persona jurídica. Lo que no significa como ciertos doctrinarios han mencionado que los entes ideales carezcan de derecho a la vida privada y no tengan derecho a su debida protección.

Es más preciso señalar el daño moral como los sufrimientos espirituales que provoca un determinado hecho en la persona. La existencia del daño moral se mide en este caso por la naturaleza de los perjuicios sufridos; si los perjuicios alteran el patrimonio de la persona, estaremos frente a un daño patrimonial; si, en cambio, los perjuicios no afectan la situación económica sino que atañen a la inquietud espiritual del sujeto, el daño será de tipo moral. De esta manera dejamos esclarecido que es lo que entenderemos por daño moral.

4.1.2. Daño patrimonial.

A diferencia que con el daño moral, con respecto al daño patrimonial no hay uniformidad en admitir la posibilidad de la generación de daños patrimoniales, resultantes de un ataque a la intimidad, por cuanto el daño tiene carácter extrapatrimonial. Ante esta discusión Ferreira Rubio menciona lo siguiente[111]: el daño tiene carácter extramatrimonial…son lesiones que naturalmente producen agravio moral, el cual encuentra aquí la verdadera expansión y fuente. Cuesta imaginar la consecuencia patrimonial a un ataque a la vida íntima.

Pero no es tan cierto, porque no resulta tan difícil imaginar una posible repercusión económicamente perjudicial que tenga como antecedente un atentado a la intimidad. Supongamos esta hipótesis: una persona cometió un delito hace ya mucho tiempo; luego de purgar su condena, se traslada a otra provincia o bien a otro país para iniciar una nueva vida.

[111] FERREIRA RUBIO, Delia. El derecho a la Intimidad: Análisis del art. 1071 del Código Civil a la luz de la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia. Buenos Aires. 1982. Pág. 165.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Entra a trabajar en una empresa; luego de un tiempo alguien informa a la empresa, de las circunstancias del pasado del sujeto, lo que determina el despido del empleado. En este caso podemos apreciar que además del sufrimiento espiritual que genera el atentado a la intimidad, se producen también consecuencias de orden patrimonial.

5. ANÁLISIS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL

5.1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

El derecho a la intimidad reconocido constitucionalmente por el Perú ha establecido la proyección de suministrar información que afecte la intimidad personal y familiar por parte de los servicios informáticos, es decir plasma la inquietud del legislador respecto a los avances tecnológicos de los sistemas informáticos y su potencial mal uso, contrario al derecho a la intimidad.

5.1.1. Constitución de 1993.-

Nuestra constitución prescribe la protección del derecho a la intimidad, pero este derecho está constituido por la intimidad personal y familiar. Según Bernales Ballesteros, "la intimidad personal es el ámbito restringido en torno al individuo mismo, y puede negarlo a sus familiares", este derecho permite mantener en secreto todas aquellas acciones propias del ambiente personal o individual del ser humano lo cual garantiza el adecuado desarrollo personal, pues estas acciones pueden ser conocidas únicamente por el propio titular del derecho exigiéndolos de terceros como los familiares, tíos, amigos, etc.[112]

[112] BERNALES BALLESTEROS, Enrique; "La constitución de 1993 análisis comparado" Lima-Perú; ed ICS editores; 3º edición; 1997; Pág. 145

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Por otro lado la intimidad familiar está constituida por los hechos realizados dentro del ambiente familiar, ya que la familia es la primera célula básica de socialización del ser humano, en la familia el hombre desarrolla sus emociones, responsabilidades, aprendizajes y sentimientos, en otros palabras, en este ambiente se prepara el ser humano para que sea capaz de enfrentar los distintos problemas presentes en el largo camino de la vida.

De este modo las acciones tuteladas por el derecho a la intimidad, deben ceñirse estrictamente al ámbito personal y familiar, las cuales por su naturaleza intima, se encuentran fuera del ámbito de incidencia de terceras personas, por otro lado, estas acciones o situaciones al ser conocidos, por terceros perturban la tranquilidad moral y espiritual afectando, el secreto, el pudor, la paz el sosiego personal o familiar.

Es sabido que en el derecho, todas sus ramas están íntimamente interrelacionadas, por lo cual el derecho a la intimidad se encuentra íntimamente vinculado con los derechos a la voz, a la imagen, a la vida privada y a la inviolabilidad de domicilio, en cuanto a este último derecho debemos tener en cuenta que se basa en el derecho que posee el legitimo ocupante de hacer uso exclusivo del lugar donde habita, o desempeña las labores propias de su profesión, oficio u ocupación, de este modo es irrelevante si el ocupante legitimo es o no propietario del inmueble que ocupa. Siendo así, pueden ingresar únicamente a domicilio ajeno, el ocupante o todas las personas autorizadas por él en caso contrario deben poseer necesariamente, un mandato judicial.

De ambas afirmaciones podemos concluir, que el ámbito de protección del derecho a la intimidad se inscribe a todos los hechos, sucesos o datos, que deben permanecer fuera del conocimiento de terceros, por carecer de relevancia para la coexistencia de la sociedad, pues su divulgación genera intranquilidad de la persona o seno familiar. De este modo es importante determinar el ámbito de acción del derecho mencionado para lograra un verdadero desarrollo integral del ser humano, pero también se puede renunciar a este derecho mediante el consentimiento expreso, es decir, la divulgación.
Así la constitución protege la vida íntima de las personas y las familias, sin importar su condición social, raza, credo, profesión, empleo u oficio para garantizar el libre y adecuado desarrollo integral de la persona humana.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

La protección de intimidad personal y familiar es la principal preocupación de nuestros legisladores, los cuales han tratado de establecer cuáles son los límites y excepciones de este derecho teniendo en cuenta su naturaleza y sustancia. Para lo cual se ha promulgado muchas normas legales, orientadas a garantizar la plena protección de estos derechos, pero debemos, acotar, que no se ha logrado tutelar a la cabalidad el derecho antes mencionado, especialmente por grandes avances en la informática y telecomunicaciones en general

5.1.2. CÓDIGO CIVIL DE 1984.-

El código civil peruano consagra el derecho a la intimidad personal y familiar en el artículo 14 “La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden”.

El ordenamiento reconoce el derecho a la intimidad, como objeto de protección jurídica con los únicos límites del asentimiento de la propia persona o de la existencia de un sobresaliente interés social. En caso de fallecimiento de la persona, el asentamiento debe ser otorgado por los pacientes más cercanos. Así, FERNÁNDEZ SASSAREGO sostiene dentro de los derechos a la autonomía personal encontramos el derecho a la intimidad que garantiza a toda persona un ámbito de intimidad, de privacidad del Estado". [113]

Para que el hombre pueda realizarse plenamente, necesita que se le respeta el aspecto íntimo de su vida privada, cuando ésta no posee importancia comunitaria y mientras no se contraponga o colisione con el interés social. La persona carecería de equilibrio psíquico necesario para hacer su vida, en el ámbito comunitarios, si no contara con quietud y calma psicológica; como una elemental tranquilidad espiritual en la seguridad de los hechos de su vida íntima no sin averiguarlos ni divulgados.

[113] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las personas, Ed. Grijley, Sétima edición, Lima – Perú ,1998 pág. 74.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

La tutela de la individualidad de vida privada, personal o familiar, evita la simple intromisión en dicha espera, como en la divulgación de cualquier acto a ella perteneciente.

Respecto del a intimidad personal, se trata de evitar que por razones ajenas a un interés social, se mantenga a la persona en constante inquietud, zozobra con la realización de actos motivados sólo por la injustificada e intranscendente curiosidad de terceros pretendiendo impedir la realización de diversas actitudes que supongan fisgonear y entremeterse en la intimidad de la vida privada o represente una invasión removimiento o búsqueda de bienes o propiedades de la persona, sin que de por medio exista un interés público. En relación a la intimidad familiar, la expresión puesta de manifiesto, hace referencia a la divulgación por cualquier medio de algunas de sus manifestaciones. Según CARBONEL LAZZO "cabe señalar, que la intrusión en la intimidad de la vida privada a su divulgación se justifica cuando existe un definido interés social, una razón de orden público"[114].

De esto se puede colegir, que el ámbito de protección del derecho a la intimidad está determinado por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona, según sus propios actos mantenga al respecto y establezca sus reglas de comportamientos.

La tutela judicial en este derecho está circunscrito a la adopción de medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones posteriores. Asimismo, a la esfera de la intimidad personal se encuentran vinculadas el derecho a la imagen y a la voz, las cuales no pueden ser aprovechadas, es decir publicadas, expuestas o utilizadas sin el previo consentimiento del titular de dichos derechos.

Así como el artículo 16 del Código Civil: “considera como objeto de protección jurídica tanto un aspecto especifico vinculado al derecho a la intimidad, como aquel otro al cual

[114] CARBONELL LAZZO, Fernando Código Civil Tomo I Ed. Jurídicas Lima – Perú 1996 p. 400

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

la persona otorga carácter secreto o confidencial.[115] Presentándose las siguientes situaciones:

1º Si la persona está viva, basta su asentimiento para que se ponga de manifiesto su intimidad personal y familiar.

2° Si la persona está muerta, dicho asentimiento corresponderá a su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en su orden.

Vemos, pues que si bien se presentan los casos en los cuales el sujeto de derecho debe manifestar del asentimiento para la divulgación de documentos que inciden en su derecho a la intimidad, no se han contemplado los casos en los cuales no es necesario tal asentimiento. Pienso, junto a Fernández Sessarego que se debe agregar el articulo siguiente párrafo

"*No será preciso el asentimiento a que se hace referencia en estos casos, cuando la divulgación de documentos o comunicaciones obedezca afines judiciales o en defensa de la honra persona o familiar siempre que medie mandato motivado del juez y se adopten las medidas que garanticen el secreto de los asuntos ajenos al hecho que originan la exhibición*".

5.2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.-

DUDH (1948). DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

En su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, establece que:

"Artículo 17. Observación general sobre su aplicación

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrárias o ilegales en su vida privada, su familia,

[115] ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de los Personas. 4º Edición. Gaceta Jurídica. Lima 2004. Págs. 346 - 347

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques"[116]

PIDCP (1966) PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍITICOS

ARTICULO17.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o su reputación.

CADH (1969) CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ARTICULO11.-

Toda persona tiene derecho al respeto de su honor y al reconocimiento de su dignidad. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su domicilio o su correspondencia, que dañe su honra o su reputación.

Todo ser humano, para ser verdaderamente libre, tiene que tener derecho a su intimidad, o sea, hay que destinar a él su privacidad, su vida particular, lejos de las miradas e intervenciones ajenas.

También, la dignidad es una forma de libertad y como tal, debe ser cultivada en toda sociedad independiente, donde se tiene por cierto que todos son iguales, sin distinción cualquiera.

Por eso, en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Asamblea General de las Naciones Unidas colocó el *"reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana"*[117] como base fundamental.

[116] Organización de las Naciones Unidas. "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". Disponible en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm

[117] Organización de las Naciones Unidas. "Declaración Universal de los Derechos Humanos". Disponible en http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ASAMBLEA CONSULTIVA DEL CONSEJO DE EUROPA EFECTUADA EL 23 DE ENERO DE 1970.-

"El derecho al respeto a la vida privada consiste esencialmente en poder conducir su vida como quiera con el mínimo de injerencias. Concierne a la vida privada, la vida familiar y la vida del hogar, la integridad física y moral, el honor y la reputación, el hecho de no haber tenido un mal día, la no divulgación de hechos inútiles y embarazosos, la publicación sin autorización de fotografías privadas, la protección contra el espionaje y la indiscreciones injustificadas o inadmisibles, la protección contra la utilización de comunicaciones privadas".

La intimidad es un derecho que se proyecta en dos dimensiones a saber: como secreto de la vida privada y como libertad. Concebida como secreto, atentan contra ella todas aquellas divulgaciones ilegítimas de hechos propios de la vida privada o familiar o las investigaciones también ilegítimas de acontecimientos propios de dicha vida. Concebida como libertad individual, en cambio, trasciende y se realiza en el derecho de toda persona de tomar por sí sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada. Es claro que los atentados contra la intimidad pueden entonces provenir tanto de los particulares como del Estado. Se ha creído necesario proteger la intimidad como una forma de asegurar la paz y tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad[118].

[118] Sentencia No. T-222/92 REF: EXPEDIENTE T-026, Juzgado 47 de Instrucción Criminal de Bogotá.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5.3. DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.-

5.3.1. Legislación Colombiana:

En su artículo 15 reconoce a todas las personas el derecho a su intimidad personal y familiar a su buen nombre, dando al estado la obligación de respetarlos y hacerlos respetar. Manifiesta que las personas tienen el derecho de conocer, actualizar y hacer rectificaciones sobre ciertas informaciones que se hallan recogidas en bancos de datos y archivos de entidades públicas y privadas.

Según Morales Godo:" Consagra el respeto de la vida privada haciéndole extensión a las relaciones familiares, establece una zona o espacio físico de la privacidad, protegiendo el domicilio y la correspondencia".

Se afirma que el derecho a la intimidad protege la vida del individuo y la de su familia, según el artículo anteriormente mencionado, se reconoce la necesidad de toda persona de conservar su existencia con un pequeña parte de injerencia de la demás personas y de esta manera se va a lograr una paz y una tranquilidad y así el individuo podrá desarrollar normalmente su personalidad. Asimismo podemos decir que este derecho comprende tanto el secreto o respeto de su vida íntima, como la facultad que tiene toda persona de defenderse de la divulgación de ciertos actos que considere privados.

En este sentido Cepeda señala que: "El concepto de intimidad no se limita a lo estrictamente individual. Se refiere a la unidad familiar como tal y a las relaciones afectivas entre cada uno de sus miembros. De esta manera se protege el núcleo fundamental de la sociedad donde se puede enriquecer la vida humana".[119]

También en lo que se refiere a este derecho en los aspectos personal y familiar al artículo 15º ampara el derecho al buen nombre como una expresión concreta del derecho a la intimidad. Se protege mediante esa disposición a todas las personas, de la divulgación de hechos relativos a sí misma con fines comerciales o profesionales, que

[119] CEPEDA E. Manuel José; "Los Derechos fundamentales en la Constitución de 1991" ; Sta fe de Bogotá - Colombia; Ed. Temis; 2ª e.; 1997 p130.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

afecten su reputación al hacerlo un espectáculo público y lo que se quiere es que sea un anónimo. Un aspecto bien diferente es cuando el mal nombre es el resultado de conductas que el estado considera legalmente reprochables. Este derecho sufre una limitación que se funda en interés estatal de investigar y sancionar, sin que el sospechoso pueda alegar que el ser tenido como tal viola su buen nombre.

En un debate que se realizó en la Asamblea Nacional Constituyente acerca del derecho a la intimidad se concentró en dos aspectos por un lado el Hábeas data y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. En lo concerniente al hábeas data, se discutió el tema de los bancos de datos que existen en la empresas privadas, la forma como por intermedio de estas informaciones se amenaza la intimidad de las personas y en consecuencia existe la importancia de proteger este derecho a la intimidad y en cuanto a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas estas deben ser protegidas si es que no existe de manera previa el consentimiento de las personas titulares.

Esta Corte acoge plenamente la doctrina que considera la intimidad como un derecho que se proyecta en dos dimensiones a saber: como secreto de la vida privada y como libertad. Concebida como secreto, atentan contra ella todas aquellas divulgaciones ilegítimas de hechos propios de la vida privada o familiar o las investigaciones también ilegítimas de acontecimientos propios de dicha vida. Concebida como libertad individual, en cambio, trasciende y se realiza en el derecho de toda persona de tomar por sí sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada.

Es claro que los atentados contra la intimidad pueden entonces provenir tanto de los particulares como del Estado.

Se ha creído necesario proteger la intimidad como una forma de asegurar la paz y tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad.

Esta particular naturaleza suya determina que la intimidad sea también un derecho general, absoluto, extrapatrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer "erga omnes", vale decir, tanto frente al Estado como frente a los particulares. En

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

consecuencia, toda persona, por el solo hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada; su finalidad es la de asegurar la protección de intereses morales; su titular no puede renunciar total o definitivamente a la intimidad pues dicho acto estaría viciado de nulidad absoluta

5.3.2. Legislación Brasileña:

En el artículo 5º de la constitución brasileña se afirma que son inviolables: la intimidad, la vida privada, el honor y el imagen de las personas y se debe asegurar una indemnización por el daño causado a la persona ya sea material o moral. También se protege al domicilio, afirmando que es inviolable el lugar donde habita el individuo, no pudiendo penetrar ninguna persona sin la autorización del titular del domicilio, salvo se permite esto en los casos de flagrante delito o de desastres.

Sobre el derecho a la intimidad se dice que es inviolable el secreto de las comunicaciones telefónicas, de la correspondencia, de las informaciones que le conciernen a la persona, y establece una excepción que se da por ley mediante orden judicial para investigaciones criminales o procesales penales.

5.3.3. Legislación Española:

En el artículo 18 de la constitución española se afirma que la protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, también hace referencia al domicilio afirmando que es inviolable; es decir, nadie podrá entrar sin el consentimiento del titular del domicilio.

Ampara también el secreto de las comunicaciones, la ley limita el uso de la informática que sirva de garantía al honor y a la intimidad personal y familiar de todas las personas y el pleno ejercicio de sus derechos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En lo que respecta al honor, su significado personalista no ha de entenderse en sentido tan radical que solo admita la existencia de lesión del derecho al honor que es reconocido constitucionalmente cuando se trate de ataques, referidos a un grupo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando estos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad, interpretación está última que no deja de ofrecer notables fallas.

La Lex Fundamentalis de España, en su artículo 18, define que:

"Artículo 18
1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

El texto del "Estatuto de los Trabajadores" (Decreto Legislativo n. 1/1995, de 24 de Marzo), en su artículo 4., apartado 2, "e", así normatiza el asunto:
"Artículo 4. (...)
2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:
(...)
e. A respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual".

Los derechos al honor, a la imagen y a la intimidad, tienen merecida mayor atención actualmente de parte de las naciones del planeta,
Con los advientos de internet, de la televisión y otras formas de comunicación instantánea, los riesgos que sufren estos estudiados derechos individuales son cada vez más evidentes.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En el siglo de la información, los medios de comunicación, día a día, hora a hora, minuto a minuto, exponen a alguna persona en sus canales y, no rara vez, denigren o tientan infamar su imagen, mientras destrozan su intimidad. Nace de ahí, la apremiante necesidad de reglamentar tales accesos, impidiendo la incontinencia de conducta.

Y el Derecho que en los países de democracia llena, és la mejor fuente para perpetrar a estos principios, no puede abstenerse de intervenir en ese instante crucial, tal como sucedió en la Constitución de España.

6. LA "INTIMIDAD INFORMATICA".-

Según Hernando Devis Echandía; la única manera de expresar y fijar en el tiempo ideas o información era la escritura, concentrándose en documentos, ya obrando en expedientes, archivos o extensas bibliotecas; con la consolidación de las nuevas tecnologías surge la cultura electrónica y a partir de la nueva era, la información se empieza a almacenar electromagnéticamente con equipos informáticos y telemáticos[120].

De hecho, este nuevo impacto tecnológico, influye en la evolución social, lo que genera una nueva forma de analizar frente al derecho, la llamada informática, entendida como la ciencia que estudia el conjunto de reglas, principios, procedimientos sobre la recolección, selección, organización, almacenamiento y transferencia de comunicaciones a través de medios electrónicos o telemáticos y cuando la información doctrinal, legislativa o jurisprudencial es procesada y manejada a través de este medio, se conoce como informática jurídica.

Como la tecnología ha facilitado el progreso, por la rapidez y acceso de la información, la capacidad de guardar datos en espacios reducidos y su versatilidad, se convierte en una herramienta esencial para los abogados en general, sea cual fuere el oficio que desempeñen; sin embargo, implica también riesgos; por ejemplo, las redes mundiales

[120] Devis Echandía, Hernando (1973) Teoría General de la Prueba Judicial, Edit. Zabalía, Buenos Aires, 1973, pág. 53.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

electrónicas como la internet no conocen fronteras por ser un medio de circulación global.

Las comunicaciones pueden interceptarse o manipularse y la circulación de datos personales puede afectar de manera profunda el derecho a la intimidad. Por eso, los diferentes países, preocupados al respecto, han regulado el procedimiento informático desde el punto de vista del Derecho Administrativo, Civil y Penal, de dos maneras: una preventiva y otra represiva para cumplir con su papel garantista, frente a quienes hacen uso indebido de la informática.

Además, por el simple hecho de tratarse de comunicaciones, merece protección frente a la intromisión externa, sin que la falta de un contenido físico merme su privacidad. Es aquí donde el derecho a la intimidad adquiere relevancia capital que oscila entre el mayor o menor grado de control sobre datos. También se produce la dicotomía entre el derecho protegido y el derecho vulnerado y entre el correspondiente equilibrio ponderado, que deviene principalmente de los límites constitucionales y legales de los derechos fundamentales amenazados.

El derecho a la intimidad del trabajador se extiende a los datos personales que el empresario conozca por los procesos de selección y contratación de personal o por otras circunstancias ajenas a la celebración o ejecución del contrato de trabajo.

La jurisprudencia y la doctrina se refieren ala derecho a la intimidad informática de trabajador, pues la extensión del empleo de ordenadores y ficheros electrónicos en las empresas significa una fuente de progreso, y a la vez un riesgo adicional en la protección de los datos personales.

Este derecho constituye “un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes del uso ilegitimo del tratamiento automatizado de datos”.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En este sentido el derecho a impedir la intromisión en la intimidad, no solo tiene un aspecto pasivo, de repeler la injerencia, sino activo, de controlar los datos personales que se hayan tenido que comunicar por exigencias de la relación laboral[121].

En nuestro país, el resguardo del derecho a la intimidad ha tenido un desarrollo frágil por la ausencia de una legislación adecuada que ha generado inseguridad en quienes operan con las nuevas tecnologías. Por ello, es necesario el otorgamiento de un marco jurídico en el ámbito legal a fin de posibilitar una efectiva protección de este derecho.

6.1. Tecnologías informáticas para la protección del derecho a la intimidad.-

La Jurisprudencia Nacional reconoce en el propio individuo la posibilidad de delimitar su intimidad, razón por la cual lo lleva a autodeterminarse en materia informática; por lo que toda recopilación de datos personales no puede ser divulgada, cuando no esté autorizado por su titular o por claros dictados de interés general.

Igualmente, la misma tecnología facilita instrumentos con el fin de proteger el derecho de la intimidad mediante el diseño de sistemas de seguridad especializados y secretos como la esteganografía, claves privadas o códigos de cifrado, programas de encriptación, certificados digitales, filtros, ciberpolicías etc.

Entre estos tipos de protocolo de seguridad, merecen comentarios la esteganografía y la criptografía. La esteganografía es considerada como un conjunto de técnicas, destinadas a ocultar unos datos en otros, de tal manera que pase desapercibida su existencia. En países donde continuamente se violen los derechos humanos, una herramienta como ésta es de gran utilidad para proteger el derecho de la intimidad y hasta el de la vida.

La criptografía, creada por Phil Zimmerman, es un mecanismo que permite que cada usuario tenga un sitio propio en la Web donde almacene su propio archivo, protegido por una clave que no puede ser descifrada; por lo que éste afirma que: Es privada y no le

[121] PACHECO ZERGA, Luz, La dignidad Humana en el Derecho al Trabajo, Thomson Civitas, Primera edición, 2007, pág. 2139.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

concierne a nadie más que a ti, puedes estar planificando una campaña política, tratando sobre tus impuestos o teniendo una aventura. O puedes estar haciendo algo que en tu opinión no debiera ser ilegal pero que lo es. Sea lo que fuere, no quieres que nadie más lea tu correo electrónico privado, ni tus documentos confidenciales. No hay nada malo en afirmar tu propia identidad. Puede que pienses que tu e-mail es lo bastante seguro, como para no necesitar encriptación, pero ello no es así[122].

En los países en vía de desarrollo, no se dispone aún de los medios necesarios para utilizar estas técnicas; sin embargo, algo se ha avanzado en la legislación relacionada con la cobertura de protección al derecho de la intimidad.

[122] Zimmerman, P. Guía del Usuario de P.G.P, Volumen I. [Homepage]. Consultado en diciembre de 2007, http://spzine.tripod.com/pgp.htm

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPITULO III

EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR COMO LÍMITE AL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACION LABORBAL.-

Como es sabido, en el marco de la relación contractual de trabajo una de las partes desempeña potestativamente un servicio retribuido dentro del ámbito de organización y dirección de otra, en consecuencia, la facultad de organización que ostenta el empleador y la subordinación del trabajador resultan consustanciales a la hora de calificar o no una relación de laboral, agrupando un conjunto de facultades jurídicas que posibilita la impartición de instrucciones u órdenes, de carácter general o explícito, a los trabajadores; conjunto de facultades que aparecen englobadas dentro del poder directivo o de dirección cuyo ejercicio se otorga a todo empleador y que obedece, básicamente, a razones de titularidad empresarial y eficiencia de la actividad laboral a desarrollar, potestas que evidentemente no puede exceder aquellos «límites que le imponen el respeto integro a los derechos fundamentales».

En efecto, dicho "poder de dirección" en todos los aspectos de la ejecución del contrato encuentra acotaciones o límites integrados por las disposiciones legales y/o convencionales, y el propio contrato celebrado, que se convierte, al mismo tiempo, en título de legitimación del poder empresarial y en verdadera limitación de las facultades que de aquella potestad se deriva; toda vez que establece la obligación del empleador de respetar la intimidad y las consideraciones debidas a la dignidad de los trabajadores[123].

Es así que, no podemos obviar la existencia de derechos o garantías que deben manifestarse en todos los órdenes y relaciones, independientemente del marco dónde se inserte el individuo. Se trata de los derechos reconocidos en nuestra Carta Magna, los

[123] Mª LUISA RODRÍGUEZ COPÉ, PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL, Universidad de Córdoba, 2000,Pág. 45

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

llamados derechos fundamentales que son, por tanto, derechos del trabajador, en cuanto persona que es, ante todo.

El régimen de libertades, derechos y principios constitucionales lleva asociado un sistema de límites a los poderes empresariales, de entre los cuales la primacía indiscutible la ocupan los derechos fundamentales. Se puede afirmar por lo tanto que el fundamento constitucional de los límites del poder empresarial se resume en el *respeto a la dignidad de los trabajadores y de sus derechos inviolables.*

En el ámbito de los derechos fundamentales laborales, la doctrina ha diferenciado dos tipos:

- Los derechos fundamentales laborales específicos, que son aquéllos que el trabajador únicamente ejerce dentro de las relaciones laborales, siendo sus titulares los trabajadores asalariados o los empleadores, en tanto que también son sujetos de la relación laboral. Entre ellos se pueden destacar el derecho de huelga, el derecho al salario o el derecho a la negociación colectiva.

- Los derechos fundamentales laborales inespecíficos son aquéllos que el trabajador tiene fuera del ámbito laboral, pero que cuando son ejercitados dentro de la relación jurídica laboral se convierten en verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer.

El derecho a la intimidad del trabajador queda englobado en los derechos inespecíficos o personales. Se trata, por tanto, de un derecho que el trabajador tiene a título individual tanto dentro como fuera del ámbito laboral, lo que implica que la tutela judicial efectiva de estos derechos puede ejercerse tanto ante la jurisdicción ordinaria (civil), como ante la jurisdicción social o laboral.

Según MOLERO MANGLANO, “El derecho al honor y a la intimidad del trabajador”, desde que el trabajador se incorpora a la empresa comienza a realizar pequeñas o medianas abdicaciones del conjunto de derechos relativos a su personalidad, puesto que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

"*la relación laboral, supone la aceptación continua de límites al ejercicio omnímodo de los derechos de la personalidad, y en concreto de los de intimidad...*"[124]

Entonces el gran dilema, es cómo combinar el derecho de intimidad del trabajador y la potestad de mando del empleador; la pronta respuesta que se puede presentar, es que, dicho derecho con rango de garantía constitucional, no puede ser restringido, afectado o limitado, sino sólo por la existencia de otro derecho de igual rango, o por expresa disposición legal que así lo determine.

En la actualidad ya no pensamos en la relación jurídica, cualquiera sea, como un hecho estático, instalado en el mundo jurídico, sino como un acontecimiento dinámico en constante transformación y donde existe un permanente ir y venir de derechos y obligaciones, que lucen como medalla que en el anverso tiene estampado el derecho subjetivo de uno de sus protagonistas y en el reverso el deber jurídico correspondiente del otro.

Se abre así un escenario de mayor desnivel en el seno de la relación, porque el protagonismo de uno de sus sujetos es cada vez mayor en la búsqueda de soluciones que no ha encontrado y porque se invoca una permanente vinculación entre la necesaria actividad orientada a generar empleo y la remoción de obstáculos que, según se suele decir, impiden a las empresas la libre rescisión de los contratos de trabajo.

El respeto que merecen los derechos del trabajador como tal, en el seno de la relación laboral, debe ir acompañado por el respeto por los derechos no laborales, que el mismo sigue detentando aun cuando está inmerso en esa relación dependiente y donde como núcleo central se destacan los llamados derechos fundamentales sociales, pero que a la vez se debe tener en cuenta la vigencia de los derechos y garantías constitucionales, como el derecho a la igualdad, como contracara de la discriminación, el derecho de propiedad, el derecho a la intimidad, el derecho a distinguir entre tiempo de trabajo y tiempo de vida, el derecho a educarse, el derecho a capacitarse, el derecho a la maternidad y/o paternidad, el derecho a vivir su vida matrimonial, el derecho a cuidar

[124] MOLERO MANGLANO, "El derecho al honor y a la intimidad del trabajador", 2001, Pág. 21

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

sus ancianos, el derecho a no ser acosado sexualmente, el derecho a no ser acosado moralmente "mobling", el derecho a proteger su salud y la de su familia, el derecho a ser reparado cuando se le produce un daño, el derecho a detentar una vida cívico-política activa, el derecho a un proyecto de vida propio, etc[125].

La plena inserción de los derechos fundamentales en este caso de la intimidad, en la relación laboral se constituye en un escenario oscuro, ya que por una parte, un soporte jurídico normativo constitucional, formado por una nueva concepción del ciudadano como portador de derechos fundamentales en sus diversas relaciones interpersonales, incluidas las laborales, con una legislación y una práctica laboral, por otro lado, construida sobre un modelo de obediencia y fidelidad propia de una persona subordinada al poder y control de otro particular, cuestión que justificaría un análisis especial de este tipo de derechos fundamentales dentro o al interior de esta especialísima relación jurídica.

Desde la intromisión en la intimidad que permite la moderna tecnología, hasta el control abusivo que sobre las personas se llega a ejercer a través de los excesos en la utilización de la informática, pasando por el inconfesado establecimiento de pautas de conducta a las que, sin tener conciencia de ello, habrán de adaptarse los ciudadanos, el moderno capitalismo vitaliza unos poderes fácticos poco respetuosos, sin duda, con los derechos de los ciudadanos.

Por lo tanto, frente al creciente predominio de la influencia de estos poderes privados es preciso consolidar un reconocimiento de los derechos fundamentales en el plano de las relaciones jurídicas entre privados que haga posible establecer límites claros a su ejercicio y que estén en concordancia con el normal disfrute de las libertades esenciales de las personas.

[125]PALOMEQUE LÓPEZ y ALAVAREZ de la ROSA, Derecho del Trabajo, 6ª edición. Ceura. Madrid, 1998, p. 684, el poder de dirección no es sino la potestad del empresario para organizar y ordenar el trabajo, inicial y durante toda la ejecución del contrato.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Esta función limitadora de los derechos fundamentales se desarrolla en el conjunto y en la totalidad, toda vez que *mientras el sistema jurídico dota al empleador de lo que la doctrina llama el poder de dirección y de disciplina, esto es, de la facultad para dirigir y mantener el orden dentro de la empresa, que de alguna manera es manifestación de los derechos constitucionales de propiedad y de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, dicha facultad se encuentra jurídicamente limitada por las garantías constitucionales dirigidas a proteger la dignidad y honra de las personas"*.

En esta misma línea de pensamiento, López, Diego, manifiesta que: "Todos estos derechos operan como una limitación de los poderes empresariales respecto a la ejecución del trabajo humano; garantizan una contrapartida humana al acuerdo de trabajo por dinero: al considerar al trabajador un sujeto de derechos, necesariamente debe asegurarse que los derechos fundamentales de la persona humana no se pierdan o disminuyan por el hecho de ponerse bajo las órdenes de quien compra un trabajo para utilizarlo en su propio provecho.

Los derechos fundamentales de la persona humana no pierden vigencia en una relación de trabajo; antes bien, garantizan que los trabajadores no se vean reducidos sólo a una función productiva y económica.

Es en este sentido que, debe evitarse pensar que el ingreso del trabajador a su trabajo en la empresa implica un total sometimiento de los aspectos de su persona, ajenos a la prestación de hacer a la que se obliga. Hay una concepción pluridireccional de la eficacia de los derechos fundamentales, que rigen en el ámbito público y privado, que obliga a reconocer que estos derechos modalizan la relación y limitan las facultades de organización del empleador[126].

[126] FERREIROS, Estela M., EL JUEGO DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN EL SENO DE LA RELACION JURIDICA DE ESTIRPE LABORAL, REVISTA DOCTRINA LABORAL DE ERREPAR, Nº 195, NOVIEMBRE, 2001

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

2. COLISIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES CON EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES DEL EMPLEADOR

Los derechos fundamentales no son ilimitados o absolutos, reconocen como una consecuencia necesaria de la unidad de interpretación del ordenamiento constitucional ciertos límites a su ejercicio; límites que inexcusablemente deben fundarse en la protección de otros derechos o bienes constitucionales, como la moral, el orden público y el bien común, y que hacen conveniente o justificable la imposición de restricciones al derecho fundamental.

Ningún derecho fundamental puede ser interpretado en sí mismo, sino mediante una visión sistémica que tome en cuenta el significado de cada una de las garantías constitucionales como partes de un sistema unitario. De esta forma, todo derecho, en razón de su naturaleza limitada, debe ceder en su virtualidad protectora para armonizarse y compatibilizarse con otros bienes y derechos, también de relevancia constitucional.

Fácil resulta advertir que los derechos fundamentales del trabajador habrán de reconocer como potencial limitación en su ejercicio, el ejercicio de las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador, los cuales reconocen como su fundamento último, la libertad de empresa y el derecho de propiedad, garantías constitucionales, que apuntan a dotar al empleador, por una parte, del poder de iniciativa económica, y por otra, del ejercicio mismo de la actividad empresarial, es decir, se asigna el empleador un conjunto de facultades organizativas dirigidas al logro del proyecto empresarial –ratio económica.

Asimismo, al empleador le es reconocido el ejercicio de una serie de facultades o prerrogativas que tienen por objeto el logro del referido proyecto empresarial en lo que al ámbito laboral se refiere, y que se traducen en la libertad para contratar trabajadores, ordenar las prestaciones laborales, adaptarse a las necesidades de mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido, y sancionar las faltas o los incumplimientos contractuales del trabajador.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Estas facultades, que responden a lo que genéricamente se denomina poder de dirección, comprendiendo en este concepto amplio tanto el poder de dirección strictu sensu como el disciplinario, si bien encuentran, como se dijo, sustento en la garantía constitucional de la libertad de empresa y el derecho de propiedad en cuanto conforman un cúmulo de facultades organizativas para el empleador, se definen y concretizan en cuanto a su extensión y configuración ratio jurídica en el contrato de trabajo, dichos poderes no pueden ejercerse más allá de la relación laboral y extenderse a la actividad extralaboral del trabajador, debiendo ser en consecuencia el legislador el que regule el ejercicio legítimo de este poder estableciendo normas mínimas irrenunciables, así como su uso no arbitrario.

Previo al contrato y en función de la libertad de empresa, el empleador es titular de unas facultades organizativas-económicas, las que sólo en virtud del contrato de trabajo se materializan en el poder de dirección, es decir, se manifiestan en el específico ámbito de la relación laboral, y por lo mismo quedan sujetas a las limitaciones que el propio marco convencional o legal establezca; elementos que en definitiva, vienen a conformar la posición jurídica que ha de ocupar el empleador en la relación laboral, en cuanto su poder de dirección es un poder laboral que se ejerce en este ámbito delimitado; o dicho de otra forma, sólo este poder de dirección es el que es oponible al trabajador[127].

Los poderes empresariales son funcionales a la ejecución del trabajo pero abren espacios potencialmente expansivos de la intimidad del trabajador. El poder de dirección del empleador es tan antiguo como los atentados perpetrados contra la intimidad y la dignidad de las personas que trabajan de forma subordinada para él[128].

Las reglas laborales han tratado de evitar injerencias empresariales en la vida personal y familiar del trabajador y de neutralizar conductas personales a efectos de la consideración de un incumplimiento contractual, impidiendo que los poderes de

[127] GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, “Ciudadanía en la Empresa o los Derechos Fundamentales inespecíficos”, Fundación de Cultura Universitaria, 1ª Ed., Montevideo, Uruguay, 2004, pág.p.23.

[128] AUVERGNON, P. “Poder de dirección y respeto a la persona asalariada”, en “Poder de dirección del empresario, nuevas perspectivas”, R. Escudero, Coord., Madrid, 2005, pág. 56.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

dirección se extendieran la esfera de la vida privada, como vida y conducta fuera del lugar de trabajo.

El Derecho del Trabajo ha protegido además la personalidad del trabajador dentro del centro de trabajo y aspectos privados de su conducta ajenos a la conducta contractual debida, ya que "no puede descartarse que también en aquellos lugares en los que se desarrolla la actividad laboral pueden producirse intromisiones ilegítimas por parte del empleador en el derecho a la intimidad de los trabajadores".

Esos límites se han elevado de rango, han cobrado un nuevo sentido y alcance y, además, han configurado derechos subjetivos del trabajador tras la consagración por la Constitución del derecho fundamental a la intimidad, derecho que, como es sabido, asegura un ámbito reservado de la vida personal y familiar inaccesible a los demás y que protege "la libertad y... las posibilidades de autorrealización del individuo".

La dignidad de la persona, la inviolabilidad de los derechos "que le son inherentes" y el libre desarrollo de la personalidad ha sido un elemento común de referencia para garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas del trabajador en el contrato de trabajo, muy en especial el derecho a la intimidad que ha de ser protegido también frente a extralimitaciones del empleador.

2.1. Invasión de la intimidad físico-espacial.-

En esta categoría se encuentran las diversas conductas del empleador que podrían entenderse que afectan la dimensión física y espacial del trabajador, y que de acuerdo a los criterios éticos dominantes, aunque no de modo categórico, podrían ser consideradas parte del núcleo positivo de la intimidad de cualquier persona, incluido el trabajador.

En esta categoría se comprenden diversas acciones, entre las cuales, revisaremos las siguientes:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Control de la persona, efectos y bolsos.

La revisión de la persona, sus efectos o casilleros (lockers) son un medio de control de relativo uso en nuestro país, surgiendo de inmediato la duda acerca de su legalidad al interior de nuestro orden jurídico laboral.

Cabe señalar que, en general, parece ser distinta la situación de la revisión de la persona propiamente tal, del examen de efectos personales como bolsos, casilleros o lockers. En el primer caso, la medida es considerada tremendamente discutible, mientras que en el segundo existe una aceptación más o menos generalizada.

En Italia, los registros personales están limitados a los casos en que estos sean indispensables para la tutela del patrimonio empresarial (artículo 6º del Estatuto del Trabajo), en España, a su turno, el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, que lleva el título de "inviolabilidad de la persona del trabajador", fija las condiciones en que puede efectuarse el señalado registro, señalando que "sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo.

En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible".

En América Latina, respecto de la revisión de la persona del trabajador su aceptación, según PLA, está sujeta a múltiples condiciones: "deben ser efectuadas por personas del mismo sexo (Brasil, Perú); sin la presencia de terceros (Brasil); respetando el pudor de la persona revisada (Brasil)".

Para garantizar el respeto a dichos derechos del trabajador, la Dirección del Trabajo ha exigido, en una abundante línea de jurisprudencia, como límites generales a cualquier control laboral, las siguientes condiciones:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

"a) Las medidas de revisión y control de las personas, de sus efectos privados o de sus casilleros, al importar un límite a la privacidad de las personas

b) Las medidas de revisión y control deben ser idóneas a los objetivos perseguidos como son el mantenimiento del orden, la higiene y la seguridad de la persona y sus trabajadores, no debiendo importar actos ilegales o arbitrarios por parte del empleador

c) Las medidas, además, no deben tener un carácter prepolicial, investigatorio o represivo frente a supuestos o presuntos hechos ilícitos dentro de la empresa, sino un carácter puramente preventivo y despersonalizado, siendo requisito "sine qua non" para la legalidad de estas medidas de revisión y control, que sean operadas a través de un mecanismo o sistema de selección, cuyas características fundamentales son la universalidad y la despersonalización de las revisiones".

PLA como GUIZIO, parten de premisas casi iguales, esto es, reconocer la potestad de control del empleador, con el límite de "la dignidad y la intimidad del trabajador" y "siempre que ello no implique suprimir el ámbito de libertad inherente a todo ser humano invadiendo aun los actos más íntimos" respectivamente, la conclusión concreta acerca de la licitud de estos controles materiales es algo opuesta

2.2. Invasión a la intimidad moral o afectiva del trabajador.-

En último lugar, cabe referirse a que la acción de invasión de la intimidad del trabajo no sólo puede estar referida a su dimensión física, sino también a su entorno afectivo y moral, que los sujetos normalmente estiman propios y requieren mantener a salvo de la injerencia de terceros. En el caso del trabajador es posible registrar algunas situaciones problemáticas en la dimensión señalada, y que para muchos forma parte del núcleo positivo de la intimidad.

a) Indagaciones de datos del trabajador y tests sicológicos.

La indagación laboral, entendida como la conducta del empleador dirigida a conocer

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

datos de la persona del trabajador, presenta un importante problema ¿respecto de qué datos de la persona del empleado debe considerarse legítimo el conocimiento del empleador?

La respuesta pasa por la noción de "datos de relevancia laboral", entendidos como aquellos datos de la persona del trabajador que dicen relación con el servicio o la tarea convenida en el contrato de trabajo, como por ejemplo: experiencia anterior, ausencia de patologías síquicas graves, referencia de empleadores anteriores, cumplimiento de deberes militares, etc., y cuyo conocimiento por parte del empleador debe entenderse legítimo y no infractor de la intimidad del trabajador, etc.

De este modo, como señala GUIZIO, "los datos cuyo acopio se considera justificado, son los relacionados con las condiciones o aptitudes para el cargo a ocupar o con el control de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo".

Entre los datos de relevancia laboral, asequibles a la potestad de mando del empleador y los que no la tienen, protegidos por el derecho a la intimidad, se encuentran situaciones de datos de naturaleza problemática, como, por citar un ejemplo, los referidos a la situación económica del trabajador.

Dichos exámenes pueden ser un instrumento legítimo para que el empleador busque determinar la capacidad laboral de un candidato o trabajador, pero en no pocas ocasiones con ocasión de su aplicación se pretende acceder al conocimiento de asuntos o hechos propios de la vida íntima del trabajador, que como ya lo señalamos anteriormente, según nuestro legislador nacional, comprende cuestiones como lo referido, a su ámbito familiar y sexual, sus hábitos personales, etc.

En dichos casos, y si bien no existen en general disposiciones jurídicas en el derecho comparado que regulen esta situación, es posible señalar sin duda que la aplicación de dichos test da origen a una flagrante invasión a la intimidad del trabajador, en su núcleo positivo duro, en donde, como dijimos anteriormente, siempre debe considerarse ilegítima la intromisión de empleador.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

b) Control extra laboral

Para terminar esta revisión panorámica del problema de la intimidad en la relación laboral, cabe señalar que la intromisión del empleador en la vida privada del trabajador no sólo se materializa en el acceso a datos de la persona del trabajador como acabamos de señalar, sino también mediante el intento de controlar la conducta del trabajador fuera del lugar y del horario de trabajo, en aspectos que comprenden su intimidad.

El control a que nos estamos refiriendo no es material, como el visual ya revisado, sino de un modo que podríamos denominar "jurídico-virtual", que se expresa a través del intento del empleador de dirigir la conducta extra laboral del trabajador, mediante la generación de obligaciones jurídicas referidas a la vida privada del trabajador en los instrumentos legales que regulan la relación laboral.

No se trata de la simple intromisión del empleador a través de la sanción de hechos de la vida privada del trabajador, mediante el despido disciplinario por encuadrarse la conducta privada, como por ejemplo la falta de probidad del trabajador que se ha visto envuelto en incidentes fuera de la empresa, cuestión que como destaca IRURETA ha sido rechazada por nuestros tribunales que "han privilegiado la tesis de que todo hecho ocurrido fuera del ámbito propio del contrato de trabajo resulta imposible de aplicar como fundamento de un despido".[129]
El problema se genera cuando se pretende "contractualizar" conductas no laborales, propias de la vida privada. En dichos casos se crean obligaciones que se incorporan comúnmente al contrato de trabajo, y que no dicen relación directa con la prestación de servicios, sino con deberes de conducta para el trabajador cuyo cumplimiento debe producirse fuera del lugar y de la jornada de trabajo, y cuyo control se traduce en la aplicación de sanciones jurídicas, normalmente

En ese sentido, se generan cláusulas contractuales, donde el trabajador se obliga a cosas como "mantener una conducta decorosa en sus relaciones sociales", "a observar una conducta social ordenada, silenciosa y discreta", o de modo menos moralizante "a no

[129] IRURETA, P. La falta de probidad como causal de extinción del contrato de trabajo. Estudios en homenaje a W. Thayer. Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo. 1998. P. 122.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

tener anotaciones en los registros comerciales de deudas impagas" y cuya inobservancia produce el despido del trabajador, sin derecho a indemnización, por "incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de trabajo".

La legitimidad de este tipo de cláusulas es cuestionable: producen una intromisión en aspectos de vida privada del trabajador, generando deberes extralaborales, que en gran parte de las ocasiones, no tienen justificación, ya que no es posible establecer un nexo entre dichos deberes y el trabajo convenido.

No obstante a lo anterior, el hecho de que las partes acordaron dar el carácter de incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de trabajo a la inobservancia de estos "deberes extralaborales", ya que los derechos fundamentales como la intimidad o la vida privada no son susceptible de renuncia por parte de sus titulares, por lo que todo acuerdo al respecto carece de eficacia.

3. EL RESPETO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL.-

En esencia, la intimidad refiere a la facultad de cada ser humano de participar su propia biografía y su propia persona a los demás sólo en el grado que él, y sólo él, decida, por lo que podría definirse como "un derecho para la independencia social", el ámbito que cada individuo reserva de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares.

El contenido característico de la intimidad refiere un espectro de intimidad que debe quedar independiente de los demás sujetos que conviven con el trabajador, por más, e incluso, que dicha relación sea especialmente cercana, como acontece en el decurso de una relación laboral.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El reconocido poder de dirección del empleador, instrumento jurídico imprescindible para la correcta marcha de la organización productiva, atribuye al empleador, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Pero esa facultad ha de ejercerse, en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador.

La conexión del respeto a la intimidad de los trabajadores con el ejercicio del poder de dirección del empleador, implica que la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, es decir, el ámbito personal y familiar de referencia, sólo en ocasiones puede tener proyección hacia el exterior, por lo que la facultad empresarial no permite, en principio, controlar los hechos referidos a las relaciones sociales y personales que carecen de trascendencia laboral, incluso, probablemente, aquellos que se producen en el seno de la actividad laboral[130].

No obstante lo dicho, la falta de desarrollo de las medidas de protección del trabajador frente a la invasión que pueda sufrir su intimidad por otros sujetos implicados en la relación laboral: compañeros de trabajo, autoridad laboral, representantes unitarios o sindicales del trabajador, etc., dada la eficacia de los derechos fundamentales horizontalmente entre particulares, es una de las deficiencias que aqueja a nuestro sistema normativo laboral.

[130] GARCÍA MURCIA, J. (Con MARTÍN VALVERDE, A. y RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.): Derecho del Trabajo, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, pg. 614.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4. LA NUEVA ERA TECNOLÓGICA EN LA RELACION LABORAL ¿RESPETA EL DERECHO A LA INTIMIDAD?.-

Hoy en día, no podemos negar que las nuevas tecnologías, mejoran claramente las condiciones de vida de las personas, pero ello conlleva a que existan nuevos riesgos y peligros para los derechos e intereses fundamentales de las personas, "verdaderos feudalismos industriales", que pueden llevar a "sufrir la peor de las dictaduras, la dictadura tecnológica".

La informática amplía extraordinariamente las posibilidades de conocimiento del empleador sobre la organización productiva y sobre la actividad del trabajador, ha transformado cuantitativa y cualitativamente el margen del poder de dirección e incrementado notablemente las posibilidades de control del empleador sobre la prestación de trabajo y sobre el propio trabajador, ya que el poder de control se incorpora al propio instrumento de trabajo aparte de que la tecnología informática extraña y extrínseca al proceso productivo facilita en todo caso el ejercicio del control empresarial [131].

El uso de tecnologías de la información multiplica las posibilidades de control empresarial y obliga a tener en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores, a adoptar medidas de control que sean proporcionales y respeten su dignidad, su derecho a la protección de datos y su vida privada.

Los sistemas informáticos son un posible instrumento de control de los trabajadores, ya sea a través del registro directo del ordenador utilizado por el trabajador para sus tareas, con una posible repercusión sobre el derecho de las comunicaciones, o la instalación de aplicaciones informáticas que registren la utilización del ordenador por los empleados, operando así el ordenador no sólo como objeto sino también como instrumento de control. El propio instrumento de trabajo, el ordenador, controla la prestación de

[131] MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., "La lesión de la libertad sindical mediante la utilización de datos informáticos", cit., pág. 2541 y ss.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

trabajo, de modo que "el control ha dejado de ser una actividad ajena a la prestación de trabajo, para tornarse un elemento integrante de la prestación misma"[132].

Los controles de acceso y desplazamiento por lectores ópticos, el video monitoreo, la lectura automatizada de los contenidos de las computadoras, la intercepción de los correos electrónicos y la obtención de extensa información personal, son algunas de las tecnologías que están modificando los lugares de trabajo.

Sin perjuicio de analizar la incidencia, en la vida personal del trabajador, de determinadas tecnologías, en este momento de acelerado cambio tecnológico hay que poner de relieve los tradicionales principios generales, que son los que mejor permiten resolver las nuevas situaciones producidas por los cambios tecnológicos.

En el ámbito laboral está presente tanto del derecho del empleador a ejercer industria lícita, como el derecho que como persona, le corresponde a todo trabajador. En el análisis de la privacidad en los lugares de trabajo, la principal tarea es la armonización de los derechos del empleador con los derechos del trabajador. Por reconocimiento expreso de nuestra Constitución Nacional, el empleador tiene el derecho a ejercer industria lícita y consecuentemente la facultad de organizar su empresa de acuerdo a sus propios criterios de razonabilidad.

No debe pues quedar duda sobre el derecho legítimo que tiene el empleador a utilizar nuevas tecnologías para controlar la diligencia y probidad laboral. Desde ya que el derecho del empleador no es absoluto y que al igual que todos los derechos requiere un ejercicio funcional.

La tecnificación contribuye al bienestar general, pero nuestros lugares de trabajo no pueden quitarnos nuestra esencia humana y si algún exceso se produce es preciso recurrir a los valores sobre los cuales se sustenta nuestra sociedad para armonizar la convivencia.

[132] VALLE VILLAR, J.M. "El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo en el ordenamiento laboral español", en AA.VV. "Estudios sobre el derecho a la intimidad", Madrid, 1992, pag. 172.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El video monitoreo, las escuchas auditivas, los controles de desplazamiento, el monitoreo por programas de computación, la revisión de contenidos de computadoras, la lectura de los *e mails* de los trabajadores, la recolección digitalizada de datos personales están modificando los ambientes de trabajo en pro de una mejor productividad en beneficio de la comunidad. Por lo tanto esta mejora no debe atentar contra la personalidad espiritual de los que trabajan, afectando su intimidad y en términos más amplios la propia dignidad personal.

Es así que, el derecho a la intimidad ha sufrido una profunda transformación a consecuencia de la evolución de la tecnología informática y la consecuente recogida, almacenamiento y tratamiento de datos, y su posible transmisión por vía telemática.

La informática ha hecho menos dificultosa la vigilancia laboral y la recogida de datos y ha alterado la naturaleza del tratamiento de datos, pues facilita prácticas de vigilancia laboral intensiva y hace que la vigilancia sea imperceptible, creando nuevas oportunidades para las empresas y nuevos riesgos para los trabajadores.

Cuando para el desarrollo de la función empresarial de control se utilizan las tecnologías de la información, las posibilidades de repercusión en los derechos del trabajador se multiplican. La aplicación de este tipo de técnicas se manifiesta de muy diversos modos.

Pueden citarse entre otros, los controles biométricos como la huella digital, la videovigilancia, los controles sobre el ordenador, como las revisiones, el análisis o la monitorización remota, la indexación de la navegación por Internet, o la revisión y monitorización del correo electrónico y/o del uso de ordenadores-, o los controles sobre la ubicación física del trabajador mediante geolocalización.

Cuanto más evolucionan las técnicas informáticas en la empresa, más sofisticados habrán de ser los instrumentos jurídicos de tutela de la intimidad y dignidad del trabajador, son necesarias nuevas normas y nuevos instrumentos también en el Derecho del Trabajo, al que también corresponde regular en esta materia y utilizar sus instrumentos reguladores y de control colectivo.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

La regulación del uso de los medios electrónicos de comunicación en la empresa para evitar un uso fraudulento o perjudicial a los intereses de sus usuarios ha sido objeto ya de regulación en algunos sistemas, y entre nosotros ya existen experiencias de consideración del correo electrónico o Internet como instrumento legítimo de comunicación e información de los trabajadores, con la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones[133].

La utilización de los medios electrónicos de comunicación en la empresa ha de plantearse ante todo desde la perspectiva de la intimidad informática, de impedir que esas nuevas tecnologías se utilicen como medios de control empresarial. El problema es el empleador puede acceder a los mensajes de correo electrónico de sus trabajadores o registrar los lugares por los que navegue o, si estas actividades se incluyen en el ámbito de la intimidad de los trabajadores y, por lo tanto, son de acceso restringido para el empleador que sólo podría hacerlo en determinadas situaciones o bajo tasadas condiciones[134].

El derecho a la intimidad reconocido constitucionalmente ha establecido la prohibición de suministrar información que afecte la intimidad personal y familiar por parte de los servicios informáticos, es decir plasma la inquietud respecto a los avances tecnológicos de los sistemas informáticos y su potencial mal uso, contrario al derecho de intimidad.

Nuestra Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 2 inciso 6 establece:

Que toda persona tiene derecho: a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

Similares elementos contienen la constitución española de 1978, respecto a la protección del derecho a la intimidad, donde refiere en el art.18 que se garantiza a la

[133] FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C. “Una propuesta de regulación del uso de los medios electrónicos de comunicación en la empresa”, RL, 2001, 24.

[134] SUAREZ SANCHEZ DE LEON, A., “El acceso por el empresario al correo electrónico de los trabajadores”, Diario La Ley, 14 febrero 2002

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

intimidad personal y familiar, además señala los límites del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar.

La prohibición de divulgar la información se extiende a los servicios de información privados o del Estado, porque la violación de la intimidad no es realizada por quien tiene autoridad, sino por todo aquel que divulga información.

A la hora de decidir adoptar una medida de control que comporte un tratamiento de datos personales debe aplicarse el principio de proporcionalidad y una finalidad.

5. LA ADOPCIÓN DE NUEVAS MEDIDAS DE VIGILANCIA Y CONTROL FRENTE AL RESPETO A LA DIGNIDAD E INTIMIDAD DEL TRABAJADOR.-

La posibilidad de que el empleador adopte las medidas más oportunas de vigilancia y control para *verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales se encuentra claramente respaldada por la normatividad*, sin embargo la cuestión se hace compleja cuando el empleador, apoyándose en esta posibilidad que concede la ley, trata de extender su facultad más allá del concreto ámbito dónde se desenvuelve la prestación de trabajo, so pretexto de controlar aquellas actividades que, aún realizándose fuera del centro de trabajo y al margen de la relación laboral, pueden afectar de manera directa al desenvolvimiento de la relación laboral.

El empleador podrá adoptar las medidas que estime 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. Es así que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en cuyo artículo 9º señala:

“Artículo 9º.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador(…)"

Con cierta imprecisión, de manera tan abstracta como ambigua, prevé el precepto la posibilidad de que el empleador pueda vigilar y controlar a los trabajadores para verificar, exclusivamente, el cumplimiento de sus obligaciones laborales. Porque, en primer lugar, no se establezca qué tipo de control o vigilancia pueden llevarse a cabo, lo que determina que, en principio, puedan adoptarse cualquier tipo de medidas conducentes a dicho fin, siempre que los medios empleados para ello sean lícitos; en segundo lugar, porque el "cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales" puede patrocinar un control más allá del puesto de trabajo, lo cual debe ser interpretado restrictivamente, pues lo natural debe ser el control en el centro de trabajo, y solamente en éste, ya que el control del trabajador fuera del mismo constituye una excepción al principio general, y, por ello, precisamente, dicha posibilidad debe interpretarse restrictivamente; y, en tercer lugar, porque el único límite a esta actuación empresarial viene expresado en términos tan amplios: " *dentro de los límites de la razonabilidad"*, es decir que su concreción puede venir modificada por los las diferentes coordenadas subjetivas, objetivas y temporales en que se contextualice la posibilidad de control , teniendo presente, en este sentido que el control de legalidad de la medida se realiza siempre ex post de manera judicial, y únicamente cuando ha sido impugnada la actuación empresarial que se ha valido de estos medios para articular las consecuencias laborales que se consideren oportunas: despido, sanciones, etc., lo que difumina las garantías que el empleador debe adoptar para proceder a este tipo de control, cuestión que complica y judicializa sobremanera la cuestión[135].

Conviene advertir que el catálogo de medida de control puede no considerarse cerrado, dada la discrecionalidad que con respecto a las mismas establece el precepto. Lo que sí parece claro es que habría que diferenciar, para ver cómo se comportan estas medidas en relación con la eventual lesión del derecho a la intimidad, entre aquellas medidas impersonales (tarjetas mecánicas de entrada y salida, protección de puertas de acceso a

[135] SASTRE IBARRECHE, Rafael, Derechos Fundamentales de carácter individual y relación de trabajo en la jurisprudencia constitucional española, en: Vniversitas, Pontificia Universidad Javeriana, Nro. 101, Junio, 2001, Colombia, Bogotá.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

locales, etc.) de aquellas otras que más directamente dejan traslucir qué persona concreta es la controlada (aparatos de vigilancia y escuchas, monitorización del ordenador que sólo emplea un determinado trabajador, etc.).

En principio puede afirmarse que cuanto más concreta sea la medida de control, más potencialmente lesiva de los derechos fundamentales se comporta.

Así tenemos en este sentido que la doctrina chilena ha sostenido que, *"el empleador no podrá llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere (la ley) intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo, por lo que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de este derecho fundamental tendrá que supeditarse a la estricta observancia del "principio de proporcionalidad" o "necesario equilibrio" entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional.(…) En particular, la instalación y empleo por el empleador de instrumentos de control de la actividad laboral en el centro de trabajo (grabación de sonido, circuito cerrado de televisión) se acomoda a las exigencias del derecho a la intimidad de los trabajadores afectados tan sólo cuando la medida resulte "justificada, idónea para la finalidad perseguida por la empresa, necesaria y equilibrada.*[136]

El derecho de control del empleador que se concede al empleador es particularmente intenso, no es un mero control jurídico sobre resultados, como en otros tipos contractuales; afecta e incluye el examen directo y la vigilancia de la actividad y conducta del trabajador, para la comprobación y valoración de su "aportación" productiva como prestación de trabajo debida, y de la adecuación de su conducta a las ordenes y directrices empresariales, teniendo en cuenta, además, las reglas de conducta que impone la convivencia organizada en el marco de la empresa.

Es así que dicho derecho de controlar la actividad laboral de los trabajadores, tiene una doble manifestación: existen unas facultades de control "ordinarias" que tienen su fundamento en la propia naturaleza del contrato de trabajo. Además se conceden al

[136] Cea Egaña, José Luis, "Derecho Constitucional Chileno, Tomo II", Ediciones Universidad Católica de Chile, Primera Edición, 2004, pág.178.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

empleador unas facultades de control “extraordinarias” sobre la persona del trabajador, sus efectos personales y su taquilla que encuentran su justificación más allá del ámbito del contrato de trabajo en la necesidad de proteger el patrimonio de la empresa y de los trabajadores y que deben de ejercitarse con sumisión a unos requisitos especiales (solo pueden realizarse en horas de trabajo, en presencia del trabajador y de un representante sindical o en su defecto de otro trabajador).

5.1. Respecto a la Intimidad Informática.-

El derecho a la intimidad del trabajador se extiende a los datos personales que el empresario conozca por los procesos de selección y contratación de personal o por otras circunstancias ajenas a la celebración o ejecución del contrato de trabajo, como pueden ser una solicitud de crédito, la afiliación a determinado sindicato, una enfermedad, etc.

El uso que puede hacer de esta información debe ser conforme al Art. 2º.6 de la Constitución del Perú: disposiciones semejantes se encuentran en el Derecho comparado, que servirán de referencia para nuestro análisis.

La jurisprudencia y la doctrina académica españolas se refieren al derecho a “la intimidad informática del trabajador”, resultante de la extensión del empleo de computadoras y ficheros electrónicos en las empresas, que si bien son una fuente de progreso constituyen, a la vez, un riesgo adicional a la protección de los datos personales.

La intimidad informática constituye un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental: “el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos”. En este sentido el derecho a impedir la intromisión en la intimidad, no sólo tiene un aspecto pasivo, de repeler la injerencia, sino activo, de controlar los datos personales que se hayan tenido que comunicar por exigencias de la relación laboral.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En nuestro país, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho informático al analizar los alcances del secreto bancario. Con mayor ponderación que su homólogo español ha declarado que en "determinadas manifestaciones del derecho a la intimidad no importan conservar en conocimiento privativo del titular la información a ella relativa, sino tan sólo la subsistencia de un ámbito objetivo de reserva que, sirviendo aun a los fines de la intimidad en tanto derecho subjetivo constitucional, permitan mantener esa información reservada en la entidad estatal que corresponda, a fin de que sea útil a valores supremos en el orden constitucional, dentro de márgenes de razonabilidad y proporcionalidad".

Por tanto, *mutatis mutandi* podemos afirmar que el empresario puede utilizar la información reservada de la salud del trabajador dentro de esos mismos márgenes y, en todos los casos, para fines constitucionales y lícitos. Por tanto, en nuestro país, es conforme con los valores de la Constitución que el empresario conserve un fichero electrónico de datos de salud de sus trabajadores, que puede emplear con la reserva establecida en la LGS y para los fines previamente determinados por ambas partes, de acuerdo con lo establecido en el Art. 17º del D.S. 009-2005-TR.

En este sentido, el derecho a la intimidad al imponer límites al poder empresarial de vigilancia y control lo que está garantizando no es sólo que el empresario no acceda a informaciones o datos privados sino la propia existencia de un espacio de desenvolvimiento del individuo no sometido al control de los demás.

Esta es la idea que señala el Tribunal Español en su sentencia STC 98/2000 al afirmar que no puede "*limitarse apriorísticamente el alcance del derecho a la intimidad de los trabajadores a las zonas del centro de trabajo donde no desempeñan cometidos propios de la actividad profesional, negando sin excepción que pueda producirse lesión del referido derecho fundamental en el ámbito del desempeño de las tareas profesionales" (FJ 6).*

Esta resolución del TC, junto con la STC 186/2000, constituye un buen ejemplo de la prioridad de la faceta del derecho a la intimidad como poder de control sobre los espacios e informaciones relativas a un individuo respecto del criterio puramente

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

objetivo que excluye del derecho a la intimidad todo lo atinente al mundo social o profesional en el que éste se inserta. Un medio intrusivo de observación que elimine por completo el control de los trabajadores sobre lo que pueden oír o ver terceros lesiona, la intimidad aunque lo captado haya sido el silencio.

5.2. Limites del ejercicio de la facultad de control y vigilancia tecnológica en la relación laboral.-

El debate sobre la legitimidad de la medida se erige, en la balanza de la ponderación de los intereses jurídicos en juego, poder de dirección del empleador versus derecho a la intimidad del trabajador, pero una vez superados los requisitos de razonabilidad exigidos por la jurisprudencia, constitucional y ordinaria, no puede considerarse que la medida concreta de control lesiona el derecho del trabajador, siempre que la medida adoptada sea proporcional al bien jurídico que se dice lesionado por el empleador .

Sin embargo, cuando el empleador lleve a efecto un registro o medida de control sin respetar los derechos fundamentales en juego, cabe, señaladamente, la posibilidad de ejercitar el procedimiento de tutela jurisdiccional de derechos fundamentales, según el cual " La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados"[137].

A su vez, el trabajador, por la circunstancia del empleo no deja de ser persona y por consiguiente goza de todos los atributos de la personalidad reconocidos universalmente en los diversos tratados sobre los derechos del hombre; razón por la cual deben existir

[137] 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 previsional, Academia de la Magistratura, 2004, Pág. 60.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ciertos límites de ponderación de aplicación del poder de dirección respetando el derecho fundamental a la intimidad del trabajador, como los siguientes:

a) El grado de intromisión

En los supuestos que el grado de intromisión sea mínimo, la necesidad de su justificación disminuye e inversamente, mecanismos altamente intrusivos son de muy difícil legitimación.

Controles moderados de vestimenta y de aspecto físico para vendedores o empleados de empresas de servicios no parecen requerir de extensa justificación, en cambio testeos de personalidad y análisis psicológicos sólo serían legítimos en ocupaciones de alto riesgo (personal armado, bomberos, pilotos de aeronaves, etc.)

b) Los controles no deben ser subrepticios, ocultos o sin conocimiento fehaciente del trabajador

El trabajador debe tener pleno conocimiento de que es monitoreado a fin de que pueda proteger su intimidad cuidando sus expresiones, y conductas para no exponer situaciones personales íntimas.

No es permitido "espiar" al trabajador y la intercepción de los *e-mails* laborales a la previa notificación del trabajador; toda vez que el control invisible además de violar la privacidad del trabajador, constituye un ejercicio anti funcional del derecho de monitoreo del empleador y vulnera la regla de la buena fe contractual.

c) El control debe referirse exclusivamente a aspectos relacionados con el trabajo

El ejercicio del derecho del empleador es el control de la productividad de la empresa y resulta evidente que salvo supuestos especiales lo ajeno a lo laboral no puede legitimar la función de control; por respeto a la privacidad del trabajador, se considera que el empleador debe requerir sólo la información que sea necesaria y relacionada con la función a cumplir; si en la rutina de control aparecen involuntariamente aspectos íntimos del trabajador, estos deben ser eliminados del control y no tomados en cuenta.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

d) El empleador debe justificar la concreta necesidad del medio empleado a tal fin de responder a una identificada exigencia productiva.

No son suficientes consideraciones genéricas de beneficios o mejoras para justificar la reducción del ámbito de privacidad de los trabajadores, puesto que la precisa justificación de necesidad, es el carácter fundamental para legitimar el monitoreo del empleador.

En este sentido tenemos que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España estableció que la mera utilidad o conveniencia para la empresa no justifica sin más la instalación de aparatos de audición y grabación y que la modulación del derecho a la intimidad del trabajador sólo se produce en la medida estrictamente imprescindible para el correcto desenvolvimiento de la actividad productiva.

e) El medio de monitoreo, siendo eficaz y proporcionado al fin empleador, debe ser entre todas las alternativas posibles el menos invasivo a la privacidad del trabajador.

Es sabido que la obtención del control empleador presenta tanto alternativas de medios como de modos, así por ejemplo contralores al azar de los correos electrónicos de los trabajadores son por lo general suficientes para la función empresaria, en cuyo supuesto un control total de toda la correspondencia electrónica no tendría en principio justificación ya que el fin empleador puede obtenerse de un modo menos invasivo.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

6. EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO LIMITE DE PONDERACIÓN ENTRE LA APLICACIÓN DEL PODER DE DIRECCIÓN Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD.-

En el ejercicio de esas facultades de control empleador puede elegir discrecionalmente los intereses a tutelar y de las formas o medios de realizarlo; esa discrecionalidad está limitada "esencialmente por la implicación de la persona del trabajador en la decisión de control".

Esa implicación, junto a la delimitación del propio compromiso contractual, obligan a proteger la esfera privada del trabajador frente a las medidas de vigilancia y de control empresarial, y suponen limitaciones, genéricas o específicas, las facultades empresariales de control, en los métodos o medios utilizados, en su objeto y en su forma de puesta en práctica[138].

En efecto si bien nuestro marco legal admite los procedimientos de control que el empleador estime oportunos para "verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales", pero, desde la llamada a la dignidad y a la intimidad, resguarda al trabajador frente a abusos o extralimitaciones en esas vigilancias y controles, en su forma, medios o momento.

Por consiguiente la vigilancia y el control debe ceñirse a comprobar si los trabajadores cumplen adecuadamente sus obligaciones contractuales, a "verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales" y ha de hacerse respetando la dignidad y a la intimidad del trabajador, evitando abusos o extralimitaciones en esas vigilancias y controles, los cuales han de hacerse de modo proporcionado en la forma, método, lugar o momento y respetando el contenido esencial del derecho, para que la medida controladora o de vigilancia no pueda tildarse de atentatoria a la dignidad personal del trabajador ni a su intimidad, respetando el contenido esencial de este derecho.

[138] MARTÍNEZ FONS, D. "El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo", RL, 2002, I, pág. 248

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

La protección de la vida privada del trabajador desde el derecho a la intimidad en sí mismo y en apoyo en otros derechos fundamentales no podría entenderse en el sentido de que ese derecho no operaría respecto a la "vida profesional del trabajador", la intimidad juega también en los lugares de trabajo y ha de ser protegida allí frente a posibles extralimitaciones del empleador; no resulta aceptable una distinción radical entre "libertad del ciudadano en su vida personal versus subordinación del trabajador en su vida profesional"[139].

No hay duda de que el derecho a la intimidad actúa como límite a las facultades de control y vigilancia que el empleador puede llevar a cabo en la empresa. No obstante, aquél puede sufrir modulaciones o restricciones, necesarias para un mejor desenvolvimiento de la actividad productiva.

El derecho a la intimidad no impide ni puede ser alegado para evitar el ejercicio de las facultades de vigilancia y control por parte del empleador y cede ante intereses constitucionalmente relevantes cuando sea necesario para conseguir el fin legítimo de asegurar el cumplimiento de los deberes contractuales del trabajador. A tal fin el empleador puede supervisar a sus trabajadores, "pues lo contrario supondría vaciar de contenido el derecho de dirección que incumbe a la empresa".

Pues bien determinadas formas de control de la prestación de trabajo pueden resultar incompatibles con ese derecho para que sean compatibles es preciso que las limitaciones impuestas sean:

- Necesarias para lograr un fin legítimo
- Proporcionadas para alcanzarlo
- Respetuosas con el contenido esencial del Derecho.

La legitimación del empleador para controlar lo que se circunscribe a la prestación básica del contrato, esto es, control sobre la prestación del trabajador dentro del proceso productivo y con la consideración debida a su dignidad. Sólo el interés público y/o el consentimiento del titular pueden hacer legítimo el acceso a la esfera privada del que

[139] DEL REY GUANTER, S. "Libertad de expresión e información y contrato de trabajo", Madrid,1994, pág. 82 y ss.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

trabaja por cuenta ajena. Un control desconocedor de las previsiones legales es un control ilegítimo y, por ende, los resultados que de éste se obtengan no podrán fundamentar ninguna consecuencia jurídica posterior.

Cuando la empresa decide adoptar alguna de las medidas de vigilancia o control de los trabajadores, lo hace, generalmente, de manera preventiva y con carácter disuasorio; es decir, para tratar de evitar que por parte de los trabajadores se cometan acciones contrarias a la buena fe que ha de presidir la relación de trabajo y, en su caso, para proteger el patrimonio de la empresa, fin este último que está en la base de la legitimación de la propia medida.

En determinadas circunstancias, el motivo de la puesta en práctica de tales medidas obedece a la existencia de sospechas o indicios de realización, por parte del trabajador, de conductas extrañas a las que deberían presidir la relación laboral, o bien, más sencillamente, porque se desconfía de la actitud del trabajador en el ejercicio de la relación laboral, destacándose como la medida más radical, y por ello la que más roza la inconstitucionalidad, la realización de registros personales sobre el trabajador o en sus dependencias privadas que se encuentran en la empresa.

Las razonables sospechas deben venir motivadas, en general, por la fehaciencia empresarial de la existencia de graves irregularidades del trabajador en su puesto de trabajo : quejas de clientes; sustracción de dinero en la caja de la empresa, o de material de la misma; absentismo del trabajador o incumplimiento de horario; realización de actividades incompatibles con su situación de incapacidad temporal; reproches de compañeros del trabajo; para velar por el cumplimiento por parte de los trabajadores de las obligaciones en materia de seguridad e higiene, o bien, por último, en un interés legítimo de proteger el patrimonio de la empresa .

Sin embargo, no se exige que las irregularidades de las que se tiene constancia produzcan un daño efectivo y real en la empresa , bastando para legitimar la medida que se contravengan los espirituales valores inmanentes de la relación laboral: "lealtad, honorabilidad, probidad, confianza; por lo que a pesar de la inexistencia de perjuicio

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

alguno a la empresa no se enerva la trasgresión para cuya consideración también deben valorarse las condiciones personales y profesionales del trabajador y la confianza depositada en el mismo" .

En uno u otro caso, tanto en el supuesto de vigilancia o control de los trabajadores como en el de registro, se puede llegar a constatar fielmente que el trabajador ha cometido actos contrarios a las normas laborales o, incluso, de naturaleza penal, de lo que se derivarán las correspondientes responsabilidades de una u otra naturaleza y, en su caso, las eventuales responsabilidades indemnizatorias civiles derivadas de aquéllas.

Puede suceder, por el contrario, que, tal y como se ha comentado, los indicios fueran inconsistentes o, por cualquier otra circunstancia, la medida de vigilancia o control adoptada, o el registro practicado, no deparase el resultado esperado y resulte infructuoso, en cuyo caso podría llegar a invertirse la responsabilidad, pudiendo exigirse del empleador la que proceda, según qué casos.

Pero no puede descartarse que puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empleador en la intimidad de los trabajadores también en los lugares de trabajo, en los lugares de la empresa en que se desarrolla la actividad laboral, y ello afecta en particular a las formas o medios de realizar el control, muy facilitado hoy por los medios audiovisuales. Atendiendo a las circunstancias del supuesto concreto, el empleador puede incurrir en los lugares de trabajo en excesos de control de los trabajadores que supongan intrusiones ilegítimas en su derecho a la intimidad. Tal sería, p.ej., la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que se ha denominado esfera propia de desarrollo del individuo[140]

Asi tenemos en la legislación española en relación con el art. 2 de la LO 1/1982 de 5 Mayo de 1982, *considera intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad, entre otras, y sin perjuicio de los supuestos de consentimiento expreso del titular del derecho*

[140] He aquí una salvedad, pues algunos autores consideran que aquel bloque de laboralidad constitucional debe ser entendido extensivamente como parte de los derechos fundamentales, aunque no estén establecidas así en la Constitución, pues la relación que comprende el capitulo referido a derechos fundamentales no es taxativa. Véase: **TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge**, *Instituciones del Derecho Laboral*, Gaceta Jurídica, 2005, Pág. 76.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

y de actuaciones autorizadas por una ley, el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, filmación, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas y la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

Por consiguiente ha de tenerse en cuenta la finalidad real perseguida, así si existen razones de seguridad que justifiquen la implantación de los medios de control por el tipo de actividad que se desarrolle y si se trata de elementos audiovisuales el carácter indiscriminada y masivo, su visibilidad, etc. y desde luego la proporcionalidad de las medidas de control desde la idea de la intervención mínima; por lo que para proceder al control del trabajador entraría en juego el juicio de ponderación de intereses: proporcionalidad, idoneidad y necesidad, que modula la medida concreta en relación con la invasión que se produce en el derecho fundamental del trabajador.

6.1. PONDERACIÓN: PODER DE DIRECCIÓN Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD

La pregunta que habría que hacerse es si, en el uso de ese poder de control y vigilancia, el empleador, en ocasiones, transgrede el derecho a la intimidad del trabajador y la buena fe contractual.

Evidentemente nos encontramos ante una cuestión espinosa, por lo que aventurarse a establecer conclusiones puede ser arriesgado, si bien, cabe afirmar que ni el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador pueden tener como consecuencia un resultado lesivo para los derechos fundamentales del trabajador, ni la ausencia de todo control sobre la actividad profesional del trabajador puede acarrear una lesión de los derechos legítimos del empleador. Por lo tanto, el hecho de que los empleados necesiten de esas Tecnologías para llevar a cabo sus tareas no significa que esté legitimado para utilizarlas para fines privados.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

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 descubiertos.

El empleador a la hora de utilizar medidas de monitorización laboral ha de respetar el denominado principio de proporcionalidad e intervención mínima y que implicaría que el control y vigilancia no se lleve a cabo de forma masiva e indiscriminada, y mucho menos de forma encubierta, así como 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.

De este modo las medidas tomadas tienen que ser justas y proporcionales, no anulando ni perjudicando la intimidad y trabajador, e incluso prohibiéndose 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.

El paradigma del principio de proporcionalidad, condiciona el objeto, lugar, la forma y los medios utilizados para el control. La expresión intromisiones extrañas de la empresa determina en positivo el ámbito de lo íntimo y personal que ha de ser respetado por el empleador, a contrario sensu, la expresión intromisiones “no extrañas” de la empresa nos permite indicar el ámbito de facultades legítimas de control empresarial de conductas y de acceso a datos personales del trabajador que, por su naturaleza y contenido, no exceden de la esfera del compromiso contractual y guardan relación estrecha con el trabajo[141].

La ponderación que supone el principio de proporcionalidad impide el sacrificio a priori de un de los derechos en conflictos el de libertad de empresa y el derecho a la intimidad, y obliga a proteger el derecho fundamental frente a limitaciones o constricciones

[141] VALDÉS DAL-RE, F., “Contrato de trabajo, derechos fundamentales del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia, cit., pág. 6 y ss.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

injustificadas “procedentes de conductas activas o pasivas del empresario”, habiendo de verificarse si la medida empresarial es adecuada, imprescindible y proporcionada al sacrificio del derecho.

El debate jurídico nace del enfrentamiento entre lo que se da en llamar el poder de dirección empresarial , que 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, el derecho a la intimidad y la dignidad de los trabajadores.

Por lo que respecta al trabajador, éste tiene derecho a su intimidad y privacidad, reconocido constitucionalmente, tanto en el desempeño de operaciones profesionales como no profesionales, ya que, en muchos casos, la disociación es imposible. Por lo tanto, tiene derecho a un espacio reservado, en cuanto a su intimidad y vida privada en el seno de la relación laboral, o lo que es lo mismo, no por el hecho de firmar un contrato renuncia a su vida privada.

De este modo, el hecho de que el trabajador se encuentre en su lugar de trabajo, cumpliendo sus obligaciones, no significa que no le pertenezcan espacios de 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.

José Luis Ugarte ha propuesto que las medidas hasta ahora existentes para poder controlar de alguna manera, la problemática del balanceo y ponderación de los derechos dentro de una relación laboral. Son las siguientes[142]:

- Considerar que existe un derecho a la intimidad plenamente vigente en la relación laboral, cuyo titular es el trabajador y cuyo sujeto pasivo es el empleador.

[142] UGARTE, JOSÉ LUIS, “El derecho a la intimidad y las relaciones laborales”, Revista de Derecho del Trabajo, Montevideo, Uruguay, Marzo 2000, Pág. 12.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

- La vigencia de dicho derecho fundamental a la intimidad, dotado de efecto horizontal, debe ser "matizada" dentro de la relación laboral, frente a los derechos constitucionales del empleador, con los que puedan entrar en colisión, como son los derechos de propiedad, la libre contratación y la libertad económica.

- Dicho matiz, que no viene dado por la estructura normativa del derecho, sino por la modalidad de vigencia que adoptan los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, importa una tarea de ponderación de derechos en juego o competencia, la que se matizará en diversas operaciones de "balanceo o sopeso" entre la intimidad y los derechos económicos del empleador.

- El balanceo o sopesamiento de los derechos en juego para cada caso en particular, no pueden ser afectados de antemano por el sistema normativo, sino que dicha tarea corresponde al órgano aplicador del derecho, solo quedando a la dogmática laboral intentar fijar criterios genéricos que permitan encontrar puntos de equilibrio entre los derechos en competencia, en este caso, entre la intimidad del trabajador y los derechos económicos del empleador.

Asimismo la doctrina señala a fin de solucionar tal tensión, que existen dos dimensiones que analizar: una dimensión de descarte y la otra de equilibrio.

En la primera, no existe en rigor, sopesamiento que efectuar, ya que se trata de aquellas zonas de la vida del trabajador donde la colisión de los derechos no se produce o produciéndose, está tajantemente resuelta a favor de una de las partes de la relación laboral.

En el caso de la intimidad, hay ciertos aspectos de la vida del trabajador que no es legítimo que el empleador conozca en ninguna circunstancia de una relación laboral normal, comprendiendo entre otros aspectos; los hábitos personales, el origen racial, las ideologías, las actuación políticas, y por ello, siempre la balanza deberá inclinarse a favor del derecho a la intimidad, quedando de actuación descartado la preeminencia de los derechos del empleador.

En sentido opuesto, la dimensión de descarte a favor de los derechos del empleador, dice relación con aquellos aspectos de la vida del trabajador que, en principio, indudable

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

y legítimamente pueden ser conocidos por el empleador, y que escapan de la protección normativa del derecho a la intimidad, tales como: individualización del trabajador, datos referidos a su aptitud o actuación personal para el cargo, forma de desarrollar los servicios convenidos, experiencia anterior, cumplimiento de deberes militares, etc.

Por el contrario, según el dictamen No 2328/130, resultaría lícita la implementación de estos mecanismos de control audiovisual, cuando se cumpla alguno de los siguientes supuestos:

i) estos mecanismos de control resulten objetivamente necesarios por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos (materiales tóxicos o peligros, alto costo de las maquinarias o de las materias primas, etc.), o

ii) la introducción de estos controles sea requerida por razones de seguridad, sea de los propios trabajadores o de terceros (prevención de asaltos a bancos, aeropuertos, prevención de comisión de hurtos en centros comerciales, etc.).

En concreto, el organismo fiscalizador ha precisado en este pronunciamiento que el principio de proporcionalidad se traduce en un examen de admisibilidad, esto es , de ponderación de la restricción que se pretende adoptar basado en la valoración del medio empleado, vale decir, la constricción del derecho fundamental, y el fin deseado a través del ejercicio del propio derecho. Por tanto, en virtud de este principio se exige que la medida limitativa, en este caso el control visual, sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa.

En relación con la aplicación del principio de proporcionalidad al cual se refiere el dictamen recién citado, nos parece útil hacer una referencia a la sistematización que de él ha efectuado el Tribunal Constitucional español ha resuelto en la sentencia 186/2000, de fecha 10 de abril de 2000, que: “[...] las modulaciones al ejercicio de los derechos fundamentales que la relación laboral impone tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de tal manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

menos agresivas y afectantes al derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas [...]"

La limitación a las garantías constitucionales por el ejercicio de otro derecho fundamental (v. gr. del empleador) es posible, siempre que, por un lado, se respete el principio de proporcionalidad, que sirve de medida de valoración de su justificación constitucional. Se produce así, un examen de admisibilidad (ponderación) de la restricción que se pretende adoptar basado en la valoración del medio empleado (constricción del derecho fundamental) y el fin deseado (ejercicio del propio derecho).

Pues bien, conforme al parecer de este Tribunal, el principio de proporcionalidad supone un juicio en el que han de constatarse si se cumplen tres requisitos:
i) juicio de idoneidad: la medida de control que pretende adoptar el empleador debe ser susceptible de conseguir el objetivo propuesto;

ii) juicio de necesidad: la medida debe ser necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia;

iii) juicio de proporcionalidad en sentido estricto: debe evaluarse si la medida es ponderada y equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes y valores en conflicto.

En consecuencia, si la medida de control dispuesta por el empleador que trae aparejada alguna limitación de una garantía constitucional de los trabajadores es concordante con la aplicación del principio de proporcionalidad, en los términos arriba indicados, cabría concluir que su aplicación es lícita y no podrían los trabajadores oponerse a ella en cuanto se mantengan las circunstancias conforme a las cuales se efectuó la ponderación de su legitimidad. Con todo, no se puede desconocer que estamos frente a una tarea tremendamente compleja que, en estricto sentido, debería ser asumida exclusivamente por los Tribunales de Justicia

Resulta pertinente a esta altura de desarrollo, plantear alguna forma de solucionar la colisión de derechos fundamentales del empleador y del trabajador, teniendo como guía lo que la doctrina ha desarrollado sobre este punto.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Boza Pró plantea encontrar el punto de equilibrio en esta relación de tensión de los diferentes intereses en juego, sobre todo, cuando la pugna sea entre derechos fundamentales, situación en la que será útil acudir a la doctrina de la "ponderación" de derechos, consolidada en la jurisprudencia constitucional de países europeos y anglosajones. [143]

En palabras del Tribunal Constitucional español, lo anterior significa que, producido el conflicto, "se impone una necesaria y casuística ponderación de intereses", a fin de determinar qué derecho debe ceder y con qué intensidad. Entonces, el camino por ahora sería buscar el "punto de equilibrio" y acudir a la doctrina de la "ponderación".

De similar opinión también es Juan Carlos Cortés Carcelén cuando afirma 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. (…) La debida ponderación de derechos fundamentales en pugna tendrá como consecuencia una canalización adecuada del conflicto y una solución aceptada por las partes*"[144].

Se colige que dentro de una relación laboral de ninguna manera se podrá decir que las facultades del empleador puedan trasgredir derechos fundamentales de la persona del trabajador, en cambio sí podríamos afirmar que ciertas facultades propias del empleador se ven limitadas(no trasgredidas) ante la existencia y reconocimiento de estos derechos protectores del trabajador.

Mas es posible encontrar argumentos a favor de la limitación de los derechos fundamentales porque, según se afirma, todo dependería de la posición jurídica del trabajador, rectius: subordinación.

---

[143] BOZA PRÓ, Guillermo, Despido nulo y protección de la libertad sindical, (citado 29.07.08), artículo en línea: www.amag.edu.pe/ web/html/servicios/archivos_articulos/2001/Boza_despido.htm

[144] CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos, Óp. cit. Págs. 74-75

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

"(…) el trabajador, al no estar directamente inmerso dentro de una sociedad, sino en una empresa concreta, el poder de dirección del empleador ha de ser una fuente legítima de limitación de los derechos fundamentales, de manera que la posición jurídica que el trabajador dependiente asume le impone de por si una serie de condicionamientos"[145].

La crítica a este planteamiento va por comprender que el trabajador no deja de ser persona al estar inmerso en una relación de trabajo, el amparo de sus derechos que en su totalidad lo acompañan en la actividad económica, social, etc., que realice, son inherentes. Además, que el poder de dirección ciertamente encuentra en la protección constitucional de los derechos inespecíficos del trabajador un límite, con esto no queremos decir que habrá preponderancia por uno de ellos, sino que al analizar una colisión de derechos entre empleador y trabajador se tendrá que someter a juicio de ponderación.

Mas cabe analizar si la actitud del empleador, en el uso de sus facultades, tiene connotaciones adecuadas, necesarias o indispensables, y proporcionales.

Serán adecuadas, si la limitación impuesta por el empleador sirve o no para garantizar su libertad de empresa y las facultades de ella derivadas, si es indispensable o necesaria, si la restricción al derecho fundamental del trabajador es estrictamente imprescindible para salvaguardar el derecho que se le opone, si es proporcional, si la restricción al derecho fundamental guarda una relación razonable y proporcionada con la relevancia del interés que se ha tratado de proteger por parte del empleador[146].

Diversos autores afirman que el juicio de ponderación es la vía correcta para dar solución a éste, se señala que "en estos juicios o procesos de análisis subyace la noción de colisión de derechos de igual nivel, y en el que no existe una preponderancia de unos sobre otros, en tanto si fuera este supuesto no existiría un juicio de ponderación porque un derecho se impone sobre el otro".

[145] GARCÍA VIÑA, Jordi, La situación de los derechos fundamentales en la relación laboral en España, Revista Jurídica del Perú, Año LV. Nº 62, mayo-junio, 2005, Pág. 180.

[146] MUCHA GARCÍA, Raúl Eduardo, Los derechos inespecíficos laborales, Actualidad Empresarial, Nº 225, Segunda Quincena de Febrero 2011

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Como dice FERNÁNDEZ LÓPEZ, "el funcionamiento de la empresa no puede utilizarse como excusa para la anulación de los derechos constitucionalmente reconocidos". Así pues, la libertad organizativa será defendible hasta un momento determinado, pero no pasando por alto los derechos constitucionales que el trabajador tiene reconocidos, pues lo contrario supondría negarles toda relevancia en la relación de trabajo[147].

En esta línea de ideas dentro de la jurisprudencia española tenemos la STC 186/2000, donde el Tribunal, determina que, *para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), si además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad), y, finalmente si es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).*

En palabras del Tribunal Constitucional español, como afirma Boza Pró, producido el conflicto, "se impone una necesaria y casuística ponderación de intereses", consolidada en la jurisprudencia constitucional de países europeos y anglosajones., a fin de determinar qué derecho debe ceder y con qué intensidad. Es necesario buscar un punto de equilibrio en la colisión de estos derechos y al parecer el juicio de ponderación a aplicárseles sería el correcto[148].

Al respecto, Cortés Carcelén afirma que "*el juez en última instancia (es) quien tendrá la labor de determinar el equilibrio entre los derechos en pugna y cuál es la porción de los derechos que se van a aplicar y cuál de ellos se va a limitar. Sin embargo, previamente a eso el juez debe determinar si existe o no una colisión de derechos, es decir, si la colisión es real o sólo es aparente. En segundo lugar, decidirá si la*

[147] FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Libertad ideológica y prestación de servicios", Relaciones Laborales,1995, pág. 34

[148] BOZA PRÓ, Guillermo, Despido nulo y protección de la libertad sindical, (citado 29/07/2008), artículo en línea: www.amag.edu.pe/web/html/servicios/archivos_articulos/2001/Boza_despido.htm

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

restricción de derechos realizada es correcta o más bien no se ha realizado una adecuada ponderación de los derechos en pugna"[149].

El Tribunal Constitucional Español, estableció que no corresponde limitar el alcance del derecho a la intimidad de los trabajadores a las zonas del centro de trabajo donde no se desempeñen los cometidos propios de la actividad profesional (vestuarios, lavabos, etc.) dado que pueden producirse intromisiones ilegítimas dentro del ámbito de desempeño de la tarea profesional.

Al ser la intimidad un atributo de la personalidad, no se concibe que la misma tenga límites geográficos y a lo sumo podría presumirse que quien se exhibe en público podría estar configurando una renuncia tácita, pero por cierto este no es el supuesto del trabajador cuando se desplaza por áreas laborales. En síntesis, no es el lugar, sino la persona, lo que protege el derecho a la intimidad.

En medio de estas zonas de preeminencia categórica de la intimidad, por una parte, o del poder de dirección del empleador, por otra, existe una "zona problemática", donde se plantea de frente y de modo más crudo la colisión entre la intimidad y el poder de dirección de las partes de la relación laboral, y donde se exige de modo más imperativo en "balanceo y sopesamiento" de los derechos, para lograr un punto de equilibrio que solucione satisfactoriamente el problema de ponderación.

[149] 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 previsional, Academia de la Magistratura, 2004, Pág. 60.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPITULO IV

CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA FACULTAD LABORAL: PODER DE DIRECCION

1. DERECHOS FUNDAMENTALES VS. DERECHOS LABORALES

1.1. Teorías de la eficacia los derechos fundamentales.-

1.1.1. TEORÍA DE LA EFICACIA MEDIATA O INDIRECTA:

Para esta teoría, los derechos fundamentales participan de una doble naturaleza, a saber: reconocen derechos de libertad oponibles frente a los poderes públicos, como a su vez, son normas objetivas de principio, esto es, definen un sistema de valores incorporado a la Constitución, que, al estar dotado de un efecto de irradiación influye en la interpretación del ordenamiento jurídico en su conjunto y vincula a todos los poderes del Estado.

En el sector del ordenamiento privado, al que pertenece el laboral, esta influencia, sin embargo, se manifiesta a través de cláusulas generales que son propias, al estilo de la buena fe o del orden público. Es a través de estas cláusulas, entonces, como se produce el efecto de irradiación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

En relación con lo anterior, se sostiene que existe un deber del juez de interpretar y aplicar las normas laborales conforme al orden objetivo, lo que significa que se obliga al órgano judicial a valorar la influencia de las normas iusfundamentales sobre las cláusulas generales y, en caso de hacer apreciado un elemento de influencia, efectuar una interpretación de las normas legales de naturaleza privada conforme con el efecto de irradiación.

En consecuencia, según esta posición, la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre sujetos privados se lleva a cabo de una manera indirecta, filtrándose a

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

través de las normas de Derecho Privado. En particular, esta influencia ha de verificarse ya sea mediante la concreción legislativa del alcance de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados, o bien, en virtud de la intermediación del juez con su labor interpretativa de las normas de Derecho Privado, en particular, de las cláusulas generales.

1.1.2. TEORÍA DE LA EFICACIA INMEDIATA O DIRECTA.-

Esta vertiente de pensamiento reconoce directamente la vinculación de los derechos fundamentales, en tanto derechos subjetivos amparados con la garantía constitucional, a las relaciones entre particulares. De esta manera, entonces, el derecho fundamental es también oponible frente a sujetos privados, y lo es con independencia de de que una ley haya procedido o no a delimitar el contenido constitucionalmente protegido por el derecho.

En caso de existir, el juez tendrá que aplicar el bloque de la norma iusfundamental integrado por la Constitución y la ley como fundamento de su decisión, pudiendo ejercer, si el ordenamiento jurídico lo considera, el oportuno control a través del juicio de proporcionalidad. Pero de no existir norma legal, el juez deberá ponderar en qué medida la conducta o comportamiento de un particular produjo una lesión de un derecho fundamental de otro particular y, en caso de constatar la existencia de esa violación, amparar la petición del justiciable[150].

[150] CAMAÑO ROJO, EDUARDO, La eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXVII, Semestre I, 2006, p. 19 s.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1.2. LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En la definición enunciada en la primera sección del presente capítulo se precisó que el derecho a la intimidad comporta un carácter relativo, como término contrapuesto al de 'carácter absoluto' o ilimitado, lo cual a la luz de los derechos humanos y/o fundamentales supone un tratamiento específico de cara a su restricción o limitación teniendo en cuenta las condicionantes constitucionales, y restricciones en orden legislativo, así como también los aspectos formales y materiales.

En este sentido, Correa afirma que los derechos fundamentales sólo pueden ser limitados con base en la Constitución, lo que en su decir pone de manifiesto la inexistencia de derechos absolutos en el ordenamiento jurídico aun y cuando se trate de derechos fundamentales, siendo menester lograr el balance "…difícil pero necesario entre derechos, bienes, valores y principios reconocidos todos como componentes del orden jurídico fundamental de la comunidad"[151].

Por su parte Casal distingue entre 'limitación' y 'restricción. A tal efecto, sostiene que son dos los posibles propósitos que se hallan en la 'limitación' de los derechos fundamentales que de forma implícita o explícita están contenidos en la Carta Magna; a saber: (i) La reducción del alcance de la facultad o libertad protegida; o (ii) la necesidad de coordinar el ejercicio del derecho respecto de otros derechos o bienes constitucionalmente tutelados[152].

En tanto que, hablar de 'restricción' supone más bien atender a las imposiciones de condicionamientos al ejercicio del derecho fundamental que vienen formuladas por la ley pero siempre con base en el texto constitucional. De allí que sostenga que "La restricción no reduce el alcance constitucional del derecho, que permanece incólume, pero si prohíbe o condiciona algunas acciones o facultades en principio amparadas por

[151] CORREA HENAO, Magdalena. *La limitación de los derechos fundamentales*, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

[152] CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María. Los derechos humanos y su protección: (estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales). Universidad Católica Andres, 2008. Pág. 61

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

la libertad reconocida, o implica o autoriza una injerencia en el bien jurídico garantizado"

Con base en ello y bajo un esquema similar al de límites formales y materiales desarrollado, se propone examinar los aspectos formales (reserva legal, determinación o precisión de la regulación; y carácter orgánico de la ley) y materiales (licitud del fin perseguido, proporcionalidad, intangibilidad del contenido esencial del derecho; y compatibilidad con el sistema democrático) de cara al establecimiento de las "Condiciones para la limitación o restricción de los derechos fundamentales".

A este tenor, cuando considera la *reserva legal*, lo hace en el entendido que ni la administración ni otros órganos del poder público están facultados para afectar derechos fundamentales a menos que exista un 'respaldo legal', esto es, una norma jurídica que así lo establezca, siendo que dicha norma emane del cuerpo parlamentario respectivo siguiendo a tales fines el procedimiento previamente establecido en la Constitución vigente.

Por ello Casal sostiene que "…la reserva legal impide no sólo a la administración sino también a los jueces recortar el libre ejercicio o disfrute de un derecho fundamental", en razón de lo cual considera criticable aquellas sentencias que niegan o reducen la aplicación o eficacia (respectivamente) de la tutela que la Constitución ofrece bajo el argumento de la carencia parcial o absoluta de desarrollo legislativo; así como también las decisiones que tergiversan el contenido constitucionalmente atribuido a un derecho fundamental, sosteniendo tal criterio en la necesidad de determinar el grado de vigencia de facultades relacionadas a aquel hasta tanto se genere la intervención legislativa.

En un sentido muy agudo, Correa advierte lo siguiente: La claridad de la garantía de la reserva de ley para la delimitación y limitación de los derechos fundamentales, ha suscitado empero dificultades cuando se introduce en su entendimiento lo previsto en otras disposiciones de la Carta que hacen referencia a competencias conexas del o de los legisladores (en el caso español). La complejidad que de ello se desprende, se plantea en todo caso como un problema intra legem, esto es, entre leyes orgánicas o estatutarias, leyes ordinarias y leyes autonómicas. Significa lo dicho, que no será la verificación o no

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

del principio democrático como poder de decisión, el criterio para la solución de los posibles conflictos en la interpretación conjunta de tales normas, pues como leyes –en sentido material y formal- en todas se encuentra realizado[153].

Respecto de la *determinación de la regulación* y el *carácter orgánico* de la ley, aspectos que están en estrecho vínculo con el punto antes abordado relativo a la reserva legal, el primer elemento (determinación de la regulación) se refiere a que las limitaciones establecidas a los derechos humanos y/o fundamentales deben ser 'cabalmente conocidas' por sus titulares de suerte que tengan certeza "…sobre el ámbito de ejercicio lícito".

En cuanto al carácter orgánico, su consideración se basa en que este tipo de leyes tiene como uno de sus objetos, el desarrollo de derechos constitucionales, puesto que los bienes constitucionales no sólo se encuentran en normas de propia Constitución, sino además en leyes orgánicas y en principios.

En suma, en el estado actual de nuestro Derecho Constitucional, atribuirle un rango superior a las leyes orgánicas, generaría una ruptura en el atípico funcionamiento del principio de jerarquía normativa, significa convertirlas en "superleyes", pues de esa manera sólo por ostentar esa denominación estarían ubicadas teóricamente en un escalón intermedio entre la Constitución y las demás leyes nacionales, lo que conduciría a sostener a priori que cualquier conflicto que se suscitase entre una ley orgánica y cualquier otra ley debería resolverse aplicando preferentemente la primera. [154]

Ahora bien desde el punto de vista material es menester tener en cuenta cuatro requisitos de alcance general. El primero de ellos se refiere a la licitud del fin perseguido por el legislador al momento de fijar las limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales. La exigencia aquí es respecto de la compatibilidad exigible respecto de los preceptos constitucionales "…y de los valores sobre los que gravitan".

---

[153] CORREA HENAO, Magdalena. *La limitación de los derechos fundamentales*, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003. Pág. 66

[154] Peña, J. (2005). ***Los tipos normativos en la Constitución de 1999.*** Caracas: TSJ. Pág 119-120

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Con relación a la *proporcionalidad* como segundo y muy importante requisito material a examinar de cara al establecimiento de limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales, conviene aquí estructurar las tres manifestaciones de dicho principio; a saber: (i) idoneidad, (ii) necesidad; y (iii) proporcionalidad en sentido estricto.

Respecto de la primera manifestación (*idoneidad*) según Casal ello se refiere a "…un criterio fáctico en virtud del cual debe existir un cierto grado de probabilidad de que mediante la medida o previsión legal va a ser logrado el objetivo establecido expresa o implícitamente en la ley".

En cuanto a la *necesidad*, esta se refiere a la *inexorable* aplicación de limitaciones o restricciones a los derechos humanos y/o fundamentales, en virtud de la inexistencia de otras medidas menos gravosas para el derecho en cuestión que permitieren alcanzar el fin perseguido por aquellas.

Por último, en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, Casal señala lo siguiente:

La proporcionalidad en sentido estricto conduce a un examen de la razonabilidad de la medida legalmente prevista considerada en su globalidad, mediante la ponderación de la limitación o restricción sufrida por el derecho, por un lado, y del fin que se busca alcanzar por el otro. Después de haber constatado la idoneidad y necesidad de la medida, debe determinarse si este fin es lo suficientemente significativo como para justificar la medida contemplada por la ley.

En este mismo existen dos explicaciones (tanto en doctrina española como alemana) que procuran precisar el límite del contenido esencial. La primera de ellas (teoría relativa) señala que no existen elementos 'identificables' como 'contenido esencial' de un derecho humano y/o fundamental. Ello obedece a que para las teorías relativas, el contenido esencial no constituye una medida fija y preconcebida, no es estable ni conforma una parte autónoma del derecho fundamental. Se trata en realidad de una categoría conceptual que permite valorar la constitucionalidad o no de los límites que el legislador ha establecido a los derechos humanos y/o fundamentales.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Lo anterior, se sustenta en denominado 'test de razonabilidad' (principio de proporcionalidad en sentido amplio según la teoría alemana), el cual se compone de tres elementos; a saber:

…el examen de la adecuación de la medida limitadora al bien que mediante ella se pretende proteger; el examen de la necesidad de la lesión del derecho para el fin pretendido, por no existir una alternativa menos gravosa; y el denominado principio de proporcionalidad en sentido estricto.[155]

De allí que como bien afirme Peces-Barba no resulta sencillo definir *a priori* cuál es el contenido esencial de los derechos fundamentales, no sólo por tratarse de un concepto jurídico indeterminado, sino además porque tal cuestión devendría en la imperiosa necesidad de precisar un contenido que resulta "propio y diferenciado" entre cada derecho.

Finalmente, un cuarto requisito material se presenta en el examen de las condiciones para la limitación o restricción de los derechos fundamentales; a saber: *la compatibilidad con el sistema democrático*, aspecto que se desprende de su común llamamiento en distintos Tratados y Pactos en materia de derechos humanos y/o fundamentales, "La finalidad de la ley limitativa debe concordar con los principios democráticos, y la ponderación entre el medio empleado y el fin que se pretende obtener ha de realizarse a la luz del orden de valores propios de una democracia".

[155] Martín-Marchesini, G. El Poder de Dirección (1979). *Estudios sobre Derecho Individual de Trabajo. En homenaje al Prof. Mario L. Deveali*. Buenos Aires: Heliasta

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1.3. FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA.-

Una vez aclarado el planteamiento que reconoce la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y, teniendo en cuenta lo ya señalado acerca de las particularidades de las relaciones jurídicas laborales frente a las relaciones contractuales civiles o comerciales, resulta necesario plantearse acerca del rol o función que la teoría de la Drittwirkung representa en el ámbito de la empresa.

Sobre este punto, según lo plantea con precisión Melis, cabe manifestar que la primera y, sin duda, la más importante función a asignar a los derechos fundamentales en la empresa es que ellos se erigen como el principal límite a los poderes empresariales. En efecto, el régimen de libertades y derechos consagrados y reconocidos constitucionalmente lleva necesariamente asociado un sistema de límites a los poderes empresariales, debiendo darse primacía a aquellos por sobre éstos[156].

En concordancia con lo recién expresado, se señala que esta función limitadora de los derechos fundamentales se desarrolla en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral, pues allí donde se ejerzan los poderes empresariales siempre estará presente esta perspectiva limitadora de los derechos fundamentales.

En esta misma línea de pensamiento, LÓPEZ, Diego, manifiesta que: “Todos estos derechos operan como una limitación de los poderes empresariales respecto a la ejecución del trabajo humano; garantizan una contrapartida humana al acuerdo de trabajo por dinero: al considerar al trabajador un sujeto de derechos, necesariamente debe asegurarse que los derechos fundamentales de la persona humana no se pierdan o disminuyan por el hecho de ponerse bajo las órdenes de quien compra un trabajo para utilizarlo en su propio provecho.

El acuerdo económico de remuneración a cambio de trabajo no hace menos persona o ciudadano al trabajador. Hay pues, valores no patrimoniales en el intercambio

[156] MELIS, Christian, Derechos fundamentales y empresas: apuntes para una configuración dogmático-jurídica, ob. cit., pp. 105-106.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

económico del trabajo; el trabajador es titular de derechos y su trabajo no puede utilizarse sino respetando la dignidad humana del prestador. Los derechos fundamentales de la persona humana no pierden vigencia en una relación de trabajo; antes bien, garantizan que los trabajadores no se vean reducidos sólo a una función productiva y económica."[157]

Por otra parte, Melis destaca que el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales a la persona del trabajador cumple una función integradora y unificadora, esto es, se reconoce que estos derechos poseen una verdadera fuerza expansiva en cuanto irradian su valor a la interpretación del conjunto del ordenamiento jurídico laboral. Se crea así un principio de interpretación de la legislación común conforme al texto constitucional, de manera que toda la interpretación de las normas, cualquiera sea su rango y objeto, debe ajustarse a la concepción del trabajador como un sujeto titular de derechos constitucionalmente protegidos, en definitiva, entender las relaciones jurídicas entre sujetos privados como relaciones pluralistas y democráticas. [158]

1.4. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.-

En la Constitución Política de la República no es posible encontrar un reconocimiento expreso, de carácter declarativo, sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Sin embargo, la eficacia directa o inmediata de estos derechos es posible inferirla a partir de una interpretación armónica y sistemática de diversas disposiciones de nuestra constitución.[159]

El reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se ve confirmada por la existencia de derechos y libertades cuyo radio de acción, en virtud de

[157] LÓPEZ, Diego, Los derechos fundamentales en el trabajo, ob. cit., p. 2
[158] LIZAMA, Luis; UGARTE, José Luis, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, ob. cit., p. 33 s.
[159] FERNÁNDEZ, Luis, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, (Editorial Aranzadi, Navarra, 2003), p. 33 s.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

su propia estructura, es tanto el público como el privado (ejemplo: la libertad de expresión, el derecho a la no discriminación, el derecho de propiedad, el respeto y la protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia, etc.), mientras que, por el contrario, existen otros derechos que se desenvuelven exclusivamente en el ámbito privado, como es el caso de los derechos y libertades de carácter típicamente laboral (ejemplo: el derecho de sindicación, el derecho a la negociación colectiva o el derecho a desarrollar cualquier actividad económica).[160]

Finalmente, en relación con el tema tratado es posible afirmar que los derechos fundamentales deben entenderse como "los componentes estructurales básicos del conjunto del ordenamiento jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, el fundamento del orden público y de la paz social."

2. EFECTO HORIZONTAL DEL DERECHO.

La relación laboral posee un elemento particular que la diferencia de las otras relaciones jurídicas entre particulares, cual es, el vínculo de subordinación del trabajador frente a su empleador, de lo que se deriva que el empleador detente un poder particular frente al trabajador (de dirección y control), que es reconocido y amparado por el propio sistema jurídico.

Se rompe, entonces, la posición de equivalencia presente en las demás relaciones jurídicas de Derecho Privado por la existencia de un elemento de jerarquía entre el trabajador subordinado y su empleador, que es más bien propio de las relaciones de Derecho Público. Además, este elemento esencial de la relación jurídica laboral va a ser precisamente el punto de partida de las tensiones entre el reconocimiento de los poderes

[160] GAMONAL, Sergio, *Los derechos del trabajador en la Constitución chilena*", en SOCIEDAD CHILENA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, (Nº 3/2004), pp. 38-41.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

del empresario y de los derechos fundamentales del trabajador, en cuanto persona y ciudadano, en el ámbito concreto de la empresa.

Los derechos fundamentales tienen plena vigencia en las relaciones jurídicas entre particulares, cuyo efecto Horizontal, permite sostener la existencia de derechos, como el de Intimidad en una relación laboral, donde su titular pasa a ser el trabajador.

Ello es producto de la adopción de la doctrina que hoy domina en el mundo comparado, conocida como la doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte, y que, como explica VON MUNCH, "la jurisprudencia y la doctrina constitucional y civil alemanas entienden como la vigencia de derechos fundamentales entre ciudadanos en el tráfico jurídico privado" y cuyo origen histórico proviene, paradójicamente, de la justicia laboral[161].

Ahora bien, la doctrina de la Drittwirkung plantea el pleno reconocimiento de los derechos fundamentales en el ámbito privado de las personas, es decir, en sus relaciones con terceros. Esto supone, entonces, que estos derechos rigen como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones jurídicas entre privados, siendo oponibles, por tanto, no sólo a los poderes públicos, sino también a las personas privadas, desarrollando así una eficacia horizontal[162].

Dicha idea supone, como señala ROJAS, que los derechos fundamentales "rigen inmediatamente como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones privadas, que no solamente informan de los derechos del ciudadano ante el poder público, sino en cualquier situación y frente, también, a otro sujeto privado".

En otras palabras, esta doctrina corresponde a "la posibilidad de que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos, como por ejemplo, el derecho de propiedad, el derecho a

[161] VON MUNCH, I. *Drittwirkung de Derechos Fundamentales en Alemania*. En Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada. Cuadernos Civitas. España. 1997. P. 25.
[162] Melis, Christian, Derechos fundamentales y empresas: apuntes para una configuración dogmático-jurídica, en Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social 3 (Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004), pp. 73-74.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

no ser discriminado, la libertad de emitir opinión, el derecho a la intimidad o el derecho moral del autor".

De esta suerte, en aplicación de las relaciones jurídicas entre particulares tiene plena vigencia los derechos fundamentales, cuyo efecto horizontal, permite sostener la existencia, entre otros, de un derecho a la intimidad dentro de la relación laboral, cuyo titular, es el trabajador y cuyo sujeto pasivo es el empleador.

El profesor José Luís Ugarte señala que existe el llamado “Efecto Horizontal del Derecho”, aludiendo a la idea, que si los derechos constitucionales son exigibles entre ciudadanos particulares, como por ejemplo, entre el trabajador y el empleador, o sólo corresponden a derechos que el ciudadano tiene para oponer frente a la acción del Estado.

La relación laboral posee un elemento absolutamente particular, respecto del resto de las relaciones de carácter privado: “El grado de Subordinación y Dependencia por parte del trabajador en relación con su empleador, esto es, el ejercicio por parte de un particular de un poder que, admitido por el propio sistema jurídico, recae sobre otro particular”. A este poder se le denomina, “potestad jurídica de mando” o “poder de dirección”, y que tiene como correlato jurídico “el deber de obediencia” del trabajador.

Así el poder de dirección o las facultades del empleador, ya sea que deriven de la ley o del contrato de trabajo respectivo, y aún cuando, se entienda que tiene su fundamento último en el derecho de propiedad, que de igual forma tiene rango constitucional, necesariamente debe someter su ejercicio al respeto de esa esfera personal del trabajador a la que terceros no deben tener acceso, conocida como privacidad o intimidad.

La plena inserción de los derechos fundamentales en este caso de la intimidad, en la relación laboral se constituye en un escenario oscuro, ya que por una parte, un soporte jurídico normativo constitucional, formado por una nueva concepción del ciudadano como portador de derechos fundamentales en sus diversas relaciones interpersonales, incluidas las laborales, con una legislación y una práctica laboral, por otro lado, construida sobre un modelo de obediencia y fidelidad propia de una persona

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

subordinada al poder y control de otro particular, cuestión que justificaría un análisis especial de este tipo de derechos fundamentales dentro o al interior de esta especialísima relación jurídica.[163]

Entonces el gran dilema, es cómo combinar el derecho de intimidad del trabajador y la potestad de mando del empleador; la pronta respuesta que se puede presentar, es que, dicho derecho con rango de garantía constitucional, no puede ser restringido, afectado o limitado, sino sólo por la existencia de otro derecho de igual rango, o por expresa disposición legal que así lo determine, pese a que en nuestro cuerpo constitucional se señala.

A modo de esquematización, cabe señalar la idea planteada por el profesor José Luis Ugarte; el cual establece que las medidas hasta ahora existentes para poder controlar de alguna manera, la problemática del balanceo y ponderación de los derechos dentro de una relación laboral. Son las siguientes:

- Considerar que existe un derecho a la intimidad plenamente vigente en la relación laboral, cuyo titular es el trabajador y cuyo sujeto pasivo es el empleador.

- La vigencia de dicho derecho fundamental a la intimidad, dotado de efecto horizontal, debe ser "matizada" dentro de la relación laboral, frente a los derechos constitucionales del empleador, con los que puedan entrar en colisión, como son los derechos de propiedad, la libre contratación y la libertad económica.

- Dicho matiz, que no viene dado por la estructura normativa del derecho, sino por la modalidad de vigencia que adoptan los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, importa una tarea de ponderación de derechos en juego o competencia, la que se matizará en diversas operaciones de "balanceo o sopeso" entre la intimidad y los derechos económicos del empleador.

- El balanceo o sopesamiento de los derechos en juego para cada caso en particular, no pueden ser afectados de antemano por el sistema normativo, sino que dicha tarea

[163] UGARTE, JOSE LUIS; El derecho a la intimidad y la relación laboral.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

corresponde al órgano aplicador del derecho, solo quedando a la dogmática laboral intentar fijar criterios genéricos que permitan encontrar puntos de equilibrio entre los derechos en competencia, en este caso, entre la intimidad del trabajador y los derechos económicos del empleador.

Finalmente, la doctrina señala a fin de solucionar tal tensión, que existen dos dimensiones que analizar: una dimensión de descarte y la otra de equilibrio.

En la primera, no existe en rigor, sopesamiento que efectuar, ya que se trata de aquellas zonas de la vida del trabajador donde la colisión de los derechos no se produce o produciéndose, está tajantemente resuelta a favor de una de las partes de la relación laboral. En el caso de la intimidad, hay ciertos aspectos de la vida del trabajador que no es legítimo que el empleador conozca en ninguna circunstancia de una relación laboral normal, comprendiendo entre otros aspectos; los hábitos personales, el origen racial, las ideologías, las actuación políticas, y por ello, siempre la balanza deberá inclinarse a favor del derecho a la intimidad, quedando de actuación descartado la preeminencia de los derechos del empleador.

En sentido opuesto, la dimensión de descarte a favor de los derechos del empleador, dice relación con aquellos aspectos de la vida del trabajador que, en principio, indudable y legítimamente pueden ser conocidos por el empleador, y que escapan de la protección normativa del derecho a la intimidad, tales como: individualización del trabajador, datos referidos a su aptitud o actuación personal para el cargo, forma de desarrollar los servicios convenidos, experiencia anterior, cumplimiento de deberes militares, etc.

En medio de estas zonas de preeminencia categórica de la intimidad, por una parte, o del poder de dirección del empleador, por otra, existe una “zona problemática”, donde se plantea de frente y de modo más crudo la colisión entre la intimidad y el poder de dirección de las partes de la relación laboral, y donde se exige de modo más imperativo en “balanceo y sopesamiento” de los derechos, para lograr un punto de equilibrio que solucione satisfactoriamente el problema de ponderación.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.1. RECONOCIMIENTO DE LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL.-

El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales del trabajador, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos, resaltándose la eficacia de los derechos fundamentales en el plano de las relaciones laborales y, además, de manera especial, la función que tienen estos derechos como límite al ejercicio de los poderes empresariales.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta la escasa incidencia que en la implementación práctica de la teoría de la Drittwirkung han demostrado hasta el momento los Tribunales de Justicia peruanos, debemos reconocer que la norma tiene más que nada un valor simbólico-declarativo.[164]

Con todo, independientemente de esta falencia, creemos que esta norma es de todas formas relevante, ya que puede contribuir a generar un cambio cultural en los actores sociales, en vistas a internalizar, en la práctica, la validez de los derechos fundamentales en el plano de las relaciones laborales.

Desde esta perspectiva, lo importante y, a la vez, el principal mérito de esta reforma legal, es que ahora los trabajadores "conocen" gracias a esta disposición que los derechos fundamentales que detentan por su condición de personas no pierden vigencia o sentido al interior de la empresa, como asimismo, que éstos constituyen un límite al poder empresarial. Además, destaca la ubicación de este precepto, por sobre la irrenunciabilidad de los derechos laborales, con lo que queda clara la jerarquía superior y la eficacia de los derechos fundamentales por sobre los derechos estrictamente laborales.

[164] UGARTE, José Luis, Los derechos fundamentales y las relaciones laborales: en el mundo de las palabras, ob. cit., p. 28.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.2. ¿Pero cuándo es que se traspasa el límite del ejercicio del derecho de control?

La respuesta es difícil, ya que si bien puede existir rápida coincidencia en sostener que el límite lo establece el respeto a la dignidad e intimidad del trabajador o formular similares, dicho acuerdo sólo es posible a cambio de una vaguedad semántica demasiado acentuada.

En lo concreto, y prescindiendo de la ardua tarea de determinar límites efectivos a la potestad de control de la actuación laboral, tan legitimada en la doctrina nacional como en la extranjera, cabe señalar que el derecho comparado no muestra excesiva preocupación por la materia.

Para ello, debo partir señalando que los derechos fundamentales resultan ser una garantía de protección y desarrollo de los derechos de toda persona humana y que finalmente le permiten a una persona realizarse como tal. De esa definición, podemos ver como los derechos fundamentales resultan ser inherentes a todo ser humano, situación que hace que deban de gozar de especial protección a fin de asegurar su vigencia y ejercicio efectivo.

Las características principales de los derechos fundamentales son las siguientes: (i) es el hombre (la persona) quien los posee por el simple hecho de serlo; (ii) son inherentes a la persona; y (iii) son consagrados y garantizados por la sociedad política[165]

La última de las características señaladas es la que determina su positivización, ya que en cualquier sistema jurídico los derechos fundamentales se encuentran expresamente reconocidos en los textos constitucionales.

Las clasificaciones o listados de derechos pueden ser diversos, y es que éstos pueden ser personalísimos (vida; identidad; integridad moral, psíquica y física; libre desarrollo; bienestar; concebido como sujeto de derecho; igualdad ante la ley; libertad de

[165] LANDA ARROYO, César. "Teorías de los derechos fundamentales", texto que puede ser encontrado en http://www.cajpe.org.pe/guia/teo.htm

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

conciencia y religión; intimidad; honor; creación intelectual, artística, técnica y científica; inviolabilidad de domicilio; elegir residencia y transitar; disfrute del tiempo libre; descanso), o derechos fundamentales que sólo pueden ser ejercitados en relación con otras personas (libertades de información, opinión, expresión y difusión; solicitar información; propiedad intelectual; reunión; asociación, contratación; trabajo; propiedad; herencia; participación en la vida política, económica, social y cultural de la Nación; reserva de convicciones; buena reputación; inviolabilidad y secreto de comunicaciones y documentos privados; identidad étnica y cultural; petición; nacionalidad; paz; tranquilidad; legítima defensa; libertad y seguridad personal)[166].

El reconocimiento expreso hace que los derechos fundamentales tengan la posibilidad de ser exigidos por sus titulares (las personas) ante eventuales agresiones. Y estas afectaciones pueden provenir tanto del Estado (eficacia vertical de los derechos fundamentales), como de otros particulares (eficacia horizontal de los derechos fundamentales). El reconocimiento expreso en los textos constitucionales, además, hace que se coloque a los derechos fundamentales en una situación de principio superior de todo ordenamiento jurídico.

Reconociendo la plena vigencia de los derechos fundamentales al interior de una relación laboral, teniendo como titular de los mismos al trabajador, tendremos como consecuencia que el poder del empleador resultará "… limitado por el conjunto de derechos fundamentales del trabajador, y no solo por los específicamente laborales …", en efecto el trabajador, por el hecho de serlo, no deja de ser persona; con ello resulta lógico que los derechos fundamentales aplicables a toda persona, resultan igualmente aplicables a los trabajadores, debido a que la afectación de los derechos fundamentales se da tanto respecto del ciudadano como del trabajador.[167]

Siendo así, el trabajador en tanto titular de los derechos fundamentales se encuentra bajo una situación especial de protección frente a los actos del empresario que pudieran afectar los mismos; por lo tanto el reconocimiento y vigencia de los derechos

[166] Esta clasificación puede ser encontrada en RUBIO CORREA, Marcial. "Estudio de la Constitución Política de 1993", Tomo 1, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, primera edición, 1999, pp. 107 y 108.
[167] BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op cit., p. 90.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

fundamentales resultarían en buena cuenta una garantía contra los eventuales abusos, excesos o violaciones de parte del empleador. De la misma manera, el reconocimiento de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral implicaría la fijación de límites a la actuación de las facultades del empleador, límites que como ya indicamos, dependerán de aspectos como el orden público, la moral social, los derechos de terceros; o de criterios como el principio de proporcionalidad[168].

Como se dijo inicialmente, el tratamiento y reconocimiento de los derechos fundamentales tiene un desarrollo reciente, pero no podemos perder de vista (y es la intención de la presente nota) situaciones, políticas o prácticas que se puedan presentar al interior de una relación laboral que eventualmente puedan afectar derechos como dignidad, intimidad, honor, inviolabilidad de la comunicación, y otros más, que siempre han sido identificados con la persona natural pero no han sido identificados como potencialmente agraviantes para los trabajadores.

3. EL PODER DE DIRECCIÓN VS. EL DERECHO A LA INTIMIDAD.-

El poder de dirección del empleador se define y concretiza en cuanto a su extensión y configuración en el contrato de trabajo. Por lo tanto, este poder no puede ejercerse más allá de la relación laboral, ni extenderse a la actividad extra laboral del trabajador, y debe ejercerse con respeto a las limitaciones que el marco legal y/o convencional establezcan. Por lo que, el poder de dirección no puede significar a priori una relativización o matización de los derechos fundamentales del trabajador, por el contrario, es el derecho fundamental el que actúa como un límite al poder de dirección del empleador.

La resolución del conflicto derivado de la tensión entre el ejercicio de un derecho fundamental y el poder empresarial, no debe resolverse en abstracto, sino que en consideración a las circunstancias particulares de caso concreto, ya que será en el

[168] CANESSA MONTEJO, Miguel. “Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo – OIT”, Pontificia Universidad Católica del Perú y PLADES, p. 104.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

análisis fáctico y específico de cada caso en particular, en donde se deberá determinar la virtualidad protectora del derecho fundamental y sus eventuales limitaciones en el ámbito laboral.

Por tanto, cualquier limitación de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en virtud del ejercicio de los poderes empresariales, sólo resultará ajustada si está justificada constitucionalmente a través del juicio de proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial del derecho de que se trata, análisis que ha de verificarse en cada caso en concreto.

Tenemos que en la legislación chilena, la Dirección del Trabajo a través del ejercicio de su función interpretativa del ordenamiento jurídico laboral, ha desempeñado un rol importantísimo en orden a consolidar la validez y eficacia de los derechos fundamentales en el plano de las relaciones de trabajo. En este sentido, se destacan de una manera muy particular los pronunciamientos que han recaído en casos en los que se cuestionaba la legalidad de medidas de control y de revisión a los trabajadores implementadas en la empresa y que amenazaban con afectar su intimidad y dignidad.

En todos estos dictámenes se han puesto de manifiesto ciertos criterios rectores que permiten apreciar la procedencia de estas medidas de control en concordancia con el debido respeto de los derechos fundamentales del trabajador.

En relación con la aplicación de medidas de control merece también un comentario la jurisprudencia que este organismo fiscalizador ha elaborado a propósito de la introducción por parte del empleador de controles a través de medios audiovisuales, como es el caso de las cámaras de video u otros medios electrónicos, y que pueden resultar tremendamente invasivas de la esfera individual de la persona del trabajador.

Por estas circunstancias, la Dirección del Trabajo ha procurado armonizar el legítimo ejercicio de los poderes empresariales con el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, particularmente el derecho a la intimidad, y ha resuelto en el dictamen No 2328/130, de fecha 19 de julio de 2002, que: "[...] *el ejercicio de los poderes empresariales manifestados en la implementación y utilización de sistemas de control*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

audiovisual, [...] *debe determinarse a la luz de los objetivos o finalidades tenidas en vista para su implementación, antecedentes que permitirán en definitiva establecer si dicho control afecta o no la dignidad y el libre ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los trabajadores. Se trata en concreto, de determinar en qué medida la utilización de tecnologías de control pueden llegar a afectar el derecho a la intimidad del trabajador, garantía que como se sabe, le es reconocida por la propia Carta Fundamental (artículo 19 No 4) y que ha de suponer para éste, tanto el reconocimiento de un ámbito propio y excluido a la intromisión o invasiones no queridas, como el derecho a controlar los datos e información relativas a su persona".*

Sobre la base de lo anterior, el dictamen en comento rechaza la aplicación de estos controles audiovisuales, cuando se implementan con la finalidad de vigilar y fiscalizar la actividad del trabajador, toda vez, que supone una forma de control ilimitada, que no reconoce fronteras y que se ejerce sin solución de continuidad y en forma panorámica, lo que implica no sólo un control extremado e infinitamente más intenso que el ejercido directamente por la persona del empresario o su representante, sino que en buenas cuentas significa el control y poder total y completo sobre la persona del trabajador.

Para fundamentar esta conclusión, la Dirección del Trabajo señala que estos dispositivos electrónicos de control provocan *"en el trabajador, inexorablemente, un estado de tensión o presión incompatible con la dignidad humana. El trabajador, al verse expuesto de forma ininterrumpida al ojo acusador de la cámara, será objeto de una forma intolerable de hostigamiento y acoso por parte de su empleador. Este control sujeta a los trabajadores a una exasperante e irritante presión".*

Por tanto, a juicio de la Dirección del Trabajo, tales controles continuados importarían en el trabajador un verdadero temor reverencial frente a su empleador, haciendo inexistente toda esfera de libertad y dignidad. De esta manera, entonces, la vigilancia permanente por las cámaras constituiría un atentado desproporcionado a la intimidad del trabajador, ya que permitiría también evidenciar aspectos de la conducta del trabajador que no dicen relación con la actividad laboral, es decir, con la actividad desarrollada para el cumplimiento de la prestación de trabajo, sino que obedecen a situaciones, que si bien se verifican en el puesto de trabajo o con ocasión de la prestación de los servicios,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

se expresan en las naturales pausas que toda actividad humana supone (“licencias comportamentales”) y que como tales no tienen porqué ser conocidas por el empleador.

3.1. ¿Cómo debe, entonces, y supuesta la plena eficacia del derecho a la intimidad en la relación de trabajo, solucionarse la tensión entre este derecho y la potestad de mando del empleador?

La solución, al menos en una aproximación inicial, parecería fácil: el derecho fundamental de la intimidad, con rango de garantía constitucional, no puede ser restringido, afectado o limitado, sino por la existencia de otro derecho de igual rango o jerarquía, o por expresa disposición de la ley.

De esta manera, el poder de dirección o las facultades del empleador, ya sea que deriven de la ley o del contrato de trabajo respectivo, y aun cuando, se entienda que tiene su fundamento último en el derecho de propiedad, también de rango constitucional, necesariamente debe someter su ejercicio al respeto de esa esfera personal del trabajador a la que terceros no deben tener acceso, conocida como privacidad o intimidad.

Así, lo señala la autora uruguaya GUIZIO, que expresa que "el ingreso a una relación laboral no implica una abdicación del derecho a la intimidad; siempre existirá un reducto infranqueable a los poderes de dirección y vigilancia del patrono".[169]

El problema, sin embargo, según se avanza, se muestra un poco más complejo: no basta con constatar la existencia de un derecho a la intimidad del trabajador, para entender el poder de mando del empleador automática y categóricamente limitado a dicho derecho, sino que queda pendiente el problema, precisamente el más complejo de todos, en qué medida o con qué intensidad se va a producir dicha limitación.

En ese sentido, la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (drittwirkung), como el derecho a la intimidad en la relación laboral, no es

[169] GUIZIO, G. *La protección de la intimidad del trabajador en el Derecho Laboral uruguayo*. Revista del Colegio de Abogados de Uruguay. Tomo XXXII. 1995. P. 68.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

exactamente igual a la vigencia de dichos derechos frente al Estado, donde es posible afirmar, al menos en el plano conceptual, con mayor certeza que la intimidad importa un límite automático y categórico al poder estatal.

De este modo, el efecto categórico de la vigencia de los derechos fundamentales frente al Estado, se relativiza cuando dichos derechos se ejercen frente a otro particular dentro de una relación jurídica, sobre la base de una eventual colisión de derechos fundamentales.

La consecuencia de esta vigencia relativa o "matizada" de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, específicamente en la relación laboral, importa la admisión de restricciones o limitaciones adicionales a dichos derechos, que en otros contextos, fuera de dicha relación, serían inadmisibles jurídicamente, justificadas en todo caso, como acabamos de ver, en la existencia de una colisión de derechos fundamentales entre las partes.

El alcance de la vigencia de los derechos fundamentales en este caso, deberá determinarse mediante un equilibrio de los derechos fundamentales de las partes de la relación jurídica de que se trate, siendo dicha tarea "en última instancia, una cuestión de ponderación".

Establecido el derecho a la intimidad del trabajador frente a la potestad del empleador, en el marco de la relación laboral, es claro que el análisis hasta aquí realizado puede ser sintéticamente expuesto en los siguientes puntos:

– Existe un derecho a la intimidad plenamente vigente en la relación laboral, cuyo titular es el trabajador y cuyo sujeto pasivo es el empleador.

– La vigencia de dicho derecho fundamental a la intimidad, dotado de efecto horizontal, debe ser "matizada" dentro de la relación laboral, frente a los derechos constitucionales del empleador, con los que puedan entrar en colisión, como son el derecho de propiedad, la libre contratación y la libertad económica.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

– Dicho matiz, que no viene dado por la estructura normativa del derecho, sino por la modalidad de vigencia que adoptan los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, importa una tarea de ponderación de derechos en juego o competencia, la que se materializará en diversas operaciones de "balanceo o sopeso" entre la intimidad y los derechos económicos del empleador.

– El balanceo o sopesamiento de los derechos en juego para cada caso en particular, no pueden ser efectuados de antemano por el sistema normativo, sino que dicha tarea corresponde al órgano aplicador del derecho, sólo quedando a la dogmática laboral intentar fijar criterios genéricos que permitan encontrar puntos de equilibrio entre los derechos en competencia, en este caso, entre la intimidad del trabajador y los derechos económicos del empleador.

La respuesta pasa por distinguir dos dimensiones fundamentales en la tarea de "balanceo y ponderación" ya señalada: una dimensión de descarte y una de equilibrio.

Los derechos fundamentales no son absolutos y reconocen como límites otros bienes u otras garantías constitucionalmente protegidas, así como también, la moral, el orden público y el bien común. Por lo mismo, en el ejercicio de un derecho fundamental puede producirse un conflicto con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, el que se ha de resolver mediante la utilización de mecanismos de ponderación en clave constitucional, puesto que el conflicto si bien tiene su origen o incluso su conformación en el seno de la empresa, trasciende este espacio para ubicarse en sede constitucional.

Con todo, cualquier interpretación sobre los eventuales límites a un derecho fundamental ha de llevarse a cabo restrictivamente dada la fuerza expansiva que poseen éstos y que exigen una opción inequívoca por su aplicación plena. Del mismo modo que los derechos fundamentales no son absolutos, los límites que se impongan a su ejercicio, derivados del reconocimiento de otros bienes jurídicos constitucionales, tampoco pueden serlo.

En consecuencia, el poder empresarial si bien hunde sus raíces en la libertad de empresa encuentra su verdadera conformación en su juridificación como poder de dirección a

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

través del contrato de trabajo, siendo por tanto éste su medida inmediata de valoración.

La resolución del conflicto derivado de la tensión entre el ejercicio de un derecho fundamental y el poder empresarial, no debe resolverse en abstracto, sino que en consideración a las circunstancias particulares de caso concreto, ya que será en el análisis fáctico y específico de cada caso en particular, en donde se deberá determinar la virtualidad protectora del derecho fundamental y sus eventuales limitaciones en el ámbito laboral. Por tanto, cualquier limitación de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en virtud del ejercicio de los poderes empresariales, sólo resultará ajustada si está justificada constitucionalmente a través del juicio de proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial del derecho de que se trata, análisis que ha de verificarse en cada caso en concreto.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

CAPITULO V

LA COEXISTENCIA ENTRE EL PODER DE CONTROL Y VIGILANCIA DEL EMPLEADOR Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES

Iniciada la relación laboral sí es propio referir al Poder de Control y Vigilancia del empleador que, como se apuntó en el primer capítulo, emana del Poder de Dirección el cual tiene su fuente en el contrato de trabajo, si bien deviene como complemento obligatorio del factor económico fundamentado en el derecho de libertad de empresa.

A este respecto en el momento en que quien presta servicios, se inserta en el sistema productivo donde es otra persona quien ordena los factores productivos (empleador) "…es lógico justificar que el ajeno adquiera la potestad de organizar y dirigir el mecanismo para la obtención de tales frutos, y es precisamente en este estado cuando la dependencia o subordinación se integra al concepto de ajenidad…".

Corolario de lo antes dicho, el presente capítulo se erige como el punto central de esta investigación, ya que es durante el desarrollo de la relación laboral que se hace presente el Poder de Control y Vigilancia del empleador y es a propósito de la verificación sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo donde se experimenta la mayor tensión respecto del derecho a la intimidad de los trabajadores.

Ello requiere como punto previo la consideración del principio de la buena fe que aplica al régimen general de los contratos, entendiendo que éste en el marco de las relaciones laborales impone a los sujetos vinculados una conducta ajustada a principios éticos bajo cuyos linderos corresponde dar cumplimiento a las obligaciones asumidas, con la confianza legítima que las actuaciones del otro sujeto involucrado en el contrato de trabajo, se materializarán no solo en cumplimiento a lo prescrito por la legislación aplicable, sino además con arreglo a valores tales como lealtad, confianza; y sobre todo, apego a la voluntad inicialmente expresada.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Ahora bien, la afirmación anterior puede conllevar a que se piense que el trabajador queda "…teóricamente obligado no sólo a lo que estrictamente se derivase del contrato de trabajo, sino a todo aquello que pudiera ser reconducido a su contenido normal" en atención a la cual examinan la consideración de tal principio *como criterio integrador de las obligaciones del trabajador*, para luego arribar a la conclusión según la cual "... el poder de dirección nunca podrá ser ampliado en base a la buena fe como mecanismo integrador del contrato" [170]

Por lo tanto, la exigibilidad o no de las obligaciones extraordinarias que devienen de la aplicación del principio de la buena fe al contrato de trabajo, no se explican por el ejercicio ordinario del poder de dirección. Con base en las delimitaciones anteriores, el presente capítulo atenderá la coexistencia entre el 'Poder de Control y Vigilancia' del empleador y el derecho a la intimidad de los trabajadores durante el desarrollo de la relación laboral a propósito de la verificación sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

Dicho examen se efectuará partiendo de la consideración de aspectos generales o propios de las formas clásicas de prestación de servicios por cuenta ajena y bajo la dependencia de otro, la revisión de la incidencia del uso de tecnologías de la información en el ámbito de las relaciones laborales; y finalmente, la referencia a los aspectos procesales de cara a la protección de la persona afectada.

[170] Escudero, F., Frigola, J. y Corbella, T. (1996). ***El principio de la buena fe en el contrato de trabajo.*** Barcelona: Bosch. Pág. 52

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1. EL PODER DE VIGILANCIA, MEDIDAS DE CONTROL Y SU COEXISTENCIA CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD

El control ejercido por el empleador puede ser de dos tipos; a saber: (i) Control genérico y; (ii) control técnico. El primero tendría como propósito verificar que "... el trabajador cumple su prestación: concurre con asistencia regular y puntualidad, está en su puesto de trabajo y realiza la tarea encomendada" en tanto que el segundo referiría al modo en que se ejecuta el trabajo[171].

Ahora bien, esos controles de las obligaciones laborales exponen dos derechos fundamentales del trabajador como expresión de su dignidad humana; a saber: El de intimidad y el derecho a la propia imagen. Por lo tanto, se trata de delinear el ejercicio del Poder de Control y Vigilancia del empleador de suerte que éste no implique la negación de los derechos fundamentales del trabajador sino que más bien coexista con ellos tanto en circunstancias típicas como a propósito del uso de las nuevas tecnologías en el ámbito de las relaciones laborales.

Para procurar la coexistencia antes mencionada no es preciso que el legislador haga un catálogo o una determinación taxativa sobre los distintos métodos que puede o no utilizar el empleador. En efecto, bastaría con que se establezcan las pautas generales con las que se ha de evaluar si la materialización del Poder de Control y Vigilancia del empleador devino o no en un exceso que atenta contra los derechos fundamentales del trabajador.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, en nuestro país estas pautas no están establecidas a modo expreso en la legislación del trabajo, a pesar de la ausencia normativa antes delatada, es posible hacer importantes aproximaciones tomando en cuenta *la naturaleza jurídica de los derechos involucrados* (derechos humanos y/o fundamentales) así como también *el objeto* del Poder de Control y Vigilancia del empleador o empleador expuesto a propósito de su definición en el primer capítulo del presente trabajo y; finalmente, el *principio de la buena fe* que rige a los contratos de

[171] Livellarra, C. (2003). Derechos y Garantías de los Trabajadores incorporados a la Constitución Reformada. Santafé de Bogotá: Rubinzal- Culzoni Editores

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

trabajo.

En efecto, por ser ambos derechos humanos y/o fundamentales vale aquí el mismo análisis formulado en los capítulos precedentes en cuanto a las restricciones aplicables a este tipo de derechos, por lo que se da por reproducido tanto el contenido que respecta a las consideraciones de orden teórico, como las de tipo específico a propósito de su aplicación en el marco del tratamiento del derecho a la libertad económica y su coexistencia con el derecho a la intimidad.

Ahora bien, enfocando el objeto del Poder de Control y Vigilancia y bajo la prisma de la naturaleza jurídica de los derechos involucrados y sus efectos, la *segunda pauta* a considerar es que la acción contralora del empleador sea ejercida con el propósito de verificar el cumplimiento de los trabajadores en cuanto a las instrucciones impartidas, así como también de aquellas obligaciones que con ocasión del contrato de trabajo deben observarse durante su ejecución. De allí que Livellara, destaca lo siguiente:

"…la lesión a la intimidad que el trabajador está obligado a tolerar no debe traspasar los límites de la 'subordinación técnica', esto es, se autoriza un parcial desprendimiento de los derechos de la intimidad por parte del trabajador, si bien a condición de que la intromisión venga impuesta por las exigencias de la prestación laboral"[172].

Habrá que añadir que el ejercicio del Poder de Control y Vigilancia del empleador o empleador, en ningún caso debe vaciar de contenido al derecho a la intimidad, y a la inversa; la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores no puede convertir a ese Poder de Control y Vigilancia en algo anodino o estéril, pues se trata de la coexistencia de ambos derechos y no la anulación del uno por el otro.

Entonces, frente al llamado control genérico bastarían las labores ordinarias de inspección del empleador tales como la firma de listados de asistencia, registros de entradas y salidas; y reportes de supervisores entre muchos otros. Ello, al margen de

[172] Ibíd.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

los registros informáticos y de la aplicación de nuevas tecnologías en el ámbito de las relaciones laborales. En cambio el control técnico requerirá de otros mecanismos más elaborados para poder constatar *la forma en que se ejecuta el trabajo* de acuerdo a las particularidades que pueden presentarse con arreglo a las funciones específicas del cargo.

No es extraña la práctica según la cual el empleador suele ocultar a sus trabajadores el uso de medios que materializan ese Poder de Control y Vigilancia. Tampoco lo es, la revelación parcial de los fines a los que se destina los medios implementados (esto es, cuando se indica a los trabajadores sólo alguno(s) de los usos verdaderos que se dará a los medios de control que se incorporan).

Ambas situaciones irrumpen el principio de la buena fe en el contrato de trabajo y en ese sentido no puede considerarse diluida la llamada 'expectativa de intimidad' del trabajador (posibilidad que dicha práctica del empleador sea considerada además como ilícita), "el uso indebido de las TIC cabe calificarlo de contrario con el principio de la buena fe contractual"

Lo anterior, no significa que si el empleador a través del uso de un medio de control y vigilancia (inicialmente concebido para un fin distinto) tiene conocimiento accidental de un hecho que revele el incumplimiento de obligaciones de los trabajadores, no pueda utilizarlo y proceder legítimamente en el marco de las protecciones que confiera el ordenamiento jurídico respectivo al despido del trabajador involucrado, ya que allí no se ha burlado el principio de buena fe, sino que se trató de un conocimiento accidental.

Escenarios como el antes descrito, se ven potenciados con la incorporación de las nuevas tecnologías en el ámbito de las relaciones laborales, pues a través de éstas, el empleador puede continuar obteniendo y haciendo uso de información relativa a los trabajadores de forma cada vez más eficiente, situación que sin el equilibrio adecuado puede conllevar a prácticas que infrinjan el derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad se encuentra inseparablemente unido a la dignidad y por lo tanto a los derechos a la personalidad; razón por la cual la obligación del empresario es

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

tratar ala trabajador respetando su intimidad y su dignidad.

La buena Fe que ha de informar el cumplimiento de las obligaciones del contrato de trabajo, no impide que el empleador pueda establecer las medidas de control y vigilancia "que crea oportunas" para verificar el cumplimiento de los deberes del trabajador, pero es precisamente ese deber el que exige que, en la adopción y aplicación de las medidas, el empresario guarde "la consideración debida" a la dignidad humana del trabajador y de ser el caso, que tenga en cuenta la capacidad real de los trabajadores, al momento de establecer el estándar de rendimiento.

La legítima utilización de medios informáticos, así como grabadoras, videos, personal de vigilancia, etc., para llevar a cabo estas mediad de control, han sido objeto de abundante literatura jurídica, que han puesto de manifiesto la renovación de las modalidades del poder empresarial, que se caracteriza por la normalización del control informático de la prestación.

El deber de buena fe es la expresión, en el ámbito obligacional, de las consecuencias éticas, jurídicamente exigibles, del respeto a la dignidad humana. Por tanto las medidas de control y vigilancia, sean informáticas o no, han de ser evaluadas teniendo en consideración si el trabajador que sea objeto de ellas, es tratado como sujeto o como un objeto, y a la vez si en la imposición de esas medidas, el empleador actúa con veracidad y lealtad, es decir sin quebrar el clima de confianza mutua que ha de impregnar la relación laboral[173].

Como criterio general puede afirmarse que el interés empresarial merece tutela y protección, pero las medidas de control que pueda ejercer han de ser indispensables y estrictamente necesarias, de tal forma que si existen otras posibilidades de satisfacer ese interés que sean menos agresivas y afectantes a la dignidad y a la intimidad del trabajador, tendrá que emplear estas en detrimento de las que aparentemente sean efectivas, pero desproporcionadas para estos efectos.

Para identificar mejor si se ha respetado la dignidad e intimidad del trabajador, el

[173] PACHECO ZERGA, Luz, "La dignidad humana en el Derecho del Trabajo", Editorial Aranzadi, Primera Edición, España 2007, pág. 259 y ss.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

primer punto que corresponde analizar es si se ha contado o no con su consentimiento para esas medidas de control; en segundo lugar, la proporcionalidad de esas medidas cuando estén en relación con el espacio de privacidad e intimidad a los que tiene derecho el trabajador, a la vez las respuestas solo pueden formularse en base a supuestos reales de control, que se presentan como los más conflictivos: el uso de ordenador, uso del correo institucional y las videograbaciones.

1.1. El Consentimiento del Trabajador

Teniendo en cuenta que el contrato de trabajo no es un simple contrato privado, sino que tiene elementos que no pueden ser modificados a voluntad de las partes, por lo tanto al celebrar el contrato, el trabajador está aceptando la posibilidad de que el empresario vigile su conducta para comprobar si esta se adecua a lo pactado. Los controles que puede utilizar el empresario, como bien ha hecho notar la jurisprudencia constitucional, "serán lícitos mientras no produzcan resultados constitucionales"[174]

Esta licitud entronca directamente con el respeto a la dignidad e intimidad del trabajador y por tanto con sus derechos fundamentales; en consecuencia será necesario establecer en cada caso, si la media empresarial invade el ámbito inviolable de la dignidad y de los derechos fundamentales del trabajador.

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

Las medidas de vigilancia han de realizarse con métodos y parámetros claros, que deben ser conocidos por el trabajador, a fin de no sorprenderlo con un control oculto que sería contrario al deber de buena fe, precisamente porque es contrario al trato que merece la dignidad humana; para que dicho control no sea oculto el empleador debería comunicar

[174] STC 186/2000(RTC 2000, 186)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

al personal de las medidas de control que se emplean en la empresa.

Así tenemos en la legislación española en su Estatuto de Trabajadores Art. 64.1.4.d:
"*Al margen de esta primera información, el empresario está obligado a comunicar al personal de las medidas de control que se emplean en la empresa. Se entiende, por tanto, que una vez puesto en marcha el sistema, este se encuadra dentro de la legitimidad que exige el ordenamiento, salvo que judicialmente se demuestre lo contrario"*

La doctrina judicial no exige el consentimiento expreso del trabajador, sino únicamente, tácito, pero siempre que se acredite que el empresario notifico de ese control o que el trabajador era consciente de su existencia.

2. REGISTROS SOBRE LA PERSONA DEL TRABAJADOR Y SUS EFECTOS PERSONALES VS. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

2.1. Inviolabilidad de la persona del trabajador

El deber de tratar al trabajador en todo momento con la consideración debida a su dignidad y el respeto que merece su intimidad, genera la necesidad de un establecimiento de reglas mínimas de protección para los casos en que el empleador tuviera necesidad de proceder al registro en la persona, casillero y objetos propiedad del trabajador, con el fin de proteger su patrimonio o el de los demás trabajadores.

El bien tutelado es ambiguo, por un lado, la dignidad e intimidad del trabajador como condición de la forma de realizar esos controles personales y, por otro lado, la protección del patrimonio del empleador puesto en riesgo o peligro por el contacto directo con él del trabajador [175].

[175] BALDUCCI, C. en "Lo statuto dei lavoratori. Commentario", cit. pág. 33 y ss.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Un sector de la doctrina opina que dicha regulación puede resultar engañosa, toda vez que con la disculpa de regular las garantías de invulnerabilidad de la persona, da pie a cometer graves incursiones en la vida privada e inclusive cuestiona su corrección constitucional; sin embargo otro sector doctrinal entiende que dicha reglamentación constituiría el respeto debido a la dignidad del trabajador y por tanto constituiría un límite al p0oder de fiscalización empresarial y no la extensión de un derecho.

Los alcances de este deber de respeto no se agotan en el que se debe al cuerpo y a su integridad, pero son el punto de partida de esta obligatoriedad moral y jurídica; por tanto en los registros que pueda efectuar el empleador sobre la persona del trabajador ha de tener en cuenta la consideración debida a su dignidad e intimidad.[176]

2.2. Registro Personal de los Trabajadores.-

Los registros son parte del derecho de control y vigilancia del empleador, sin embargo deben realizarse como última medida posible a poner en ejercicio, debiendo de existir una proporción entre el daño social que se intenta prevenir y la intromisión en la vida privada y en la intimidad del trabajador.

Es de aplicación, al respecto, el principio de proporcionalidad teniendo en cuenta los modos y circunstancias en las que se realiza el control, los criterios subjetivos utilizados de selección, la forma de llevar a cabo los registros personales con el debido uso de las tecnologías que menos incidan en la dignidad de la persona, y el grado de participación de los representantes de los trabajadores, teniendo en cuenta también que hoy el ciudadano normal tiene frecuentemente que someterse por razones de seguridad o también por defensa de la propiedad a escanners u otro tipo de controles.

Esta forma de control del empleador, ha sido objeto de crítica por permitir la vulneración de la intimidad de los trabajadores en defensa de la propiedad privada del empresario, en quien se delega, groseramente, un poder de policía inusitado, y se

[176] MOLERO MANGLANO, C.: "Inviolabilidad de la persona del trabajador", en AA VV: El Estatuto de los Trabajadores, Civitas, Madrid, 2000, pg. 543

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

conceden, de esta manera, una medida de control excesiva en relaciones jurídicas entre personas privadas. También se ha subrayado, desde este punto de vista crítico, "la desigualdad del trabajador respecto a otros ciudadanos por estar sometido a las facultades generales de las autoridades competentes y, además, a ese poder delegado del empresario"[177].

Los condicionantes para realizar registros por parte del empleador, "Inviolabilidad de la persona del trabajador", inviolabilidad que en último término deriva de su dignidad e intimidad, según el cual únicamente pueden llevarse a cabo registros sobre la persona del trabajador, en sus casilleros y efectos particulares, cuando los mismos resulten precisos para salvaguardar el patrimonio empresarial y el de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horario laboral, debiéndose respetar "*al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible*".

En ese sentido, son cinco las pautas que desprende Livellara de la legislación laboral argentina; a saber: (i) Los controles deben destinarse a la protección de los bienes del empleador no siendo permisible su uso con finalidades distintas o encubiertas, (ii) no pueden 'herir' la dignidad física y moral del trabajador, (iii) deben practicarse con discreción, (iv) no pueden ser discriminatorios, por tanto deben hacerse por "medios de selección automáticos destinados a la totalidad del personal; y (v) la administración del trabajo debe estar en conocimiento de su puesta en práctica, pudiendo constatar cuando lo estime conveniente que los sistemas aplicados "…no afecten en forma manifiesta y discriminada la dignidad del trabajador"[178].

Entre nuestro país no existe una instrumentación respecto de la implementación de dichos mecanismos, lo cual no debe entenderse *a priori* como prohibición absoluta ni tampoco como habilitación para su ejercicio sin restricción alguna. Por ello, deben tomarse en consideración al menos dos aspectos a los fines de precisar su

[177] Ibíd., pg. 549.

[178] Livellarra, C. (2003). Derechos y Garantías de los Trabajadores incorporados a la Constitución Reformada. Santafé de Bogotá: Rubinzal-Culzoni Editores. Pag. 123

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

adecuación o no con el ordenamiento jurídico; a saber: (i) El fin que persigue el mecanismo y dentro de éste el alcance del deber de lealtad y colaboración del trabajador; y (ii) que su implementación no devenga en la negación de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Respecto del primer aspecto, el fin de este tipo de controles consiste básicamente en evitar la sustracción de bienes que son propiedad de la empresa. Por lo tanto, no debe admitirse la implementación de mecanismos que si bien en apariencia están destinados a evitar que los trabajadores sustraigan materias primas, productos terminados y en general bienes que son propiedad de la empresa, en la práctica sean utilizados por el empleador con propósitos diferentes.

La dificultad de lo antes expuesto estriba en discernir o mejor descifrar cuándo el propósito del empleador es realmente evitar la sustracción de bienes y cuándo la implementación de tales mecanismos se utiliza como pretexto para el desarrollo de finalidades distintas o ajenas al control sobre el robo o hurto de materias primas, productos terminados y en general de los bienes que son propiedad de la empresa.

Al margen de las peculiaridades del caso concreto, para descifrar la real intención del empleador con ocasión de la implementación de este tipo de mecanismos de control no basta con tener en cuenta si las características del trabajo suprimen o no toda posibilidad de sustracción por parte de los trabajadores de materias primas, productos terminados y en general de los bienes que son propiedad de la empresa, sino que además ha de observarse al menos el análisis de los siguientes factores:

(i) La existencia o no de otros medios que resulten menos gravosos para el trabajador al tiempo que permitan conseguir el fin inicial de este tipo de controles,
(ii) La viabilidad de implementación de los mecanismos alternativos que pudieren existir
(iii) La oportunidad en que fue implementado el mecanismo; y
(iv) Permanencia en el tiempo.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En efecto, es menester considerar en primer lugar si existen o no otros medios distintos al implementado por el empleador o empleador que permitan controlar la sustracción de materias primas, productos terminados y otros bienes propiedad de la empresa, pues de ser así cabe preguntarse si esas otras alternativas son o no menos gravosas para el trabajador. En el caso que la respuesta a esta segunda cuestión sea afirmativa, aun será preciso resolver por qué se optó por dicha modalidad y no por alguna otra del elenco excluido (ya que dependiendo de la respuesta obtenida podría estarse o no ante un indicio de un uso tergiversado del mecanismo de control.

En tercer lugar, como fórmula de descarte en la siempre difícil y delicada labor de determinación de la intencionalidad del empleador con ocasión de la adopción de medidas de control (que en principio se anuncian con el propósito de evitar la sustracción, por parte de los trabajadores, de materias primas, productos terminados y otros bienes propiedad de la empresa) corresponde atender a la *oportunidad en que se implementa el control sometido a examen.*

Finalmente, en cuanto a la *permanencia en el tiempo*, un mecanismo adoptado con la intención real de controlar la sustracción por parte de los trabajadores de materias primas, productos terminados y en general de los bienes que son propiedad de la empresa, no se instituye con carácter temporal sino más bien con vocación de permanencia, de perdurabilidad en el tiempo.

Por otra parte, la no negación de los derechos fundamentales de los trabajadores como se ha afirmado constituye el segundo atributo para determinar la adecuación de este tipo de controles al ordenamiento jurídico peruano.

Es preciso indicar, que determinadas acciones del empleadores (a propósito de la implementación de controles para evitar la sustracción de materia prima, productos terminados y, en general, de los bienes que son propiedad de la empresa) pueden exponer no solo el derecho a la intimidad del trabajador sino además su dignidad, así como también materializar la violación del principio de igualdad y no discriminación.

Si bien *prima facie*, el amalgamiento entre el Poder de Control y Vigilancia Del

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

empleador y el derecho a la intimidad de los trabajadores implica que éste deba respetar, permitir cuando no tolerar los mecanismos de control implementados por el empleador o empleador, tal situación no comporta un carácter absoluto.

Por lo tanto, en el momento que el medio, sistema, mecanismo o forma de control implementada por el empleador devenga no en la restricción de uno o varios derechos fundamentales del trabajador sino en su negación, debe concluirse que el mismo es abusivo y por tanto contrario al ordenamiento jurídico peruano.

2.3. Forma de efectuar los registros: límites y garantías

La facultad de policía privada que el legislador atribuye al empresario para la defensa de su patrimonio empresarial no puede interpretarse extensivamente hasta el punto de convertir a éste en un garante también de la legalidad extralaboral en el interior de la empresa. No bastan, en ese sentido, las meras sospechas con respecto a una conducta inidonea o irregular del trabajador. La norma exige, antes al contrario, la presencia de un indicio de fuerte consideración con respecto a esta circunstancia, por ello se entiende doctrinalmente, que, en principio, no son legítimos los registros de carácter "preventivo", porque para proceder a los mismos "tienen que concurrir circunstancias concretas que fundamenten dichos registros".

Por ello la norma requiere que "Sólo podrán realizarse.../... cuando sean necesario...", lo que determina, en primer lugar, que la medida de control o registro es de carácter absolutamente excepcional, y, en segundo lugar, que únicamente puede justificarse en las razones muy poderosas prevista normativamente: la protección del patrimonio empresarial y el de los demás trabajadores[179].

Por ello, no sirve como causa de justificación que se trate de un registro de carácter preventivo, tenemos así en la jurisprudencia española, la STSJ de Cataluña, de 23 de mayo 2000 (AS 2000, 1934), ello no asegura que exista: "existe la menor evidencia que

[179] MOLERO MANGLANO, C.: "Inviolabilidad de la persona...", ob. cit., pg. 545.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

entre los efectos personales del actor existiera alguno que pusiera en peligro el patrimonio de la empresa o de los trabajadores de suerte que el registro aparece como un mero capricho empresarial".

En realidad estamos en presencia de dos supuestos muy heterogéneos entre sí: registro del trabajador, y registro sobre pertenencias. Por ello, lo más razonable, como observa RODRÍGUEZ-PIÑERO, es interpretar el precepto de forma restrictiva, como norma general, para evitar convertir la excepción, el control personal y directo del trabajador, en regla general[180].

Con respecto al registro del trabajador, cabe significar su agresividad, dado el nivel de detenimiento, minuciosidad y mordacidad en que se produce fácticamente, en relación con el tipo de control que se produce al registrar una taquilla o efectos. Dentro del concepto de registro, en consonancia con el objeto que está siendo investigado, cabe incluir la exigencia empresarial de que el trabajador se someta, a la entrada y salida del trabajo, a detectores de metales, escáneres, y aparatos similares, incluso de forma rituaria, bien realizados por el empresario, bien por el personal de seguridad de la empresa[181].

Con respecto a los límites empresariales para proceder al registro, se adopta una actitud clásica respecto a la ponderación de los derechos fundamentales en juego. Exige, en primer lugar, la concreta presencia de garantías muy específica en el plano de la legalidad ordinaria esencialmente, en nuestro caso: que el registro se efectúe en horario de trabajo, y dentro del lugar de trabajo, además de contar con la presencia física de otros trabajadores de la empresa durante el mismo estableciendo, en segundo lugar, una genérica cláusula de cierre del sistema de garantías al prever que el registro se practicara respetando " al máximo la dignidad e intimidad del trabajador".

Que los registros sólo podrán emplearse como la última de las medidas posibles para la consecución del fin perseguido por el empresario, es decir, cuando no existan otros mecanismos menos agresivos del derecho fundamental en juego que puedan satisfacer,

[180] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: "Intimidad del trabajador y...", ob. cit., pg. 102.
[181] MOLERO MANGLANO, C.: "Inviolabilidad de la persona...", ob. cit., pg. 547.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

igualmente, el interés empresarial, por ejemplo, la prohibición de introducir determinados objetos en el centro de trabajo (STSJ de Cantabria, de 4 de diciembre de 1994 [AS 1994, 4887]). Este parámetro de ordenación supone, en esencia, que el empresario no podrá excusarse de emplear otras medidas de control (por ejemplo, medios de control automáticos) por razón de su mayor costo económico, aunque, desde luego, la decisión final sobre el particular queda en sus manos.

La mención a la dignidad de la persona también debe comportar la ausencia de cualquier tipo de agresión física o verbal hacia el trabajador durante el registro, así como que, en el supuesto de negativa total del mismo a ser sometido a un cacheo o registro personal, no puede efectuarse aquél, sin que pueda imponerse coactivamente la voluntad del empresario en sentido afirmativo, proscribiendo, especialmente, cualquier tipo de actuación coactiva al afecto.

Que los registros personales deberán hacerse con la mayor discreción y la menor publicidad posible, especialmente hacia el interior de la empresa, lo que puede aconsejar que se realice en el momento en que haya menos concurrencia de personal en el centro de trabajo: momento de descanso, o al comienzo y al final de la jornada, etc. Obviamente, la relativa exigencia de discreción alcanza tanto al empresario, en el momento de realización del mismo y después de él, particularmente al deducir las consecuencias jurídicas procedentes, y, también, a los trabajadores presentes en el registro, incluso aunque no sean representantes de los trabajadores y se vean constreñidos, por esta razón, por el genérico deber de sigilo que se impone.

Debe alertarse, no obstante lo dicho, que el registro, como norma general, no puede efectuarse únicamente en el horario de trabajo de la empresa, sino, más concretamente, en las "horas de trabajo" del trabajador afectado, pudiendo éstas lógicamente ser diferentes para cada concreto trabajador, especialmente en aquellas empresas que trabajan en dos o más turnos, y cuando el trabajador presta sus servicios a tiempo parcial. Con ello se quiere asegurar, no sólo que la jornada laboral del trabajador no va a ser prolongada para este menester, sino también que la medida invasiva de la intimidad del trabajador se va a efectuar en el ambiente normal y natural de trabajo. (STSJ de Madrid, de 25 de enero de 1996 [AS 1996, 764])

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

2.4. Legislación Comparada Española.-

La doctrina española ha señalado que para que pudieran darse medidas de este tipo debían de cumplirse los siguientes requisitos:

- Licitud: la única posible, a la averiguación de los hechos.
- Ausencia de violencia, subjetiva u objetiva.
- Con la adecuada garantía para el trabajador.

Así respecto a los registros en la persona del trabajador, sus taquillas y efectos particulares la legislación española el art. 18 ET, establece:

"Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos personales, cuando sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa siempre que ello fuera posible"

Por consiguiente el derecho a la intimidad del trabajador no es, por tanto, ilimitado. Debe ponerse en relación con el derecho de la empresa a la protección, entre otros, de sus intereses patrimoniales. Básicamente son tres las normas que se fijan a la hora de efectuar el registro sobre la persona del trabajador, en sus casilleros y efectos particulares de éstos.

a. ***Presencia de un representante de los trabajadores***; cabe la posibilidad de sustitución por otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.

b. En cuanto a ***lo que debe entenderse por registro de casilleros:***
   El autor Goñi Sein, J.L define "registro" como *"el miramiento cuidadoso, o el examen fiscalizador y detenido de la persona (en la parte de su envoltura física que permanece oculta), del espacio físico reservado a su propia intimidad, y de las cosas que en él se guardan"*.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Por tanto no concurre cuando el propio dueño o dueña del objeto registrado admite que efectivamente ha cometido una irregularidad. Lo registrado han de ser casilleros o efectos personales, no siendo asimilable a estos supuestos el examen del despacho del trabajador, desde luego mucho más *"registrable"*. O todo lo contrario, el maletero de su coche, el cual a pesar de ser eminentemente privado en el caso que se cita acabó siendo registrado por la Policía.

c. ***Exigencia de una motivación específica, prohibición de un "mero capricho empresarial".***

A este respecto tengo que comentar que hay Sentencias que consideran *innecesaria la existencia de una motivación específica*, es decir de una sospecha fundada. Por el contrario otras Sentencias exigen cierto contenido de tutela patrimonial de la empresa o de otros trabajadores, impidiendo el *"mero capricho empresarial"*.

El precepto establece pautas sobre el llamado control defensivo que no persigue controlar la actividad laboral sino está dirigido a descubrir conductas ilícitas del trabajador en perjuicio del patrimonio de la empresa o de otros trabajadores y también responde a un cierto mimetismo con la regulación estatutaria italiana, que señala en el art. 6 del statuto di lavoratori, en referencia a los controles personales sobre el trabajador indispensables para la tutela del patrimonio de la empresa, los instrumentos de trabajo o las materias primas o productos.

Dicho precepto estatutario simplifica el contenido de su precedente italiano y, aunque su título se refiere a la "inviolabilidad de la persona del trabajador", en su contenido permite realizar registros sobre la persona del trabajador, sus taquillas y efectos particulares, "cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa". Establece un límite locativo y temporal, dentro del centro y en horas de trabajo, prevé contar, cuando fuera posible, con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o en su ausencia de un trabajador de la empresa y respetar en su realización "al máximo la dignidad e intimidad del trabajador".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3. EL REGISTRO DE DATOS PERSONALES EN LA RELACIÓN LABORAL

En ciudades enormemente informatizadas, el uso del dato personal es sumamente peligroso, si es que no se establecen las garantías constitucionales del caso para proteger a las personas; por eso, las constituciones más modernas, como la última del Brasil, Colombia o concretamente Portugal, han establecido ya, y en otros casos leyes especiales, como en Estados Unidos normas que protejan a las personas de los excesos que se pueden cometer a través de la informática, tanto el sector público como en el privado.

El desarrollo de los avances tecnológicos, y en particular la informática, posibilitan el acopio de gran cantidad de información, de distinta índole, aparición de bases de datos públicas y privadas, almacenadas en soporte magnético, discos de lectura y otros, susceptible de tratamiento, intermediación, marketing, intercambio, por tanto constituyendo en una industria portentosa.

Igualmente evidente es que, en este concreto marco, una manifestación de singular relevancia viene dada por el delicado tema relativo al tratamiento de las informaciones sobre las personas, especialmente, a partir de los nuevos procesadores informáticos, capaces de archivar, clasificar, y retener una cantidad ilimitada de datos personales, durante largos períodos de tiempo, para posteriormente cruzarlos con facilidad con otras datos hasta determinar un perfil sorprendentemente preciso de la personalidad, produciendo posibles condiciones nefastas para el sujeto afectado.

Establecer los pilares para la regulación y protección de los datos personales es importante para salvaguardar el derecho a la intimidad; toda vez que la información de carácter personal contenida en las bases de datos puede ser accesada sin consentimiento por medios informáticos y telemáticos, vulnerando derecho a la intimidad si se tratan de personas naturales, y la confidencialidad, secreto industrial, etc. si se tratan de personas jurídicas[182].

[182] http://es.scribd.com/doc/39214504/El-Derecho-A-La-Intimidad-En-Peru

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

La posición jurídica activa del empleador, afecta a la esfera privada y personal del trabajador pues las facultades de vigilancia y control del empleador sobre la prestación del trabajador como conducta debida y de acceso a datos personales del trabajador, son connaturales a la estructura del contrato y a la configuración jurídica subordinada de la prestación de trabajo. El desarrollo del contrato de trabajo requiere algún grado de vigilancia y control sobre la conducta del trabajador, y también el acceso a datos personales cuyo conocimiento por el empleador es necesario para el desarrollo de la relación de trabajo y el cumplimiento del contrato, y que pueden ser "tratados" por medios informáticos[183].

Ello se configura como una parte normal de la relación contractual en la medida en que, como indica JEFFERY, los empleadores necesitan información regular para comprobar cómo se desarrolla la relación de trabajo, conocer si el trabajo que se está haciendo cumple los estándares requeridos y asegurar que la conducta del trabajador individual y del conjunto de los trabajadores no afecta al normal desarrollo de su organización[184].

Cabe señalar además, que la acción de invasión de la intimidad del trabajador no sólo puede estar referida a su dimensión física, sino también a su entorno afectivo y moral, que los sujetos normalmente estiman propios y requieren mantener a salvo de la injerencia de terceros.

Y por ello es relevante determinar, *¿cuáles son los datos de la persona del trabajador que legítimamente puede conocer el empleador?*

La respuesta pasa por la noción de "datos de relevancia laboral" entendidos como aquellos datos de la persona del trabajador que dicen relación con el servicio o la tarea convenida en el contrato de trabajo, como por ejemplo: experiencia anterior, ausencia de patologías síquicas graves, referencia de empleadores anteriores, cumplimiento de

[183] Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, Miguel, Seminario sobre tendencias de la protección jurídica de la intimidad (Privacidad y Relaciones Laborales) Universidad de Huelva, 10 de marzo de 2006.

[184] JEFFERY, M. "Introducción", en "Tecnología informática y privacidad de los trabajadores" (JEFFERY, M, THIBAULT, JURADO, A. coord., Madrid, 2003, pág. 23 y ss.)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

deberes militares, etc., y cuyo conocimiento por parte del empleador debe entenderse legítimo y no infractor de la intimidad del trabajador.

Desde hace algunos años ha cobrado particular importancia la aplicación y respeto a los derechos fundamentales al interior de toda relación laboral. De hecho, y en esa misma línea, nuestro Tribunal Constitucional ha emitido algunas resoluciones en las que se han desarrollado una serie de derechos fundamentales, en los que la afectación o supuesta afectación de un derecho fundamental se ha dado al interior de una relación laboral, y ha tenido como agente agraviante al empleador.

Esta situación nos hace plantear una breve reflexión respecto de la implicancia de los derechos fundamentales en una época como la actual, y además como son aplicables al interior de toda relación laboral.

En este sentido el Tribunal Constitucional peruano ha declarado que "el derecho a la intimidad no importa, per se, un derecho a mantener en el fuero íntimo toda información que atañe a la vida privada, pues sabido es que existen determinados aspectos referidos a la intimidad personal que pueden mantenerse en archivos de datos, por razones de orden público (vg. historias clínicas). De allí la necesidad de que la propia Carta Fundamental establezca que el acceso a dichas bases de datos constituyan una excepción al derecho fundamental a la información, previsto en el primer párrafo del inciso 5 del artículo 2° de la Constitución" .

3.1. Autodeterminación Informativa en el Ámbito Laboral.-

La "autodeterminación informativa", entendida como: "*El derecho de toda persona a preservar su identidad controlando la revelación y el uso de los datos que les conciernen y protegiéndose frente a la ilimitada capacidad de archivarlos, relacionarlos y transmitirlos, propios de la informática y de los peligros que ésta supone, objetivo que se pretende conseguir atribuyendo a la persona una serie de facultades "ya clásicas en el derecho de protección de datos"*, tendiente a garantizar que el sujeto afectado ha consentido la recogida y/o tratamiento de sus datos personales,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

o al menos, los ha conocido, disponiendo del derecho para acceder, rectificar, y cancelar, cuando fuere preciso, tales informaciones.

Gran parte de la doctrina reconoce que el derecho de protección de datos vendría a ser un derecho laboral inespecífico, es decir; forma parte de aquellos que el trabajador disfruta no en cuanto a su condición de trabajador, sino en cuanto ciudadano, pero de los cuales puede ser despojado en modo alguno a partir de su incorporación en el seno de la empresa por medio de la celebración de un contrato de trabajo, adquiriendo una "versión laboral" e "impregnando de manera esencial el desarrollo de la relación de trabajo.

La principal amenaza actual para el derecho a la autodeterminación informativa, de los ciudadanos en las democracias occidentales, deriva del abuso de la técnica informática desarrollado por las empresas en el juego de la actual *economía de mercado*.

Por ello, señalar que las empresas en general, suelen usar el vasto potencial derivado de la informática para cumplir con sus legítimos fines de eficiencia y productividad supone constatar una realidad latente. Una situación, que comúnmente se ha ido desarrollando, corresponde a aquella en que la empresa utiliza los datos para una variedad de fines, disfrazando de alguna u otra forma un control del ciudadano/trabajador, que va más allá de todo límite jurídico.

Desde este panorama, el debido respeto del derecho laboral inespecífico de autodeterminación informativa de los trabajadores, queda inserto en un contexto caracterizado por una lucha incruenta y cotidiana por poner límites allí donde las posibilidades de la técnica y lo posición privilegiada de quien detenta una posición de poder.

Ante la pobre regulación que existe al respecto, comienza a ser muy frecuente la contratación de personal técnico especializado y/o asesoramiento jurídico específico para proceder a la elaboración de códigos tipo y cláusulas contractuales estándar en los cuales plasmar modelos de conducta capaces de asegurar un normal y lícito

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

desenvolvimiento empresarial, asegurando la ausencia de responsabilidades de todo orden para la empresa.

La insuficiencia del ordenamiento jurídico legal sobre la materia está obligando a los tribunales a establecer pautas de ponderación entre los medios tecnológicos de información y comunicación y los derechos fundamentales.

El objeto del derecho a la protección de datos es más amplio que el del derecho a la intimidad, no sólo extiende su garantía a la intimidad en su dimensión constitucionalmente sino también a la esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal como el derecho al honor, y al pleno ejercicio de los derechos de la persona.

La jurisprudencia constitucional ha insistido en que ese derecho de control del flujo de informaciones también "trata de evitar que la informatización de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios". La conexión entre el derecho a la intimidad y la reserva de datos del trabajador ha sido reconocida de forma específica en relación con la libertad sindical y su relación con el derecho a la "intimidad informática".

Así como lo señala Sala Franco, "(…) la criticable imprecisión legislativa obliga a una labor creadora, cuasi legislativa de los tribunales", que en muchas oportunidades ofrece notables contradicciones, lo que a la postre, provoca un elevado grado de inseguridad jurídica. Sin embargo, es a partir de los pronunciamientos judiciales de donde se puede comenzar a construir cualquier doctrina general sobre el uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa[185].

[185] Sala Franco, T., "el derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral", Trabajo y Libertades públicas, Madrid, 1999, pág.205.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3.2. El consentimiento del Trabajador.-

Pero en todo esto juega un rol fundamental, el consentimiento que se necesita de parte del trabajador en cuanto a la utilización de sus datos, o los fines con los cuales se pretenden utilizar.

El consentimiento del afectado o interesado representa uno de los contenidos esenciales del derecho a la autodeterminación informativa, en tanto la recogida y el tratamiento de datos "está supeditada, con carácter general, a la previa aquiescencia del afectado". Además, el consentimiento o aquiescencia no se debe limitar a la simple entrega de los datos, sino que debe extenderse al tratamiento, cesión o mera conservación de los mismos; se garantiza así una protección de la persona en todos sus ámbitos, evitando las amenazas que pudieran derivarse de la posterior utilización o cesión incontrolada de la información[186].

Con todo, resulta necesario establecer algunas matizaciones: de un lado, la facultad de tratar datos personales sin consentimiento se extiende a las partes del precontrato de trabajo, a los procesos de selección, en los cuales procede extremar la cautela pues en uno de los momentos en los que el trabajador puede verse más desprotegido, tanto porque el empleador tratará de obtener toda la información posible, seguramente más de la estrictamente necesaria para la valoración de la aptitud profesional del demandante del empleo, como porque con frecuencia recurrirá a fuentes indirectas o paralelas de información sobre los candidatos.

Por ello debe quedar en claro, que la celebración de un contrato de trabajo, no puede llevar la privación del trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, pues ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa legítima que quienes presten servicios en aquellas, por cuenta y bajo dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales, y

[186] CARDONA RUBERT, MARÍA BELÉN; "El derecho a la intimidad en la relación laboral. Información relativa al trabajador"; en Revista Ius et Praxis (Talca, Chile); año 4, N° 2, 1998; pag 111.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

libertades públicas que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional.

3.3. Legislación Internacional en materia de protección del Registro de Datos.-

Partiendo de la definición del derecho a la intimidad, si bien se trata de un derecho relativo, una eventual y excepcional limitación o restricción en su contenido solo tiene sentido si se le ve como una interpretación obsequiosa en el marco de la coexistencia con otros derechos humanos y/o fundamentales.

Es así que el Consejo de Europa en su recomendación N° 2 de 1989 desarrolló el tema de la protección de los datos personales en el ámbito de las relaciones laborales, cuyos principios aplicables los resumen Borghi y Mieli en su obra intitulada *Guida alla privacy nel rapporto di lavoro* de la forma siguiente:

- Respeto de la vida privada y de la dignidad del trabajador
- Información y consultas del trabajador
- Recolección de datos con el consenso del trabajador
- Registro de datos y utilización interna
- Comunicación de datos al representante del trabajador
- Límites a la comunicación externa de los datos
- Prohibición de recolección de datos particulares
- Seguridad y certeza del dato; y
- Conservación de los datos

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a través de la Oficina Internacional del Trabajo con sede en Ginebra, dio lugar a una publicación durante el año 1997 intitulada *Protección de los datos personales de los trabajadores*, en la cual ha sostenido sobre el particular aunque luego ha aceptado matices cuando la nueva finalidad resulta compatible con la inicial lo siguiente: …*el acopio de datos personales no autoriza al empleador a hacer uso de un modo libre e ilimitado de la información recogida*.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Al detallar los fines específicos del acopio de datos, procede indicar también todas las formas futuras de utilización. Para garantizar la transparencia de la operación y, por tanto, la posibilidad de que los trabajadores controlen la utilización de sus datos, el uso tiene que limitarse a los fines que les constan y quedar inequívocamente definido antes de recabarlos.

Si bien es cierto el punto de mayor atención se encuentra en la etapa durante la cual se desarrolla la relación de trabajo, la publicación de la OIT reconoce la importancia, del tema a propósito de las actividades empresariales desarrolladas durante la etapa precontractual: *Los datos que los empleadores recaban acerca de los trabajadores y de los candidatos a un puesto de trabajo atienden varios propósitos: acatar la legislación; respaldar la selección de candidatos, la formación y la promoción del personal; salvaguardar la seguridad personal y laboral, el control de calidad, el servicio que se presta a la clientela y la protección de los bienes.*

Hay nuevas formas de recolección y procesamiento de datos que comportan nuevos riesgos para los trabajadores. Si bien varias leyes nacionales y normas internacionales han establecido procedimientos de carácter obligatorio para el tratamiento de datos personales, existe la necesidad de perfeccionar las disposiciones específicamente dirigidas al uso de los datos personales de los trabajadores.

Con base en ello y previa advertencia según la cual las observaciones contenidas en el referido Repertorio sobre Protección de los Datos Personales de los Trabajadores de la OIT (RSPDPT-OIT) no tienen carácter obligatorio y no suplen a la legislación nacional ni al contenido de las normas internacionales sobre la materia, resulta importante señalar el punto cinco (5) de dicho instrumento, donde se desarrollan una serie de principios generales, los cuales se resumen a continuación:

a. Principios de pertinencia y licitud:

Según el cual los datos personales deben ser tratados de forma "…ecuánime y lícita y limitarse exclusivamente a asuntos directamente pertinentes para la relación de empleo del trabajador" entendiendo por tal,"…a todo trabajador o ex

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

trabajador y a todo candidato a un empleo". (OIT, 1997c, 2).

Efectivamente, como fue precisado *ut supra* durante la fase de indagación, la recolección de los datos personales de los candidatos debe estar circunscrita a puntos inherentes al cargo y su obtención ha de producirse por medios lícitos. Por lo tanto, resulta lógico que dichos principios sean extensibles también al uso y tratamiento de la información obtenida.

Es importante destacar que el RSPDPT-OIT precisa que no es al trabajador a quien incumbe indagar el por qué se le requiere uno u otro dato o información (así como tampoco explicar su negativa a proporcionarla) sino al empleador o empleador quien debe "…indicar las razones y de manejar únicamente los datos personales que sean necesarios" (OIT, 1997c, 13).

b. Principio de la finalidad:

En virtud del cual los datos personales deben ser usados únicamente con el fin para el cual fueron solicitados (en este caso reclutamiento y selección) siendo que en aquellos casos que se exploten con fines diferentes a los que dieron lugar a su obtención, el sujeto contratante debe "…cerciorarse de que no se utilizan de un modo que sea incompatible con esa finalidad inicial y adoptar las medidas necesarias para evitar toda interpretación errada por causa de su aplicación en otro contexto." (OIT, 1997c, 2).

Este principio aplicado a la etapa de vigencia o desarrollo de la relación laboral implicaría restricciones –según lo señala el RSPDPT- OIT- respecto de los datos reunidos con el objeto de garantizar la seguridad y buen funcionamiento de los sistemas automatizados, los cuales "…no deberían servir para controlar el comportamiento de los trabajadores" (OIT, 1997c, 2).

c. Principio de no exclusividad:

Por el cual las decisiones relativas a un trabajador incluyendo su evaluación no

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

deben tomarse únicamente con arreglo al tratamiento informático de sus datos personales. Aplicado a los procesos de reclutamiento y selección, este principio sugiere que la decisión sobre la contratación o no de una persona no se haga exclusivamente con base en los datos informáticos disponibles sobre el candidato.

d. Principio de periodicidad:

Aplicado al revisión del sistema de datos personales y formación. En cuanto al primero, se refiere a la evaluación de los métodos de tratamiento de datos personales, con el doble propósito de reducir el tipo y volumen de los mismos, al tiempo de mejorar la protección de la vida privada de los trabajadores (esta última vista por el RSPDTP-OIT como acción conjunta de los actores laborales).

En cuanto al segundo (formación) este tiene como propósito que las a cargo del tratamiento de datos personales, reciban formación periódica que "...les permita comprender el proceso de acopio de datos y el papel que les corresponde en la aplicación de los principios enunciados…" (OIT, 1997c, 2).

e. Principio de información:

A tenor de lo cual el RSPDPT-OIT propone que los trabajadores y sus representantes sean informados de cualquier actividad relacionada con el acopio de datos, incluso las normas que rigen dicha actividad y los derechos de las personas involucradas.

f. Principio de igualdad y no discriminación:

Tal y como hemos precisado al inicio del presente capítulo, en la fase de uso y manejo de la información obtenida con ocasión de los procesos de reclutamiento y selección, no sólo está en juego el derecho a la intimidad, sino también principio de igualdad y no discriminación, el cual se materializa en el caso concreto en que el uso de los datos personales no debe conducir a discriminaciones ilícitas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

g. Principio de instrumentación:

En virtud del cual, debe procurarse la elaboración de políticas que respeten "…la vida privada de los trabajadores, con arreglo a los principios enunciados…" (OIT, 1997c, 2).

h. Principio de confidencialidad:

Que se materializa en que las personas que tengan acceso a los datos personales referidos en el RSPDPT-OIT, tienen la obligación de guardar confidencialidad respecto de su contenido.

i. Principio de irrenunciabilidad:

En los términos del RSPDPT-OIT se refiere a la imposibilidad de los trabajadores en cuanto a renunciar al derecho de proteger su vida privada. Consideramos que vendría en aplicable en la fase de uso y manejo de la información obtenida por parte del sujeto contratante (asumiendo la noción amplia de trabajador manejada por el repertorio *in comento*).

Habida cuenta los principios antes descritos, la OIT desarrolla en los puntos subsiguientes del RSPDPT-OIT sus recomendaciones en cuanto a la instrumentación sobre los datos personales, específicamente en lo atinente a su acopio, protección, conservación, uso y comunicación. Asimismo el referido repertorio trata sobre los derechos individuales, colectivos y; finalmente, contiene un acápite referido a las agencias de empleo.

El esfuerzo por sistematizar el tratamiento de los datos personales en el ámbito de las relaciones a través de la RSPDPT-OIT con base en los principios anteriormente descritos, constituye un punto de partida a tomar en cuenta en las políticas para el desarrollo legislativo de los Estados miembros de dicha organización -de mucha utilidad en el caso particular de nuestro país, donde a la fecha no se cuenta con legislación

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

expresa que regule la materia salvo las normas aisladas a las que ya se ha hecho mención.

De allí que sistemas como el español han establecido importantes restricciones sobre este particular a través del desarrollo legislativo sobre el uso de la informática y el tratamiento de los datos obtenidos por dicha vía. Baste referir por ejemplo al Título III de la Ley Orgánica 5/1992 de fecha veintinueve de octubre por la cual se regula el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (materialización del Convenio 108 relativo a la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos personales emanado del Consejo de Europa y en vigor desde octubre de 1985).

En dicho Título tiene lugar el desarrollo legislativo respecto de: (i) La calidad de los datos, (ii) el derecho a la información durante la obtención de los datos, (iii) el consentimiento de la persona afectada, (iv) datos especialmente protegidos por la ley, (v) el tratamiento de los datos relativos a la salud, (vi) la seguridad de los datos recabados, (vii) el deber de sigilo; y (viii) la cesión de los datos.

Uruguay fue el país quien dio mayores avances tanto en políticas públicas como en normativas de protección de datos personales, no solo obtuvo el reconocimiento europeo de protección adecuado sino que en diciembre promulgo ley que ratifica la el Convenio N° 108 siendo el primer país no europeo en hacerlo.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

3.4. Legislación peruana en materia de protección del Registro de Datos.-

En nuestro país con fecha 03 de julio de 2011 se promulgo la Ley N° 29733 – Ley de Protección de Datos Personales, y mediante Decreto Supremo N° 003-2013-JUS, aprueban el Reglamento de la norma disponiendo su cumplimiento obligatorio a todas las entidades públicas y privadas, incluyendo nuevas definiciones y obligaciones ya dispuestas en la Ley.

La Ley de Protección de datos personales y su reglamento entraron en plena vigencia, así luego de año y medio de la publicación de la Ley la normativa especializada en la protección a los datos personales de las personas comienza sus efectos plenamente.

Las definiciones que se pueden resaltar son las de datos personales y datos sensibles, en la primera existe un anunciamiento enumerativo de las clases de información que pueden ser consideradas como datos personales, y en caso de la segunda existe una ampliación del ámbito de estas siendo lo más remarcable lo siguiente "características físicas, morales o emocionales, hechos o circunstancias de su vida afectiva o familiar, los hábitos personales que corresponde a la esfera más íntima…".

En caso de los datos sensibles, la Ley exige que el consentimiento de esta sea por escrito, al cual el Reglamento explica que puede ser mediante firma manuscrita sino además firma digital o cualquier otro mecanismo de autenticación.

La Ley exige que el consentimiento para tratar un dato personal este debe ser previo, expreso, e inequívoco, a lo cual el reglamento ha añadido una nueva condición el de ser libre.

Luego, de la aprobación de la Ley de Protección de Datos Personales muchas entidades publicaron Políticas de privacidad o de protección de datos personales en sus portales web como forma de solicitar consentimiento implícito o expreso del consentimiento del usuario o visitante del portal, a lo cual el Reglamento define que la publicación de estas políticas no será entendida como forma de solicitar u otorgar consentimiento expreso, solo como cumplimiento del deber de información a los titulares de los datos sobre el tratamiento de su información personal.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Los obligados, entidades públicas e instituciones privadas, tendrán la carga de la prueba para probar el cumplimiento de las obligaciones de la Ley y su reglamento.

3.4.1. Registro de bancos de datos.-

Los bancos de datos personales deberán ser inscritos en el Registro Nacional de Protección de Datos Personales, registro que será de carácter público.

En el Registro Nacional también se inscribirán los códigos de conducta, las sanciones, medidas cautelares o coercitivas impuestas por la Autoridad y comunicaciones del flujo transfronterizo de los datos.

Los bancos de datos personales deberán ser adecuados a las exigencias de la Ley y su reglamento en un plazo de dos años desde la entrada en vigencia del Reglamento, hasta el cumplimiento de ese plazo la facultad sancionadora de la Autoridad quedará suspendida.

Ante el incumplimiento de lo establecido en dicha normatividad de protección de registro de Datos se iniciara un Procedimiento Sancionador que será promovido *siempre* de *oficio*, que puede obedecer a una denuncia de parte o por decisión motivada del Director de la Autoridad, siendo el Director de las Sanciones de la Autoridad instruye y resuelve en primera instancia y el Director General de Protección de Datos Personales resolverá en segunda y última instancia el procedimiento sancionador.

El derecho a la protección de datos personales atraviesa un momento especial. Si bien fue incluida en la Constitución de 1993 y en 2011 se promulgó una ley de desarrollo. La prioridad de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Minjus), es avanzar hacia la construcción de una cultura de protección de datos personales, con un amplio programa de difusión de esta legislación, que coincide con el elevado interés que sobre el tema ha surgido en las entidades administradoras de bancos de datos personales y en los sectores jurídicos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

3.5. Análisis Jurisprudencia Española.-

En España, el TC ha negado la posibilidad de que el empresario cuente con un fichero informatizado, no individualizado, en el que consten las incapacidades temporales de los trabajadores. Ese Tribunal otorgó el amparo a un trabajador que solicitó la destrucción del expediente que tenía la empresa conteniendo sus datos de salud, dentro de una base de datos que contenía las revisiones periódicas realizadas por los servicios médicos de la empresa y empresas médicas subcontratadas, así como los certificados por incapacidad temporal extendidos por los facultativos de la Seguridad Social, argumentando que no había otorgado su consentimiento expreso para que existiera tal fichero.

El trabajador desempeñaba en ese momento la presidencia del comité de empresa y solicitó a la empresa la relación de los datos relativos a su salud contenidos en el fichero médico. De este modo pudo comprobar que estaban consignadas las “bajas” (ausencias subsidiadas) temporales que había causado desde abril de 1988 hasta agosto de 1995. El trabajador consideró vulnerado su derecho a la intimidad y demandó al empresario. El Juzgado de lo Social y el Tribunal de lo Social de Justicia (TSJ) de Cataluña consideraron que no se había producido tal vulneración porque el fichero era manejado sólo por los médicos, que guardaban el sigilo profesional, se había entregado copia de los informes únicamente al interesado y que la existencia del fichero era una obligación del empresario, de acuerdo con las normas vigentes. No obstante, ambas instancias, advirtieron al reclamante de la posibilidad de dirimir en la jurisdicción contenciosa administrativa el cumplimiento de la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal (LORTAD) o de dirigirse a la Agencia de Protección de Datos, para realizar el reclamo correspondiente.

El fichero, según consta en los hechos probados recogidos en la sentencia, era “no individualizado” y había sido rotulado como de “absentismo por baja médica”, aunque no se hubiese probado la función controladora de absentismo. A pesar de ello, el TC español concluyó que se trataba de un instrumento controlador de bajas del empresario, y que constituía una “medida inadecuada y desproporcionada”, contraria al derecho a la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

intimidad y a la "libertad informática", porque la ley en ese país no faculta al empresario a controlar el absentismo, mediante el almacenamiento informático de los datos relativos a la salud, sin el consentimiento de los trabajadores.

Lo endeble de esta deducción queda en evidencia ante la realidad de que el empleador necesita llevar un control de esos hechos porque, de lo contrario ¿cómo podría delimitar su obligación de pago de subsidios si no llevase un registro de los días de ausencia (baja) médica por incapacidad temporal originada por riesgos comunes? La necesidad de contar con un documento en el que consten estos datos no sólo es una necesidad material indispensable para cumplir con la obligación legal, sino también un derecho del trabajador, que puede exigir a las instituciones públicas de sanidad, una "constancia por escrito de todo su proceso"(Art. 10.11 Ley General de Sanidad). Por tanto, resulta intrascendente el soporte material del documento, ya que éste tiene necesariamente que existir.

Por esta razón, la doctrina académica laboral española hizo notar que, en este caso y a la vista de los hechos probados, el objetivo del fichero no era el que erróneamente presumió el TC, sino que tenía una finalidad más amplia: la de "garantizar la salud del trabajador en el marco constitucional del derecho a la protección de la salud".

De allí, que las conclusiones a las que llegó el Alto Tribunal sobre la vulneración a la intimidad por considerar que la medida era desproporcionada y la utilización de los datos desviada, no parece tener asidero en los hechos probados. Al empresario español le queda como opción, luego de este pronunciamiento, rotular ese tipo de archivo de modo tal que no siembre dudas sobre su finalidad o solicitar expresamente el consentimiento del trabajador para almacenar la información sobre su salud, especificando el objetivo de tal control.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4. EL EJERCICIO DEL PODER DE CONTROL EN SU FACULTAD DE FISCALIZACION DEL EMPLEADOR A TRAVÉS DE RECURSOS TECNOLÓGICOS.

El ámbito laboral ha sufrido el embate de las nuevas tecnologías. Su introducción en el mundo laboral ha transformado, en profundidad, la realidad productiva: la utilización del correo electrónico, el acceso a Internet, la utilización sindical de intranet, la aceptación de la firma electrónica como modo de contraer obligaciones contractuales y de finalizarlas (la dimisión electrónica), el tratamiento automatizado de datos e informaciones relativas al trabajador, la aplicación de las nuevas tecnologías en la vigilancia y control de la prestación laboral, el teletrabajo, son algunas de las manifestaciones de la generalización de las nuevas tecnologías en la empresa.

La irrupción de la tecnología informática ha, por tanto, revolucionado el mundo laboral, transformando en profundidad la organización del trabajo, fundamentalmente, sobre dos de sus facetas más destacadas, el proceso de producción y la gestión empresarial.

El alcance del Poder de Control y Vigilancia del empleador se ve potenciado con la incorporación de recursos tecnológicos e informáticos en el ámbito de las relaciones laborales y, este fenómeno exige un tratamiento muy particular en virtud de la mayor vulnerabilidad del derecho a la intimidad de los trabajadores.

La incorporación de nuevas tecnologías conlleva inevitablemente a una mayor apertura de la intimidad del trabajador, pues "…el trabajador deberá necesariamente perder un poco de su intimidad laboral, siempre que la facultad de control del empleador sea ejercida de modo racional y objetivo", ello debido a que en su decir: La introducción de las nuevas tecnologías supone la aparición en la empresa de nuevas formas incisivas de ejercitar los poderes del empleador ya que el ordenador consiente "un notable salto de calidad en la capacidad de control del empleador sobre la organización productiva y señala un desplazamiento de poder a favor de la dirección"[187]

El problema se encuentra en la natural diferencia cualitativa y cuantitativa del Poder de Control y Vigilancia del empleador ejercido con medios tradicionales respecto del que

[187] Cardona, Ma. (1999). ***Informática y Contrato de Trabajo***. Valencia: Tirant Lo Blanch

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

se aplica utilizando las nuevas tecnologías y recursos informáticos y cómo lo anterior se agrava con la llamada 'prolongación de la intimidad en el espacio virtual de los archivos informáticos'.

La actividad productiva se ha visto enormemente facilitada y agilizada, pero estas indudables ventajas no han evitado que la implantación generalizada de las nuevas técnicas, particularmente, en los sistemas de gestión del personal hayan puesto de relieve su potencial lesividad para la esfera de los derechos fundamentales de la persona y, en concreto, para algunos de los aspectos más vulnerables de la personalidad: la dignidad e intimidad del trabajador.

La aplicación de la informática a la gestión del personal somete a duro examen la capacidad del ordenamiento jurídico para responder a los nuevos interrogantes que se plantean puesto que, en esta situación, es el Derecho el llamado a encontrar el equilibrio entre la utilización de las nuevas tecnologías y el respeto a los derechos y libertades del individuo.

La influencia de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral no se agota en su capacidad de incidir sobre la organización productiva sino que, al mismo tiempo, su introducción en el mercado laboral tiene indudables consecuencias sobre la creación y mantenimiento del empleo.

4.1. La utilización de las Tecnologías de la Información y Comunicación: ¿Atentado al Derecho a la Intimidad?

La utilización de medios tecnológicos por parte del empleador para el control y fiscalización de la actividad laboral del trabajador, muchas veces puede representar un conflicto entre los legítimos derechos e intereses de este de verificar la forma en que el trabajador utiliza las herramientas confiadas para cumplir los servicios y la forma en que se ejecutan los mismos (rendimiento), y los derechos y libertades reconocidos al trabajador, especialmente en lo que concierne a su dignidad, intimidad o privacidad, lo

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

que implica restringir, limitar o prohibir el conocimiento, acceso y tratamiento del empleador sobre datos del trabajador, su imagen y otros aspectos reservados de su vida[188].

El uso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en el proceso de producción de bienes y servicios, ha potenciado el riesgo de violación de la intimidad del trabajador y hasta del derecho a su propia identidad, debido a que se trata de herramientas que permiten controlar la actividad del trabajador de forma mucho más incisiva y permanente que en el pasado, así como también recopilar, tratar, conservar y trasmitir datos personales de manera mucho más eficaz, ilimitada e indiscriminada.

Así, en cuanto a esto último, la recopilación y sistematización de datos y su conexión con otra información que figura en otras bases de datos, puede permitir al empleador (y a terceros) no solamente conocer el perfil laboral del trabajador (rendimiento, calificaciones, ausentismo, etc.) sino también aspectos de índole familiar, moral, religiosa, ideológica, sexual, etc., lo que representar un grave peligro de intromisión en la vida íntima del trabajador e inclusive para la puesta en práctica de medidas discriminatorias.

Además, la utilización de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en el ámbito laboral no se limita a los problemas de la protección de datos del trabajador (especialmente aquellos considerados como sensibles), sino que también se proyecta en otros planos que pueden dar lugar a la vulneración de la dignidad e intimidad del trabajador, como por ejemplo, ante el monitoreo de los correos electrónico, el control de la navegación en Internet y el uso del ordenador, la video-vigilancia, la supervisión indirecta por la vía de la utilización de tarjetas magnéticas y etiquetas electrónicas, el monitoreo de las comunicaciones telefónicas, etc.

[188] BORGHI, Paola y MIELI, Giorgio. *Guida alla privacy nel rapporto di lavoro*. Bancaria Editrice, Milano, 2005, pág. 11 y ss. Los autores señalan que en el campo específico del Derecho del trabajo, la consideración de los poderes del empleador en relación a su interés en obtener información sobre el trabajador, no puede prescindir de derechos muy sensibles como son el respeto de la libertad, la dignidad y la intimidad, los cuales se encuentran reconocidos en los arts. 2, 3, 15 y 21 de la Constitución italiana.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Sobre este último aspecto, José Ramón Agustina afirma que "el avance de las nuevas tecnologías plantea nuevos desafíos en la privacidad de los individuos; no obstante, el binomio *nuevas tecnologías* y *privacidad* no sólo afecta las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Una de las características de esta nueva *era de las tecnologías* es la generación de mayores facilidades y nuevas oportunidades para acceder a la esfera íntima o de mera privacidad de la persona: la *capacidad intrusita* que aporta la tecnología no depende tanto *de facto* del previo consentimiento o cesión de datos del sujeto, o del empleo de fuerza física o habilidad subrepticia"[189].

En la misma dirección, Antonio Sempere y Carolina San Martín señalan que "las nuevas tecnologías han revolucionado el mundo laboral de nuestros días. Cada vez son más numerosas las actividades donde, en mayor o menor medida, se utilizan instrumentos telemáticos o informáticos, generándose una realidad plagada de situaciones que hasta hace relativamente pocos años resultaban impensables en todos los órdenes (economía de costes, perfección de las tareas, rapidez de ejecución, volumen de informaciones manejadas, reconversión de empleos, cambios en los hábitos laborales, renovación continua de infraestructuras y programas, vulnerabilidad empresarial, globalización económica, interdependencia productiva, trabajo a distancia, aumento de controles, etcétera)"[190].

El empleador tiene interés y derecho a verificar el rendimiento del trabajador en sus aspectos más variados (horarios, descansos, diligencia empleada para realizar la tarea, relación con sus compañeros y superiores, etc.); de igual modo, tiene interés en poner a resguardo los bienes y la información reservada de la empresa, sus proveedores y clientes, especialmente frente a posibles filtraciones, lo que exige la instrumentación de medidas de control y vigilancia. En ese orden, Sergio Gamonal señala que el control tecnológico ha sido justificado por parte de los empleadores en la necesidad de proteger los bienes de la empresa, conocer el desempeño de los trabajadores en sus puestos de trabajo y la adopción de medidas adecuadas de seguridad e higiene en el

[189] AGUSTINA SANLLEHI, *José Ramón, Privacidad del trabajador versus deberes de prevención del delito en la empresa*, Ed. BdeF, serie Europa-América, Madrid-Buenos Aires, 2009, pág. 30.

[190] SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTIN MAZZUCCONI, Carolina. *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales.* Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 31.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

establecimiento[191].

El poder de control, como parte del poder de dirección, no es absoluto ni puede ser arbitrario, sino que reconoce varios límites y regulaciones. Así, existe acuerdo en que el primer límite es la propia relación de trabajo: el empleador sólo puede ejercer ese poder dentro del ámbito de la relación laboral, por lo que está fuera de su alcance la denominada "conducta extralaboral del trabajador". El segundo límite claro es el respeto a los derechos y libertades del trabajador, entre los que se encuentran la dignidad, libertad, igualdad, no discriminación, intimidad, etc. El tercer límite es el que marcan las normas sobre realización de la prestación laboral (condiciones de trabajo, condiciones de seguridad e higiene, etc.).

En igual dirección, Alfredo Montoya Melgar refiere a límites externos e internos. Respecto de los límites externos, señala que son aquellos impuestos por los derechos que la Constitución, leyes, convenios y contratos reconocen a los trabajadores, por lo que las órdenes patronales que contraríen tales derechos serán nulas. A su vez, los límites internos refieren a que el poder de dirección debe ser ejercido de forma regular, lo que implica que las órdenes que emite el empleador no puede ser abusiva, no puede imponer conductas antijurídicas o nocivas. Por su parte, en lo que concierne específicamente al poder de vigilancia y control, el autor señala que las medidas que adopte el empleador deben respetar la dignidad, honor e intimidad del trabajador[192].

La utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación por parte de los trabajadores en el centro de trabajo plantean un conjunto de problemas jurídicos hasta ahora inexistentes, con la utilización de Internet y del correo electrónico en el ámbito laboral van apareciendo problemas de legalidad sobre el uso de los mismos para fines no empresariales y sobre las medidas de control y revisión del correo electrónico

[191] GAMONAL CONTRERA, Sergio. *"El derecho del trabajo y las nuevas tecnologías en Chile*". Revista de Derecho Social Latinoamérica", número 1, Ed. Bomarzo, Buenos Aires, 2006, pág. 215. El autor expresa que la Dirección del Trabajo de Chile ha sostenido que el control tecnológico debe limitarse al ámbito infranqueable de la dignidad e intimidad del trabajador, de lo que concluye que sólo son válidos los mecanismos de vigilancia audiovisuales cuando sean objetivamente necesarios por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos o por razones de seguridad.

[192] MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del trabajo*, ob. cit., pág. 352.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

de los trabajadores por parte de las empresas.

5. MEDIOS TECNOLÓGICOS NORMALMENTE IMPLEMENTADOS EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

5.1. TECNOLOGÍAS AUDIOVISUALES

El uso empresarial de las cada vez más sofisticadas tecnologías de grabación y reproducción de vídeo y audio puede comportar una exposición continuada y particularmente intensa del trabajador al conocimiento y control por parte del empresario, no sólo en lo referido a la ejecución del trabajo, sino también en cuanto a distintos aspectos de su esfera más personal, que pueden caer bajo el foco de esos artilugios que acrecientan la capacidad de observación empresarial hasta tal punto que se ha llegado a hablar del "ojo universal" del empleador o de la "empresa panóptica".

Indudablemente, ello comporta un peligro cierto para la dignidad del trabajador y para algunos de sus derechos fundamentales. Principalmente, el derecho a la intimidad, que protege el mantenimiento de "un ámbito propio y reservado frente al conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de la cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana", pero también otros como el derecho a la propia imagen y el secreto de las comunicaciones.

El derecho a la intimidad configura una suerte reserva absoluta en torno a ciertos campos considerados como el núcleo más primario y elemental de la privacidad de la persona: la intimidad espiritual (referida al fuero interno de la persona), la intimidad corporal y sexual (relacionada con el legítimo pudor con respecto a la anatomía y fisiología del propio cuerpo y con su protección frente a agresiones físicas o sexuales), y la intimidad doméstica o familiar (identificando el domicilio y la vida en familia como espacios por definición legítimamente aislados de las intromisiones externas).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Desde esta perspectiva, el derecho a la intimidad limita las posibilidades empresariales de utilización de mecanismos audiovisuales para el control del empleado fuera del centro de trabajo, vedando la invasión de determinados ámbitos de su vida extralaboral como el domicilio particular o la vida afectiva y familiar, pero también impide su aplicación sobre determinados espacios en el interior de los centros de trabajo estrechamente ligados a la intimidad corporal (aseos, vestuarios y similares).

Por otro lado, frente a una concepción tradicional más restrictiva, hoy prevalece la idea de que el derecho a la intimidad despliega también su virtualidad tuitiva más allá del círculo de lo puramente espiritual, corporal, doméstico y familiar, en el seno de las naturales relaciones interpersonales que el individuo desarrolla en sociedad.

En este sentido, aunque la toma de conocimiento de informaciones sobre la persona en espacios públicos o expuestos al conocimiento ajeno no vulneraría en principio el derecho a la intimidad, este podría no obstante verse afectado, por ejemplo, en caso de una intervención subrepticia y no deseada de terceros, de una divulgación de datos personales que exceda de lo querido o autorizado por el interesado o de sometimiento a una vigilancia exhaustiva y permanente que anule por completo toda posibilidad de libre desarrollo de la interacción social por el individuo.

En esta línea, podría decirse que la captación por medios audiovisuales de lo que constituye en sentido estricto actividad laboral de los trabajadores no afectaría en principio al derecho a la intimidad, en la medida en que, de un lado, el medio de trabajo constituye un espacio abierto de modo natural al conocimiento ajeno, que no se cuenta entre aquellos espacios considerados privados por definición, y, de otro lado, la aceptación del contrato implica que el trabajador conoce y asume que puede ser sometido a la natural vigilancia empresarial.

Ahora bien, el derecho fundamental podría resultar lesionado si el control se practicara con una intensidad o exhaustividad superior a lo razonablemente esperable y consentido por el trabajador, extendiéndose sobre parcelas de lo íntimo o privado ajenas al funcionamiento de la empresa o anulando completamente todo margen para un mínimo desenvolvimiento autónomo de su personalidad.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El derecho fundamental a la propia imagen comporta una potestad de autodeterminación sobre la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular, incluyendo facultades de oposición y reacción frente a su captación, publicación o difusión por terceros no autorizados. Se trata de un derecho ligado intrínsecamente a las tecnologías de reproducción de la imagen (fotografía, vídeo, etc.) que necesariamente ha de ser tenido en cuenta a propósito de la utilización empresarial en el medio de trabajo de esta clase de dispositivos que constituyen su objeto específico. La consideración separada de este derecho con respecto al de intimidad tiene sentido porque las vulneraciones de uno y otro no siempre van necesariamente de la mano, sino que pueden producirse de modo independiente, toda vez que su respectivo contenido y radio de protección son diferentes.

Este derecho entraña una prohibición general de la toma o difusión de la imagen de la persona por medio de cualquiera de aquellos dispositivos que permiten su almacenamiento o reproducción, que, como luego se precisará, sólo cedería excepcionalmente en ciertos supuestos y condiciones previstos en la legislación de desarrollo de este derecho fundamental.

Así, es posible que la filmación sobre una persona realizada puntualmente en un espacio público o abierto al conocimiento ajeno (por ejemplo, la calle o el centro de trabajo), sin invasión de espacios verdaderamente privados y, por tanto, legítima desde la perspectiva del derecho a la intimidad, resulte sin embargo lesiva del derecho a la propia imagen si no se cumple con las exigencias legales a que se acaba de hacer referencia. Por consiguiente, más allá del examen relativo a la eventual lesión del derecho a la intimidad, el uso de mecanismos fotográficos o videográficos de vigilancia en la empresa requiere asimismo un análisis sobre la proyección en el ámbito laboral de estas prescripciones vinculadas al derecho a la propia imagen.

Por último, el secreto de las comunicaciones protege la interlocución a distancia e por una variada gama de medios frente a la intervención de terceros sin autorización judicial, ya se trate de la interceptación en sentido estricto o del simple conocimiento antijurídico de dichas comunicaciones ajenas (mediante la apertura de correspondencia o el rastreo de llamadas telefónicas, por ejemplo).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El bien jurídico directa y específicamente tutelado por este derecho es la libertad de las comunicaciones entendida como un valor en sí misma, que se salvaguarda frente a eventuales injerencias externas, abstracción hecha de la finalidad o del contenido de los mensajes que constituyen su objeto específico. En coherencia con ello, el secreto de las comunicaciones se configura como una garantía de carácter formal, de suerte que, a diferencia de lo que ocurre con el derecho a la intimidad, no importa que la información transmitida sea o no de carácter personal o privado, sino el hecho en sí de del acceso o intercepción por parte de un tercero, con independencia la sustancia del mensaje[193].

Por otro lado, la garantía de secreto no abarca a cualquier clase de actividad comunicativa, sino que se refiere solo a las establecidas por determinados canales cerrados de comunicación a distancia que, por su configuración como tales, son los únicos que ofrecen a los interlocutores una razonable expectativa de libertad y autonomía frente al conocimiento ajeno y, al tiempo, se exponen a un riesgo de subrepticia interceptación por terceros.

De acuerdo con ello, la protección se extiende a una amplio elenco de medios técnicos que responden a esa caracterización, pero no a las conversaciones "cara a cara", a los mensajes lanzados a través de canales como, por ejemplo, ondas radiofónicas o señales digitales abiertas a la captación de la frecuencia correspondiente, o a los envíos postales sometidos de manera explícita y previa a un control ajeno.

Así configurado, es claro que este derecho resultará relevante fundamentalmente en lo que se refiere a la aplicación de sistemas de escucha o grabación de voz sobre las comunicaciones de los trabajadores desarrolladas por vía telefónica o similar (como las aplicaciones informáticas para llamadas tipo *skype*), y que tendrá una incidencia bastante menor con respecto a los instrumentos de captación gráfica de imagen, aunque no descartable completamente (por ejemplo, en a propósito de videoconferencias o de en caso de que aquellos se utilicen para filmar al trabajador mientras conversa a través de *software* de mensajería instantánea o redes sociales de internet).

[193] SEMPERE NAVARRO, Nuevas Tecnologías y relaciones laborales. Pág. 69-71

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5.1.1. EL USO PONDERADO Y PROPORCIONADO DE LA VIGILANCIA AUDIOVISUAL EN LA EMPRESA

Nuestra legislación laboral carece de una regulación expresamente referida a la tutela de los derechos de la persona del asalariado frente a la utilización de mecanismos de vigilancia audiovisual por parte de la empresa. Se cuenta básicamente con la referencia genérica a la dignidad y a la intimidad entre los derechos básicos del trabajador y con la regulación general del poder de vigilancia y control del empresario.

El empresario goza de una cierta libertad de elegir los medios para efectuar el control sobre la actividad laboral, sin prohibición ni impedimento alguno que se oponga en principio al uso de dispositivos de captación a distancia de imagen o sonido. Pero también que esta posibilidad se encuentra sometida a ciertos límites, aunque estos se encuentren formulados con cierto grado de abstracción e imprecisión.

El primero de estos consiste en circunscribir la vigilancia a la verificación del cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales o, dicho de otro modo, a lugares y finalidades directamente relacionados con la prestación de trabajo propiamente dicha.

El segundo de los límites se cifra en el respeto a la dignidad del trabajador, aunque se trata de una alusión hecha con extrema indeterminación y sin ningún tipo de esclarecimiento ulterior.

A partir de estos preceptos, hay quien ha cuestionado que la vigilancia del desempeño laboral por medios audiovisuales pueda realmente suponer afectación a la intimidad, puesto que el empleo de estos se considera ilícito únicamente cuando aquellos permiten conocer, reproducir y grabar la “vida íntima”, lo que vendría a dejar fuera la actividad productiva desarrollada en los lugares de trabajo, que se situaría extramuros de la esfera privada.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la personalidad del trabajador es inescindible y que, por ello, es inevitable que diversos aspectos de la intimidad y de la vida personal de los empleados puedan aflorar en el ámbito laboral; y, de otro lado, que los aparatos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de control a distancia, aun instalados al servicio de finalidades legítimas de control laboral o seguridad, por sus propias características técnicas, permiten también captar adicionalmente aquellas eventuales manifestaciones de lo íntimo y privado en el medio de trabajo (lo que se llama habitualmente "control preterintencional")[194].

Por tanto, la vigilancia audiovisual de la actividad laboral en sentido estricto no comporta, en principio, un conflicto con la intimidad, pero este puede surgir si la extensión, intensidad o duración del control, en función del concreto medio empleado y de las circunstancias de su aplicación, son tales que propician efectivamente la captación de la vida privada o un riesgo de injerencia en ella, en cuyo caso se entraría de lleno en el terreno de las posibles intromisiones ilegítimas.

En efecto el derecho fundamental ofrecería su amparo frente a la intrusión ajena en actuaciones y conversaciones que, aun en lugares públicos o en el propio centro de trabajo, se desenvuelven en la legítima confianza de quedar al margen del conocimiento indeseado de terceros, decayendo las barreras de protección únicamente cuando de las circunstancias concurrentes, de una advertencia previa o del consentimiento expreso o tácito prestado por anticipado se deduzca razonablemente una quiebra de aquella expectativa de reserva.

Así pues, cuando las medidas de vigilancia empresarial se adopten desconociendo los requerimientos en cuanto a pertinencia, información a los afectados y consentimiento, desbordando por consiguiente lo que de buena fe es razonable esperar, se entraría de lleno en el terreno de conflicto con los derechos fundamentales. Ahora bien, cuando el control se ciñe a finalidades pertinentes, se pre avisa y no requiere consentimiento, o bien este puede entenderse válidamente otorgado, no habría una expectativa razonable de reserva y, por tanto, tampoco conflicto con los derechos fundamentales, salvo en caso de invasión de los espacios objetivamente privados antes mencionados o de uso desviado del material de audio o vídeo obtenido para fines distintos de aquellos sobre los que previamente se informó o se consintió.

[194] MERCADER UGUINA, Jesús R. "Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías ¿hacia una empresa panóptica?, Relaciones Laborales. Nª 01. 2007. Pág. 677

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5.1.2. POSIBILIDADES Y LÍMITES DE LA VIGILANCIA EMPRESARIAL POR MEDIOS AUDIOVISUALES

A partir del cuadro trazado sobre las claves legales y jurisprudenciales esenciales para enjuiciar la legitimidad o ilegitimidad de las medidas de vigilancia audiovisual en la empresa desde el punto de vista de su incidencia sobre los derechos fundamentales de los trabajadores, sería ya posible dar una respuesta concreta a los distintos casos problemáticos que más frecuentemente se plantean en torno a esta cuestión.

En cuanto a la *videovigilancia directa sobre la prestación laboral* mediante cámaras o circuitos cerrados de televisión, siempre que se desarrolle dentro de determinadas condiciones, no tiene por qué suponer afectación alguna a los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen del trabajador.

Desde la perspectiva de la exigencia de pertinencia recogida, es evidente que, siempre que su objeto y finalidad se circunscriba precisamente al control del cumplimiento de deberes y obligaciones laborales, es legítima, por otra parte, si efectivamente se ciñe exclusivamente a la observación de la actividad laboral, no requeriría de una prestación formal de consentimiento por los empleados, pues como pudimos observan en la legislación comparada española, se exonera de ello la toma de información a los efectos estrictamente pertinentes para el desarrollo de una relación contractual laboral, y, además, la anuencia a la supervisión empresarial del trabajo va implícita en la propia aceptación del contrato. Ahora bien, el almacenamiento, la cesión o el uso para fines distintos de las imágenes obtenidas sí requerirían un consentimiento específico, pues, de lo contrario, resultaría efectivamente lesionado el derecho a la propia imagen, y, en función de los contenidos filmados y del curso que se les dé, puede que también el derecho a la intimidad.

Lo que sí se requiere, en cambio, para la práctica de esta forma de vigilancia es, con carácter general, el conocimiento previo de los trabajadores, si bien, siempre que se proporcione con la calidad y extensión requerida, el suministro de información previa no está sometido a una forma específica.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En cuanto a los *mecanismos ocultos de vigilancia a distancia*, visual o auditiva, es claro que su carácter subrepticio infringe las exigencias de información previa y, además, podría estar desenvolviéndose en contra de las razonables y legítimas expectativas de reserva de los trabajadores, afectando, por tanto, al derecho a la intimidad. Por otro lado, la captación o grabación de la efigie personal requiere, o bien una expresa autorización legal, o bien el consentimiento de los afectados que, evidentemente, no puede entenderse prestado con respecto a aquello que ni siquiera se conoce, de suerte que la filmación oculta supondría una intrusión en el derecho a la propia imagen.

Ahora bien, habida cuenta de la incidencia que se produce sobre los derechos fundamentales, es exigible conforme a la doctrina constitucional una ponderación en el uso y en el enjuiciamiento de estas medidas. Así, aplicando preceptivamente el test de proporcionalidad, en los términos detallados con anterioridad, el recurso a dispositivos ocultos sería admisible únicamente cuando existan problemas o incumplimientos previamente constatados, y siempre que la captación se limite a lo imprescindible para la averiguación sobre aquellos, sin inmiscuirse en otro tipo de informaciones o en espacios distintos de aquel en que los comportamientos desviados se han producido y, desde luego, sin invadir lugares cubiertos por una reserva de carácter absoluto como son aseos y los vestuarios.

Más allá de la supervisión de la actividad laboral en sentido estricto, la empresa puede recurrir a dispositivos de filmación a distancia para establecer una *vigilancia general sobre las dependencias laborales* con finalidades tales como la garantía de la seguridad del patrimonio, de las personas o de las transacciones realizadas, o la prevención de siniestros y riesgos laborales.

En cualquier caso, para descartar el carácter lesivo de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, al igual que en el caso de la vigilancia estrictamente laboral, es preciso que no se incurra en un uso desviado de las imágenes obtenidas y que, antes que nada, se suministre información previa a las personas afectadas, con el contenido y extensión.

Ahora bien, probablemente tampoco es necesario un consentimiento expreso y específico de los trabajadores. Ha de tenerse en cuenta que la existencia de una

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

autorización legal exime de la necesidad de recabar dicha anuencia, y que la utilización de dispositivos audiovisuales con fines de seguridad privada parece contar, en efecto, con autorización legal expresa.

En cuanto a la *vigilancia gráfica fuera del centro de trabajo*, desde luego, no puede inmiscuirse de ninguna manera en ámbitos privados por definición como el inviolable domicilio particular (lo que excluye de antemano la legitimidad de cualquier control visual a distancia sobre los trabajadores a domicilio). Pero, respetando estos espacios, la supervisión del desarrollo de actividades laborales en lugares distintos de los locales de la empresa es legítima, siempre que tal vigilancia sea pertinente, ponderada, proporcionada y conocida por el trabajador, aunque no necesariamente consentida, pues, en este caso cabría entender implícito el consentimiento en el contrato.

No obstante, el control podría excepcionalmente ocultarse en caso de sospechas previas de alguna actuación irregular, si se supera el correspondiente examen de proporcionalidad. Aun en un contexto netamente extralaboral, la captación gráfica de momentos de la vida e imagen personal del empleado fuera del trabajo podría no vulnerar el derecho a la intimidad si se realiza de modo pertinente y proporcionado a un fin legítimo en espacios públicos en los que no exista una “expectativa razonable” de reserva.

En fin, en cuanto a la *captación de audio*, se ha de ser más estricto, puesto que los sistemas de escucha permiten el seguimiento continuado de todo tipo de conversaciones entre los trabajadores o entre estos y los clientes, en las que pueden deslizarse con naturalidad y sin perjuicio alguno para los intereses empresariales, comentarios de índole privada o personal ajenos a la relación laboral.

Existe por tanto una intromisión sobre la intimidad que sólo es legítima cuando resulte absolutamente proporcionada a un fin empresarial legítimo. Así, aplicando el principio de proporcionalidad, la utilización indiscriminada de aparatos de captación de sonido como mecanismo general de seguridad o control laboral lesiona el derecho a la intimidad.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Asimismo debe constatarse si la medida de control audiovisual cumple con los tres requisitos siguientes:

a) En primer lugar **juicio de idoneidad**, "si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto"

b) En segundo lugar **juicio de necesidad**, "si la medida es necesaria, en el sentido de que no exista otra más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia"

c) En tercer lugar **juicio de proporcionalidad**, "si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto".

A tales efectos, habrá que atender no sólo al lugar del centro de trabajo en que se instalan por la empresa sistemas audiovisuales de control, sino también a otros elementos de juicio para dilucidar en cada caso concreto, si esos medios de vigilancia y control respetan el derecho a la intimidad de los trabajadores.

No obstante, tales elementos de juicio son distintos en función de la finalidad que se persigue con la instalación de los medios de control, esto es, según se trate de dar un plus de seguridad o de verificar el cumplimiento indiscriminado de las obligaciones laborales por parte de los trabajadores, o de comprobar las sospechas de prestación irregular de los servicios por parte de algún trabajador.

Cuando se trata de dotar a la empresa de seguridad o de verificar el cumplimiento indiscriminado de las obligaciones laborales por parte de los trabajadores, la doctrina judicial considera que la medida de control supera los tres requisitos a los que queda sometido el juicio de proporcionalidad cuando a través de ella se consigue el fin pretendido, no se cuenta con otro medio más racional y proporcionado de control, los trabajadores saben de la existencia de las cámaras, y la filmación es la indispensable y estrictamente necesaria para satisfacer el interés empresarial merecedor de tutela y protección, situándose las cámaras en zonas de paso y de trabajo sin captación de sonido y sin persecución visual de los trabajadores ni de sus actos, y sin que las cámaras tengan posibilidad de zoom ni de modificar su enfoque.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

No obstante, si en el curso de una vigilancia no centrada en los trabajadores se comprueba que alguno de ellos comete una falta disciplinaria (por ejemplo, una sustracción de material de la empresa), quedará justificado el enfoque exclusivo que de éste puedan hacer las cámaras, si bien dicho enfoque deberá superar el juicio de proporcionalidad que se expone en el siguiente apartado.

En los supuestos en que existen razonables sospechas de la comisión por parte del trabajador de graves irregularidades en su puesto de trabajo, los tribunales consideran que la medida de control audiovisual supera:

- El juicio de idoneidad, cuando permite verificar que el trabajador comete efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes;
- El de necesidad, si la grabación sirve de prueba de tales irregularidades;
- Y el de proporcionalidad, si la grabación de imágenes se limita a la zona de trabajo en la que pueden cometerse las supuestas irregularidades (por ejemplo, la caja o la barra de la cafetería, o la zona de laboratorio) y a una duración temporal limitada en el tiempo, la suficiente para comprobar que no se trata de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada[195].

En todo caso, la instalación de tales medios en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta lesiva al derecho a la intimidad de los trabajadores.

En cuanto a los medios auditivos, la instalación de *micrófonos* que permiten interceptar escuchas y grabar conversaciones es difícilmente justificable por razones de seguridad en la empresa, lo cual permite afirmar que, salvo excepciones, suponen un atentado contra el derecho constitucional al secreto de comunicaciones de los trabajadores; entre éstas, podemos citar la instalación de las denominadas «cajas negras», ubicadas en los

[195] STC 186/2000, de 10 de julio; y SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de enero de 2001 (AS/1601), de La Rioja de 5 de diciembre de 2000 (AS/135), de Andalucía de9 de marzo de 2001 (AS/2788), del Principado de Asturias de 22 de marzo de 2002 (AS/632), de La Rioja de 30 de mayo de 2002 (AS/2207)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

aviones que permiten registrar las conversaciones de los pilotos, y cuya finalidad es la averiguación de las causas en caso de accidente[196].

De esta manera, se sigue defendiendo, «los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos»; y, de cualquier manera, «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».

Para llegar a una solución jurídica se tiene que proceder a una ponderación adecuada que respete el derecho constitucional a la intimidad, aunque éste se vea modulado en las relaciones laborales, modulación que únicamente ha de producirse en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva.

Sabido es que en materia de intimidad, el consentimiento constituye una de las causas más frecuentes de exclusión de ilicitud, tal es así, que la publicación de las situaciones más íntimas no constituye violación a la intimidad cuando existe autorización de la persona cuya intimidad se expone. Sin embargo, en materia laboral el consentimiento del trabajador no puede ser considerado como vinculante en la renuncia de los derechos de tal modo que el consentimiento, sea este tácito o expreso, no debe ser tomado en cuenta para resolver sobre la licitud de la restricción a la privacidad del trabajador[197].

[196] Señala GOÑI SEIN que las cajas negras —o *data flight recorder* y *data voice recorder*— registran las conversiones que mantienen los pilotos de vuelo con los controladores aéreos y, en general, cualquier incidencia en la conducta de vuelo de los aviones. «Se trata de un medio que consiente un control accidental de los pilotos, actuable en circunstancias excepcionales, normalmente tras un siniestro, a fin de desvelar las causas del accidente y determinar las eventuales responsabilidades si hubiere lugar, pero que no plantea grandes problemas de relación con el respeto a la dignidad e intimidad de los trabajadores». GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 151.

[197] VALDES DAL RE, Fernando, *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador*, en: Libro de Informes Generales. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 2003, Pag. 47-49.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5.1.3. ANALISIS LEGISLACIÓN COMPARADA

5.1.3.1. Legislación Española.-

La Ley orgánica 1/1982, de protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen constituye una referencia fundamental para delimitar estos dos últimos derechos y para identificar en qué medida pueden verse afectados por la utilización empresarial de mecanismos audiovisuales de vigilancia.

En ella se señala que la tutela dispensada "(…) quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia" (art. 2.1), precisando que "no se apreciará la existencia de intromisión ilegitima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso" (art. 2.2). Se confirma así la delimitación del ámbito protegido por estos derechos a partir de una combinación de criterios objetivos (leyes y parámetros sociales consuetudinarios) y subjetivos, otorgando un papel especial al consentimiento del interesado (siempre revocable, según el art. 2.3), y avalando con ello la idea de una reserva relativa cuya mayor o menor extensión depende de la propia actuación del interesado.

De otro lado, cataloga las que se consideran "intromisiones ilegítimas" contrarias a los derechos por ella protegidos (art.7). Concretamente, se califican como intromisiones ilegítimas que pueden considerarse contrarias al derecho a la intimidad "el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas" (art. 7.1) y la utilización de esos mismos instrumentos "para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción" (art. 7.2).

Por otra parte, consideradas en sí mismas o como vehículo de transmisión, la imagen y la voz de las personas han de incluirse dentro del círculo de las informaciones

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

personales, por consiguiente, a los instrumentos audiovisuales que permiten su captación a distancia les son aplicables, en el ámbito laboral como en cualquier otro, los principios y garantías establecidos en dicha ley, que, aun resumidamente, conviene explicitar[198].

El art. 4 LOPD señala que los datos personales sólo podrán ser objeto de recogida o tratamiento "cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido". De ahí se desprende el *principio de pertinencia*, conforme al que, de entrada, el recurso por el empleadora instrumentos de captación de vídeo o audio sólo será lícito cuando esté justificado por referencia a finalidades admisibles, como son el control del cumplimento de las obligaciones laborales, la garantía de la seguridad del patrimonio empresarial o la prevención de riesgos.

Pero, además, a partir de la vinculación a una finalidad legítima justificativa se acota también la extensión e intensidad del control, que ha de circunscribirse a los medios que sean "adecuados y no excesivos" para aquel propósito. De donde se siguen dos pautas fundamentales en esta materia: de un lado, la *prohibición del uso desviado de la información* visual o acústica obtenida, excluyendo la licitud de la intrusión casual o "preterintencional" en cuestiones ajenas a la finalidad habilitante inicial (art. 4, apartados 2 y 5 LOPD); de otro lado, la aplicación del *principio de proporcionalidad*, enfatizada en las orientaciones aplicativas suministradas por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)y por la jurisprudencia[199].

Adicionalmente, el art. 5 de la Ley orgánica 15/1999 establece que la toma de conocimiento sobre aspectos concernientes a la esfera personal debe ir precedida de *información previa* al afectado con indicación expresa, precisa e inequívoca sobre diversos extremos, y ello es exigible también a propósito del uso empresarial de sistemas audiovisuales con fines de control laboral u otros, si bien, en cuanto al modo

[198] Sobre la aplicación de la normativa sobre protección de datos a la vigilancia audiovisual, véase Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, en especial, art. 5.1; asimismo, Instrucción de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)1/2006.

[199] Instrucción AEPD 1/2006, art. 4. AEPD, *Guía de videovigilancia*, p. 35.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de cumplimiento de esta obligación de informar no parece exigirse una forma específica.

Por último, la toma, almacenamiento y tratamiento de información personal exige con carácter general el *consentimiento inequívoco del afectado* (art. 6 LOPD). Sin embargo, expresamente se establece, entre otras excepciones, que no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una laboral (art. 6.2 LOPD).

En fin, a partir de una aplicación combinada de la LO 1/1982 y de la LO 15/1999, pueden extraerse pautas extraordinariamente útiles para precisar la variable virtualidad tuitiva del derecho a la intimidad sobre el ámbito que se ha denominado de reserva relativa, cuya mayor o menor extensión depende factores como la pertinencia y justificación del acceso de terceros y el conocimiento previo o consentimiento del interesado, que aparecen regulados en dicha normativa legal, y que resultan fundamentales para la propia definición del círculo protegido. Es a partir precisamente de esos elementos que puede construirse la conocida como teoría de la "expectativa razonable" de intimidad, que, de hecho, ya ha sido empleada en los tribunales[200].

5.1.3.2. Análisis Jurisprudencia Española

La doctrina judicial más tradicional, aunque no de modo unánime, tendía a considerar que el uso empresarial de sistemas de audiovisuales de vigilancia sobre el trabajo no afectaría al derecho a la intimidad, pues, partiendo de una noción clásica y restrictiva de este derecho como privacidad doméstica y familiar (y sin reparar demasiado en el derecho a la propia imagen), se entendía que, por definición, el centro de trabajo no constituye un espacio de reserva íntima en el que sea exigible aquella tutela constitucional, salvo en ciertos espacios no destinados a la actividad laboral como vestuarios, lavabos o zonas de esparcimiento[201].

[200] SSTS 26 septiembre 2007 (RJ 7514) y 8 marzo 2011 (RJ 932).

[201] Así, STSJ Andalucía (Sevilla) 17 enero 1994 (AS 310), STSJ Galicia 21 abril 1995 (AS 1514) y STSJ Galicia 25 enero 1996 (AS 12).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Sin embargo, el panorama jurisprudencial español dio un vuelco a partir de dos relevantes sentencias del Tribunal Constitucional, las SSTC 98/2000 y 186/2000, cuyo criterio ha sido seguido posteriormente con entusiasmo por los jueces y tribunales del orden social[202].

En la primera ellas, se estima en contraposición a aquella doctrina tradicional que no cabe "limitar apriorísticamente el alcance del derecho a la intimidad de los trabajadores a las zonas del centro de trabajo donde no se desempeñan los cometidos propios de la actividad profesional, negando sin excepción que pueda producirse lesión del referido derecho fundamental en el ámbito de desempeño de las tareas profesionales, pues no puede descartarse que también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores". También en dichos espacios "es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador", que es precisamente lo que puede suceder a propósito del uso de instrumentos audiovisuales de vigilancia.

No obstante, de otro lado, esta jurisprudencia asume que la protección que el derecho a la intimidad brinda al trabajador en el seno de la relación laboral no puede concebirse en términos maximalistas o absolutos, puesto que el respeto a los derechos fundamentales del trabajador ha de hacerse compatible con el legítimo ejercicio por el empresario de las facultades de vigilancia y control que tiene legalmente reconocidas en el art. 20.3 Estatuto de los Trabajadores Español, y que, en último término, son expresión de los derechos también fundamentales, de libertad de empresa y propiedad privada (arts. 38 y 33 CE).

Así las cosas, el Tribunal Constitucional español enfoca la problemática del recurso por

[202] Por ejemplo, STSJ Principado de Asturias 27 marzo 2009 (AS 1733), STSJ Islas Canarias (Las Palmas) 30 abril 2009 (AS 1763) y STSJ Illes Balears 4 septiembre 2009 (AS 2656). Además, la aplicación de la ponderación y del principio de proporcionalidad se ha extendido también a otros casos de conflictividad entre las facultades empresariales de vigilancia y el derecho a la intimidad de los trabajadores distintos de los referidos a los dispositivos de control audiovisual, señaladamente a los supuestos, cada vez más frecuentes, en que se trata de la supervisión de la correcta o incorrecta utilización de los medios informáticos de trabajo y de las eventuales injerencias que ello puede provocar en la privacidad: STSJ Murcia 3 julio 2008 (AS 2009\1031), STSJ Galicia 6 noviembre 2008 (AS 2009\195) y STSJ Castilla y León (Burgos) 11 junio 2009 (AS 1722).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

la empresa a mecanismos de control y vigilancia consistentes en sistemas de captación de imágenes o grabación de sonidos potencialmente invasivos de lo íntimo como un "conflicto entre derechos fundamentales" que, en ausencia de una normativa específica sobre la utilización laboral de tales dispositivos, debe ser resuelto mediante una "ponderación" que preserve "el necesario equilibrio" entre, de un lado, el derecho a la intimidad del trabajador y, de otro lado, los legítimos intereses empresariales amparados en los derechos de libertad de empresa y propiedad privada. De conformidad con tal planteamiento, corresponderá a los órganos jurisdiccionales (y, en último caso, al propio Tribunal Constitucional) ponderar en qué circunstancias puede considerarse legítimo el uso por parte del empresario de sus facultades de dirección y supervisión del trabajo, "atendiendo siempre al respeto de los derechos fundamentales del trabajador, y muy especialmente al derecho a la intimidad personal que protege el art. 18.1 Constitución Española"[203].

Esa llamada a la ponderación judicial ha sido criticada, entre otras razones, porque supone una puerta abierta a discutibles jerarquizaciones de valores, o incluso a un casuismo puramente subjetivista. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha tratado de ofrecer una pauta preceptiva para reconducir el juicio ponderativo y tratar de conjurar tales riesgos: el principio de proporcionalidad, que se incorpora en la doctrina contenida en las SSTC 98/2000 y 186/2000 como corolario de una afirmación ya presente en la jurisprudencia constitucional anterior, en el sentido de que los derechos fundamentales del trabajador no pueden ser objeto de "modulaciones" más que "en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva".

Así, en virtud de la aplicación de este principio, es necesario para descartar la lesión de derechos fundamentales que la concreta medida de control elegida reúna acumulativamente tres condiciones: tiene que ser "idónea" o "adecuada" a la consecución de una finalidad legítima de tutela de intereses empresariales susceptibles encontrar amparo en derechos fundamentales como el de propiedad privada o la libertad de empresa (juicio de "idoneidad" o "adecuación"); ha de ser "necesaria", en el sentido de que no exista otra alternativa más moderada o menos agresiva para la consecución de

[203] SSTC 98/2000, F. J. 7 y 8, y 186/2000, F. J. 6.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

los mismos objetivos con igual eficacia, pero con un menor impacto negativo sobre los derechos constitucionales del trabajador (juicio de "necesidad"); por último, debe ser también "ponderada o equilibrada", de modo que la intensidad de la "modulación" impuesta al derecho fundamental del asalariado se justifique por la relevancia del beneficio que con ella logra la empresa, o, dicho de otro modo, que no suponga un sacrificio excesivo para el primero en relación con la consecución de objetivos empresariales de importancia menor (juicio de "proporcionalidad en sentido estricto").

a. STC 98/2000, sobre la instalación de micrófonos en el centro de trabajo "Casino de la Toja"

Los hechos que motivaron el recurso de amparo de la STC 98/2000, de 10 de abril, fueron los siguientes: durante el verano del año 1995, la empresa «Casino de La Toja, SA», para conseguir un adecuado control de la actividad laboral que se desarrollaba en las instalaciones dedicadas al juego de azar, y en concreto en las dependencias de caja y en donde se hallaba ubicada la ruleta francesa, decidió completar uno de los sistemas de seguridad de que disponía, consistente en un circuito cerrado de televisión (existente desde la apertura del casino en 1978), con la instalación de micrófonos que permitieran recoger y grabar las conversaciones que pudieran producirse en las indicadas secciones del casino.

El presidente del Comité de empresa solicitaría la retirada de los micrófonos, lo que es denegado por la empresa, que justifica su decisión, alegando que esas grabaciones sirven para completar los sistemas de seguridad (particularmente, el sistema de circuito cerrado de televisión) ya existentes, siendo útil disponer de grabación del sonido en caso de tener que resolver eventuales reclamaciones de los clientes.

Planteado el conflicto en sede judicial, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su Sentencia de 25 de enero de 1996 declara que la instalación de micrófonos en determinadas dependencias del centro de trabajo (secciones de caja y ruleta francesa) no vulnera derecho fundamental alguno de los trabajadores. Ante tal

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

resolución, se presenta recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución.

El Tribunal comienza rechazando la premisa de la Sentencia recurrida, que niega que el centro de trabajo sea un espacio en el que los trabajadores ejerzan su derecho a la intimidad, y que por tanto «las conversaciones que mantengan los trabajadores entre sí y con los clientes en el desempeño de su actividad laboral no están amparadas por el artículo 18.1 CE y no hay razón alguna para que la empresa no pueda conocer el contenido de aquéllas, ya que el referido derecho se ejercita en el ámbito de la esfera privada del trabajador, que en el centro de trabajo hay que entenderlo limitado a los lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, lavabos o análogos, pero no a aquellos lugares en los que se desarrolla la actividad laboral».

En consecuencia el Tribunal se opone, de forma tajante a tal argumentación, por ser lesiva del derecho a la intimidad del trabajador y constitutiva de una intromisión ilegítima del empresario, pues «no puede descartarse que también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que hemos denominado propia esfera de desenvolvimiento del individuo».

Rechaza pues una solución apriorística del conflicto entre la instalación de estos medios de vigilancia y control y la intimidad de los trabajadores, y se decanta por atender a las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto para determinar si existe o no vulneración del artículo 18.1 de la Constitución; circunstancias, como las siguientes: lugar del centro del trabajo en que se instalan por la empresa sistemas audiovisuales de control, si la instalación se hace o no de forma indiscriminada y masiva, si los sistemas son visibles o han sido instalados subrepticiamente, la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas, así como si existen razones de seguridad por el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El Tribunal Constitucional, acto seguido, partiendo de la aplicación del principio de proporcionalidad, analiza si la instalación de micrófonos que permiten grabar las conversaciones de trabajadores y clientes en determinadas zonas del casino, se ajusta las exigencias indispensables del respeto del derecho a la intimidad, para lo cual realiza las siguientes consideraciones.

En primer lugar, entiende como indiscutible que la instalación de aparatos de captación y grabación del sonido en dos zonas concretas del casino, como son la caja y la ruleta francesa, resulta útil para la organización empresarial, puesto que en ellas se llevan a cabo transacciones económicas de cierta importancia. No obstante lo cual, «la mera utilidad o conveniencia para la empresa no legitima sin más la instalación de los aparatos de audición y grabación, habida cuenta de que la empresa ya disponía de otros sistemas de seguridad que el sistema de audición pretende complementar».

Es decir, «no ha quedado acreditado que la instalación del sistema de captación y grabación de sonidos sea indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino. Así las cosas, el uso de un sistema que permite la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones, tanto de los propios trabajadores, como de los clientes del casino, constituye una actuación que rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el artículo 20.3 del ET y supone, en definitiva, una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 CE».

En definitiva, el Tribunal Constitucional considera que el principio de proporcionalidad no ha sido respetado en este caso y, por tanto, ha existido una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 CE, pues no existe argumento definitivo que autorice a la empresa a escuchar y grabar las conversaciones privadas que los trabajadores del casino mantengan entre sí o con los clientes.

Por tanto, prevalece el derecho a la intimidad del trabajador sobre las facultades de control del empresario ya que, «la implantación del sistema de audición y grabación no ha sido en este caso conforme con los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen la modulación de los derechos fundamentales por los requerimientos propios del interés de la organización empresarial, pues la finalidad que se persigue (dar

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

un plus de seguridad, especialmente ante eventuales reclamaciones de los clientes) resulta desproporcionada para el sacrificio que implica del derecho a la intimidad de los trabajadores (e incluso de los clientes del casino).

Y termina sentenciando: “Este sistema permite captar comentarios privados, tanto de los clientes como de los trabajadores del casino, comentarios ajenos por completo al interés empresarial y por tanto irrelevantes desde la perspectiva de control de las obligaciones laborales, pudiendo, sin embargo, tener consecuencias negativas para los trabajadores que, en todo caso, se van a sentir constreñidos de realizar cualquier tipo de comentario personal ante el convencimiento de que van a ser escuchados y grabados por la empresa”.

La medida resulta ilegítima porque la invasión que produce en el ámbito protegido por el derecho a la intimidad no se justifica desde el prisma de la “necesidad” ni desde el de la “proporcionalidad en sentido estricto”.

En cuanto a lo primero, se dice que no se acredita “que la instalación del sistema de captación y grabación de sonidos sea indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino”, puesto que a tal efecto se contaba previamente con un sistema de videovigilancia, sin constancia de insuficiencia o de quebranto alguno de este que hiciera necesaria la adición de los micrófonos.

En cuanto a lo segundo, se subraya que, a cambio de un beneficio nimio para la empresa cifrado en un mero “plus de seguridad”, estos dispositivos provocan un sacrificio absolutamente excesivo para el derecho a la intimidad, en la medida en que permiten “captar comentarios privados, tanto de los clientes como de los trabajadores del casino, […] ajenos por completo al interés empresarial y por tanto irrelevantes desde la perspectiva de control de las obligaciones laborales”.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

b. Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2000, de 10 de julio: despido de un trabajador al constatarse irregularidades a través de la grabación de unas cintas de vídeo

Los hechos que resultan relevantes en esta Sentencia son los siguientes: El recurrente es un trabajador que venía prestando servicios como cajero del economato de su empresa. Como consecuencia de un «descuadre llamativo en los rendimientos de la sección del economato donde desarrollaba su labor y de alguna advertencia sobre el irregular proceder de los cajeros, la dirección de la empresa contrató con una empresa de seguridad la instalación de un circuito cerrado de televisión que enfocase únicamente las tres cajas registradoras y el mostrador de paso de las mercancías desde el techo, en el radio de acción aproximado que alcanzaba el cajero en sus manos».

El resultado de la vigilancia realizada en diferentes fechas de abril y mayo de 1995 determinó la adopción de medidas disciplinarias contra los tres cajeros: el recurrente fue despedido, y a los otros dos se les impuso una sanción de suspensión de empleo y sueldo durante dos meses. Las cintas de vídeo grabadas revelaron que el actor realizó de forma reiterada maniobras en el cobro de artículos a los clientes del economato, sustrayendo diferentes cantidades de la caja; y, asimismo, la investigación sobre las otras dos cajas puso de relieve irregularidades, aunque de menor gravedad.

El trabajador recurre ante el Tribunal Constitucional alegando una vulneración de los siguientes derechos: el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con los derechos a la intimidad y a la propia imagen, el derecho de acceso a los recursos y los derechos a un proceso con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y a la presunción de inocencia. A juicio del recurrente, ha existido la vulneración de tales derechos por haberse admitido como prueba de cargo en el proceso por despido las grabaciones de vídeo presentadas por la empresa, prueba que el trabajador estima nula de pleno derecho al haberse obtenido vulnerando sus derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional comienza afirmando que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

observancia del principio de proporcionalidad. Y para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes:

- si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad).
- si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad).
- si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Llevando tales criterios a este supuesto, el Tribunal Constitucional considera que en este caso no ha existido vulneración de la intimidad del trabajador, porque la medida de vigilancia y control adoptada por la empresa cumple todos las condiciones para ser calificada como proporcionada.

Éstos son sus argumentos: «la medida de instalación de un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde el demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada), por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el artículo 18.1 CE.

En esta misma línea, y reforzando tal argumentación en favor de las facultades empresariales, continúa diciendo que «la intimidad del recurrente no resulta agredida

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

por el mero hecho de filmar cómo desempeñaba las tareas encomendadas en su puesto de trabajo, pues esa medida no resulta arbitraria ni caprichosa, ni se pretendía con la misma divulgar su conducta, sino que se trataba de obtener un conocimiento de cuál era su comportamiento laboral, pretensión justificada por la circunstancia de haberse detectado irregularidades en la actuación profesional del trabajador, constitutivas de transgresión a la buena fe contractual. Se trataba, en suma, de verificar las fundadas sospechas de la empresa sobre la torticera conducta del trabajador, sospechas que efectivamente resultaron corroboradas por las grabaciones videográficas, y de tener una prueba fehaciente de la comisión de tales hechos, para el caso de que el trabajador impugnase, como así lo hizo, la sanción de despido disciplinario que la empresa le impuso por tales hechos».

Finalmente, el Tribunal Constitucional se refiere también a la STC 98/2000 y comparando los supuestos de hecho de cada una de estas dos sentencias justifica el diferente fallo adoptado en función del principio de proporcionalidad, que en este caso sí se respetó: «En el caso presente la medida no obedeció al propósito de vigilar y controlar genéricamente el cumplimiento por los trabajadores de las obligaciones que les incumben, a diferencia del caso resuelto en nuestra reciente STC 98/2000, en el que la empresa, existiendo un sistema de grabación de imágenes no discutido, amén de otros sistemas de control, pretendía añadir un sistema de grabación de sonido para mayor seguridad, sin quedar acreditado que este nuevo sistema se instalase como consecuencia de la detección de una quiebra en los sistemas de seguridad ya existentes y sin que resultase acreditado que el nuevo sistema, que permitiría la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones, resultase indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino».

Por tanto, a diferencia de la primera Sentencia analizada, la medida de control empresarial resultó necesaria para verificar las irregularidades cometidas por el trabajador y, además, las cámaras sólo enfocaron el ámbito físico indispensable a esos efectos. Por ende, en este caso, «previamente se habían advertido irregularidades en el comportamiento de los cajeros en determinada sección del economato y un acusado descuadre contable. Y se adoptó la medida de vigilancia de modo que las cámaras únicamente grabaran el ámbito físico estrictamente imprescindible (las cajas

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

registradoras y la zona del mostrador de paso de las mercancías más próxima a los cajeros). En definitiva, el principio de proporcionalidad fue respetado».

5.1.3.3. Legislación Italiana.-

Por el contrario, el ordenamiento laboral italiano se contiene una regulación sobre estos aspectos. Así, el *Statuto dei Lavoratori* prohíbe con carácter general el uso de instalaciones audiovisuales y de otros aparatos con finalidades de control a distancia salvo por exigencias organizativas, productivas o de seguridad de la empresa. Dice así su artículo 4:

1. Queda prohibido el uso de instalaciones audiovisuales y de otros aparatos con finalidades de control a distancia de la actividad de los trabajadores.
2. Las instalaciones y los aparatos de control requeridos por exigencias organizativas y productivas o bien por la seguridad del trabajo, pero de los que derive también la posibilidad de control a distancia de la actividad de los trabajadores, pueden ser instalados solamente previo acuerdo con las representaciones sindicales de empresa, o bien, a falta de éstas, con la comisión interna. En defecto de acuerdo, a instancia del empleador provee la Inspección de Trabajo, estableciendo cuando sea necesario, las modalidades para el uso de tales instalaciones.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

5.2. CAMARAS VIDEOVIGILANCIA

Con respecto a los medios visuales de control, los más utilizados en las empresas son las *cámaras de televisión*, donde, por su naturaleza la instalación de circuitos de televisión está plenamente justificada en muchos casos por razones de seguridad, productivas o como prevención de robos.

Así, por razones de seguridad, su instalación es preceptiva, por ejemplo, en los bancos, cajas de ahorro y demás entidades de crédito, como medio de identificación de los autores de eventuales delitos contra las personas y contra la propiedad; por razones productivas, en aquellas empresas en las que los trabajadores desempeñen actividades que puedan resultar peligrosas (por ejemplo, fabricación de material explosivo); y, finalmente, como medida preventiva, en centros comerciales, al ser un medio disuasorio de comisión de hurtos y de identificación de los mismos.

Respecto al lugar puede deducirse el deber de respeto, en principio, del derecho a la intimidad de los trabajadores en "las zonas del centro de trabajo como vestuarios, servicios y análogos, donde no se desempeñan los cometidos propios de la actividad profesional" más allá "del ámbito de desempeño de las tareas profesionales". Para admitir la conformidad del sistema de control a las exigencias constitucionales hay que atender así al lugar en el que se instalen los sistemas de control, pues su establecimiento en lugares ajenos al trabajo incluidos los de descanso o esparcimiento, comedores y análogos, puede ser lesiva del derecho a la intimidad de los trabajadores (y aun más en los locales sindicales lo que afectaría también a la libertad sindical)[204].

Es evidente que no existe en nuestra Constitución un enunciado que se refiera expresamente a estas captaciones audiovisuales, pero los derechos de los ciudadanos se encuentran constitucionalmente garantizados a través de toda una serie de normas y principios constitucionales, principalmente contamos con la protección que dispensan los derechos a la intimidad y a la propia imagen/voz, puede ocurrir incluso que esa

[204] MARTÍNEZ FONS, D. "El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales", cit. pág. 267 y ss.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

intromisión venga acompañada de otra en el derecho al honor, también reconocido en este precepto.

Aunque la captación audiovisual propiamente dicha no provoque una lesión inicial del derecho al honor, ésta puede producirse después, cuando se divulgue o difunda lo anteriormente grabado, dependerá además de que el contenido de la grabación incorpore elementos capaces de producir deshonra, independientemente de que, por sí misma, esa captación ya suponga una lesión del derecho a la intimidad.

También pueden resultar afectados por las captaciones audiovisuales otros derechos, como los derechos de reunión y manifestación, si consideramos el efecto disuasivo que eventualmente puede llegar a tener la videovigilancia para el ejercicio de los mismos.

Debe destacarse asimismo la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, que es una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a un debido proceso; la licitud constitucional de una captación videográfica o microfónica, y consecuentemente su viabilidad como fuente de prueba, pasa por el análisis de toda una serie de indicadores que terminan conformando un auténtico chequeo de constitucionalidad[205].

La videovigilancia tiene como finalidad bien la prevención de conductas ilícitas, bien la prevención de riesgos. Cuando se utiliza una videocámara, no para prevenir, sino para investigar *a posteriori* y obtener pruebas relacionadas con delitos ya cometidos o recabar información sobre cuestiones específicas de carácter laboral, matrimonial, etc.

5.2.1. Vulneración del Derecho a la Intimidad del Trabajador por la Instalación de Cámaras

El uso de cámaras puede venir requerido por exigencias organizativas y productivas y por razones de seguridad. Nuestra legislación, al contrario que otros ordenamientos

[205] MARTÍNEZ RUIZ, J., *Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido,* Bosch, 2004, págs. 147 y ss..

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

jurídicos no ha regulado apenas esta cuestión, poco dice nuestro legislador más allá de normas de carácter muy general[206].

En cualquier caso, se entiende que un empresario no puede instalar, sin que dicha circunstancia sea previamente conocida por sus trabajadores, sistema alguno de videovigilancia para controlarlos. Sin una información previa a éstos acerca de la ubicación y características de los dispositivos utilizados, las grabaciones obtenidas nunca podrán ser utilizadas como fuente de prueba para justificar, por ejemplo, un despido procedente.

Será suficiente, eso sí, con el previo conocimiento de los trabajadores, sin que sea necesario su consentimiento, siempre que las captaciones se circunscriban al área donde exactamente se desempeña la actividad laboral y durante el transcurso de la misma. El requisito del previo conocimiento por parte de los trabajadores de la existencia y características de estos dispositivos, que nunca podrán enfocar directamente a las partes íntimas del cuerpo de los trabajadores, se convierte en exigencia de consentimiento si se trata de despachos privados.

Pero si de lo que estamos hablando no es estrictamente de videovigilancia preventiva sino de la preexistencia de indicios delictivos que señalen a uno o varios trabajadores (un presunto delito de robo continuado a la empresa, por ejemplo), la previa información no sería obligada, como es lógico, pero será el juez quien deba decidir el lugar de instalación y características de estos dispositivos, de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Así tenemos, la jurisprudencia española viene rechazando una solución apriorística del conflicto de derechos y aplicando el principio de proporcionalidad. La aplicación de este principio supone valorar en cada caso lo siguiente:

[206] *Vid.,* por ejemplo, el art. 4 del Statuto dei Lavoratori italiano, que aunque prohíbe con carácter general el uso de instalaciones audiovisuales que tengan por finalidad el control a distancia de la actividad de los trabajadores, reconoce una serie de excepciones por exigencias organizativas, productivas y de seguridad en el trabajo, estableciendo también ciertos requisitos como el previo acuerdo con los representantes de los trabajadores o, en su defecto, la intervención de la Inspección de Trabajo.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

1) que el sistema de vigilancia audiovisual pretendido sea susceptible de conseguir el legítimo objetivo propuesto (adecuación)
2) que no se hayan podido adoptar medidas menos gravosas para los derechos de los trabajadores (indispensabilidad)
3) que produzca más beneficios para el interés general que perjuicios a los otros bienes jurídicos en conflicto (proporcionalidad en sentido estricto).

Como se ha visto al mencionar alguna experiencia extranjera, el llamado “derecho a la intimidad” ha sido el eje principal de todo intento de regulación o prohibición de la videovigilancia laboral.

En nuestro país este derecho tiene jerarquía constitucional, se podría discutir si el lugar de trabajo y el desarrollo de la tarea comprometida son compatibles con un espacio de intimidad personal. Sin embargo, en general se ha aceptado que aún en el marco de la actividad laboral, hay aspectos de la conducta del trabajador que resultan ajenos al cumplimiento de la prestación laboral. Se trata de comportamientos que si, bien se manifiestan en hora y lugar de trabajo, se relacionan con cuestiones personales del trabajador. Por ejemplo durante las pequeñas pausas que lógica y naturalmente se verifican durante la tarea e, incluso, de gestos o actitudes propios de la vida íntima del dependiente.

Si el individuo mantiene su derecho a la intimidad aun en su lugar de trabajo, y si éste es un derecho humano fundamental, entonces inevitable es concluir que aquel derecho debe prevalecer sobre los poderes reconocidos al empleador por la legislación. El poder de dirección, si bien se sustenta en los derechos constitucionales de propiedad y a ejercer una industria lícita, encuentra su límite en los derechos humanos del trabajador, que trascienden el estrecho marco del contrato de trabajo. Un sistema de control permanente mediante videocamaras, parece constituir, de tal manera, una grave afectación a la esfera privada de actuación del empleado y un agravio a su dignidad.

Otro enfoque de esta cuestión es el que se refiere al derecho a la protección de los datos personales, que hoy se le reconoce a todo individuo. Las imágenes y sonidos, en cuanto hacen identificable a una persona, se consideran datos personales protegidos por el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

derecho. Por tal motivo hoy no se discute que los datos obtenidos mediante videocamaras, deben ser materia de regulación.

En el mundo laboral, como ya se dijo, colisionan el derecho del empleador a dirigir su empresa, con los derechos de los trabajadores, en cuanto ciudadanos, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de sus datos personales.

Hemos visto que en otros países la cuestión del uso de videocámaras en el ámbito laboral, ha sido enmarcada en las normas relativas a la protección de datos personales. También se ha dicho que están en juego derechos de los trabajadores de jerarquía constitucional, como el derecho a la intimidad.

Lo hasta aquí expuesto lleva a afirmar la necesidad de establecer una reglamentación del uso de videocámaras en el ambiente laboral, contemplando los diferentes intereses en juego.

5.2.2. Limites a la utilización de cámaras de video

Mercader aborda la incidencia de la incorporación de 'técnicas de control tecnológicamente avanzadas', lo cual en su decir ha conllevado a la idea de la *fábrica panóptica* en la que "…la vigilancia es la segunda sombra que acompaña al trabajador…".

En ese sentido y a propósito de los límites de la *videovigilancia*, Mercader ofrece el siguiente pasaje: No obstante, la introducción de nuevas tecnologías en el mundo laboral han ayudado a reforzar la visión panóptica de la relación de trabajo, así como la idea de un remozado feudalismo virtual. El inspector que ve sin ser visto y los vigilados que no pueden escapar a la mirada vigilante y omnipresente que parece situarse en un mundo incorporal, aunque penetre en el mundo corporal hasta hacerlo transparente[207].

[207] Mercader, J. (2002).***Derecho del Trabajo. Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información.*** Valladolid: LEX NOVA

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En la práctica, la incorporación de los avances tecnológicos en el ámbito de las relaciones de trabajo se ha traducido entre otros en la instalación de cámaras de video que no en pocas ocasiones registran audio también, la colocación de micrófonos, la grabación de llamadas telefónicas y; la incorporación de tarjetas electrónicas inteligentes.

En efecto, en cuanto a la instalación de cámaras de video, si bien es cierto que entre nosotros no existe norma alguna que establezca prohibiciones expresas sobre su colocación y uso, ello no constituye una licencia absoluta para su utilización indiscriminada, pues en el ámbito de las relaciones laborales habrá que respetar la dignidad fundamento del derecho a la intimidad lo que impone al menos tres restricciones:

a. La primera de ellas, respecto de la *ubicación* de las cámaras, entendiéndose la prohibición de su colocación en sitios que impliquen la negación del derecho a la intimidad del trabajador (tales como vestuarios, sanitarios, etc.).
b. En segundo lugar la *notificación* al trabajador, parámetro que se enmarca dentro de la aplicación del principio de la buena fe que rige en el contrato de trabajo (referido *ut supra*).
c. Finalmente, la *precisión de los fines que se persigue*, ya que es posible que las cámaras se destinen a la organización del proceso productivo o simplemente su instalación obedezca a la implementación de mecanismos de seguridad.

Es necesario destacar que la inobservancia de estos aspectos puede devenir en la obtención de información arbitraria, clandestina o fraudulenta. En mi entender, más allá del uso que pueda dársele o no a un video en un juicio que es un aspecto colateral dado en razón de la valoración en cuanto a la licitud en su obtención lo más importante es que el uso de *videocámaras* no haga insustancial el derecho a la intimidad del trabajador tal.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Sobre este particular Livellara es de la siguiente opinión: "…a partir de las pautas de la buena fe y del respeto a la dignidad del trabajador, tales medios de contralor deberán estar justificados en la medida que resulten necesarios para la organización del trabajo y la producción de la empresa o por razones de seguridad (por ej., en bancos, supermercados, etc.), pero nunca implicar una persecución o desmedro a la privacidad del trabajador"[208].

Para el Departamento Jurídico de la Dirección del Trabajo del Gobierno Chileno en la "ORD.:2328/130" de fecha diecinueve (19) de julio de 2002 sólo es lícito el uso de mecanismos de control audiovisual:
…cuando ellos se justifican por razones técnico productivas o de seguridad, debiendo ser el control de la actividad del trabajador sólo un resultado secundario o accidental, siendo condición esencial para su implementación, el cumplimiento de los requisitos generales de toda medida de control laboral y específicos del medio en análisis.

Por su parte Sala apunta que en España, la solución ofrecida por la jurisprudencia ha considerado que las pruebas obtenidas por esta vía o análogas, son una prueba más "…siempre que las cámaras estén emplazadas en zonas de trabajo y no en zonas de esparcimiento o privadas (comedores, aseos, vestuarios, locales sindicales, etc.) y sea conocida su existencia por los trabajadores…", en tanto que en un sentido más teórico se precisa que "…la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad"[209]

[208] Livellarra, C. (2003). Derechos y Garantías de los Trabajadores incorporados a la Constitución Reformada. Santafé de Bogotá: Rubinzal-Culzoni Editores. Pág. 57

[209] Sala, T. El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control labor al (1999). ***Trabajo y Libertades Públicas***. Madrid: La Ley

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

5.2.3. Análisis Ordenamiento y Jurisprudencia Internacional Comparada

5.2.3.1. Análisis de Jurisprudencia Latinoamericana

a) Colombia

El empleador puede colocar cámaras de video en las áreas de Trabajo, siempre que no viole ningún derecho del trabajador.
No existe norma legal que autorice colocar cámaras de video en las áreas de trabajo, pero tampoco exista una que lo impida. Aquí debe aplicarse el principio que lo que no está legalmente prohibido está legalmente permitido, obviamente sobre la base del respeto a la dignidad de la persona y siempre que no se viole el derecho a la intimidad y la privacidad del trabajador.

Ha señalado la Corte que resulta razonable al empleador su utilización para garantizar la protección de sus intereses institucionales, o permitir un control sobre el desempeño laboral de las personas a su servicio, pero “siempre y cuando la medida sea proporcional al fin que se busca, es decir sea idónea y necesaria.”

Considera la Corte Constitucional en la Sentencia T-768 de 2008, que la medida debe ser conocida por el trabajador, pues de manera excepcional puede legitimarse medidas subrepticias. Instalar cámaras de video “para la filmación de la vida íntima del empleado o trabajador, como en los lugares de servicios personales, o en los locales sindicales etc. con el fin exclusivo de filmar partes íntimas de la persona, o acosarla en el lugar del trabajo, resulta una intromisión ilegítima y vulneradora de la dignidad y el derecho a la intimidad”.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El Ministerio de la Protección Social considera que ante el vacío normativo se debe acudir al artículo 108, del Código Sustantivo del Trabajo que deberá contener disposiciones normativas en puntos como los señalados en el numeral 10°, el cual establece:"10° Prescripciones de orden y seguridad."

Con fundamento en lo anterior, señala el Ministerio que si la empresa considera necesaria la instalación de cámaras de video dentro de las Oficinas, el empleador estaría facultado para hacerlo siempre que se atiendan a las prescripciones de orden y seguridad establecidas en el Reglamento Interno de Trabajo y no se atente contra la intimidad personal y la privacidad.

Cuando ello ocurre en el ámbito laboral, genera reacciones adversas de los trabajadores que se ven sometidos a una vigilancia extrema durante toda la jornada de labor, mientras que los empleadores aplauden la llegada de un sistema eficiente para controlar la calidad y la cantidad del trabajo de sus empleados.

Con fundamento en lo anterior, debe señalarse frente a lo consultado que si la empresa considera necesaria la instalación de cámaras de video dentro de las Oficinas, el empleador estaría facultado para hacerlo siempre que se atiendan a las prescripciones de orden y seguridad establecidas en el Reglamento Interno de Trabajo y no se atente contra la intimidad personal y la privacidad.

b) Chile

En Chile, la Confederación Nacional Unitaria de Trabajadores del Transporte y Afines realizó una presentación ante la Dirección del Trabajo, solicitando un pronunciamiento sobre la legalidad de los sistemas de vigilancia y control, a través de videocámaras instaladas en los vehículos de la locomoción colectiva urbana. Ello motivó una resolución, de fecha 07/10/2002, que en líneas generales dice:

a. De conformidad a la doctrina vigente de este Servicio, el reconocimiento del carácter de límites infranqueables que los derechos fundamentales, en particular

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

del derecho a la intimidad, vida privada u honra de los trabajadores, poseen respecto de los poderes empresariales (inciso primero, del artículo 5 del Código del Trabajo), lleva necesariamente a concluir que la utilización de mecanismos de control audiovisual (grabaciones por videocámaras) en los vehículos de la locomoción colectiva urbana, sólo resulta lícita cuando ellos objetivamente se justifican por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos o por razones de seguridad de los conductores o de los pasajeros, debiendo ser el control de la actividad del trabajador sólo un resultado secundario o accidental del mismo.

b. Por el contrario, su utilización exclusivamente como una forma de vigilancia y fiscalización de la actividad del trabajador no resulta lícita, toda vez que supone un control ilimitado, que no reconoce fronteras y que se ejerce sin solución de continuidad, lo que implica no sólo un control extremada e infinitamente más intenso que el ejercido directamente por la persona del empleador o su representante, sino que en buenas cuentas significa el poder total y completo sobre la persona del trabajador, constituyendo una intromisión no idónea y desproporcionada en su esfera íntima, haciendo inexistente todo espacio de libertad y dignidad.

c. Es condición esencial para la implementación de estos mecanismos de control audiovisual, en las circunstancias que ello resulte lícito, el cumplimiento de los requisitos generales de toda medida de control laboral y específicos del medio en análisis.

Sin perjuicio de lo anterior, que como consecuencia de la posibilidad de instalar o emplazar videocámaras por razones técnico productivas o de seguridad, se puede llegar a un control o vigilancia de la actividad del trabajador, como una consecuencia técnica necesaria e inevitable del sistema implementado, pero accidental, en cuanto constituye un efecto secundario. Con todo, en estos casos, el control sobre la actividad del trabajador debería valorarse en función de los objetivos perseguidos técnico productivos y de seguridad, de tal manera que la posible afectación de la intimidad del trabajador

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

sea un resultado accidental y no corresponda nunca la intención primaria por parte del empleador.

En el dictamen No 2875/72, de fecha 22 de julio de 2003, dispone que: "[...] la utilización de estos mecanismos de control visual, con el objetivo principal de vigilar el cumplimiento de la prestación de trabajo, importa a todas luces una limitación del derecho a la intimidad del trabajador no idónea a los fines perseguidos, al no cumplirse a sus efectos los requisitos propios de todo límite que se quiera imponer a un derecho fundamental y que omnicomprensivamente podemos englobar en la aplicación del denominado 'principio de proporcionalidad', y que sirve de medida de valoración de su justificación constitucional".

En este mismo sentido, merece la pena estudiar en detalle el pronunciamiento del Departamento Jurídico de la Dirección del Trabajo del Gobierno Chileno en la "ORD.:2328/130" de fecha diecinueve de julio de 2002, donde se precisó que este tipo de controles puede tener dos finalidades; a saber: "a) para la exclusiva vigilancia y fiscalización de la actividad del trabajador, y b) cuando sea objetivamente necesario por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos o por razones de seguridad".

En el caso analizado por la Dirección del Trabajo del Gobierno Chileno antes comentado, se concluyó que la grabación de imágenes y sonido, a través de videocámaras instaladas en los vehículos de locomoción colectiva urbana, no resulta lícita si esta tiene como única finalidad, vigilar y fiscalizar la actividad del trabajador, toda vez que:

"... supone una forma de control ilimitada, que no reconoce fronteras y que se ejerce sin solución de continuidad y en forma panorámica, lo que implica no sólo un control extremada e infinitamente más intenso que el ejercido directamente por la persona del empleador o su representante, sino que en buenas cuentas significa el control y poder total y completo sobre la persona del trabajador".

Ello porque en entender de dicha Dirección, la instalación de dispositivos audiovisuales como forma de control o vigilancia permanente, produce en el trabajador "...un estado

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

de tensión o presión incompatible con la dignidad humana" de suerte que éste al "…verse expuesto de forma ininterrumpida al ojo acusador de la cámara, será objeto de una forma intolerable de hostigamiento y acoso por parte de su empleador" lo cual podría traducirse en un *temor reverencial frente a su empleador y* por tanto nugatorio de la dignidad y libertad del trabajador.

Entre los pasajes de tan importante documento, destaca que la Dirección del Trabajo del Gobierno Chileno considera que el control permanente que se ejerce a través de las cámaras constituye un "…atentado desproporcionado a la intimidad del trabajador" ya que este mecanismo pone en evidencia conductas del trabajador que no guardan relación con su actividad laboral pero que son propias de toda actividad humana (refiriéndose a las llamadas *licencias comportamentales*).

El criterio utilizado por dicha Dirección para precisar la licitud del uso del empleador de cámaras de video, se reduce a los casos en los que: (i) *Resulte objetivamente necesario* por los requerimientos técnicos de los procesos productivos; y (ii) se trata de *razones de seguridad* de los propios trabajadores o de terceros.

Sin embargo en el documento en examen, reconoce la Dirección del Trabajo del Gobierno de Chile que es posible llegar a un control o vigilancia de la actividad del trabajador aún en los dos supuestos anteriores, lo cual catalogan como algo accidental que constituye un efecto secundario que debe valorarse "…en función de los objetivos perseguidos técnico productivos y de seguridad, de suerte, que el sacrificio de la intimidad del trabajador sea un resultado, como se apuntó, accidental, nunca la intensión primaria por parte del empleador".

Desde luego, lo tajante del pronunciamiento antes analizado guarda relación con el último aparte del artículo 154 y 154 bis del Código de Trabajo Chileno, los cuales son del tenor siguiente:

Artículo 154. *El reglamento interno deberá contener, a lo menos, las siguientes disposiciones…Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador.

Artículo 154 bis. *El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral*

Con base en ello fue posible para dicha Dirección incluso pronunciarse sobre los requisitos específicos aplicables al control audiovisual, así como también sobre el manejo de los datos obtenidos, lo que bien podrían tenerse en cuenta en Nuestro país de cara a una eventual reforma de la Ley de productividad y competitividad laboral.

En efecto, en cuanto a los requisitos específicos aplicables al control audiovisual, precisó la Dirección del Trabajo del Gobierno de Chile que los mismos:

a) No deben dirigirse directamente al trabajador sino que, en lo posible, orientarse en un plano panorámico; b) Deben ser conocidos por los trabajadores, es decir, no pueden tener un carácter clandestino; y c) Su emplazamiento no debe abarcar lugares, aún cuando ellos se ubiquen dentro de las dependencias de la empresa, dedicados al esparcimiento de los trabajadores, tales como, comedores y salas de descanso, así como tampoco a aquellos en los que no se realiza actividad laborativa, como los baños, casilleros, salas de vestuarios, etc.

Por tanto, con independencia que se comparta o no el contenido antes reproducido, el mismo debería tenerse en cuenta de cara a una eventual reforma en la legislación laboral peruana o bien en la adopción de alguna nueva regulación especial.

c) Argentina

Uno de los motivos por los cuales en todo el mundo se busca regular la utilización de cámaras para el control laboral, son las consecuencias que ello trae aparejado en la salud mental de trabajador. En efecto, la implementación de un sistema de vigilancia de su labor, “extremada e infinitamente más intenso que el que puede ejercer el empleador o

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

su representante", que registra y almacena hasta los más mínimos detalles y sonidos durante la jornada laboral, tiene la potencialidad necesaria para provocar daños psíquicos en el vigilado. La tensión o presión que sufre le genera (o puede generar) stress, cuyo exceso deriva en diversas patologías físicas y mentales, como lo reconoce toda la literatura médica.

Hasta aquí hemos hablado de la vinculación del tema de la videovigilancia, con derechos específicamente laborales. Pero la cuestión también se relaciona con lo que alguna doctrina llama derechos laborales "inespecíficos", o sea aquéllos derechos que la Constitución Nacional y los tratados internacionales reconocen a cualquier persona y, por tal motivo, alcanzan también a los trabajadores.

En un caso en el cual el empleador utilizó una cámara oculta para filmar a un grupo de sus trabajadores, el tribunal lo condenó a destruir el material, apoyándose en la normativa constitucional que estamos analizando (JNT N° 35, "Ateiro, Luis Alberto y otro c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Juicio Sumarísimo", expte. 6296/98, 29/03/99, Sent. N° 9780, firme). En la doctrina, Ekmerdjian dice que *"por encima del derecho de propiedad de la empresa titular del registro, se encuentra el derecho a la intimidad del sujeto a quien pertenecen los datos en cuestión y entonces la cuestión no es difícil de resolver, aplicando nuestra teoría del orden jerárquico de los derechos individuales."*[210]

5.2.3.2. Análisis Jurisprudencia Europea

a) FRANCIA

Hasta hace pocos años no existía una regulación clara de este tema en casi ningún país europeo. En el año 2003 en Bruselas circulaba un documento de trabajo, en el que se reconocía *"que para las compañías es un sistema ideal. Permite controlar de forma inadvertida la actividad de los trabajadores, averiguar si realizan alguna conducta desleal o fraudulenta y obrar en consecuencia. La instalación de cámaras de*

[210] Ekmerdjian, Miguel Angel, "El habeas data en la reforma constitucional", LA LEY, 1995-E, Doctrina

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

videovigilancia en las compañías es una práctica cada vez más habitual, pero no por ello está exenta de problemas".

En ese momento sólo la legislación francesa tenía una regulación específica de esta materia. Fue por ello que la Comisión Europea encargó a un grupo de expertos en protección de datos, un documento de trabajo cuyas conclusiones fueron contundentes: *"El uso de cámaras cuyo objetivo sea controlar la cantidad y la calidad de las actividades laborales no es, por regla general, una práctica aceptable"*.

Según este documento, *"la única forma de videovigilancia justificada es aquella necesaria para cumplir requisitos de producción y seguridad laboral"*. Y para ello exigía que se lleve a cabo con las garantías necesarias, como la advertencia previa a los trabajadores y la aclaración de en qué casos las grabaciones serán examinadas por la dirección de la empresa y en qué casos las grabaciones podían ser entregadas a las autoridades judiciales. Se aconsejaba prohibir que las cámaras fueran instaladas en baños, duchas, vestuarios o zonas de descanso.

b) ESPAÑA

La introducción de las nuevas tecnologías, como muy gráficamente se ha afirmado, están reforzando el "ojo electrónico", haciéndolo penetrante, dominante y ubicuo. Hoy en día es común sentir la mirada de las cámaras de televisión en hipermercados, bancos, gasolineras y un sinfín de establecimientos comerciales, entidades privadas y administraciones públicas. Incluso en las calles y carreteras se encuentran instaladas numerosas cámaras de televisión que por razones de seguridad o vigilancia del tráfico siguen los movimientos de los viandantes.

Cuando refiere que las medidas de vigilancia y control tendrán como límite genérico la dignidad de la persona del trabajador, definen los ámbitos prohibidos en los que no es legítima la intromisión (STSJ de Galicia, de 21 de abril de 1995 [AS 1995, 1514]_).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El uso de cámaras de vigilancia laboral en las empresas es una práctica que despierta tanta simpatía entre los empleadores, como resistencia y rechazo entre los trabajadores, por ello es una cuestión sumamente polémica, en la cual colisionan los poderes empresariales con el derecho a la intimidad, vida privada y honra de los empleados.

Según el Tribunal Constitucional español, el derecho a la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de lo demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana. El tribunal rechaza el argumento de que el lugar de trabajo no constituye, por definición, un espacio en el cual el trabajador pueda ejercer sus derechos fundamentales, entre ellos el de preservación de su intimidad. Considera que no cabe, por tanto, afirmar que la actividad y relación laboral de un individuo sea absolutamente ajena a su "vida íntima".

No hay una expresa mención a la instalación de cualquier aparato que capte imágenes o sonido en el lugar donde se preste el trabajo, lo cual no significa que pueda admitirse cualquier sistema o ubicación de aparatos para controlar a los trabajadores. La STS de 4 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 6205)matiza al respecto que la esfera de la intimidad es eminentemente relativa y ha de ser el juzgador quien, en referencia a cada persona y atento a las circunstancias del caso, prudencialmente, delimite el ámbito digno de protección.

No está en discusión la potestad del empleador a ejercer una razonable vigilancia y control de la actividad de sus trabajadores, por los medios que estime adecuados. Lo que está en tela de juicio es la captación indiscriminada de imágenes y voz, ya que en determinados momentos los actos del empleado, su comportamiento, conversación o actitud, pueden ser ajenos al interés de la empresa. El lugar de trabajo no es un territorio ajeno a los derechos humanos fundamentales de los trabajadores, porque la condición de ciudadano no se abandona en la puerta del establecimiento. Esto es llamado por alguna doctrina como "ciudadanía en la empresa".

El Tribunal Constitucional ha descartado lesión del derecho a la intimidad personal y a la propia imagen, en la instalación de un circuito cerrado de televisión para controlar la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

zona donde el trabajador desempeña su actividad laboral, y en especial si existían razonables sospechas de la comisión de graves irregularidades en el puesto de trabajo por su parte, considerándola una medida idónea para la finalidad pretendida y equilibrada, pues la grabación se limitó a la zona de la caja y con una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada, respetándose así el principio de proporcionalidad.

Tampoco hay dudas respecto a que la implementación de mecanismos de control audiovisual, pueden resultar objetivamente necesarios en determinadas actividades, ya sea por exigencias técnicas de los procesos productivos o por razones de seguridad. En tal caso, los trabajadores deberían tener la garantía de que no se hará un uso desviado de las medidas de prevención.

En la práctica, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional valora, entre otros aspectos, lo siguiente: si las cámaras se instalaron indiscriminadamente o sólo en los lugares en que era efectivamente indispensable, si se llevó a cabo ese sembrado de cámaras sin ser estrictamente necesario, si la finalidad realmente perseguida era la que se alegaba, si el tipo de actividad que se desarrollaba en el centro de trabajo justificaba semejantes medidas de seguridad, si fueron grabadas circunstancias o personas ajenas a la relación laboral o irrelevantes desde la perspectiva del control de las obligaciones laborales, si los sistemas de vigilancia eran visibles o su instalación había sido subrepticia, si quedaron claramente fuera del área vigilada los lugares de descanso o esparcimiento de los trabajadores, los lavabos, los vestuarios, etc. *(vid.* SSTC 98/2000 y 186/2000).

Asimismo tenemos lo señalado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en la Sentencia nº1215/2012 (nº de recurso 624/2012) en la que considera que "el uso de un sistema que permite la grabación continuada e indiscriminada de toda la actividad de las dependientas de farmacia realizada en la zona de venta de la misma, sin más justificación que la de favorecer el control empresarial constituye una actuación que rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el art. 20.3 LET y supone, en definitiva, una **intromisión ilegítima en el**

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE por lo que constituye un incumplimiento empresarial de suficiente entidad para justificar la resolución indemnizada del contrato de trabajo solicitada por la demandante, declarando la extinción del contrato de trabajo que une a las partes con efectos de la fecha de la presente sentencia y condenando a la empresa demandada a que abone a la demandante la indemnización correspondiente al despido improcedente."

La empresa tiene instaladas cámaras de vigilancia, que captan las imagines del centro de trabajo, a control remoto. En las instalaciones no figura la advertencia de existencia de dichas cámaras, aunque son visibles. Las trabajadoras no han firmado el consentimiento o conocimiento de la existencia de grabación de su imagen. La empresa a través de dichas cámaras controla el trabajo de las trabajadoras, observando su quehacer y llamando en ocasiones para dar instrucciones a las mismas sobre su relación con los clientes.

No existe normativa específica que regule la instalación y utilización de mecanismos de control y vigilancia consistentes en sistemas de captación de imágenes o grabación de sonidos dentro de los centros de trabajo, por lo que son los órganos jurisdiccionales los encargados de ponderar, en caso de conflicto, en qué circunstancias puede considerarse legítimo su uso por parte del empresario, al amparo del poder de dirección que le reconoce, atendiendo siempre al respeto de los derechos fundamentales del trabajador, y muy especialmente al derecho a la intimidad personal, teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad. (Sentencia del TC núm.98/2000) "La mera utilidad o conveniencia para la empresa no legitima sin más la instalación de aparatos de grabación de imágenes, al existir otros medios para comprobar si los trabajadores cumplen adecuadamente con su deber".

Y sobre los límites impuestos por la dignidad humana al empleo de medidas de vigilancia y control, debe tenerse en cuenta, de protección civil del derecho al honor , a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, considera intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad, entre otras (sin perjuicio de los supuestos de consentimiento expreso del titular del derecho y de actuaciones autorizadas por una ley) "el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas" y "la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción."

También indica la referida sentencia que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha insistido reiteradamente en la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo.

Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad.

En el presente caso la justificación ofrecida para instalar las cámaras de vigilancia es llana y simplemente controlar el trabajo de las dependientas de farmacia y dicha justificación es a todas luces insuficiente para entender que no se ha vulnerado el derecho a la intimidad de la trabajadora accionante ya que la mera utilidad o conveniencia para la empresa no legitima sin más la instalación de los aparatos de grabación de imágenes, al existir otros medios para comprobar si los trabajadores cumplen adecuadamente con su deber de prestar servicios, por ejemplo utilizando medios automáticos de control de entrada y salida del centro de trabajo o de verificación de la venta de los productos, etc. No ha quedado acreditado, pues, que la instalación del sistema de captación y grabación de la imagen sea indispensable para el control y buen funcionamiento de la farmacia.

Así las cosas, el uso de un sistema que permite la grabación continuada e indiscriminada

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de toda la actividad de las dependientas de farmacia realizada en la zona de venta de la misma, sin más justificación que la de favorecer el control empresarial constituye una actuación que rebasa ampliamente las facultades que al empresario y supone, en definitiva, una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad por lo que constituye un incumplimiento empresarial de suficiente entidad para justificar la resolución indemnizada del contrato de trabajo solicitada por la demandante, declarando la extinción del contrato de trabajo que une a las partes con efectos de la fecha de la presente sentencia y condenando a la empresa demandada a que abone a la demandante la indemnización correspondiente al despido improcedente.

Análisis Jurisprudencial España

La norma general será la colocación de este tipo de medidas de control "en el lugar de trabajo", aunque se admite jurisprudencialmente sin problemas la extensión del concepto "lugar de trabajo" de manera razonable: zona de caja , siempre que el sistema de control de la caja registradora tenga las suficientes garantías para considerarlo fiable en el sentido de poder indivualizar quién la emplea (STSJ de Canarias [Las Palmas], de 7 de marzo de 2005 [AS 2005, 873]); máquina recreativa en la que se sospecha que juega el trabajador de la empresa que lo tiene prohibido; espacios comunes con el público o clientes de la empresa; dependencias comunes de un hotel con el objeto de comprobar si se tienen encendidas las luces del mismo y abiertas al público sus puertas; puertas de entrada y salida del almacén despensa que da acceso a la cocina donde se sospecha que se sustraen viandas de la empresa[211], etc.

Lo que parece meridianamente claro es que el objeto del control debe circunscribirse a la prestación laboral en sí misma considerada y en relación a su determinación espacio-temporal, por lo que, de entrada, parece quedar proscrito la instalación de este tipo de mecanismos en lugares de la empresa no destinados a ser "lugar de trabajo", como acontece, paradigmáticamente, en los lugares reservados para el ocio de los trabajadores, o dependencias privadas para los mismos, como seguidamente se verá: aseos, baños, etcétera.

[211] STSJ de Castilla-La Mancha, de 28 de febrero de 2005 (PROV 2005, 201257) .

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

La STSJ de Cataluña, de 5 febrero de 1999 (AS 1999, 1110)_observa que "...la instalación de una cámara de vídeo en el centro de trabajo y en el lugar en que los trabajadores realizan su actividad laboral, no viola su intimidad ni ningún otro derecho fundamental", porque "la instalación de una cámara de vídeo en el lugar donde se desarrolla la actividad laboral es una medida adecuada para ejercer tal derecho a menos que se entienda que cualquier medida de vigilancia y control atenta a la intimidad de los trabajadores, lo que por absurdo debe rechazarse pues sería tanto como negar que tal derecho exista". Incluso la medida se considera legítima cuando se instala la cámara en el despacho del trabajador que se sospecha que utiliza esta dependencia exclusiva para dormir (STSJ de la Comunidad Valenciana, de 14 de enero de 2004 [AS 2004, 1476]).

Por ello, la extensión de las medidas de control a espacios no destinados a ser lugar de trabajo vendrá determinado por la racionabilidad abstracta de la medida de control que se pretenda, pero parece quedar meridianamente claro que no es viable instalar este tipo de disposiciones en aseos, vestuarios, duchas, taquillas, y dependencias de la empresa reservadas, exclusivamente, para el uso particular de los trabajadores, como lo es, por ejemplo, el área de descanso. Tampoco, por similares razones, debajo de la mesa de los trabajadores (ATS, de 23 de noviembre de 2004 [PROV 2005, 37519]) .

Por dos razones, esencialmente. En primer lugar, porque dichos espacios no guardan relación con la prestación de los servicios socio profesionales a los que el trabajador se obliga en virtud de su contrato de trabajo[212], y, en segundo lugar, porque se consideran que éstos constituyen una prolongación de la privacidad que a toda persona corresponde (STS de 7 de julio de 1998 [RJ 1998, 5830]), en relación singular con los aseos y lavabos en establecimientos públicos).

Así, por ejemplo, la STSJ de Madrid, de 14 de septiembre de 2000 (AS 2000, 4136) entiende que no es legítima la videovigilancia del "área de descanso de los trabajadores". Aunque alertando, en palabras de la STSJ de Cataluña, de 13 de febrero de 1996 (AS 1996, 421)_que aunque "es un hecho que tal medida de seguridad puso de

[212] SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: Nuevas Tecnologías y Relaciones..., ob. cit., pg. 138.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

manifiesto que las trabajadoras llevaban a cabo un acto íntimo como es el dormir", ello "no significa que la empresa realizara una intromisión en el ámbito de la vida íntima de las trabajadoras cuando aquéllas desatendían de este modo su obligación de trabajar y sustituían la prestación de servicios por el descanso, obviamente no permitido".

Desde este punto de vista, y aunque en sentido estricto no pudiera considerarse lugar de trabajo, puede afirmarse igualmente, con carácter general, que no constituye violación de la intimidad del trabajador la instalación de cámaras de videograbación, e incluso sonoras, en las puertas de acceso a las dependencias donde se desarrolla la vida íntima de los trabajadores. Ni tampoco, por la misma razón, es irrazonable o desproporcionado instalar cámaras de seguridad que graben los espacios exteriores de la empresa, si ésta tiene sospechas de que se están produciendo sustracciones de material de la misma (STSJ de Galicia, de 28 de septiembre de 1999 [AS 1999, 2952]) y no hay otra manera menos gravosa para los trabajadores de detectar la irregularidad laboral.

Carácter más vidrioso se presente la filmación de los trabajadores cuando en este proceder puedan llegar a lesionarse, además de la intimidad personal de los mismos, otros derechos de contenido fundamental.

La STC 37/1998, de 17 de febrero entendió, en este sentido, que no era estrictamente atentatorio contra el derecho a la intimidad que una policía autónoma filmara las actividades que en un lugar público realizaba un piquete informativo de huelga, aunque dicho proceder debe considerarse intimidatorio, y, por tanto, lesionador del derecho al ejercicio de la huelga como derecho eminentemente laboral, entre otras razones porque queda acreditado en el caso concreto que los piquetes informativos se identificaron para solicitar que se dejase de grabar sus actuaciones y se desconocía cuál iba a ser el uso que se le daría a las referidas cintas videográficas.

Un supuesto similar, aunque con contraria solución, puede verse en la STSJ de Murcia, de 11 de mayo de 1999 (AS 1999, 1596), entre otras razones, porque la grabación que se efectuaba no era directa de los trabajadores piquetes o huelguistas, sino mediante una cámara de seguridad perimetral, instalada veinte meses antes de que estallara el conflicto laboral que devino posteriormente en una huelga, que filmaba la entrada al

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

recinto de la misma. Sin embargo, en el caso resuelto por la STSJ de Murcia, de 20 de marzo de 2000 (AS 2000, 316) se entendió que tal proceder empresarial sí lesionaba el derecho de huelga, pues se procede a la videofilmación cuando ya está pre avisada la huelga.

La instalación, por otra parte, de cámaras de videovigilancia en locales o dependencias en donde se reúnen los representantes de los trabajadores puede lesionar, como insinúa la STC 98/2000, de 10 de abril, además del derecho a la intimidad de los trabajadores, el derecho a la libertad sindical. Aunque no se deduce esta conclusión si hay un acuerdo entre los representantes de los trabajadores y empresarios para proceder a la identificación de las personas que acceden, por motivos de seguridad, al local del comité de empresa (STSJ de Galicia, de 14 de diciembre de 1999 [AS 1999, 3944]).

La razonabilidad de la medida de control encuentra otro límite en la limitación temporal de empleo de dichos medios de control. En principio, el control mediante este tipo de instrumentos y dispositivos debe estar limitada en el tiempo, siendo poco acorde a los designios de la norma su mantenimiento de forma indefinida (SSTSJ de La Rioja, de 5 de diciembre de 2000 [AS 2001, 135] , y de 30 de mayo de 2002 [AS 2002, 2207]), circunstancia que sólo encuentra una excepción: que el control se prevea como una medida general de seguridad (STSJ de Galicia, de 30 de noviembre de 2001 [AS 2001, 390]).

Otro límite, en este caso externo a la propia dinámica del control empresarial, es la imposibilidad de difundir posteriormente las imágenes tomadas en el centro de trabajo. Pues, como observa la STSJ de Galicia, de 28 de septiembre de 1999 (AS 1999, 2952) la "...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 podrían ser conservadas durante y a los solos efectos de prueba", atenta contra el principio general expuesto.

El momento en el que se procede a la videofilmación de los trabajadores se erige en otro punto de control de la medida empresarial, en la medida en que parece razonable que únicamente puede controlarse durante el tiempo de la prestación laboral, aunque éste no

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

coincida exactamente con la jornada laboral en sentido estricto. De lo que se trata, en fin, es de dejar fuera del control empresarial todo momento temporal en el que el trabajador no se encuentre desarrollando su labor profesional.

La SAN, de 17 julio 1997 (AS 1997, 3370) entiende, en este sentido, que "podrían resultar perjudicados los trabajadores en sus legítimos derechos e intereses, si se les obligara.../...a mantener una conexión ininterrumpida y en todo momento de sus teléfonos móviles con los de la empresa y los de todos sus clientes. Se sobrepasan las facultades normales y regulares de la empresa, en los términos previstos por el artículo 20 ET, si se obliga a los empleados a desarrollar su actividad profesional o a estar pendientes de recibir instrucciones en todo momento, incluso en las horas no coincidentes con la jornada de trabajo asignada a cada uno de ellos, pues a ese resultado se llegaría si se vieran forzados a mantener una atención constante a sus teléfonos móviles en todo momento, y por eso se estima la demanda en este particular extremo, declarando la nulidad de las instrucciones de la compañía que obliguen a sus trabajadores a mantener fija la atención a los teléfonos móviles una vez concluida la jornada de trabajo de cada uno de ellos".

Sólo, en fin, en supuestos muy cualificados: vigilantes de seguridad, personal de urgencias, y únicamente como excepción a este principio general, podría imponérsele al trabajador una medida de control similar a la expuesta, y únicamente, además, cuando la empresa arguya una poderosa razón empresarial (la seguridad general, la atención a servicios ineludibles, etc.) para proceder a tal control del trabajador. La vigilancia con cámaras de seguridad dentro de la empresa vuelve a ser, en realidad, y más que en otras situaciones conflictivas ya analizadas, un "problema de equilibrios", en este caso, entre el derecho fundamental a la intimidad de los trabajadores y el poder de dirección empresarial[213].

Por ello, se considera válido el consentimiento tácito prestado por el trabajador para poder ser filmado en el centro de trabajo. Es decir, que el mero conocimiento del hecho sin formalizar la oportuna protesta al afecto, legitima la adopción de la medida empresarial (STSJ de Extremadura, de 3 de abril de 2000 (AS 2000, 2317). Aunque

[213] Expresamente, ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., "El derecho a la intimidad del trabajador...", ob. cit., pg. 87.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

también se pone de relieve que esta argumentación que identifica conocimiento de la instalación del mecanismo de vigilancia y control y consentimiento tácito por parte del trabajador incurre en un grueso error, pues, de un lado, una circunstancia no implica la otra, y, por otro lado, el trabajador no es verdaderamente libre para prestar el consentimiento, especialmente en los momentos o estadios previos a la contratación. Por ello, el consentimiento expreso por parte del trabajador para ser filmado no permite que con posterioridad se alegue una intromisión ilegítima en la intimidad del mismo[214].

Lo que parece quedar claro, en cualquier caso, es la necesidad de que el trabajador conozca que está siendo grabado o filmado, porque, en caso contrario, nos encontraríamos muy cerca de la figura de ilicitud de escuchas clandestinas[215].

Aunque también se ha admitido la posibilidad de realizar un seguimiento oculto del trabajador, cuando exista una sospecha razonable de la comisión de un ilícito contractual grave por parte del mismo, como ocurre cuando se sospecha la sustracción de dinero de una caja (STC 186/2000, de 10 de julio), y también cuando se constata que el trabajador en situación de incapacidad temporal está realizando actividades incompatibles con su estado.

Debe tenerse presente, por otro lado, que lo que parece totalmente obligado es que el empresario advierta a los representantes de los trabajadores de la instalación de máquinas de vigilancia y control de los trabajadores, así como que sean informados de los aspectos secundarios de tal control: quién visiona las cintas, por cuánto tiempo se conservan, de qué modo se destruyen, etcétera.

De ahí que el art. 64.1.4.d) ET reconozca entre las competencias del comité de empresa la facultad de emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, "a los efectos de permitir un posible cambio en la decisión empresarial que aún está pendiente de ejecución", aunque de

[214] MARTÍNEZ FONS, D.: "El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo", RL, núm. 4, 2002, pg. 31.

[215] DEL REY GUANTER, S.: "Los límites del control por el empresario en el centro de trabajo mediante mecanismos auditivos", en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, t. XVIII, 2000, Civitas, Madrid, 2001, pg. 194.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

naturaleza no vinculante, entre otros aspectos, sobre "Implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo"[216].

Los diferentes tribunales de suplicación mantienen hasta tres criterios divergentes sobre esta cuestión, como nos exponen SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI: a) exigir la comunicación previa a los representantes; b) no exigir la comunicación previa a los representantes siempre que los medios de vigilancia estén a la vista; c) no exigir la comunicación previa a los representantes ni que los medios de vigilancia están a la vista[217].

Todas estas posturas cuentan con numerosos pronunciamientos jurisprudenciales a su favor, aunque el TC observa que la ausencia de comunicación carece de relevancia constitucional, siendo una medida de legalidad ordinaria.

Por ello, con motivo de las sospechas de que determinados trabajadores venían cometiendo acciones contrarias a la buena fe contractual, el TC ha señalado que "el hecho de que la instalación de un circuito cerrado de televisión no fuera puesta en conocimiento del Comité de empresa y de los trabajadores afectados (sin duda por el justificado temor de la empresa de que el conocimiento de la existencia del sistema de filmación frustraría la finalidad apetecida) carece de trascendencia desde la perspectiva constitucional, pues, fuese o no exigible el informe previo del Comité de empresa a la luz del artículo 64.1.3.d) del ET, estaríamos en todo caso ante una cuestión de mera legalidad ordinaria ajena por completo al objeto del recurso de amparo" (STC 186/2000, de 10 de julio), por lo que puede afirmarse que la omisión de la comunicación "no repercute decisivamente en el derecho a la intimidad del trabajador" (197/1991, de 17 de octubre; 57/1994, de 17 de febrero; 207/1996, de 16 de diciembre), lo que supone que "no podemos conceptuar esa participación de los representantes de los trabajadores como una garantía de procedimiento en defensa del derecho a la intimidad del trabajador" .

[216] LÓPEZ AHUMADA, J. E.: "El derecho de consulta previa como instrumento de control colectivo del poder de dirección", RL, núm. 19-20, octubre 2005, pg. 326.

[217] SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: Nuevas Tecnologías y Relaciones..., ob. cit., pg. 135.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Ello no implica, antes al contrario, que no deban ser comunicadas determinadas circunstancias a los representantes de los trabajadores. En sede de legalidad ordinaria, parece razonable que se informe a los representantes de los trabajadores sobre algunos aspectos concretos: las características definitorias del mecanismo de control empleado, criterio de instalación, finalidad, grabación o no de imágenes, acceso a las mismas, conservación, etc., aunque, parece razonable, que esta información no contenga la concreta ubicación de las cámaras, siempre que se garantice el respeto a los espacios de la empresa o centro vinculados con el derecho de intimidad .

En sentido contrario, en aquellos supuestos en los que el empresario hiciera uso de instrumentos de videovigilancia sin que ello estuviera lo suficientemente justificado, no sería posible imputar a la conducta descubierta a través de dichos medios ningún tipo de responsabilidad civil ni de cualquier otra especie. Desde este punto de vista pudiera cuestionarse si el empresario debe informar de cualquier tipo de instalación de control de los trabajadores o aquellas que sean permanentes.

LÓPEZ AHUMADA entiende que la facultad informadora del art. 61.1.4.d) ET se refiere únicamente a la instalación de medidas permanentes de control, por lo que el informe no debe ser solicitado por el empresario con carácter preceptivo a la instalación para aquellas medidas de control de carácter no permanente. Conviene indicar, por último que el valor procesal que jurisprudencialmente se concede a la grabación efectuada en una cinta de vídeo es meramente documental, sin que, por esta especificidad reciba tratamiento diferenciado a otro tipo de pruebas[218].

La utilización de medios de control auditivo plantea mayores problemas respecto del derecho a la intimidad, pues su empleo se considera desproporcionado, en general, para el fin que se pretende conseguir, estando permitidos exclusivamente por razones de seguridad, en los lugares de trabajo y con respecto a cuestiones estrictamente laborales, aunque paulatinamente se vienen utilizando sistemas de grabación de forma generalizada y compleja: grabación con sonido en soporte video gráfico, lo que difumina la separación entre este tipo de instrumentos y las diferentes garantías que se

[218] SSTSJ de Madrid, de 6 de julio de 2004 (AS 2004, 2325) , y de Andalucía (Málaga), de 28 de enero de 2000 (AS 2000, 146) .

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

observan para uno u otro.

La problemática específica de este tipo de mecanismos de control es que entra en juego no sólo la intimidad del trabajador, sino también la del interlocutor que, desconociendo la existencia de mecanismos de grabación, puede estar facilitando datos o hechos de su esfera estrictamente personal que, de un lado, le son innecesarios al empleador, y, de otro, no debe conocer. Seguramente, como observan algunos pronunciamientos judiciales, la grabación de la voz, por éste y otros motivos, supone una mayor injerencia en el ámbito de la privacidad del trabajador que la sola filmación de la figura, porque en las conversaciones que mantienen los trabajadores entre sí y con los clientes, "pueden deslizarse conceptos o afirmaciones que afecten al ámbito particular del trabajador y aun de los clientes que no existe razón alguna de vigilancia que autorice la empresa" (STSJ de Cataluña, de 25 de abril de 1994 [RJ 1994, 1478).

Debiendo tenerse presente también que, como observa la STSJ de Las Palmas, de 21 de diciembre de 1998 (AS 1998, 7488) , "La cuestión de la validez de una grabación subrepticia de una conversación, realizada por una de las personas intervinientes sin advertirlo a los demás, no ataca a la intimidad ni al derecho al secreto de las comunicaciones, ya que las manifestaciones realizadas representan la exteriorización de voluntad de los intervinientes que fueron objeto de grabación, de manera desleal desde el punto de vista ético pero que no traspasa las fronteras que el ordenamiento jurídico establece para proteger la intimidad y secreto.../...Cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos ante un contertulio, sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las trasmite, más o menos confiadamente, a los que le escuchan, los cuales pueden usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico" .

En principio, y con carácter general, se exigen los mismos indicios de incumplimiento laboral que en el caso de las videograbaciones para proceder a la grabación magnetofónicamente de la voz (STS de 10 de marzo de 1990 [RJ 1990, 2045). No hay, en fin, ningún tipo de exigencia adicional a la legitimidad empresarial para proceder a este tipo de grabaciones.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Por ejemplo, la STSJ de Galicia, de 25 de enero de 1996 (AS 1996, 12) se pronunció sobre la instalación por parte de la empresa propietaria de un casino de juegos de micrófonos disimulados, aunque no ocultos, en la mesa de juego de la ruleta y en la caja de cambios, en donde, según la empresa, pueden surgir controversias o cuestiones, para cuya debida resolución resulta conveniente conocer las conversaciones, concluyendo que "no hay intimidad en el área de prestación de los servicios y de relación entre trabajador y cliente".

Para dicho Tribunal, "el centro de trabajo no constituye por definición un espacio en el que se ejerza el referido derecho por parte de los trabajadores", de modo que la actividad laboral en general no está amparada por el derecho a la intimidad, "ya que el referido derecho se ejercita en el ámbito de la esfera privada del trabajador, que en la empresa hay que limitarlo a los lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, servicios y otros análogos, pero no en aquellos lugares en que se desarrolla la actividad laboral". Concluye la sentencia precisando que la posibilidad de que en las grabaciones se deslicen conceptos o afirmaciones que afecten al ámbito particular del trabajador o del cliente "no justifica que se entienda vulnerado el derecho a la intimidad, ya que ha de prevalecer que el ejercicio de éste no tiene lugar en la actividad laboral ni en el centro de trabajo, por lo que de producirse los deslizamientos de ámbito privado.../...siempre cabría atribuirlos a un defecto por parte de los trabajadores y clientes, y en su caso determinaría la vulneración de esa intimidad si se hiciese uso inadecuado de esas conversaciones por parte de la empresa".

Dicha resolución fue anulada por la STC 98/2000, de 10 de abril, esencialmente por entender que "la implantación del sistema de audición y grabación no ha sido en este caso conforme con los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen la modulación de los derechos fundamentales por los requerimientos propios del interés de la organización empresarial, pues la finalidad que se persigue (dar un plus de seguridad, especialmente ante eventuales reclamaciones de los clientes) resulta desproporcionada para el sacrificio que implica del derecho a la intimidad de los trabajadores (e incluso de los clientes del casino). Este sistema permite captar comentarios privados, tanto de los clientes como de los trabajadores del casino, comentarios ajenos por completo al interés empresarial y por tanto irrelevantes desde la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

perspectiva de control de las obligaciones laborales, pudiendo, sin embargo, tener consecuencias negativas para los trabajadores que, en todo caso, se van a sentir constreñidos de realizar cualquier tipo de comentario personal ante el convencimiento de que van a ser escuchados y grabados por la empresa"

Este criterio singular sobre la proporcionalidad de la medida ha sido el general que han tenido en consideración los tribunales para legitimar las medidas de control mediante máquinas de audio, aunque de los casos estudiados, puede observarse un criterio restrictivo a su empleo, esencialmente porque dichas medidas son muy agresivas contra la intimidad de los trabajadores[219].

Se plantea doctrinalmente la duda sobre la licitud de los hechos o datos obtenidos a través de medios audiovisuales para sancionar disciplinariamente a los trabajadores. GOÑI SEIN entiende que son ilícitos tales datos, mientras que PÉREZ DE LOS COBOS afirma que cuando el control se centra exclusivamente sobre la prestación de trabajo y obvia a la persona del trabajador, sería plenamente legítima la prueba en cuestión conforme a lo dispuesto en el art. 23 ET. Jurisprudencialmente se entiende que el control obtenido por un medio técnico visual (televisión, vídeo polarizado, etc.) será una prueba más a tener en consideración en el juicio de ponderación que debe efectuar el magistrado de instancia, siempre que las cámaras estén emplazadas en zonas de trabajo y no en zonas de esparcimiento o privadas, y sea conocida su existencia por los trabajadores.

[219] Las SSTSJ de Madrid, de 12 de marzo de 1992 (AS 1992, 1611) , Andalucía (Sevilla), de 17 de enero de 1994 (AS 1994, 310) , de Galicia, de 21 de abril de 1995 (AS 1995, 1514) , y la Comunidad Valenciana, de 11 de enero de 2001 (AS 2001, 1601) .

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5.3. EL USO DE MICRÓFONOS Y LAS RELACIONES LABORALES

Sobre la utilización de micrófonos, debe afirmarse que resulta extensible el análisis anterior (sobre el uso de las cámaras de video). Es muy importante tener en cuenta que aquí también está latente la posibilidad por la cual los mecanismos implementados por el empleador en ejercicio del Poder de Control y Vigilancia, concreten la lesión del derecho a la intimidad del trabajador.

Sobre este punto, Mercader hace referencia a un caso decidido por el Tribunal Constitucional español (STC 98/2000) en el que -a propósito de la utilización de micrófonos en un casino para la captación y grabación de sonidos justificada como medida para resolver las diferencias planteadas con los clientes en una mesa de juegos- se decidió que tal medio resultaba desproporcionado en cuanto al sacrificio que implicaba respecto del derecho de intimidad de los trabajadores, toda vez que el sistema permitía captar todo tipo de comentarios –tanto de clientes como de trabajadores- que no guardan nexo con la relación laboral pero que si constriñen a los trabajadores quienes se inhibirían de "…realizar cualquier tipo de comentario personal ante el convencimiento de que van a ser escuchados y grabados por la empresa"[220].

Tenemos así a Tamayo refiriéndose a la Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones Venezolana, cuyo objeto es proteger la privacidad, confidencialidad, inviolabilidad y secreto de las comunicaciones que se produzcan entre dos o más personas- analiza el artículo 2° el cual es del tenor siguiente: "El que arbitraria, clandestina o fraudulentamente, grabe o se imponga de una comunicación entre otras personas, la interrumpa o impida, será castigado con prisión de tres (3) a cinco (5) años".

En ese sentido, precisa que cuando el artículo 2° hace referencia a la acción 'se imponga de una comunicación' se debe entender como "...acceder escuchar o tomar conocimiento de su contenido, total o parcialmente, independientemente de que la

[220] Mercader, J. (2002).**Derecho del Trabajo. Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información.** Valladolid: LEX NOVA. Pág. 67

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

misma sea o no objeto de grabación" y añade de seguidas que:

Cualquiera puede imponerse del contenido de una comunicación *sin necesidad de grabarla*, como sería, por ejemplo, instalar un micrófono secreto bidireccional o un transmisor encubierto para escuchar desde un sitio distante la comunicación o instalar un micrófono neumático para escuchar a través de una pared divisoria[221]

Utilizar *medios arbitrarios* supone que quien realiza la acción lo hace contrariando las leyes, esto es, sin ningún derecho ni autorización legítima, por simple voluntad o por mero capricho. Hacer uso de *medios clandestinos* implica que quien realiza la acción lo hace en forma secreta, oculta o subrepticia, para eludir o inobservar los requisitos legales en tanto que usar *medios fraudulentos* significa que quien realiza la acción, lo hace valiéndose de artificios o engaños (los corchetes son de quien suscribe).

Respecto de la licitud o no en caso que se produzca una grabación, si esta se obtiene con el consentimiento *inequívoco y expreso* del principal interlocutor o de todas las partes intervinientes en una comunicación (aunque se realice privadamente) la misma sería lícita, toda vez que ello equivale a afirmar que no existió el concurso de medios arbitrarios, clandestinos o fraudulentos.

La aplicación de todo lo antes dicho al ámbito de las relaciones laborales, conduce a la forzosa conclusión según la cual la efectiva incorporación de dicha herramienta pasa por que el empleador no lo haga de forma arbitraria, clandestina o con el objeto de imponerse de una comunicación ajena, siendo que en caso de efectuarse grabaciones deba además obtener según sea el caso- el consentimiento *inequívoco y expreso* del principal interlocutor o de todas las partes intervinientes (en este caso trabajadores y eventualmente terceros involucrados), lo que equivale a decir que no existiría una expectativa de derecho a la intimidad por parte de las personas involucradas.

[221] Tamayo, J. (1999). ***Intervenciones Telefónicas y Grabaciones Ilícitas***. Caracas: ESIT

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5.3.1. Criterio Jurisprudencial Español

El Tribunal Constitucional Español ha dictado dos Sentencias relevantes en relación con el difícil equilibrio entre el respeto a la intimidad del trabajador y las facultades empresariales de control de la actividad laboral por medios audiovisuales, se trata de las Sentencias 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio.

Si bien ambas Sentencias parten de los mismos supuestos de hecho la posible legitimidad en la aplicación de medios audiovisuales en la empresa como control de la actividad laboral han sido resueltas por el Tribunal Constitucional de forma distinta; en efecto, mientras que en la primera de las Sentencias se otorga el amparo al trabajador por vulneración de su derecho a la intimidad, en la segunda se desestima en favor de las facultades empresariales de control. Como señala BORRAJO DACRUZ, «el casuismo o, en términos más matizados, las circunstancias de cada caso, pueden desembocar en pronunciamientos favorables o adversos a la pretensión de amparo que se presente ante el Tribunal Constitucional y, previamente, ante los Tribunales ordinarios»[222].

Haciendo una valoración de los dos casos expuestos, lo determinante en ambos ha sido el criterio de la proporcionalidad. En efecto, el empleador está habilitado para utilizar medios audiovisuales como medidas de vigilancia y control, pero tal facultad no es omnímoda, puesto que entra en conflicto con el derecho a la intimidad de sus empleados. Por tanto, para poder alcanzar un equilibrio se tienen que establecer unos límites, que si fuesen rebasados serían inconstitucionales.

Los criterios que casuísticamente ha de analizar el Tribunal Constitucional para adoptar una solución jurídica son los tres siguientes: primero, *valorar si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto*; segundo, *evaluar si tal medida es necesaria*, en el sentido de que no exista otra más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, por último, *enjuiciar si es ponderada o equilibrada*, es decir, si se consiguen más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Estos criterios se corresponden,

[222] BORRAJO DACRUZ, E., «Protección de los derechos fundamentales y casuismo», en *Actualidad Laboral*, n.º 29, 2000, pág. 2885

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

respectivamente, con los juicios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

Aplicando esta regla general a las dos Sentencias examinadas, y realizando un análisis comparativo de ellas, podemos afirmar que en el primer caso la instalación de un sistema de grabación de sonido de audición no era indispensable para la seguridad de la empresa, y además suponía la audición de todo tipo de conversaciones, incluidas las de índole personal; por el contrario, en el segundo caso, la instalación de cámaras respondía a la detección de ciertas irregularidades por parte del trabajador, y únicamente se grababa el ámbito físico imprescindible para detectar tales irregularidades.

Así pues, a modo de conclusión, sólo es legítima la instalación de medios audiovisuales cuando resulte imprescindible como medida de seguridad o de verificación de irregularidades por parte de los trabajadores, destacando que únicamente debe utilizarse con esta finalidad; es decir, sin afectar a comportamientos no laborales, esto es, a conductas que forman parte de su esfera personal

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5.4. EL PODER DE CONTROL Y VIGILANCIA APLICADO AL TELÉFONO COMO MEDIO DE COMUNICACIÓN

Por otra parte, con relación a la vigilancia telefónica expresada en *intervenciones telefónicas* cuando por ejemplo en un 'call center' se incorpora este control justificando el seguimiento a la calidad de servicio y atención al cliente, o en los *registros o estadísticas* relativos a números telefónicos marcados, hora de la llamada, duración y frecuencia de destinatario.

Sobre este particular señala Mercader que este "…constituye una garantía a la vida privada y, en especial, a la intimidad personal que constituye su núcleo esencial" en razón de lo cual cualquier injerencia en este sentido "…ha de estar sometida al principio de legalidad y, en especial, al de proporcionalidad"[223].

En realidad, como lo señala el autor citado, aquí se encuentran involucrados dos derechos humanos y/o fundamentales de visible afectación; a saber: (i) la libertad de comunicación; y (ii) el derecho a la intimidad. Por lo tanto, cualquier interpretación con el objeto de amalgamar el contenido de tales derechos y hacerlos compatibles con el ejercicio de las potestades del empleadores cuya raíz se encuentra en el derecho a la libertad económica, requiere pasar el tamiz de las limitaciones y/o restricciones sobre derechos humanos y/o fundamentales.

De nuevo, ello no es obstáculo para que el empleador implemente sistemas de control de llamadas telefónicas (intervenciones-grabaciones y/o registros-estadísticas), dado que llenando los extremos indicados anteriormente a propósito de las grabaciones por micrófono, no se lesionaría la expectativa de intimidad de las personas involucradas.

Mercader hace referencia a un caso propio del sistema norteamericano basado en la doctrina de la *excepción de extensión telefónica*. En el caso concreto (Watkins v L.M. Berry & Co) el empleador había incorporado un control de llamadas telefónicas, siendo que a propósito de su uso se percató que uno de sus trabajadores concertaba una

[223] Mercader, J. (2002).***Derecho del Trabajo. Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información.*** Valladolid: LEX NOVA. Pág. 89

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

entrevista de trabajo en virtud de lo cual lo despidió. Lo que sostiene el tribunal, es que es posible interceptar una llamada telefónica con el propósito de constatar su naturaleza, más no su contenido.

De acuerdo a lo tratado hasta el momento sobre control del uso del correo electrónico y el derecho a la intimidad, sería importante tener en cuenta, a modo de comparación, los casos en que se controlen las llamadas por teléfono o aquellos en los cuales se ponen cámaras de seguridad en las oficinas.

Hoy en día, en muchas empresas de nuestro país, existe un control de las llamadas telefónicas que realizan los trabajadores, debido, en primer lugar, a una cuestión de gastos y, en segundo lugar, a una cuestión de eficiencia, por el tiempo que pierde el trabajador al hablar por teléfono.

El teléfono, al igual que el correo electrónico, debe ser utilizado únicamente para fines laborales y no para fines personales. Por ello, el empleador tiene la facultad de fiscalizar esta herramienta de trabajo, no sólo porque el uso inapropiado del mismo le generaría un sobre costo, sino porque le permite controlar el cumplimiento de las obligaciones labores contraídas por el trabajador.

En el caso anterior, el derecho a la intimidad estaría limitado por el control que ejerce el empleador.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

5.5. IMPLEMENTACIÓN DE TARJETAS ELECTRÓNICAS

Respecto de las tarjetas electrónicas que permiten el acceso a las instalaciones de la empresa debe decirse en primer lugar, que su uso no sólo se limita a marcar la hora de llegada y salida (tiempo de permanencia y su comparación con la jornada de trabajo respectiva) sino que además permite definir el acceso o no a determinadas áreas del centro de trabajo.

El prejuicio existente sobre el uso de estos mecanismos que suelen verse únicamente como una forma de control por virtud de la cual el empleador o empleador puede tener conocimiento en tiempo real del área específica en que se encuentran cada uno de sus trabajadores. Piénsese por ejemplo en situaciones de calamidad que impliquen la evacuación de las instalaciones de una empresa e incluso acciones de rescate por parte de las autoridades competentes. En tales casos, sería no sólo legítimo sino además muy útil contar con un mecanismo este tipo.

Por ello y aún cuando no existe regulación expresa sobre la materia en nuestro país, salvo en los casos en los que los registros de tales sistemas se utilicen para indagar aspectos íntimos de uno o más trabajadores (Por ejemplo, El cotejo de registros de dos personas de quienes se ‘sospecha’ mantienen una relación sentimental y que a consecuencia de coincidencias en el momento de entrada o permanencia en determinadas áreas de la empresa se resuelve despedir a uno o ambos trabajadores) no debería considerarse ilícito la utilización de dicho registro.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5.6. USO DEL ORDENADOR Y SERVIDOR INFORMATICO

5.6.1. Sobre el registro de ficheros y carpetas contenidos en computadores y servidores de la empresa

Al igual que con otros recursos, debe entenderse que los equipos informáticos que el empleador o empleador ponga a disposición de sus trabajadores, constituyen salvo pacto expreso en contario una herramienta de trabajo. Por lo tanto, en observancia al principio de la buena fe que rige en el contrato de trabajo, los trabajadores deben abstenerse de usarlos con fines personales o, en todo caso, ajenos a las funciones inherentes a su cargo.

Es legítimo en ese escenario, que el empleador o empleador aspire constatar que efectivamente tal herramienta informática se utiliza con arreglo en las instrucciones por él impartidas (normalmente contenidas en una política de asignación o en normas generales establecidas en el contrato de trabajo).

Con base en ello y haciéndose de la información que se almacena en el registro del computador así como también en el servidor de la empresa (registros de actividad y frecuencia, navegación por internet, seguimiento de cantidad, calidad y tipo de documentos generados; y más recientemente, combinaciones de los datos obtenidos respecto de un trabajador) tendrá una idea muy aproximada sobre el uso del equipo informático.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que lo anterior no releva del deber del empleador en cuanto a notificar a sus trabajadores sobre el seguimiento y control respecto del uso de los equipos informáticos, condición *sine qua non* para romper la expectativa de intimidad que pueda tener la persona a quien se asigna la herramienta de trabajo.

En efecto, "…solamente cabe afirmar que existe derecho a la intimidad sobre el espacio virtual del ordenador empleado por el trabajador, en los supuestos en los que hubiere creado una expectativa de intimidad para el trabajador en dichos espacios". Y

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

el mismo autor precisa en un pasaje solo puede procederse sin informar al trabajador, en aquellos supuestos en los que "…el carácter oculto sea condición indispensable para su efectividad, constituyendo la medida en tal caso la última ratio para obtener el conocimiento de un presunto y presumido abuso por parte del trabajador" [224].

A lo anterior se superpone, las no pocas veces en las que el empleador no instrumenta políticas sobre el uso de este tipo de herramientas, permitiendo o tolerando además su utilización con fines personales dentro de parámetros poco precisos de tolerancia (Verbigracia cuando se permite a los trabajadores la navegación por internet con fines personales en horas de descanso o una vez culminada la jornada de trabajo sin que se hagan especificaciones adicionales).

Del otro extremo cabe preguntarse cuál es el alcance del Poder de Control y Vigilancia Del empleador en escenarios donde no existe instrumentación alguna al respecto o planteamientos como quién tendría la responsabilidad en caso que se produzcan daños al equipo o al servidor de la empresa e incluso daños a terceros.

En primer lugar, en criterio de quien suscribe si el empleador o empleador no instrumenta (en el contrato de trabajo o en políticas) el uso de los equipos informáticos o al menos formula expresa reserva sobre el ejercicio de su Poder de Control y Vigilancia, no puede en principio ejercerlo o invocarlo ya que ello se traduciría en el menoscabo del derecho a la intimidad del trabajador involucrado quien conservaría una expectativa legítima de reconocimiento a tal derecho fundamental hasta tanto sea notificado sobre que el empleador ha decidido ejercer en lo sucesivo el Poder de Control y Vigilancia sobre los medios informáticos.

En efecto, existen al menos tres escenarios de excepción frente al criterio anterior; a saber: (i) Cuando el empleador cuente con una orden judicial que así lo faculte (siendo que dicha decisión ha debido producirse en justa ponderación de los derechos fundamentales en colisión); (ii) cuando el propio trabajador consienta la revisión por escrito y sin constreñimiento alguno debidamente comprobado; y (iii)

[224] Martínez, D. El control empresarial del us o de las nuevas tecnologías y la extinción del contrato de trabajo por causa s objetivas (2005). ***Relaciones Laboral es y Nuevas Tecnologías*** . Madrid: La Ley. Pág.219

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

cuando se ejerza sin el conocimiento del trabajador siempre que la clandestinidad en su ejercicio constituya una “condición indispensable para su efectividad”.

En cuanto al escenario en el cual el empleador ha instrumentado el ejercicio del Poder de Control y Vigilancia en el ámbito informático, deberá respetar también el derecho a la intimidad del trabajador, por lo que si bien puede proceder a la revisión de los ficheros, carpetas y archivos del computador (al igual que al control sobre la conexión a internet) tal prerrogativa no ostenta un carácter absoluto como se ha afirmado en reiteradas oportunidades en el presente trabajo.

Piénsese por ejemplo que la empresa prohíbe la navegación por internet en páginas de contenido adulto. Durante el ejercicio del Poder de Control y Vigilancia, el empleador podrá constatar si el trabajador ha cumplido o no con dicha instrucción, pero en el supuesto que la actividad contralora determine que efectivamente la persona utilizó una herramienta informática para navegar por páginas no autorizadas (de contenido adulto según el ejemplo planteado) el empleador no debería investigar qué contenido específico recorrió el trabajador y con ello desprender datos que menoscaben su intimidad (sus orientaciones o preferencias sexuales en este caso).

Dicho planteamiento sería aún más delicado, si el supuesto planteado se combina con la revisión de cuentas personales de correos electrónicos, toda vez que ello implicaría el análisis adicional del derecho al secreto de las comunicaciones aplicado al ámbito informático.

Respecto de los archivos señalados como personales por el trabajador, cabe preguntarse qué tratamiento deben recibir cuando los mismos han sido almacenados en unidades que son propiedad de la empresa. Sobre este punto, tampoco existe regulación expresa en nuestro país, pero la doctrina extranjera se inclina por considerar que en principio sobre ellos no debe recaer el Poder de Control y Vigilancia Del empleador, dejándose a salvo, los casos en los que resulte justificado su conocimiento (por ejemplo cuando estos contengan virus informáticos que puedan ocasionar daños a los equipos y servidores de la empresa, o bien cuando el trabajador ha instalado programas o aplicaciones sin licencia original).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Las competencias de control empresarial sobre los ficheros o archivos señalados como personales (ajenos a la actividad laboral) "…serán coextensas con la eventual responsabilidad empresarial que se infiera de los ilícitos cometidos por el trabajador por medio de los instrumentos informáticos de la empresa".

5.6.2. El Uso "NO LABORAL" del Ordenador otorgado por el empleador

En este punto se va a tratar las repercusiones que pueden surgir del uso "no laboral" del ordenador de trabajo, relacionadas con la intimidad del trabajador.

El motivo de separar los usos "no laborales" y la "simple" navegación por Internet, si bien hace unos años seguramente tendría más sentido, actualmente, dado el carácter "cuasi-universal" de Internet las repercusiones de ambos supuestos sobre la intimidad del trabajador se aproximan bastante. No obstante, desglosar el enfoque en dos apartados distintos porque no son las mismas exactamente.

Internet presenta ciertas características que le dotan de especialidad, es decir el coste económico, rendimiento general de la red de ordenadores de la empresa, posibles infecciones por virus informáticos, tanto del ordenador del trabajador como de la red de la empresa, etc.

El uso no laboral por el trabajador de un ordenador sin acceso a Internet, puede ser analizado desde los dos puntos de vista: el empresarial (organización productiva, protección del patrimonio empresarial) y desde el punto de vista del trabajador en la relación laboral (derecho de intimidad).

a) Desde el *punto de vista del empleador:*

Sería intentar saber cuánto le supone económicamente hablando al empleador que el trabajador jugara una partida a uno de los juegos típicos en su ordenador de trabajo, ("tetris", "buscaminas", etc….) En este hipotético análisis habría que fijarse en diferentes niveles:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- A *nivel de* depreciación económica del ordenador, algo se desgastará, obviamente poco, y muy difícil de cuantificar pero algún componente del equipo sufrirá cierto desgaste. Ocurre que sería tan ínfima la cantidad, que los Tribunales en buena lógica la considerarían nula y por tanto, nulas también las repercusiones desde este punto de vista.
- A nivel de inactividad, de no trabajo efectivo por parte del trabajador: desde luego las consecuencias no serán las mismas si juega una partida, que si el trabajador es un "aficionado" al hipotético juego y esto le hiciera disminuir en su rendimiento laboral.

- A nivel de rendimiento del ordenador, de funcionamiento del disco duro, si es un juego el que está instalado no habrá a penas repercusiones, si el volumen de "software lúdico" es elevado quizá si podría llegar a tener consecuencias laborales.

b) Desde el *punto de vista del trabajador:*

La cuestión es cuantificar el grado de afección a la intimidad del trabajador el hecho de que se conozca que en las llamadas "micropausas" de trabajo, juega al "buscaminas", por ejemplo, de vez en cuando. En nada o casi en nada le afectará. Si su afición por el hipotético juego es alta, seguramente le afecte más. O en otro orden de cosas, si el empleador ejerciendo sus tareas de control lo que descubre son fotos o videos personales del trabajador, las repercusiones para la intimidad de éste sean aun mayores.

Por tanto, la situación en la que nos encontramos es con dos puntos de vista diferentes, (facultad de control empresarial y derecho de intimidad del trabajador) que chocan entre si. Y además hay que tener en cuenta otras posibles influencias que seguramente existan a la hora de hacer una valoración de esta casuística, como las posibles disposiciones que disponga el Convenio Colectivo aplicable y los criterios de otras instituciones exteriores, con cierto poder vinculante como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En particular refiriendo a la STEDH de 25 de junio de 1997 y la STEDH de 3 de abril de 2007. Estas dos Sentencias introducen por primera vez el criterio de "expectativa razonable de intimidad del trabajador", que luego es seguido por el Tribunal Supremo

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

en la importante Sentencia de 26 de septiembre de 2007.

Finalmente, corresponde referir en este acápite al Poder de Control y Vigilancia del Empleador y el derecho a la intimidad de los trabajadores en lo atinente a la *conexión de internet* y con ello al tratamiento de la cuestión relativa al uso del correo electrónico.

Es preciso distinguir aquí entre los servicios de información y los de comunicación. Y es que efectivamente en aquellos casos donde el uso de la conexión de internet involucre servicios de comunicación (no necesariamente agotados en el correo electrónico, pues bien puede tratarse de participaciones en foros, blogs y servicios de mensajería instantánea entre muchos otros) el derecho a la intimidad de los trabajadores estará estrechamente vinculado a la garantía del secreto de las comunicaciones.

Respecto del Poder de Control y Vigilancia a propósito de la navegación o uso de internet cuando no corresponda a servicios de comunicación, basta decir que su concreción debe hacerse en respeto al derecho a la intimidad de los trabajadores, lo que no es óbice para incorporar mecanismos o programas informáticos que restrinjan la visita a determinadas páginas o portales, o la compilación de estadísticas y registros destinados a medir el comportamiento del trabajador.

Ahora bien, cuando el uso de internet si corresponde con los llamados *servicios de comunicación*, hay que tener en cuenta adicionalmente la protección contenida en el artículo 2º de la Constitución peruana, que es del siguiente tenor:

"(…)

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones 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(…)"

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Del artículo antes reproducido, se desprende que esa garantía de secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas abarca *cualquier tipo y forma de comunicación* utilizada, por lo que debe entenderse que están incluidas las modalidades de los *servicios de comunicación* propios de la *conexión de internet*.

Por lo tanto, aun cuando en mi opinión según la cual no es del todo equiparable la correspondencia epistolar respecto de la comunicación propia de la conexión de internet, debe decirse con el arreglo al artículo anteriormente transcrito que, no queda duda que ambas se encuentran comprendidas en la garantía constitucional de secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

Ello implica que el ejercicio del Poder de Control y Vigilancia Del empleador sobre las comunicaciones propias de las conexiones de internet, debe entonces ser armónico no sólo con el derecho a la intimidad de los trabajadores, sino además con la garantía constitucional de secreto e inviolabilidad de las comunicaciones antes referida.

Oviedo citando diversos autores a propósito del derecho argentino, es de la opinión según la cual "…la protección constitucional de que goza la correspondencia epistolar debe extenderse analógicamente a la correspondencia electrónica"[225].

5.6.3. Uso del Ordenador para el acceso a Redes Sociales: FACEBOOK Y TWITTER

El uso de las redes sociales por los trabajadores es una potencial fuente de conflictos, aún no son muy numerosos, pero no es difícil prever que en breve espacio de tiempo, el uso o mejor dicho, el "mal uso" de estas herramientas, seguramente va a generar conflictos con los derechos fundamentales de los trabajadores y también como novedad, puede que incluso con los de potenciales trabajadores.

[225] Oviedo, M. (2004). ***Control empresarial sobre los <<e-mails>> de los dependientes.*** Buenos Aires: Hammurabi. Pág 163

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Otro aspecto a señalar, es que hasta ahora, siempre hemos tratado situaciones en las que era el trabajador el que quizá hacía un mal uso del ordenador o de Internet y de alguna manera fruto de ese "incumplimiento" o de ese "uso particular", veía limitados o disminuidos sus derechos fundamentales (intimidad, dignidad, secreto de las comunicaciones), sin embargo el "mal uso" de Internet, puede que lo haga el empleador en vez del trabajador.

Por ejemplo, en un hipotético proceso de selección de personal externo o interno, en que el empleador o la empresa de selección contratada por éste, decide indagar vía facebook o vía twitter para ver las fotos que han "colgado" los trabajadores en sus respectivos "perfiles", consiguiendo información en muchos casos muy personal,(aficiones, gustos, amistades, etc), que nada tiene que ver con la capacidad o el mérito del candidato para el puesto de trabajo, pero que quizá le pueda influir a la hora de conseguir ese puesto o ese ascenso.

Hablamos en este caso de usos no laborales pero siendo esta vez el actor el empleador quien con su actividad, afecta a derechos del trabajador o del candidato que lo "único" que ha hecho es mostrar imágenes de hechos vividos a lo mejor años atrás, desde luego no las colocó ahí para que las utilicen como argumento de negación de un ascenso o un contrato.

Por otra parte, el uso de estas redes sociales posee características que dificultan aún más su tratamiento. Todavía hay bastantes usuarios que no son conscientes que facebook es accesible no sólo para sus amigos, sino para cualquiera que esté dado de alta en el programa y que sus comentarios perduran e incluso se van "*retwitteando*" de unos a otros, con las posibles repercusiones de que lleguen a ser conocidos por alguien que quizá no deseemos.

Así tenemos una noticia proveniente del Reino Unido en la que se demuestra cómo los adelantos tecnológicos pueden ocasionar problemas de carácter laboral lo cual, asimismo, permite convencernos una vez más del carácter dinámico de esta disciplina, esto es, que se presentan permanentemente nuevos retos a los cuales es necesario responder.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Es el caso de una joven inglesa llamada Kimberley Swann que fue despedida de su centro de trabajo, la empresa Ivell Marketing & Logistics, por haber comentado tres veces (durante su primera semana de trabajo) en su página personal de la red social de internet "Facebook" que su trabajo era aburrido, comentarios que fueron encontrados por su jefe mientras navegaba en internet . Según la publicación, que cita como fuente a *Daily Mail*, el dueño de la empresa le dijo "He visto tus comentarios en Facebook y no quiero que mi compañía aparezca en las noticias". Por otro lado, en la carta de despido se le dijo a la trabajadora que "A la vista de sus comentarios en Facebook sobre el trabajo y la compañía, creemos que, como no está contenta, terminemos como efecto inmediato su empleo en la empresa". Sin embargo, según se detalla en la noticia, la joven menciona que si bien puso que su trabajo era aburrido ni siquiera puso el nombre de la empresa[226].

La solución a dicha situación sería establecer unas directrices claras de conducta con respecto al uso de las redes sociales; momentos en su caso, en que sea posible acceder a ellas, contenido de los mensajes que puedan introducirse, absteniéndose de realizar comentarios que vayan en contra de la empresa, de sus dirigentes, de sus compañeros, etc.; además de dejar bien clara la posibilidad de que la empresa esté también en ellas como tal. Y todo ello acompañado de las consecuencias concretas en caso de incumplimiento, siendo lo más definidas posible, de alguna manera proporcionadas a la falta cometida y por supuesto conocidas por los trabajadores, o cuando menos susceptible de ser conocidas.

Es decir la idea sería, en la medida de lo posible, suplir la falta de regulación externa con pactos internos, sin dejar de lado los criterios constitucionales, esto es, el ya múltiplemente mencionado test de proporcionalidad, ni la doctrina gradualista.

[226] Diario El Comercio, 28 de febrero de 2009, Pág. a25)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5.7. UTILIZACION CORREO ELECTRONICO INSTITUCIONAL

La utilización del correo electrónico a nivel empresarial es un fenómeno que lejos de solucionar o facilitar las tareas dentro de una empresa, ha instaurado desde su creación un sinfín de inconvenientes que, en muchos casos, deben dirimirse ante los órganos judiciales.

Ello, porque la concesión del correo electrónico por parte de la empresa a sus trabajadores supone que éstos lo utilicen para fines laborales, vinculados con la operativa de la empresa, y no para fines personales; basta que el trabajador lo utilice durante su horario de trabajo en cuestiones personales que nada tienen que ver con la relación laboral, o incluso poniendo en peligro el sistema informático de la empresa por el riesgo de ingreso de un virus, etc., para encontrarnos ante un verdadero problema que enfrenta la empresa, y que afecta evidentemente su productividad.

Tenemos entonces, por un lado, el correo electrónico como una importante herramienta de trabajo que la empresa le proporciona al trabajador para el mejor desempeño de su actividad; por otro lado, tenemos la faz negativa de ello, que es su posible utilización para fines que no guardan relación con la actividad laboral y que, puede afectar la productividad del trabajador y de la empresa, y también poner en riesgo todo el sistema de informática de la empresa y la información almacenada.

El correo electrónico constituye un servicio de mensajería electrónica que tiene por objeto la comunicación no interactiva de texto, datos, imágenes o mensajes de voz entre un "originador" y los destinatarios designados, y que se desarrolla en sistemas que utilizan equipos informáticos destinados y enlaces de telecomunicaciones[227].

Si consideramos que el correo electrónico es un medio de comunicación que se asemeja a la correspondencia o al correo tradicional, y que por consiguiente tiene su misma naturaleza, diferenciándose únicamente en que se transmite a través de la Red

[227] CASTRO B., A. "El uso legítimo del correo electrónico". www.delitosinformaticos.com/delitos/correo.shtml [23 de septiembre de 2005

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

mediante tecnología digital; en tal caso el *e-mail* se encontraría protegido por la garantía constitucional, que asegura el secreto de la correspondencia y de toda forma de comunicación privada; por lo tanto podemos entender el correo electrónico como "toda correspondencia, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de la interconexión entre computadoras."[228]

En el mismo sentido, Alvaro Eirin, lo define como *"un documento electrónico que contiene un mensaje de texto, voz, sonido o imagen, o cualquier combinación de estos, que se remite a una o más personas físicas o jurídicas, tanto desde un correo personal como desde uno laboral, trasmitiéndose por medio de una red de interconexión de computadoras tanto pública como privada, local (Intranet) o remota (Internet).*

En cuanto a su naturaleza jurídica, existen tres corrientes distintas; una de ellas, considera al correo electrónico como correspondencia; otra, lo considera como un conjunto de datos; y la tercera, lo considera como una herramienta de trabajo.

- Para la primera corriente de autores, tanto el correo electrónico como el correo tradicional serían correspondencia, distinguiéndose tan solo en cuanto al medio de transmisión, es decir, uno se trasmite por medios informáticos y el otro por medios convencionales.

En este sentido, la correspondencia se encuentra protegida ya que la correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier especie es inviolable, y nunca se podrá realizar su registro sino por razones de interés general, verbigracia dicha protección se verifica en el artículo 5º inciso XII de la Constitución Federal del Brasil[229].

Por tanto, para quienes preconizan este enfoque, del mismo modo que la correspondencia tradicional es inviolable, también lo sería el correo electrónico,

[228] BUENOS AIRES. Informe preliminar Anteproyecto de Ley de Protección de Correo Electrónico. Asociación Argentina de Derecho de Alta Tecnología. En www.aadat.org/informe_preliminar44.htm [15 de abril, 2006]

[229] "XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

situación que traería como consecuencia la imposibilidad del empleador de revisar la correspondencia de sus trabajadores, aunque haya sido la empresa quien le haya proporcionado la cuenta.

- Para la segunda corriente de autores, el correo electrónico sería un conjunto de datos personales del usuario (el trabajador), razón por la cual habrá que estar a lo que regulan las normas sobre protección de datos personales.

- Y finalmente, para la tercera posición, el correo electrónico sería una herramienta de trabajo que el empleador proporciona al empleado. Para esta corriente, al ser el empleador quien le proporciona al empleado el correo, eso le daría derecho a tener acceso a sus contenidos cuando lo desee, ya que su otorgamiento obedece a razones laborales.

En Brasil, las decisiones judiciales se han inclinado por la misma corriente (aunque existen decisiones contrarias) con la reserva que el empleado sea comunicado con anticipación de que la empresa puede hacer la verificación de sus e-mails.

Más allá de la corriente que se siga, es indudable que estamos ante la posibilidad de un conflicto entre dos derechos; por un lado, el derecho a la intimidad y privacidad que tiene todo trabajador y, por otro lado, el derecho que tiene toda empresa de vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones por parte de sus trabajadores, y también de impedir el envío de datos o información confidencial a terceros, a través de su poder de dirección y disciplinario.

El correo electrónico, al ser proporcionado por la empresa, debiese destinarse a un uso estrictamente profesional, por cuanto se trata de una herramienta de trabajo propiedad de aquélla, no debiendo, en consecuencia, utilizarse para fines particulares. Pero aun en este caso, la facultad de control de la empresa sobre el correo debiese limitarse únicamente a comprobar si realmente se utiliza el correo electrónico para el fin para el que se destinó, sin más intromisión, que sería a todas luces ilegítima. Y en todo caso debe mantenerse la privacidad de los mensajes, sin que un acceso indiscriminado a los mismos sea aceptable. El simple hecho de ser

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

el correo electrónico proporcionado por la empresa una herramienta de trabajo, no obsta a que la interceptación del mismo sin la debida justificación pueda considerarse lesiva para los derechos fundamentales del trabajador.

En la misma línea, se hizo referencia antes a la buena fe con que debe desarrollarse la actividad laboral. Al respecto, las relaciones laborales han de desarrollarse en un clima de confianza, el que se genera en la medida que las partes cumplan sus obligaciones en la forma estipulada, fundamentalmente de buena fe y respetando el deber de fidelidad y lealtad que les afectan. Es por esta razón que ante ciertas conductas del trabajador, debidamente comprobadas, la legislación autoriza al empleador a poner término al vínculo contractual, sancionando al dependiente con la pérdida de las indemnizaciones que, en otro evento, le habrían correspondido.

En el ordenamiento laboral no aparece norma alguna reguladora de la utilización del correo electrónico por los trabajadores y el control de dicha utilización por parte del empresario, por lo que los conflictos que se han planteado han venido siendo resueltos por los Tribunales fundamentalmente con ocasión de la instalación de aparatos de vigilancia, mediante grabación de sonido y de imagen.

5.7.1. Control y Acceso del empleador al Correo Electrónico del Trabajador

5.7.1.1. Justificación del control, vigilancia, e/o intervención

El control o vigilancia por parte del empleador respecto al uso del correo electrónico puesto a su disposición que hagan los trabajadores, no es más que un ejercicio de la facultad de vigilancia que a aquél le concede el ordenamiento jurídico, enmarcado dentro de su poder de dirección, fundamentado como se explicara anteriormente, en la libertad de empresa y en el derecho de propiedad del empleador sobre sus medios de producción.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

No se trata de una justificación caprichosa al control que pueda ejercer el empleador, este se hace necesario para minimizar problemas de seguridad en general; evitar responsabilidades legales; controlar información valiosa de la empresa y el uso que hacen los trabajadores de su tiempo de trabajo; proteger su ancho de banda y reducir pérdidas de productividad, entre otras justificaciones. Está comprobado que, si bien no ocurre con la totalidad de los trabajadores, muchos de ellos navegan en la Internet en horario de trabajo y desde los servidores de la empresa, y de esa manera están arrastrando literalmente el nombre de la Compañía en todo el recorrido que hacen por la red.

Una realidad inquietante: si bien es cierto que la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación en la empresa ha venido a redundar en mayor eficacia y productividad, no es menos cierto que al estar a disposición de los trabajadores, éstos hacen uso de ellas en el horario de trabajo, tiempo que le pertenece al empleador por cuanto paga por ello mediante la correspondiente remuneración.

Algunos minutos al día implican horas a la semana, días al año, cuyo costo debe asumir el empleador en caso de no tomar medidas al respecto, aun más, el tiempo de trabajo no es todo lo que puede perder el empleador por el uso indebido de Internet o del correo electrónico por parte de sus trabajadores: lo anterior implica además pérdida de productividad. Más aún, al circular libremente por la red, los mensajes de correo electrónico no son seguros y pueden implicar la importación de virus, su difusión e incluso su instalación en los sistemas informáticos de la empresa; el riesgo de perder información valiosa también es alto en tales circunstancias, sin mencionar que, al usar el correo corporativo, la empresa puede verse involucrada incluso en actos delictuales.

Un dato que da que pensar es el hecho que en dos años los programas informáticos de espionaje laboral se han duplicado, de lo que se puede deducir que la monitorización de los empleados es algo cada vez más frecuente, si bien en ocasiones esta vigilancia es tan extrema que puede ser lesiva para el derecho a la intimidad del trabajador y, más concretamente, al derecho fundamental al secreto

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de las comunicaciones.

Las empresas suelen justificar esas conductas alegando su finalidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales a las que obliga al trabajador el propio contrato, así como evitar problemas de seguridad, virus y fuga de datos; unos fines que, si bien son legítimos, pueden acarrear problemas legales.

No hay que perder de vista que los recursos informáticos, al ser proporcionados por la empresa, son propiedad de esta última, y por consiguiente deben estar estrechamente vinculados con el trabajo y la labor que se desempeña.

El problema, por lo tanto, se produce cuando no sólo se filtra, se realiza un control somero de la actividad del empleado, sino que se espía abiertamente a éstos. 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 de ser descubiertos.

5.7.1.2. Formas de Control por parte del empleador

Las empresas, al verse afectadas por el uso abusivo que hacen o pueden llegar a hacer sus trabajadores de los medios tecnológicos puestos a su disposición, han comenzado a utilizar diversos mecanismos para evitar los riesgos que dicho uso conlleva o puede acarrear a la organización. Ninguna de ellas está exenta del riesgo de llegar a vulnerar algún derecho del trabajador, ninguna es absolutamente efectiva en cuanto a prevenir los riesgos del uso de la Internet o, específicamente, del correo electrónico, pero a medida que se vayan masificando y estudiando jurídicamente, pueden ser perfeccionadas tanto en sus aspectos técnicos, como en las repercusiones que pueden llegar a tener respecto de los derechos de los trabajadores afectados por las mismas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Consecuentemente con lo antes señalado, han proliferado los programas para el control del correo electrónico. El acceso al contenido de un correo electrónico es muy fácil cuando se utilizan los sistemas corporativos de la empresa, si el trabajador se sirve de una cuenta propia de correo gratuito a través de una web, el proceso de inspección desde la empresa es más laborioso pero igualmente factible. En este sentido, apoyado en estas medidas tecnológicas el empleador puede comprobar si el trabajador cumple o no con sus deberes laborales básicos y realiza el trabajo convenido, permitiéndole controlar la productividad y utilización de los recursos, supervisando de forma rutinaria la actividad de los trabajadores.

"Lo anterior fundamenta la vigilancia del empleador, el cual se puede apoyar, incluso, en la implementación de instrumentos de escucha y filmación. Pensemos que de las circunstancias que habilitan al empleador, por ejemplo para despedir al trabajador por incumplimiento contractual grave y culpable, sólo se pueden conocer a través del control y supervisión a través de cualesquiera medios de vigilancia, ya sean previos o posteriores a la falta, medios que deberán ser adoptados de forma equilibrada, pero garantizando el resultado que se pretende"[230].

La introducción de estos medios informáticos y la facultad del empleador de controlar su uso, sin embargo, ha venido a aumentar el poder de supervigilancia del empleador sobre sus trabajadores, surgiendo así el denominado "poder informático", que podemos definir como "la capacidad propia del responsable de confrontar y agregar los datos más diversos entre ellos hasta el punto de transformar informaciones dispersas en una información organizada y remontarse así a los actos más banales del individuo a sus más íntimos secretos, y la posibilidad de encontrar inmediatamente y comunicar las informaciones así obtenidas a quien lo requiera."

Por otro lado, debe analizarse si es equivalente la violación de una carta o envío postal a la de un correo electrónico, vulnerándose en todas ellas el derecho a la intimidad de su

[230] Hernández Rubio, Monserrat y Herrera Bravo, Rodolfo. "La legitimidad del control tecnológico sobre el trabajador" en http://www.adi.cl/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=7&Itemid=53 [7 de agosto, 2009]

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

destinatario, pues la existencia de una clave para acceder a la cuenta de correo electrónico muestra claramente el carácter privado de los mismos, por lo que si el empleador accede sin permiso al correo del trabajador, ya sea éste electrónico o postal, vulneraría el derecho a la intimidad de este último.

Desgraciadamente nos encontramos lo que en derecho se viene a denominar laguna legal respecto a los límites de utilización por los trabajadores del correo electrónico proporcionado por las empresas, dentro del horario de trabajo, como con relación con el control empresarial de los mensajes de los mismos en uso del poder de dirección, un vacío normativo que nos viene a recordar que la sociedad siempre va delante del derecho.

Es imprescindible, en primer lugar regular y dotar de eficacia jurídica a las comunicaciones entre empresarios y trabajadores y entre sus representantes realizadas a través de correo electrónico, determinando las condiciones necesarias a fin de garantizar la autoría y recepción real de los mensajes, y, en segundo lugar, establecer los límites del control empresarial del correo electrónico de los trabajadores, cuando sea proporcionado por la empresa, garantizando los derechos a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones.

Es necesario, pues, que los trabajadores tomen conciencia de que tanto su ordenador, como Internet, y el correo electrónico, son propiedad del empresario y deben ser utilizados para el cumplimiento de la relación laboral; y los empresarios, por su parte, tienen que entender que dichos medios pueden ser utilizados para fines personales, siempre que no se haga de forma abusiva.

La solución posiblemente no venga de una limitación del uso de Internet, ni censurar los contenidos y accesos, lo que sería contraproducente para la empresa, ya que la prestación laboral, sobre todo en el sector servicios, requiere un constante uso de la Red, sino que habría que buscarla en el consenso de las partes en un uso racional de los recursos informáticos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

5.7.1.3. Condiciones y limitaciones para la procedencia del control

A juicio de la gran mayoría de los autores, la interceptación ordinaria e indiscriminada del correo electrónico de los trabajadores en las empresas debe considerarse, a priori, fuera de la legalidad. Sin embargo, hemos visto a lo largo de este estudio que la realidad, en la práctica, es otra, y que los empleadores por los motivos antes expuestos necesitan, si no intervenir, controlar el uso que del correo electrónico puesto a su disposición hacen los trabajadores.

Justificar la intervención del correo electrónico del trabajador implica reconocer el hecho que ello significa imponer límites a los derechos fundamentales del trabajador. Para que ello proceda, indudablemente debe aplicarse el denominado "principio de proporcionalidad", intervención precedida de un examen previo que supere el triple juicio de Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad propiamente tal.

1. **Juicio de Idoneidad:** impone la exigencia de analizar si con la medida adoptada es susceptible de obtener el objetivo propuesto. La imposición de la medida jamás debe ser vana, ni el resultado obtenido con la misma, distinto del querido cuando ella se impuso.

2. **Juicio de Necesidad**: exige que en forma previa a la imposición de la medida, se analice si ella es necesaria en el sentido que no exista otra más moderada, para la obtención del mismo propósito, con la misma eficacia.

3. **Juicio de Proporcionalidad**: implica determinar si de la aplicación de la medida adoptada se obtienen beneficios o ventajas mayores para el interés general que aquellos perjuicios que se causan a otros bienes o valores en conflicto.

Interesante en relación con lo planteado anteriormente es lo propuesto por el Grupo de Trabajo creado como órgano consultivo de la Unión Europea en materia de protección de datos y vida privada. Este último publicó un documento que plantea ciertos principios que deben respetarse para justificar el control del empleador sobre el uso del correo electrónico y de Internet por parte de los

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

trabajadores.

En síntesis, los principios que debiesen respetarse, a decir de este grupo de trabajo, son los siguientes:

1. **Necesidad:** el empleador debe comprobar, primeramente, si la medida de vigilancia que ha decidido adoptar es absolutamente necesaria, atendido el objetivo que persigue. Lo anterior implica estudiar la posibilidad de adoptar medidas alternativas que impliquen una menor intromisión en la privacidad de sus trabajadores.

2. **Finalidad:** Los fines que motivan la vigilancia deben ser determinados, explícitos y legítimos. Dentro de este principio se inserta el principio de 'compatibilidad', que implica, por ejemplo que si la medida se adoptó para un fin A, con posterioridad la información obtenida en virtud de la aplicación de dicha medida no puede ser utilizada para un fin B.

3. **Transparencia**: El empleador debe, además de informar la medida que está tomando, hacerlo en forma clara y abierta.

4. **Legitimidad**: La intromisión en las comunicaciones del trabajador sólo puede hacerse cuando el fin perseguido sea legítimo. Como ejemplo, se señala el caso en que la empresa pretenda protegerse de la transmisión de información confidencial.

5. **Proporcionalidad:** Debe existir una relación proporcional entre el costo que significa para el trabajador la intromisión y/o eventual vulneración de sus derechos, y el beneficio que se obtiene para la empresa y la productividad, de la imposición de la medida.

6. **Exactitud y conservación de los datos**

7. **Seguridad**

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

La razonabilidad y la proporcionalidad de las medidas que adopte el empleador no pueden establecerse en abstracto. Ambas van directamente vinculadas al objetivo juicio de idoneidad y de necesidad.

El empleador, a la hora de utilizar medidas de monitorización laboral ha de respetar el denominado principio de proporcionalidad e intervención mínima, lo que implicaría que el control y vigilancia no se lleve a cabo de forma masiva e indiscriminada, y mucho menos de forma encubierta, así como 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.

De este modo, las medidas tomadas tienen que ser justas y proporcionales, no anulando ni perjudicando la intimidad y privacidad del trabajador, e incluso prohibiéndose que se tomen en el caso que de ellas no se derive una desventaja considerable para la empresa y sí un perjuicio grave para la intimidad del trabajador.

Si el control se hace con el propósito de evitar los riesgos a que se ha hecho referencia con anterioridad, entonces se parte de la base que el control será legítimo; si no se hace con el propósito de indagar en los aspectos propios de la vida íntima del trabajador, ya que cualquier control sobre la misma es presuntamente ilícito. Y es que, como antes se señalara, uno de los principales límites que tiene el empleador respecto de las facultades que le confiere el poder de control que el mismo legislador le reconoce, es la dignidad del trabajador.

Así las cosas, no siempre la intensidad y exhaustividad con que el empleador efectúe el control será aceptable constitucionalmente, porque el control puede ser innecesario, desproporcionado e ineficiente, amén de que puede llegarse a conculcar los derechos de las personas, porque en ocasiones parece presuponerse que sobre el trabajador no cabe confianza alguna, lo cual atenta contra la dignidad protegida por la Constitución.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5.7.2. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

A. **Estados Unidos**

Internet nació en los Estados Unidos, sin embargo dicho país continúa manteniendo una legislación liberal en cuanto al uso de las nuevas tecnologías de la comunicación, al menos en lo que respecta a las empresas privadas y a la relación entre particulares.

Para comenzar el análisis de la situación estadounidense, nos será muy útil recurrir a la exposición de motivos de la Ley Federal de Privacidad (1974): "El uso creciente de computadores y tecnología de la información sofisticada, aunque es esencial para la operación eficiente del gobierno, ha magnificado la posibilidad de que se causen daños a la privacidad individual mediante la recolección, mantenimiento, uso o diseminación de información personal (…). El mal uso de ciertos sistemas de información puede poner en peligro las oportunidades que tiene un individuo para obtener empleo, seguros y crédito, así como su derecho a un juicio justo y a otras protecciones legales".

La política norteamericana continúa siendo bastante liberal en cuanto deja en manos de los mismos particulares la regulación de la utilización de la red; la tendencia es auto regulatoria, principalmente para el sector privado. Las únicas excepciones a este respecto las constituyen los Estados de Connecticut y California.

El primero, obliga a las compañías a revelar las prácticas de control que puedan llevar a cabo respecto de sus trabajadores; el segundo, ha extendido la protección del derecho de privacidad a las relaciones privadas.[231] En los demás Estados, las políticas internas de cada empresa definen qué se puede hacer, cómo, por qué medio, y hasta dónde. La jurisprudencia norteamericana en relación a los casos

[231] El Código Penal del Estado de California penaliza una amplia gama de actividades relacionadas con la informática, como "… acceder, o instigar a otro a que acceda a cualquier computadora, sistema de computación o red informática, a sabiendas de que no se tiene autorización para ello." Sección 502

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de usos irregulares del correo electrónico en Estados Unidos ha sido mayoritariamente favorable a los intereses empresariales.

El año 1986 se aprobó la *Electronic Communications Privacy Act* (ECPA) o Ley de Privacidad de las Comunicaciones Electrónicas, la que a diferencia de legislaciones anteriores, se aplica tanto al sector público como al privado. Esta ley, que introdujo una enmienda al Título 18 (*Crimes & Criminal Procedure)* del Código de Estados Unidos, Capítulo 119 "*Wire & Electronic Communications Interception & Interception of Oral Communications",* consta de dos partes o títulos:

Title I Interceptions of Communications and Related Matters Title II Stored Wire and Electronic Communications and Transactional Record Access

Sus disposiciones más interesantes dicen relación con la prohibición de intervención no autorizada a toda persona o empresa, la prohibición de acceso no autorizado a mensajes almacenados en sistemas computarizados y la prohibición de interceptar mensajes durante su transmisión sin la debida autorización. La idea de la ley antes citada habría sido regular "…el creciente problema de acceso y uso, por personas no autorizadas, a las comunicaciones electrónicas que no deben estar disponibles al público."[232]

La citada ley, que provee sanciones civiles y criminales a quienes vulneren sus disposiciones, proscribe:

a. Toda intercepción intencional de comunicaciones electrónicas sin el consentimiento de quien es objeto de la misma, incluyendo, además del correo electrónico, la comunicación telefónica de voz (*voice mail);*
b. El acceso ilegal a las comunicaciones electrónicas almacenadas en computadoras;
c. La divulgación del contenido de cualquier comunicación electrónica almacenada en computadoras.

[232] SMEDINGHOFF, Thomas J. On-Line Law. Addison-Wesley Developers Press. 5ta. Reimpresión. EEUU, 2000

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Sin embargo, las prohibiciones señaladas no son absolutas, pues esta ley contempla dos excepciones a este principio general de prohibición de intromisión en las comunicaciones privadas: a) la excepción por consentimiento previo; y b) la excepción por uso para los negocios.

La primera excepción parece ser bastante clara: el control e interceptación de la comunicación no será ilegal si la parte afectada ha dado previamente su consentimiento. El asunto radica en cómo debe efectuarse el referido consentimiento. Puede ser expreso, mediante la firma de alguna declaración de política sobre correos electrónicos notificada al empleado, por ejemplo.

Pero, ¿puede aceptarse la existencia de un consentimiento tácito? Así podría entenderse en aquellos casos en que el trabajador ingresa a los sistemas electrónicos, y éstos emiten un mensaje que advierte al usuario de la posibilidad de intercepción de las comunicaciones. Si el trabajador de todos modos ingresa al sistema, se entendería que acepta el hecho que no existan garantías a la privacidad de sus mensajes.

Empero, este 'consentimiento implícito' ha tenido una interpretación restrictiva, dada por la jurisprudencia estadounidense, la que ha señalado que esta excepción por consentimiento previo no debe incluir el 'consentimiento constructivo', es decir, aquellos casos en que el trabajador 'debió haber sabido' que sus comunicaciones podrían ser interceptadas.[233]

La otra excepción contemplada en esta ley, la excepción por uso para los negocios, es más controversial. Ella permite que el empleador controle e intercepte las comunicaciones de sus empleados aun cuando no hayan prestado previamente su consentimiento. Puede acogerse a esta excepción el empleador que provea a sus trabajadores del servicio de comunicación electrónica propio de la empresa, cuando el control e interceptación digan relación con el curso normal de los negocios del empleador, y que el contenido de la comunicación interceptada sea de interés legal para la empresa. Esta excepción no limita la forma ni el grado en que

[233] Caso Deal Vs. Spears (1992)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

puede producirse el monitoreo de *e-mails*, no requiere que la empresa lo notifique a sus empleados, y sólo basta para su procedencia legítima que este monitoreo se produzca dentro del curso normal del negocio.

Adicionalmente, las restricciones contenidas en la Ley de Privacidad de Comunicaciones Electrónicas sólo están referidas a la intercepción de mensajes "en tránsito", mas no hay limitación alguna para el control y registro de los mensajes que se encuentran almacenados en los ordenadores de los trabajadores, situación que es mucho más probable y común que la interceptación de los mensajes en tránsito.

Además de la amplitud de las excepciones a la prohibición de intercepción de las comunicaciones electrónicas que ya existen en la legislación estadounidense, debemos resaltar que la Ley de Privacidad de las Comunicaciones Electrónicas de que venimos hablando fue modificada por las secciones 290 a 212 de la ley *USA Patriot Act.* De estas enmiendas, destacaremos las siguientes:

Section 210: Scope of subpoenas for records of electronic communications. (Alcance de las citaciones para los expedientes de comunicaciones electrónicas.) La Ley de Privacidad de las Comunicaciones Electrónicas, en su texto original, establece aquella información que el proveedor de un servicio de comunicación electrónica (ISP) le debe suministrar al gobierno cuando éste le solicita grabaciones electrónicas. Con la enmienda introducida, se añaden "*record of session times and durations of electronic communication as well as any identifying numbers or addresses of the equipment that was being used, even if this may only be temporary. For instance, this would include temporarily assigned IP addresses" (*el registro de la duración de las comunicaciones, así como cualquier identificación numérica o las direcciones del equipo utilizado, incluso si esto es sólo temporal. Por ejemplo, esto incluiría direcciones temporalmente asignadas por el IP.*)*

Section 212: Emergency disclosure of electronic communications (acceso a las comunicaciones de terceros, por emergencia*)* Antes de la enmienda, un proveedor de servicios de internet no podía divulgar registros de comunicaciones a terceros.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Ahora, si el proveedor cree razonablemente que puede haber una emergencia que implique peligro de muerte o lesión física de cualquier persona, entonces el proveedor puede divulgar esta información. El problema es que no se especifica qué se considera "razonablemente".

Dada la inexistencia de una protección adecuada a la privacidad de los trabajadores respecto de su correspondencia electrónica, ha tocado a los tribunales pronunciarse en relación con despidos fundados en el uso inapropiado de la red. Tales fallos han venido a sentar una incipiente doctrina en cuanto a la obligación de protección de la privacidad del trabajador. Según la jurisprudencia de que venimos hablando, mientras el trabajador cuente con una "*expectation of privacy*", esto es, una "esperanza razonable de privacidad", y mientras ello no involucre intereses públicos, su derecho debe ser siempre protegido.[234]

Sin embargo, esta doctrina adolece de la debilidad que implica el hecho que la simple información al trabajador en el sentido que sus comunicaciones electrónicas pueden ser controladas, haría perder a éste su expectativa de privacidad y, por consiguiente, el control del correo electrónico vendría a ser legítimo. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso *McLaren v/s Microsoft Corp.*

B. **Unión Europea**

La Unión Europea ha intentado ser más específica en la regulación de las comunicaciones electrónicas, específicamente en cuanto al secreto de las mismas. En efecto, la Directiva de la Unión Europea sobre legislación del correo electrónico y normas para las nuevas tecnologías dispone en su artículo 5º:

"Los Estados miembros garantizarán, por medio de normas nacionales, la confidencialidad de las comunicaciones efectuadas a través de las redes públicas de telecomunicación y de los servicios de telecomunicación accesibles al

[234] Winters, Steven. *"The New Privacy Interest: Electronic Mail in the Workplace"*, en Berkeley Technology Law Journal, volumen 8 (Spring 1993).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

público."[235]

C. **Reino Unido**

En el Reino Unido, la regulación del uso de las comunicaciones internas durante el horario laboral fue modificada radicalmente una vez entró en vigencia, con fecha 24 de octubre de 2000, la Ley de Regulación de Poderes de Investigación (*Regulation of Investigatory Powers Act 2000*), aprobada por el parlamento británico en el mes de julio del mismo año. Esta norma permite a los empleadores británicos el "acceso rutinario" al correo electrónico y las llamadas telefónicas de sus empleados bajo el amparo de la ley. El consentimiento del trabajador ya no es necesario para realizar un barrido de los mensajes que éste haya enviado utilizando los medios puestos a su disposición por la empresa.

A la *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* (Ley sobre Poderes Inquisitoriales, o Ley sobre Poderes Investigativos), que se aplica tanto para la relación Estado – particulares, como para las relaciones entre particulares, se agrega el hecho que la práctica judicial permite la monitorización de las comunicaciones de los trabajadores cuando a decir de los empleadores el fin que se persigue es el obtener información respecto al rendimiento laboral, la prevención de fraudes dentro de la empresa (como la vulneración de secretos de industria), etc.

La antes mencionada *Regulations of Investigatory Powers Act* nació para otorgar a las policías británicas las mayores facultades posibles para perseguir a los criminales y pedófilos en Internet. Esta ley, que regula el procedimiento que debe seguir la policía británica para obtener una orden judicial que le permita interceptar las comunicaciones electrónicas y el historial de navegación por Internet de algún sospechoso, vino a otorgar sin embargo, además, al gobierno británico, la facultad de regular la interceptación de las comunicaciones de los trabajadores.

En razón de ello, se emitió la *Lawful Bussiness Practice Regulations*, que no es

[235] Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. 15 de diciembre de 1997.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

más que una nómina de 'prácticas comerciales lícitas' que establecen los presupuestos para hacer legítima la intromisión de los empleadores en las cuentas de correo electrónico de sus trabajadores en la empresa, prescindiendo del consentimiento de estos últimos. Las razones que permiten esta intromisión van desde la seguridad nacional hasta asegurar el buen funcionamiento del sistema informático de la empresa.

Dado el impacto que esta legislación ha causado, con posterioridad se estableció el *Information Commissioner:* se trata de una autoridad encargada de controlar el tratamiento de los datos personales que pueden llegar a obtenerse en el uso de estas facultades concedidas a los empleadores, que ha pretendido mitigar los efectos de tan controvertida disposición.

El principio general en la normativa a que nos referimos es que no está permitida la interceptación de las comunicaciones electrónicas sin el consentimiento de los interlocutores. Pero se contemplan dos excepciones: Pueden interceptarse las comunicaciones electrónicas cuando pueda verse afectada la seguridad del Estado y lascomunicaciones delostrabajadores.

La excepción que permite interceptar las comunicaciones de los trabajadores parte de la base que dicha interceptación sólo será lícita si el trabajador da su consentimiento. En este punto no hay conflicto, pues como hemos podido apreciar a lo largo del estudio, dicha regla o principio es universalmente aceptada y aplicada. El punto conflictivo dice relación con el hecho que pueden interceptarse lícitamente las comunicaciones electrónicas, aun cuando el trabajador no hubiese prestado su consentimiento, si ella está conectada con alguna de las "prácticas comerciales lícitas"[236].

Los supuestos enmarcados dentro de estas prácticas comerciales lícitas que permiten la interceptación y registro de las comunicaciones de los trabajadores sin su consentimiento, son los siguientes:

[236] Las referidas "prácticas comerciales lícitas" aparecen precisadas en la "*Lawful Business Practice Regultions"* o Reglamento sobre Prácticas Comerciales Lícitas, de 2000

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

a) Constatación de hechos. Dice relación con la necesidad del empleador de registrar determinados hechos vinculados a la actividad empresarial, como la información relativa a pedidos o compras efectuadas por sus clientes.

b) Comprobar o probar el cumplimiento de las normas. Dice relación directa con la potestad de control, vigilancia y disciplina del empleador. La idea es poder verificar que el trabajador está dando cumplimiento a las normas de conducta tanto internas de la propia empresa, como externas, o legales, aplicables a la generalidad de las personas.

c) Interés general de seguridad nacional. Este acceso no es sólo limitado al empleador, sino que a él tienen acceso también las fuerzas de seguridad.

d) Prevenir y detectar delitos.

e) Investigar y detectar el uso no autorizado de los sistemas de telecomunicación. El propósito de esta excepción es asegurar al empleador que sus trabajadores no vulneran la política empresarial sobre uso de herramientas tecnológicas, como, por ejemplo, el correo electrónico e Internet.

f) Interceptación (no registro) de las llamadas a las *helplines*.

g) Asegurar el buen funcionamiento del sistema. En este supuesto, la justificación está dada por la necesidad del empleador de asegurar sus redes informáticas: comprobar la existencia de virus, asegurarse que el almacenamiento de ficheros personales de sus trabajadores no afecta la velocidad y eficiencia de sus sistemas, etc.

h) Interceptación (no registro) para comprobar si la comunicación es relevante para la empresa. Se busca con esta excepción permitir al empleador acceder a la cuenta del correo electrónico de su trabajador, o al registro de sus llamadas telefónicas (buzón de voz), a fin de determinar si hay en ellos mensajes profesionales o comerciales que, en caso de ausencia del trabajador de su puesto de trabajo (por ejemplo, en caso de enfermedad), debiesen ser atendidos por la empresa antes que el trabajador se reincorpore.

Los apartados c), d) y e) dicen relación con excepciones generales, cuya aplicación no se limita a situaciones del ámbito laboral. Están establecidas respecto a los sistemas de telecomunicaciones que se encuentran a pública

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

disposición, en las directivas de la Comunidad Europea Nº 95/46/EC y 97/66/EC.

Las demás excepciones de aquellas antes señaladas (letras a), b), f) g) y h) sólo tienen aplicación en el contexto de una relación laboral. En primer lugar, la interceptación sólo debe decir relación con comunicaciones e información relacionada con actividades legítimas de la actividad u organización de la empresa.

Además, el control sólo debe aplicarse respecto de algún sistema de telecomunicaciones que esté completa o parcialmente destinado a usos relacionados con la actividad empresarial. Por último, quien realice el control o interceptación debe realizar el mayor esfuerzo razonable para informar a quienes hagan uso de los sistemas controlados, que éste es susceptible de interceptación[237]. Sólo bajo estos supuestos, tendrán aplicación las referidas 'prácticas comerciales lícitas' que permiten la intromisión en las comunicaciones de los trabajadores.

Esta nueva regulación ha generado un intenso debate en el Reino Unido acerca de hasta donde puede llegar el empleador en su poder de control de las comunicaciones, planteándose su posible confrontación tanto con el artículo 8 (derecho a la privacidad) de la Convención Europea de Derechos Humanos, que entró a formar parte de su ordenamiento jurídico en octubre de 2000 (*Human Rights Act*), como con la normativa vigente de protección de datos (*Data Protection Act*).

D. España

Al igual que el caso peruano, no existen en la legislación española disposiciones que regulen la situación que nos ocupa. Sin embargo, España cuenta con una nutrida jurisprudencia que ha venido a ser fuente de respuestas a la situación que nos ocupa, al menos en el país ibérico. Han sido los tribunales españoles, sobre todo

[237] Al entrar en vigencia esta regulación, un comunicado oficial respecto a la misma señaló que "Los empresarios necesitan interceptar por una variedad de propósitos esenciales… creemos que ellos tendrán un claro derecho a hacerlo siempre que informen a sus empleados que las interceptaciones pueden tener lugar". *Draft Regulations on Lawful Business Practice Regarding the Interception of Communications. Department of Trade and Industry,* Londres, 2000, párrafo 34

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

resolviendo aspectos de carácter constitucional, los que más han tenido oportunidad de pronunciarse respecto del conflicto a que da lugar el uso de Internet y del correo electrónico por parte de los trabajadores en la empresa.

España es quizá el país cuyos tribunales han tenido mayores oportunidades de pronunciarse en relación con el uso no autorizado de los recursos informáticos por parte de los trabajadores. Casos emblemáticos son aquel en que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó justificado el despido de dos trabajadores que durante dos meses intercambiaron correo electrónico considerado obsceno y despreciativo hacia sus subordinadas, o aquel a que dio origen el despido de un trabajador del *Deutsche Bank*, bajo el argumento de utilización inapropiada del correo electrónico, para lo cual aportó como prueba en el juicio algunos de los *e-mails* enviados por el trabajador. En este caso, el mismo Tribunal Superior de Cataluña declaró procedente el despido de quien, sin conocimiento ni autorización de su empleador, envió a través del correo electrónico mensajes extralaborales en horario de trabajo. Cabe destacar que para dar razón al despido, el tribunal prescindió del hecho que el empleador intervino el correo electrónico del trabajador para poder tomar la medida, sin mediar consentimiento de éste.

En otra ocasión, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía afirmó que el derecho fundamental que protege la utilización del correo electrónico en la empresa no se encuentra dentro del derecho al secreto de las comunicaciones sino dentro del derecho a la intimidad.

Siguiendo con la jurisprudencia Española, que es la más abundante en relación con el tema que nos ocupa, los tribunales de la península han considerado que es procedente el despido de un trabajador que usó el correo electrónico, a pesar de que habían sido todos advertidos por la empresa que no estaba autorizado el uso para motivos ajenos a la empresa. El Tribunal dice que tal advertencia era innecesaria porque el trabajador debe cumplir sus obligaciones de acuerdo con la buena fe, lo que excluye actividades ajenas al puesto de trabajo. Esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de Julio de 2000 la examinaremos más adelante a propósito del correo electrónico.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Respecto a la procedencia de medios electrónicos para producir prueba, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 16 de Octubre de 1998, admitió como prueba documental los "logs" de acceso del ordenador del trabajador: se trata del caso en que un trabajador usó Internet en horas de trabajo para asuntos "poco procedentes" con su trabajo, como compras de material pornográfico.

En sentencia de 15 de junio de 1999, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia consideró abuso de confianza el caso en que un trabajador utilizó los servicios informáticos de la empresa para asuntos personales, e incluso registrando en Internet una dirección de correo que correspondía al ordenador de la oficina comercial de la empresa.

En relación con el caso concreto del correo electrónico, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 5 de Julio de 2000, en un caso en el que dos trabajadores fueron despedidos por enviar correos electrónicos, durante un mes y medio, a dos compañeras. Dichos correos eran claramente obscenos, y en esta empresa se había comunicado a los trabajadores que no estaba autorizado el uso de los medios informáticos para asuntos ajenos a la empresa. Es decir, había aviso previo, aunque ello no es lo concluyente en el fallo. El Tribunal consideró innecesaria la advertencia de la empresa de no poder usar particularmente el sistema informático, pues de acuerdo con el artículo 5 letra a) del Estatuto de los Trabajadores Español, éste obliga a los trabajadores a cumplir con sus obligaciones, entre los que está excluida la realización de actividades ajenas al puesto de trabajo en el horario laboral. La sentencia no considera acoso sexual, ni comportamiento obsceno y despreciativo tales correos, pero sí los considera trasgresión de la buena fe y abuso de confianza, por realizar actividades ajenas en el puesto de trabajo y por desobedecer las órdenes de la empresa de no usar los medios informáticos para uso particular. Por tales motivos consideró procedentes los despidos.

Sin embargo, la sentencia más emblemática ha sido la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 14 de Noviembre de 2000. El caso es el siguiente: el trabajador despedido, afiliado a sindicato, con 30 años de antigüedad, envió 140

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

correos electrónicos a 298 destinatarios, en un mes y medio, mediante los ordenadores de la empresa, con mensajes humorísticos, sexistas e incluso obscenos, con escaso costo económico para el empleador. El pronunciamiento del Tribunal fue el siguiente: "(...) dichos mensajes, ajenos a la prestación de servicios (de naturaleza obscena, sexista y humorística), se remitieron en horario laboral; cuando es así que la empresa demandada sólo permite utilizar el referido sistema de comunicación por motivos de trabajo. Concurre así un acreditado incumplimiento laboral del trabajador sancionado, que tanto por su contenido como por su reiteración en el tiempo, resulta expresivo de una entidad disciplinaria suficiente como para revestir de razonabilidad a la reacción empresarial; no pudiendo, por ello enmarcarse su decisión en motivaciones ajenas a las propias que disciplinan la relación de trabajo.

Nuestra doctrina jurisprudencial ha venido señalando (en aplicación del artículo. 54.2 d) Estatuto de los Trabajadores) cómo esta causa de despido comprende, dentro de la rúbrica general de trasgresión de la buena fe contractual, todas las violaciones de los deberes de conducta y cumplimiento de la buena fe que el contrato de trabajo impone al trabajador, lo que abarca todo el sistema de derechos y obligaciones que disciplina la conducta del hombre en sus relaciones jurídicas con los demás y supone, en definitiva, obrar de acuerdo con las reglas naturales y de rectitud conforme a los criterios morales y sociales imperantes en cada momento histórico; debiendo estarse para la valoración de la conducta que la empresa considera contraria a este deber, a la entidad del cargo de la persona que cometió la falta y sus circunstancias personales; pero sin que se requiera para justificar el despido que el trabajador haya conseguido un lucro personal, ni ser exigible que tenga una determinada entidad el perjuicio sufrido por el empleador, pues simplemente basta que el operario, con intención dolosa o culpable y plena conciencia, quebrante de forma grave y relevante los deberes de fidelidad implícitos en toda prestación de servicios, que debe observar con celo y probidad para no defraudar los intereses de la empresa y la confianza en él depositada.

En el presente supuesto, la naturaleza y características del ilícito proceder descrito suponen una clara infracción del deber de lealtad laboral que justifica la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo con base en el citado artículo 54.2 d), al haber utilizado el trabajador los medios informáticos con que cuenta la empresa, en gran número de ocasiones, para fines ajenos a los laborales, contraviniendo así con independencia de su concreto coste económico temporal un deber básico que, además de inherente a las reglas de buena fe y diligencia que han de presidir las relaciones de trabajo, parece explicitado en el hecho y comprometiendo la actividad laboral de otros productores. Como señala la STSJ de Murcia 15 Junio 1999 (...) por razones elementales de orden lógico y de buena fe, un trabajador no puede introducir datos ajenos a la empresa en un ordenador de la misma, sin expresa autorización de ésta, pues todos los instrumentos están puestos a su exclusivo servicio (...)".

E. **Finlandia**

El antecedente más reciente en la materia, en cuanto a legislación positiva, lo tiene Finlandia, cuyo parlamento (*Eduskunta)* aprobó en marzo de 2009 una reforma a la Ley de Protección de las Comunicaciones Electrónicas, reforma que permitirá a los empleadores, tanto público como privado, investigar indagar las comunicaciones electrónicas de sus empleados[238].

Con anterioridad a esta reforma, la empresa podía únicamente investigar el correo electrónico si su investigación estaba basada en la sospecha de filtraciones de secretos industriales, y requería previamente que esas actividades sospechosas fueran denunciadas. Por su parte, la referida investigación podía ser únicamente efectuada por la policía con la respectiva orden judicial.

Sin embargo, la reforma permitirá a los empleadores controlar datos del correo electrónico de sus empleados (como el destinatario y el remitente), el formato y tamaño de los archivos adjuntados, o la fecha y hora de los mensajes, aunque no podrán acceder al contenido de los mismos.

[238] La nueva ley ha sido denominada “Ley Nokia”, debido a la presión que durante más de dos años habría ejercido el fabricante finlandés de teléfonos móviles para que se le permitiera supervisar las comunicaciones de sus empleados, después de sufrir varios casos de presunto espionaje industrial

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Criterio en Latinoamérica

F. **Brasil**

Brasil tiene una de las legislaciones más estrictas en lo que se relaciona a la privacidad de los mensajes de datos. Conforme la legislación brasileña, la violación a la privacidad de un trabajador constituye para éste causa legal de renuncia justificada, e incluso podría resultar en responsabilidad civil del empleador por daños morales y en responsabilidad penal de los directores de la empresa infractora.

En efecto, la Ley 9269/96 trata sobre la vigilancia de las conversaciones telefónicas y las comunicaciones informáticas y telemáticas, y dispone que dicha vigilancia sólo será legal previa aprobación del tribunal competente. En particular, el artículo 10 de la referida ley dispone en forma expresa que la intercepción de una comunicación telefónica, informática o telemática sin la debida autorización de un tribunal, o para propósitos no autorizados por la ley, constituye delito.

A mayor abundamiento, la jurisprudencia brasileña ha señalado que el uso de las herramientas informáticas por parte de un trabajador no justifica la intromisión por parte del empleador. En dicho sentido, la Corte Regional Tercera del Trabajo de Brasil señaló que "el hecho de que un trabajador se encuentre en su lugar de trabajo no anula sus derechos personales, siendo uno de ellos el derecho a la intimidad o privacidad."[239]

Como podemos apreciar, la legislación brasileña es a este respecto radicalmente opuesta a la política de autorregulación imperante en los Estados Unidos y, aun más, con la legislación de ciertos países europeos, especialmente el caso británico, que antes estudiáramos, que se caracteriza por su permisividad con los empresarios y empleadores.

[239] Caso RO 313/97, Corte Regional Tercera del Trabajo, República Federal del Brasil

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

G. Argentina

No existen en el país trasandino normas específicas que regulen el asunto que nos ocupa. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han manifestado al respecto.

Algunos autores sostienen que el empleador tiene derecho a controlar al trabajador, fundamentado en el derecho de propiedad que le asiste sobre sus herramientas tecnológicas.

Sin embargo, la jurisprudencia se ha manifestado en sentido contrario. En efecto, una sentencia dictada por la Sala Cuarta de la Cámara del Crimen falló a favor de la invulnerabilidad de la comunicación vía correos electrónicos. La Cámara del Crimen reivindicó la privacidad de los correos electrónicos y, en consecuencia, revocó un procesamiento contra un funcionario de una compañía multinacional, para el cual había servido como prueba la presentación de varios e-mails.

El ejecutivo había sido procesado al tomar como prueba el juzgado de instrucción varios e-mails privados del Funcionario. Sin embargo, la Cámara declaró la nulidad de la prueba, porque "de lo contrario se asentiría la violación de las garantías constitucionales" de inviolabilidad de la correspondencia y protección de las acciones privadas "que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública". "La invulnerabilidad de esta forma de comunicación (los e-mails), y todo lo que se entienda por ella, era y sigue siendo una regla capital para el desenvolvimiento del derecho de autonomía o autodeterminación personal en un Estado constitucional y democrático de derecho", dijeron los camaristas. Los jueces destacaron que "el empleador tiene prohibido, en principio, leer e-mails enviados o recibidos por sus empleados", son riesgos de violar "el derecho de privacidad del trabajador".[240]

[240] http://www.noticiasdot.com/publicaciones/2005/0405/1304/noticias/noticias_130405-03.htm [10 de agosto, 2009]

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

H. Chile

Ya es sabido, que el uso de la tecnología y en especial para este caso, la correspondencia electrónica están cada vez más extendidos en la empresa, debido a la gran utilidad que ésta reporta. Sin embargo, dichos avances permiten al empleador conocer la cantidad de mensajes intercambiados en la empresa y de esta manera tener acceso a la correspondencia. Como así también, conocer cuáles son las páginas por las que el trabajador navega durante las horas de trabajo.

En Chile, este tema no ha sido objeto de tratamiento legislativo. Pese a ello, con las últimas modificaciones realizadas del Código del Trabajo, nuestra legislación ha innovado en la protección de los derechos fundamentales del trabajador al interior de la empresa, explicitando la plena vigencia de éstos en el marco de las relaciones laborales, particularmente frente a la colisión de ellos con el contenido de decisiones administrativas adoptadas por la empresa.

Ante la falta de regulación del tema, la Dirección del Trabajo sólo ha hecho algunas consideraciones, de acuerdo a los casos que le ha tocado conocer, y para los cuales no ha contado con una norma legal que le soluciones las situaciones recurridas.

Así es, como ella posee un dictamen del año 2002, que se refiere especialmente a las condiciones de uso de los correos electrónicos de la empresa por los trabajadores y de las facultades que conciernen al empleador.

Recurriéndose a la controversia que se da entre dos derechos constitucionales:
A) La inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.
B) La facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar su empresa (relacionada directamente con la Ley de Propiedad Industrial).

De todas maneras, la Dirección del Trabajo, respetando el derecho de propiedad, considera que es necesario que el empleador regule el uso formal de los bienes de los que es dueño. Pero esto, no implicaría en ningún caso, una limitante al libre ejercicio del derecho de inviolabilidad de las comunicaciones.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

La misma idea se proyecta por supuesto, a otros medios de comunicación y control afines con los avances técnicos, que claramente también se pueden ver violentados. Así, cada vez resulta más frecuente que la empresa instale complejos mecanismos de control, entre cuyas manifestaciones más frecuentes cabría destacar las siguientes:

- Sistemas de captación de imágenes y sonidos mediante cámaras de video que visualizan a los trabajadores mientras desarrollan su prestación en tiempo y lugar de trabajo.
- Sistemas de verificación de acceso y locación en la empresa (edificios inteligentes), cuyos mecanismos facilitan al empresario una información abundante, a partir de la cual puede obtener un conocimiento bastante exacto de cuanto en ellos está sucediendo, sin tener que recurrir a los sistemas de captación de imágenes y sonidos.
- Como ya se ha señalado, controles sobre el e-mail puesto por la empresa a disposición del trabajador, ordenados a verificar su adecuado uso profesional.
- Controles sobre las páginas web, visitadas por el trabajador durante su prestación de servicios, habida cuenta Internet supone una fuente de información sin parangón en la historia de la humanidad a la cual las empresas no pueden renunciar, pero implica riesgos importantes.
- Controles ordenados a verificar la utilización del PC que el trabajador usa como su herramienta de trabajo, lo cual permite, no sólo conocer las páginas web visitadas, sino también, entre otras cosas, los programas utilizados, el contenido de los archivos abiertos o, incluso, aspectos tan nimios pero a la vez tan sutiles como el número de pulsaciones operadas en el teclado o el tiempo durante el cual el equipo ha permanecido apagado o suspendido.

- Controles sobre el uso del teléfono para, sin excesivos costos ni complicaciones, conocer la frecuencia de las llamadas de sus trabajadores, el número de destino, la fecha, hora y duración e, incluso, el contenido de las conversaciones mantenidas a través de este medio, el cual puede quedar archivado.

Con todos estos medios de controles, se determina inevitablemente que quien se sabe así vigilado, pierde las más elementales capacidades de organizar el trabajo propio con

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

unos mínimos márgenes de iniciativa y queda sometido a una presión difícilmente soportable, capaz de poner en peligro evidente su propio equilibrio físico-psíquico.

Al aumentar la potencialidad del poder de vigilancia y limitar la capacidad de desenvolvimiento del trabajador, sujetándola a secuencias de trabajo densas y estrictas, la tecnificación de la empresa eleva la posición empresarial a un estadio superior al derivado de su mero poder de dirección, poniendo en evidente peligro los derechos fundamentales de la persona.

En el caso específico, de la forma de control y regulación del uso del correo electrónico dentro de una empresa puede quedar establecido en: El *contrato individual de trabajo, contrato colectivo o bien en el propio Reglamento Interno de la Empresa.*

Importante es recalcar que, las condiciones de uso de la correspondencia electrónica contempladas en el reglamento interno de la empresa, debe estar en concordancia con lo señalado en el artículo 153 del Código del Trabajo: *"toda medida de control sólo podrá efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador". Pero que en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores. Quedando tal situación respaldada por las "acciones civiles y penales"* correspondientes.

De todas maneras, no es suficiente por supuesto, el dictamen de la Inspección del Trabajo ya antes aludido, por lo que es muy probable que surjan una serie de problemas y conflictos jurídicos. Destacan en este tema, las opiniones de Ricardo Jury: "Urge la dictación de una ley que regule la revisión de los correos electrónicos de los trabajadores, la cual debería conciliar los derechos de ambas partes de la relación laboral"[241].

[241] www.derecho.uchile.cl

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

6. PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA UTILIZACIÓN DE NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA REALIZAR CONTROLES EN EL CENTRO DE TRABAJO.

La proyección de las nuevas tecnologías sobre las relaciones laborales individuales, con independencia de la concreta manifestación de la que se trate (correo electrónico, navegación en Internet) plantean un mismo orden de cuestiones, que pueden sintetizarse en dos:

- Límites del uso extralaboral de los medios informáticos por los trabajadores
- Facultad de vigilancia y control empresarial de dicho uso.

En realidad, la difusión masiva de las tecnologías de la información no ha introducido conflictos distintos a los que ya se planteaban en cuanto a la utilización de medios de la empresa para fines privados y el derecho del empleador de controlar tal utilización, pero ciertamente la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) multiplica las facultades de control empresarial y, por lo tanto, su capacidad para fiscalizar la ejecución de la prestación laboral.

No se trata, únicamente, de un incremento cuantitativo sino fundamentalmente cualitativo, la posibilidad de monitorizar los ordenadores, los controles sobre la navegación en Internet y el correo electrónico permiten realizar controles más incisivos, con menor esfuerzo por parte del empleador. Dichos controles, aún siendo realizados dentro del más riguroso respeto al Derecho, pueden llegar a poner en riesgo el secreto a las comunicaciones y el derecho a la intimidad de los trabajadores.

Por otra parte, en el ámbito informático, es creciente la tendencia a instalar programas que controlan los más variados aspectos de los equipos de computación asignados a los trabajadores (registros de actividad y frecuencia, navegación por internet, seguimiento de cantidad y calidad de documentos generados, y más recientemente combinaciones de los datos obtenidos respecto de un trabajador) así como también la implementación de mecanismos de control sobre el uso del correo electrónico.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

La introducción de la informática parece poner de manifiesto, como ninguna otra innovación tecnológica, la frontera trazada entre las necesidades empresariales de fiscalización de las obligaciones laborales y el control ejercido sobre el individuo[242].

Como ya se ha visto, los conflictos derivados del uso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones se agrupan en dos aspectos: a) la forma de trabajar y b) los medios de control empresarial del trabajo. Actualmente la mayoría de la prestación de servicios se encuentra mediatizada por instrumentos telemáticos de comunicación, como es el Internet, correo electrónico y fax, por ejemplo, y el empleador, a su vez, tiene un gran abanico de mecanismos tecnológicos, que le permiten realizar de manera eficaz y cómoda el poder de dirección y disciplina en la empresa a través de videocámaras y monitores de las operaciones realizadas.

Las nuevas tecnologías no se estancan aquí, ya que por su desarrollo han entrado aun más en el campo de las relaciones laborales, como la firma electrónica del contrato, dimisión efectuadas por correo electrónico, tratamiento informatizado de los datos personales de la plantilla de la empresa, prestaciones que realizan algunos trabajadores mediante el Internet o correo electrónico, la utilización sindical de Intranet, siendo todo ello unas de las principales situaciones de ello.

Toda esta situación planteada ha originado ciertos conflictos laborales:

a) Las discusiones sobre los límites del uso fuera de trabajo de los instrumentos tecnológicos por parte de los trabajadores;

b) La problemática surgida por el control empresarial por el uso de los mismos;

c) La utilización de la gama tecnológica como poder de dirección y vigilancia del empleador, y la limitación en relación de los derechos de los trabajadores.

Todo esto representan elementos donde el ordenamiento laboral peruano debe enfrentarse dando soluciones a los mismos, donde se debe dirimir sobre la vida privada del trabajador en la empresa.

[242] Martínez, D. El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías y la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas (2005). *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*. Madrid: La Ley. Pág. 67

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Son muy diversos, complejos y sutiles los medios y recursos que actualmente ofrecen las tecnologías de la información y las comunicaciones al empleador para ejercer su poder de control. En esa dirección, Arturo Bronstein hace referencia a varios mecanismos y formas de control que pueden dar lugar a conflictos entre el poder de dirección del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores (intimidad, dignidad, libertad, autodeterminación, imagen, igualdad, etc.):

a) el acopio, clasificación, almacenamiento, utilización y posible comunicación da terceros de información relativas a la vida privada del trabajador o postulante a un empleo;
b) el uso personal de Internet y el correo electrónico puestos a disposición del trabajador por el empleador;
c) el monitoreo de las comunicaciones telefónicas hechas por el trabajador desde su lugar de trabajo o de su propio hogar;
d) el uso de cámaras o de otros medios electrónicos para monitorear al trabajador, tanto en el lugar de trabajo como fuera del mismo;
e) entrega de información del trabajador a agencias de seguridad por exigencia de leyes antiterrorismo[243].

Daniel Martínez Fons menciona otros ejemplos de aplicación de recursos tecnológicos en el ámbito de la empresa que pueden dar lugar a conflictos de derechos, como son los casos de los “active badges” o “badge systems” que incluyen un microprocesador y transmisores de infrarrojos que permiten la identificación del sujeto que los utiliza y pueden ser empleados para autorizar el acceso a determinadas áreas de trabajo, los cuales pueden servir para controlar horarios, tiempo de duración de una tarea, elaboración de perfiles del comportamiento del trabajador, monitoreo de movimientos internos, etc. Otro mecanismo tecnológico de contralor es el propio ordenador o computador, el cual puede ser usada por el empleador para obtener información sobre el ritmo de trabajo e inclusive deslocalizar el empleo (teletrabajo)[244].

[243] BRONSTEIN, Arturo. *La protección de la vida privada en el lugar de trabajo*. Inédita. pág. 39

[244] SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTIN MAZZUCCONI, Carolina; Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales, ob. cit., pág. 63 y ss.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Antonio Sempere y Carolina San Martín realizan una enumeración similar sobre las nuevas tecnologías que pueden generar una colisión con los derechos del trabajador al ser implementadas por el empleador. Así, los autores incluyen en la lista al uso del correo electrónico y su monitoreo, la navegación por Internet, el uso del ordenador o computadora personal, el almacenamiento y transmisión de datos del trabajador, la firma electrónica, la dimisión electrónica, las notificaciones electrónicas, el teletrabajo, las tarjetas magnéticas, las etiquetas electrónicas, entre otros[245].

En el ordenamiento jurídico peruano no existe una normativa específica que regule la instalación y utilización de sistemas de captación de imágenes o grabación de sonidos como mecanismos de control y vigilancia por parte del empleador. Ante tal ausencia, la referencia legal que podemos entender aplicable el artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral que el empleador:

"(…) *tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.*
El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de la labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

En todo caso, ha de reiterarse que los derechos fundamentales se ven modulados en el ámbito de las relaciones laborales, por lo que la facultad de control y vigilancia empresarial puede resultar legítima en detrimento del derecho a la intimidad del trabajador, siempre y cuando su utilización tenga una finalidad exclusivamente laboral. Como a continuación tendremos ocasión de analizar, ante tal ausencia normativa, el Tribunal Constitucional ha determinado que han de ser "los órganos jurisdiccionales los encargados de ponderar, en caso de conflicto, en qué circunstancias puede considerarse legítimo su uso por parte del empleador, al amparo del poder de dirección que le reconoce el artículo 9 LPCL, atendiendo siempre al respeto de los derechos

[245] MARTINEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, ob. cit., pág. 185 y 186.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

fundamentales del trabajador y muy especialmente al derecho a la intimidad personal, teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad".

6.1. ¿CONSTITUYE O NO UNA FALTA GRAVE?

Conforme a la definición contenida en el artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR, falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato de trabajo de tal índole ***que hagan irrazonable la subsistencia de la relación laboral***.

Al respecto, Mario Pasco Cosmopolis, al referirse al concepto de falta grave señala que *"... puede ser definida como el incumplimiento contractual imputable al trabajador, a tal punto grave que no permita la continuación de la relación laboral, esto es, una lesión irreversible al vínculo laboral, producida por acto doloso o culposo del trabajador, que hace imposible o indeseable la subsistencia de la relación laboral y que autoriza al empleador a darle término sin necesidad de preaviso ni obligación de pago de indemnización por despido"*[246].

Por otro lado, el maestro sanmarquino Francisco Javier Romero Montes sostiene que *"... los hechos que conforman la falta grave deben originar una perturbación en la relación de trabajo y que torne imposible su continuación razonable. El despido debe ser la última alternativa del empleador. Lo que el derecho busca es que la medida disciplinaria guarde una estricta y gradual correspondencia con la categoría de la falta cometida."*[247]

Por otro lado, en nuestro medio la tipificación de las faltas graves se encuentran expresamente establecidas *numero clausus* en el artículo 25º de la norma legal antes citada de manera que estas se rigen por el *principio de legalidad*. La conducta materia

[246] La Falta Grave Laboral" En DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO - Materiales de Enseñanza. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2005, págs. 404-411

[247] ROMERO MONTES, Francisco Javier. LOGROS Y FRUSTRACIONES DE LA NUEVA ESTABILIDAD LABORAL. pág. 30

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

de comentario difícilmente podría encuadrarse en el catálogo antes indicado salvo que en el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa se haya previsto dicha situación o una situación análoga, caso en el que estaríamos hablando de la causal contenida en el inciso a) de la norma que prevé que constituye falta grave: a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad.

Sin embargo, aun cuando, podamos convenir que la falta se encuadra en la citada causal, la conducta de la trabajadora no resulta de tal magnitud o naturaleza que irrazonable la subsistencia de la relación laboral por lo que el despido constituye una medida excesiva y totalmente desproporcionada tanto más si como se indica en la información la trabajadora no mencionó en su comentario el nombre de la empresa involucrada.

La subordinación constituye el principal elemento del contrato de trabajo y precisamente el que nos permite distinguir a la relación laboral de otro tipo de vinculación jurídica que implique prestación de servicios. En virtud de la subordinación el trabajador auto limita su libertad siempre bajo los parámetros del contrato de trabajo y se somete al poder del empleador quien asume respecto de él un conjunto de facultades como son el poder de dirección, el poder de fiscalización, el poder disciplinario o sancionador y finalmente el *ius variandi* que implica la facultad del principal de variar la forma de prestación laboral, la ubicación espacial (movilidad geográfica) y funcional (movilidad funcional) del trabajador, así como de las condiciones de trabajo siempre bajo estrictos criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

No obstante, la subordinación del trabajador respecto al empleador, el primero mantiene inalterable sus derechos constitucionales. Esto significa que el trabajador ingresa a la relación laboral conservando todo el bagaje de derechos reconocidos por la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Constitución Política del Estado, atributos que en doctrina se han dado en denominar como *derechos de titularidad general o inespecífica en el seno de la relación laboral.*
La protección de estos derechos se deriva del mandato constitucional contemplado en el artículo 23 de la Carta Política según el cual *ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.*

El Tribunal Constitucional, en la sentencia expedida con fecha once de julio de dos mil dos, en el Exp. N.° 1124-2001-AA/TC Lima, Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel se ha referido a la protección de estos derechos en el seno de la relación laboral como una manifestación de "la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales" esto es, "que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares" (fundamento 6), y refiriéndose a la empresa demandada señala que "Si bien aquélla dispone de potestades empresariales de dirección y organización y, constituye, además, propiedad privada, aquéllas deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador.

En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable" (fundamento 7).

Posteriormente el máximo intérprete de la Constitución ha emitido diversos pronunciamientos en los cuáles ha dispensado la protección constitucional a los llamados *derechos de titularidad general o inespecífica.* Tal es el caso de la sentencia de fecha 10/08/2002, expedida en el Exp. N° 0895-2001-AA/TC, seguido por Lucio Valentín Rosado Adanaque con Essalud, en la que se ha tutelado la libertad de Conciencia y Religión en la relación laboral, la sentencia de fecha 18/08/2004, emitida en el Exp. N° 1058-2004-AA/TC., caso Rafael Francisco García Mendoza con Serpost,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

en la que se ha protegido el derecho a la intimidad y a la Inviolabilidad de las comunicaciones privadas y la sentencia de fecha 10/07/2002, recaída en el Exp. N° 0866-2000-AA/TC, caso Mario Hernán Machaca Mestas con Dirección Subregional de Salud de Moquegua y otros, referida a la libertad de expresión e información, entre otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que se tutelado en derecho a la dignidad, el derecho de defensa, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la interdicción de la doble persecución o sanción por el mismo hecho (*ne bis in idem)*, etc. ,y que serán materia de otro comentario.

6.2. Casos de incumplimientos laborales del trabajador, por el uso de los medios tecnológicos de información y comunicación:

a) La indisciplina o desobediencia en el trabajo.

Ante el supuesto que el empleador haya establecido e informado en forma expresa la prohibición en el uso de los equipos informáticos y de los sistemas de comunicación de la empresa para asuntos externos a la misma, el trabajador incurre en una “Indisciplina o desobediencia en el trabajo”, en caso que realice un uso indebido.

b) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado.

En el caso que el trabajador utiliza los medios ya señalados, para asuntos que nada tienen que ver con sus funciones laborales durante parte de su jornada laboral, es evidente que ello determinará también “una disminución en su rendimiento”.

c) La transgresión de la buena fe contractual.

La utilización personal indebida o abusiva, ya sea en caso que se le está prohibido o para fines distintos a los utilizados por la empresa. Claramente incurre en un manifiesto abuso de confianza, sin estar respetando la buena fe que siempre debe estar en un

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

contrato.

Las medidas de control y de revisión implementadas por el empleador deben integrarse en sistemas que sean compatibles con el respeto a la dignidad de los trabajadores, asimismo, se ha sostenido que "la instalación de dispositivos de control audiovisual, como una forma de control o vigilancia permanente y continuada, provoca en el trabajador, inexorablemente, un estado de tensión o presión incompatible con la dignidad humana" [248].

[248] MARTIN VALVERDE, Antonio, Fermín RODRIGUEZ –SAÑUDO GUTIERREZ, Joaquín GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Editorial Tecnos, 6ta. Ed., 1997, Pág. 137

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

CAPITULO VI

ANALISIS CASUISTICA PERUANA

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Las respuestas que puede dar un operador jurídico ante una consulta normalmente tienen como base y parten de lo que la ley señala. Sin embargo, existen casos en los cuales nos encontramos frente a un "vacío legal" y, en estos casos, se pueden utilizar distintos métodos de integración jurídica para llenar ese vacío (como la analogía por ejemplo), como también se puede acudir a otras fuentes de Derecho a fin de ubicar en ellas la solución o posibles salidas al dilema.

Precisamente, la cuestión que aborda la presente investigación es uno de ellos, pues, en nuestro medio, existe una anomia legal que impide dar una respuesta contundente y clara. No obstante, dicha carencia normativa ha sido subsanada por ya varios pronunciamientos de nuestro TC que han perfilado un criterio sobre este espinoso tema.

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha emitido 4 sentencias "famosas" en las que existen importantes criterios sobre el uso del correo electrónico profesional y la facultad del empleador para revisar dichas cuentas. Dichas sentencias, ordenadas desde la más reciente hasta la más antigua, son las siguientes:

1) Caso ROBERTO NIEVES ALBAN contra TELEFONICA CENTROS DE COBROS S.A.C., publicada en la página web del TC el 23/04/2012.

2) Caso MARIA MILAGROS ESPINOZA CHUMO DE LOPEZ contra TELEFONICA GESTION DE SERVICIO COMPARTIDOS S.A.C, publicada en la página web del TC el 23/04/2012.

3) Caso ANGELINA MARIA HUAMANI VARGAS contra CAJA MUNICIPAL DE AHORRO Y CREDITO TACNA S.A, publicada en la página web del TC el 01/08/2011.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4) Caso RAFAEL FRANCISCO GARCIA MENDOZA EMPRESA DE SERVICIOS POSTALES DEL PERU SA, publicada en la página web del TC el 16/09/2004.

1. Caso RAFAEL FRANCISCO GARCIA MENDOZA EMPRESA DE SERVICIOS POSTALES DEL PERU SA, EXP. 1054-2004-AA

La primera de las sentencias en donde el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el uso de las nuevas tecnologías dentro de la empresa es la contenida en el EXP. 1054-2004-AA de 18 de agosto de 2004.

Los hechos fueron los siguientes: Rafael Francisco García Mendoza trabajador de SERPOST (para quien no lo sepa es la empresa de Correos del Perú) es despedido por haber utilizado supuestamente recursos públicos indebidamente dentro del horario de trabajo habiéndose constatado el envío de material pornográfico a través de su correo electrónico personal «*Lotus notes*» a través de la computadora propiedad de la empresa. El trabajador interpone demanda solicitando se deje sin efecto la Carta Nº 505-G/02 de 21 de junio de 200 mediante la cual se resuelve su vínculo laboral, y por consiguiente, se ordene su reposición en el cargo que venía desempeñando. El derecho fundamental que el demandante alega se le ha vulnerado es el derecho al debido proceso laboral en tanto no se le ha permitido, desde el momento mismo de su imputación de cargos, el ingreso a la empresa lo que no le ha permitido ejercer adecuadamente su derecho de defensa[249].

Más allá de los argumentos con los cuales el Tribunal fundamenta la vulneración del derecho al debido proceso laboral, básicamente asentados en:

[249] Un comentario a esta sentencia en: Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU, «Relaciones laborales y correos electrónicos», *Gaceta Constitucional,* Nº 44, pp. 21-32 y César PUNTRIANO ROSAS, «Despido por el uso indebido de correo electrónico proporcionado como herramienta de trabajo personal. Comentario a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional», *Gaceta Constitucional,* N° 56, 2012, pp. 171-181.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

a) Que, las faltas atribuibles al trabajador no debieron ser calificadas como faltas de suficiente entidad para generar el despido, en virtud de lo contemplado en el Reglamento interno de trabajo de SERPOST que calificaba tales conductas como simples infracciones sólo pasibles de una sanción disciplinaria.

b) Que, ni la carta de imputación de cargos, ni la de despido precisan cómo la empresa arribó a la comisión de las faltas atribuidas al trabajador, ni los hechos objetivos (pruebas concretas) que respaldan tales imputaciones.

c) Que se impidió al demandante al demandante hacer acopio de los datos e informaciones necesarios para hacer sus descargos, en tanto se le impidió la entrada a la empresa. Ello a pesar que el artículo 31 de la LPCL permite al empleador exonerar al trabajador de asistir a su centro de labores, pues el Tribunal aclara que dicha exoneración sólo opera cuando la misma no perjudique el derecho de defensa, por ello dado que en el caso de autos no sólo era evidente sino necesario para la defensa del trabajador poder acceder a los elementos informáticos que le permitieran sustentar sus descargos.

Para efectos de la presente exposición lo que interesa es que el Tribunal Constitucional peruano se percata de que el presente caso se encuentra directamente relacionado con la protección de los derechos constitucionales del actor a la privacidad y a la reserva de sus comunicaciones, en las relaciones laborales: el saber si los medios informáticos de los que se vale un trabajador para realizar sus labores puede considerarse dominio absoluto de la entidad o empresa para la que labora, o si por el contrario existe un campo de protección respecto de determinados aspectos en torno de los cuales no le está permitido al empleador incidir de manera irrazonable. Para ello destaca los siguientes hechos:

a) Que el nuevo subgerente de Recursos humanos de la empresa solicitó la intervención de notario público con el fin de constatar la existencia de correos pornográficos almacenados en la computadora u ordenador que le había sido asignada y que anteriormente se había encontrado en posesión del trabajador Javier Arévalo.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

b) Producto de esta constatación se ingresa, sin autorización, al correo electrónico personal (Inbox Lotus notes) del trabajador Javier Arévalo en donde se percatan de la existencia de correos electrónicos de contenido pornográfico enviados por el demandante Rafael García, supuestamente remitidos desde otra computadora u ordenador de SERPOST.

c) De lo dicho el Tribunal llega a las siguientes conclusiones:

- Que no fue en la computadora del recurrente en donde se hizo la constatación notarial de los correos cuestionados sino la de un tercero.
- Que pese a que los correos enviados pertenecían a otra persona, en este caso el Sr. Javier Arévalo, el Sub Gerente de Recursos humanos procedió *motu proprio* a abrirlos y a revisarlos sin autorización de quien en todo caso era el único y excluyente destinatario de los mismos.
- Que no existe denuncia alguna sobre el envío de los correos por parte de su verdadero destinatario, quien, en todo caso, tendría que considerarse el supuesto agraviado, y no la persona que ha promovido la denuncia.
- Además, en el momento en que la demandada procedió a revisar el ordenador del actor, hecho que se produce el mismo día en que se cursa carta de imputación de cargos y se le impide el ingreso al centro de trabajo, no se llegó a verificar técnicamente la existencia de correos originalmente remitidos desde la unidad de cómputo que le fue asignada, por lo cual, señala el Tribunal debió procederse a una investigación mucho más profunda y detallada y no a una decisión inmediata.

Teniendo en cuenta estos hechos el Tribunal señala:

a) 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.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

b) 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.

c) Que aunque la relación laboral no pueda desconocer los derechos fundamentales de los trabajadores ello no significa que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones laborales de tal manera que estás terminen por desvirtuarse o desnaturalizarse. En tales supuestos, es evidente que el empleador no solo puede, sino que debe, hacer uso de su poder fiscalizador e, incluso, disciplinario. Sin embargo, en tales supuestos, la única forma de determinar la validez, o no, de una medida de tal índole es 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.

d) Lo que se plantea en el presente caso no es, sin embargo, que la empresa demandada no haya podido investigar un hecho que, a su juicio, consideraba reprochable, como lo es el uso de un instrumento informático para fines eminentemente personales, sino el procedimiento que ha utilizado a efectos de comprobar la presunta responsabilidad del trabajador investigado. Sobre este particular, es claro que si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución (artículo 2.10).

La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley.

e) La demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que en la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos, pues conforme lo establece la última parte del artículo 2°, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal.

Dicho todo esto el Tribunal Constitucional declara fundada la acción de amparo.

En cuanto al derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, el Tribunal Constitucional en la STC 01058-2004-AA/TC ha precisado que “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”.

En buena cuenta, este derecho prohíbe que las comunicaciones y documentos privados sean incautados, interceptados o intervenidos, salvo que exista una resolución judicial debidamente motivada que lo autorice. Asimismo, garantiza que el contenido de las comunicaciones y documentos no sea difundido o revelado, así como la identidad de los participantes en el proceso de comunicación. Lo que se prohíbe es toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, específicamente, en sus comunicaciones, independientemente de su contenido.

Ahora bien, para determinar si el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones también protege el correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea que es proporcionado por el empleador a sus trabajadores,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

resulta pertinente destacar que en la dogmática existen dos posiciones sobre la naturaleza jurídica de estos medios técnicos de comunicación.

La primera postura considera que el correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea, al ser proporcionadas por el empleador, son herramientas de trabajo que pueden ser supervisadas, intervenidas, interceptadas y registradas por el empleador, sin la existencia de una resolución judicial debidamente motivada que lo autorice.

En cambio, la segunda postura considera que el correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea proporcionados por el empleador son medios de comunicación incluidos dentro del ámbito de protección del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Reseñadas estas posturas, considero que tanto el correo electrónico como el comando o programa de mensajería instantánea que proporciona el empleador a sus trabajadores, son formas de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentran protegidas por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias de los Casos *Halford vs. Reino Unido,*del 25 de mayo de 1997 y *Coplandvs. Reino Unido,* del 3 de abril de 2007, ha precisado que las comunicaciones que se realizan desde el lugar de trabajo o los correos electrónicos enviados desde el lugar de trabajo, pueden incluirse en los conceptos de vida privada y de correspondencia, por lo que se encuentran dentro del ámbito de protección del derecho al respeto a la vida privada y la correspondencia. En buena cuenta, el inciso 10) del artículo 2º de la Constitución protege el secreto y la inviolabilidad de la comunicación en todas sus formas o medios, como son el telefónico, el telegráfico o el informático, es decir, aquella comunicación que se mantiene a través de un determinado medio o soporte técnico.

En atención a lo expuesto, debe concluirse que el empleador se encuentra prohibido de conocer el contenido de los mensajes del correo electrónico o de las conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea que haya proporcionado al trabajador,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

así como de interceptarlos, intervenirlos o registrarlos, pues ello vulnera el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En este sentido, resulta importante destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso *Escher y otros vs. Brasil*, del 6 de julio de 2009, ha enfatizado que la "Convención Americana protege la confidencialidad e inviolabilidad de las comunicaciones frente a cualquier injerencia arbitraria o abusiva por parte del Estado o de particulares, razón por la cual tanto la vigilancia como la intervención, la grabación y la divulgación de esas comunicaciones quedan prohibidas, salvo en los casos previstos en ley y que se adecuen a los propósitos y objetivos de la Convención Americana".

Por dicha razón, considero que el mensaje del correo electrónico o la conversación del comando o programa de mensajería instantánea obtenida con violación del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, por imperio del inciso 10) del artículo 2º de la Constitución es una prueba prohibida que no puede ser utilizada para iniciar un procedimiento disciplinario de despido, ni puede tener el valor de una prueba de cargo válida para sancionar a un trabajador.

En buena cuenta, el poder fiscalizador o disciplinario no faculta al empleador acceder o interceptar el contenido de los mensajes del correo electrónico o de las conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea que brinda a sus trabajadores, pues como se precisó en la STC 01058-2004-AA/TC, la única forma de acreditar que el trabajador utiliza su correo electrónico para fines opuestos a los impuestos por sus obligaciones laborales, es iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la impone, para estos casos, la propia Constitución. *(Fundamento nº 4, 5, 6 7 y 8 Voto del Dr. Mesía Ramírez)*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2. Caso ANGELINA MARIA HUAMANI VARGAS contra CAJA MUNICIPAL DE AHORRO Y CREDITO TACNA S.A, STC Exp. 04224-2009- PA/TC

Otra sentencia de importancia es la STC Exp. 04224-2009- PA/TC. En la referida sentencia una trabajadora de la Caja Municipal de ahorro y crédito de Tacna que se desempeñaba como Jefa encargada del órgano de control institucional (OCI) es despedida por comunicarse a través de su correo electrónico personal (Hotmail) con un ex trabajador y brindarle información confidencial de la institución y dañando la honorabilidad del Presidente Director y de la Gerencia utilizando para ello la computadora u ordenador de la empresa[250].

Aduciendo argumentos similares a los contenidos en la Sentencia anterior, el Tribunal Constitucional declara fundado el recurso de amparo.

Quizá la principal novedad de esta sentencia sea dado que de la carta de despido se desprende que la emplazada usó los correos electrónicos de cuentas privadas para imputar a la trabajadora la falta grave que el Tribuna recalque que según la Constitución los medios de prueba utilizados por la empresa carecerían de validez al haberse obtenido vulnerando el procedimiento judicial respectivo, convirtiéndose en medios de prueba ilícitos. Por ello, de conformidad con el artículo 8 del Código Procesal Constitucional que expresa que cuando exista causa probable de la comisión de un delito, el juez, en la sentencia que declara fundada la demanda, dispondrá la remisión de los actuados al Fiscal Penal que corresponda para los fines pertinentes de ley el Tribunal Constitucional remite copias al Ministerio Público a fin de que proceda conforme a sus atribuciones[251].

[250] Un comentario a esta sentencia en: *Vid.* Daniel ULLOA MILLARES, «La ratificación por el Tribunal Constitucional del Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y de los documentos privados en una relación de trabajo», *Gaceta Constitucional*, Nº 44, 2011, pp. 63-68.

[251] Al respecto Vid. Luz PACHECO ZERGA, «Poder de Fiscalización y derecho al secreto de las comunicaciones del Trabajador», *Soluciones Laborales,* N° 45, 2001, p. 46.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

2.1. Uso de correo electrónico para fines sindicales

Ahora, con respecto al uso del correo electrónico con fines sindicales el pronunciamiento más resaltante sobre el tema es la Sentencia Casatoria Laboral 3939-2011 (Tacna). Los hechos son los siguientes: la SUNAT (Superintendencia nacional de administración tributaria) implementa una serie de normas que regulan el uso del correo electrónico institucional. Así basándose en una Resolución Jefatural 088-2003-INEI de 31 de marzo de 2003: "Normas para el uso del servicio de correo electrónico en las entidades de la Administración Pública", que establece que el correo electrónico es una herramienta de comunicación e intercambio de información oficial y que no es un herramienta de difusión indiscriminada de información, la SUNAT elabora la Circular N° 006-2008 mediante la cual se regulan las políticas y normas para el servicio del correo electrónico institucional enviando sendas cartas a los representantes sindicales en donde se les informaba de la prohibición de uso sindical del correo electrónico institucional. Un representante sindical es sancionado porque utilizó el correo electrónico para fines sindicales, motivo por el cual dicho trabajador interpone demanda por vulneración de su derecho a la libertad sindical.

No obteniendo resoluciones favorables en primera y en segunda instancia interpone recurso casatorio contra la Sentencia de la Sala Superior de Tacna por inaplicación o infracción del artículo IV del Título Preliminar y la Décima Disposición Complementaria de la Nueva Ley procesal del trabajo en tanto la Sala Civil no ha motivado su sentencia desde la constitución sino desde disposiciones normativas.

La Corte Suprema se pronuncia en base a los siguientes argumentos:

a) Que la Sala de mérito ha infringido el deber de debida motivación en tanto que sus fundamentos, que consideran lícita la prohibición del uso del correo electrónico para difundir información de contenido sindical, ha sido meramente normativos sin tener en cuenta que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional que establece: "Que de conformidad con lo que dispone el *artículo 23" de la Constitución, el Estado asume las siguientes responsabilidades con relación al* trabajo: (...) *Asegurar que ninguna relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconozca* o

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

rebaje la dignidad del trabajador Asimismo agrega que: la *libertad sindical en su dimensión plural también protege la Autonomía sindical, esto es, la posibilidad de que el sindicato pueda funcionar libremente sin injerencias o actos externos que lo afecten. Protege, asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados de manera colectiva, así como la de los dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos.*

b) La Sala de mérito no analiza debidamente los alcances del articulo 28 numeral 1 de la Constitución con relación a la protección de las actividades sindicales desarrolladas por los sindicatos y sus afiliados de manera colectiva, así como de los dirigentes sindicales para el eficaz desempeño de sus funciones y si la prohibición del correo electrónico institucional de la SUNAT para difundir, por parte de sus trabajadores, información de contenido sindical durante o fuera del horario de trabajo infringe el artículo IV del Título Preliminar y la Décima Disposición Complementaría de la Ley N° 29497, atendiendo a que los derechos laborales, individuales o colectivos se interpretan conforme a la Constitución, a la doctrina jurisprudencial y precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional del Perú, los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los criterios o decisiones adoptadas por los Tribunales Internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

c) Asimismo, la Sala Superior debe analizar, sí resulta aplicable a esta causa los lineamientos del artículo 3.1. del Convenio N° *87* de la OIT en cuanto en cuanto protege el programa de acción de las organizaciones sindicales, considerándose las acciones de difusión de información sindical eficaz, en beneficio de los trabajadores norma que ha sido acogida por el artículo 28.1 de la Constitución y que no ha sido considerada por la Sala de mérito al momento de motivar su sentencia.

d) Por último la sala Suprema, a modo de ejemplo de cómo se debe proceder hace referencia, la STC español 281/2005, de fecha siete de noviembre de dos mil cinco, delimitó el uso del correo electrónico interno por los representantes sindicales de una empresa (Banco BBVA). Concluyendo que dicho correo es un medio eficaz para la comunicación de la información de contenido sindical, y que no resulta compatible con la efectividad del derecho fundamental a la libertad sindical la negativa a la puesta a

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

disposición de los instrumentos de transmisión de información existentes en la empresa que resulten aptos y cuyo empleo sindical pueda armonizarse con la finalidad para la que hayan sido creados[252].

En conclusión la Sala Suprema por las deficiencias en la motivación descritas declara fundado el recurso de casación, declarando nula la sentencia de la Sala superior quien debe emitir nuevo pronunciamiento conforme a sus lineamientos, exhortando a la Sala de mérito a efectuar la ponderación de los derechos constitucionales y legales de los trabajadores.

Por ello en razón de que la sociedad emplazada interceptó las conversaciones personales mantenidas entre las actoras con otros trabajadores de contenido sexual y soez que obran en el servicio de mensajería instantánea Net Send que les bridó la empresa, sin que exista una resolución judicial que autorice dicha intervención el despido de las demandantes vulnera el derecho al secreto a la inviolabilidad de las comunicaciones, pues las pruebas que justifican y sustentan el despido son pruebas prohibidas que no pueden ser utilizadas o valoradas por haberse obtenido inconstitucionalmente, razón por la cual se debe estimar la demanda.

b) Magistrado Calle Hayen: Sostiene argumentos parecidos al anterior magistrado afirmando la existencia de una violación del secreto de las comunicaciones y, en consecuencia, la ilegalidad e ilicitud de las pruebas obtenidas. Pero, pese a lo dicho se detiene a analizar si la falta cometida por las actoras y la sanción recibida, el despido, son adecuadas.

Afirma que las actividades que le han sido atribuidas a la trabajadora, si bien aparecen en el artículo 50 del Reglamento interno de trabajo de la empresa que señala que «*En*

[252] Existe abundante desarrollo doctrinal respecto de esta sentencia: *Vid.* Lorenzo COTINO HUESO, «Nuestros jueces y Tribunales ante internet y la libertad de expresión. El estado de la cuestión». En Lorenzo COTINO HUESO (Coord.), *La libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; Francisco PÉREZ DE LOS COBOS, «El uso sindical de los medios informáticos en la empresa», *Relaciones laborales,* Nº 5-6, 2009; Miguel CUENCA ALARCÓN, «La recepción de información sindical a través de medios informáticos de la empresa», *Relaciones laborales,* Nº 5-6, 2009; Inmaculada MARIN ALONSO, *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

caso de proporcionarle la empresa al trabajador acceso a un terminar de computo ordenador personal este queda obligado a usar el mismo y sus equipos periféricos (…) con fines exclusivamente laborales y para actividades relacionadas con los fines de la empresa y específicamente para la relación de tareas que le han sido encomendadas».

No se especifica si se trata de una falta grave o leve, ni la sanción que debe imponerse ante la comisión de la misma. Por ello, dada la inexistencia de dicha calificación no puede aplicarse directamente el despido, sin perjuicio de que la empresa empleadora pueda aplicar medidas correctivas siguiendo los principios *pro hominen, induvio pro operario,* el derecho al debido proceso, razonabilidad y proporcionalidad establecidos en el Tribunal Constitucional.

Asimismo recalca que la carta de despido se remitió dos meses después de haberse conocido la comisión de la falta, configurándose una clara vulneración del principio de inmediatez, pues si bien es cierto reiterada jurisprudencia señala que este principio se configura desde que el trabajador toma conocimiento de las faltas cometidas con la carta de imputación de cargos que le remite el empleador, hasta el final de la investigación; en el presente caso la empresa realizó la investigación, sin que el recurrente sea informado, de forma unilateral, obteniendo datos irregularmente e ingresando a información de carácter privado utilizando medios no válidos. Por todo ello, declara fundada la demanda.

c) Magistrado Eto Cruz: Concluye que para que se configure el secreto de las comunicaciones, no es suficiente que dicha comunicación se haya realizado mediante un medio físico o técnico, sino que es necesario que dicho medio haya sido utilizado con el objeto de efectuar una comunicación destinada a una persona en particular o a un grupo cerrado de participantes y que, adicionalmente a ello, se realice por medios que objetivamente hagan presumir a una persona que la comunicación se mantendrá en secreto. Estos elementos son los que configuran una “expectativa de secreto o confidencialidad”.

En el caso de las relaciones laborales, cuando la empresa otorga a sus trabajadores determinados medios técnicos, como correo electrónico corporativo o el chat interno,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

con el objeto que sea utilizado para fines laborales, el trabajador, no puede deducir, objetiva y razonablemente, que dicho medio técnico cuente con la garantía de secreto o de confidencialidad, pues ni el medio le pertenece, ni le ha sido entregado con otros fines que queden fuera de la esfera de los intereses del empleador, por lo que, difícilmente, puede darse una expectativa razonable de secreto o de confidencialidad.

Sin embargo, al existir cierta presencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos facilitados a los trabajadores por la empresa, este hábito puede generar en el trabajador una expectativa razonable de secreto o confidencialidad de las comunicaciones entabladas a través del chat personal o el e-mail laboral. Por ello resulta imperioso que el empleador explicite por escrito y a través de medios de información idóneos, sus políticas respecto al uso exclusivamente laboral de los recursos informáticos de la empresa y la posibilidad de efectuar controles que sean necesarios para verificar el adecuado uso dichos medios. Cuando el empleador adopte dichos recaudos no habrá generado en el trabajador ninguna expectativa de secreto o confidencialidad sobre las comunicaciones efectuadas, a través de recursos informáticos de la empresa, por lo que dichas comunicaciones no se encontrarán protegidas por el derecho al secreto de las comunicaciones.

Ahora, según el magistrado no existe en el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa ninguna alusión al uso de las tecnologías de la información por parte de los trabajadores, ni de la formas de utilización de las mismas, ni de la capacidad de fiscalización, ni menos aún de las sanciones correspondientes para su uso indebido. Dicha ausencia generó en la trabajadora una expectativa de secreto y de confidencialidad de las comunicaciones realizadas por el chat o el servicio de mensajería interno de la empresa y por lo tanto, dichas comunicaciones sí se encontraban protegidas por el derecho al secreto de las comunicaciones por lo que declara fundada la demanda de amparo[253].

[253] Los argumentos que sostiene el Dr. Eto Cruz encuentran su fundamento en la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 26 de septiembre de 2007. En el Perú presentan un resumen de esta Sentencia: Felipe GAMBOA y Miguel MARACHINO, «¿Soñó Henry Ford con dirigir un panóptico? Uso y control de las herramientas tecnológicas en el centro laboral», Gaceta Constitucional, Nº 44, 2011, pp. 72-73.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

d) Magistrado Álvarez Miranda: Señala que las cuentas proporcionadas por el empleador al ser cuentas vinculadas al dominio de la empresa deben ser utilizadas para usos estrictamente laborales. El empleador estará legitimado para velar por su correcto uso no sólo porque su marca o nombre comercial podría perjudicarse al involucrarse en problemas no deseados, sino porque incluso podría comprometer al empleador en litigios tanto de naturaleza contractual como extracontractual. Por ello no debe asimilarse mecánicamente el tratamiento de las cuentas privadas a la laborales en tanto los sistemas informáticos entregados a los trabajadores son herramientas de trabajo y, por lo tanto, no se puede deducir que se haya generado una expectativa razonable de confidencialidad, más aún cuando el artículo 14 del Reglamento Interno de Trabajo estipula que los bienes de la empresa no pueden ser utilizados para fines distintos a los señalados al momento de su asignación. Por lo que considera que debe declararse INFUNDADA la demanda.

e) Magistrado Urviola Hani: Destaca, que pese a que el Magistrado Eto Cruz afirma la inexistencia en el Reglamento Interno de Trabajo de disposiciones al respecto, en dicha norma interna existen varios artículos que podían servir de sustento para considerar que las trabajadoras no contaba con una expectativa razonable de secreto y confidencialidad, por lo que las herramientas informáticas entregadas por el empleador a sus trabajadores deben ser utilizadas para fines vinculados a la labor que realiza el trabajador y no para conversaciones durante el horario de trabajo que nada tienen que ver con la labores realizadas por las demandantes.

Atendiendo a lo resuelto por los Tribunales se puede llegar a las siguientes conclusiones:

1. En el caso de las dos primeras sentencias dado que se refieren al uso de correos personales a través del ordenador de la empresa, al no ser las cuentas de correo un bien entregado por el empleador para fines laborales no pueden, en principio, ser objeto de control o vigilancia. El empleador tendrá que solicitar, para realizar tales actividades, autorización judicial para acceder a esa correspondencia, tal como establece la normativa constitucional.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3. En fin, alguna directriz se debe extraer de estas dos sentencias, y ella es, básicamente, la siguiente: EL EMPLEADOR NO PUEDE TAMPOCO REVISAR EL CORREO ELECTRÓNICO PROFESIONAL DE SUS TRABAJADORES SI ES QUE NO SE PRESENTAN CUALQUIER DE LOS SIGUIENTES SUPUESTOS:

a) el empleador debe recabar un mandato judicial que autorice la revisión del correo del trabajador; o,

b) que el empleador exponga con claridad a sus trabajadores que el correo profesional sólo puede ser usado para las labores propias del puesto laboral, y, por consiguiente, el empleador puede fiscalizar dicho uso a fin de determinar la desviación en su funcionamiento para usos particulares ilegales (como enviar pornografía infantil, como ha señalado uno de los magistrados del TC). Dicha exposición de este deber del trabajador de usar adecuadamente su correo profesional solo para fines laborales puede hacerse en el reglamento interno de trabajo, en una cláusula del contrato del trabajo, o, a través de un memorándum interno.

4. Ante el vacío legal, la jurisprudencia que ya ha diseñado el TC sirve como soporte para dar una respuesta. No obstante, sabemos que la jurisprudencia puede variar, y, precisamente, puede cambiar en un proceso en el que cualquiera de nosotros llegue a participar. Por eso, consideramos conveniente que esta controversia sea regulada a fin de que los trabajadores y empleadores cuenten con una base normativa para conocer, de antemano, cuáles son los límites de la facultad fiscalizadora de estos últimos en relación con los correos electrónicos profesionales utilizados por los primeros.

5. En lo que respecta al uso del servicio de mensajería (chat): las opiniones están divididas los dos primeros magistrados del Tribunal Constitucional defienden que, en cualquier caso, los trabajadores cuentan con protección al derecho al secreto de las comunicaciones y por ello, la intromisión realizada por la empresa vulnera este derecho fundamental. Los dos últimos, por el contrario, sostienen que dado que los sistemas son de propiedad del empleador, los trabajadores no pueden alegar una expectativa razonable de secreto, encontrándose facultada la empresa para realizar tales controles.

El problema surge con el voto del Dr. Eto Cruz, en tanto sus argumentos van encaminados a que los trabajadores no cuentan con una expectativa razonable de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

confidencialidad cuando el empleador disponga expresamente el uso laboral de los sistemas informáticos y les informe de los posibles controles a los que podrían ser sometidos concluyendo que, en tanto el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa no decía nada al respecto existía en la trabajadora una expectativa razonable de confidencialidad.

Sin embargo, parece ser que no ha tenido en cuenta que el Reglamento Interno de Trabajo sí contenía disposiciones al respecto sobre el uso exclusivo de tales medios para fines laborales, aunque no puede negarse el vacío normativo en torno a la posibilidad de controles sobre tales sistemas y equipos. Por ello, queda la duda sobre cuál habría sido el pronunciamiento del Magistrado Eto Cruz si hubiera tenido en cuenta lo establecido en el Reglamento Interno de Trabajo.

6. Por otro lado, se considera que para el cumplimiento, sin inconvenientes del deber de buena fe de trabajadores y empleadores en torno al uso del ordenador o computadora es necesario que el empresario comunique o establezca previamente las reglas de uso de estos medios[254]. De tal forma que si comunica a los trabajadores el uso exclusivo de los ordenadores para fines laborales, lo contenido en los mismos o en sus sistemas de comunicaciones. Lo mismo puede suceder en el caso de que el ordenador o computadora almacenamiento no puede considerarse protegido por el derecho de secreto a las sea de uso común de varios o de todos los trabajadores de la empresa[255].

[254] Sobre la necesidad de establecer reglas de uso de los medios informáticos en la empresa: *Vid.* DEL REY GUANTER destaca que las instrucciones sobre el uso de las nuevas tecnologías puede hacerse a través de «Códigos de conducta», que tienden a establecer instrucciones detalladas al respecto. Los códigos de conducta son elaborados generalmente unilateralmente por el empresario en ejercicio de su poder de dirección, aunque no se descarta determinado grado de consulta o consenso con los representantes de los trabajadores. La regulación unilateral, cuando se refiere exclusivamente a la utilización de medios telemáticos, señala REY GUANTER no parece jurídicamente cuestionable, en tanto que estamos ante la utilización por los mismos de un instrumento de organización del trabajo. *Vid.* Salvador DEL REY GUANTER, «Relaciones laborales y nuevas tecnologías: reflexiones introductorias». En Salvador DEL REY GUANTER (Dir.) y Manuel LUQUE PARRA (Coord.), *Relaciones laborales y nuevas tecnologías,* La Ley, Madrid, 2005, p. 6. En el mismo sentido, ROLDAN MARTINEZ y HERREROS LÓPEZ, señalan que la empresa puede elaborar «*reglas de uso de los medios informáticos con aplicación de prohibiciones absolutas y parciales*». *Vid.* Aránzazu ROLDÁN MARTINEZ, Juan Manuel HERREROS LÓPEZ, «El derecho de los representantes de los trabajadores a utilizar los medios electrónicos de comunicación propiedad de la empresa», *Aranzadi Social,* Nº, 11, 2008 (BIB 2008\2116).

[255] La última sentencia del Tribunal Constitucional Español hace referencia expresa al uso común del ordenador. *Vid. Vid.* STC 241/2012 de 17 de noviembre de 2012 (RTC 2012\241).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

7. En el caso de correos electrónicos o chats corporativos en los cuales para su uso el empresario ha permitido a los trabajadores colocar una contraseña, existirá por parte del trabajador una expectativa razonable de confidencialidad, si la empresa en momento alguno, comunica a los trabajadores la posibilidad de controles sobre el contenido. De existir tal disposición, sobre la revisión de contenidos de correos electrónicos es posible que la empresa realice tales controles, sin que por ello vulnere el secreto a las comunicaciones.

8. Todo esto, sin perjuicio que la empresa realice controles sobre el uso de los sistemas informáticos que asigne a los trabajadores a través de medios menos invasivos. Por ejemplo, aquellos que le permiten conocer cuánto tiempo utiliza el chat o el número de correos electrónicos que recibe, etc[256].

[256] Sobre métodos menos invasivos de control de los medios informáticos de la empresa. *Vid.* Antonio SEMPERE NAVARRO y Carolina SAN MARTIN MAZZUCCONI, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales,* Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 91.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3. Caso MARIA MILAGROS ESPINOZA CHUMO DE LOPEZ contra TELEFONICA GESTION DE SERVICIO COMPARTIDOS S.A.C, STC Exp. Nº 03599-2010-PA/TC

En esta oportunidad el Tribunal Constitucional declaro fundada la demanda de reposición de un trabajador precisando que en los casos sui generis de servicios de mensajería instantánea como el "Chat Virtual" utilizado de manera incorrecta por el servidor, no es motivo suficiente para que la empresa intervenga o intercepte sus comunicaciones para comprobar un despido justo sin encontrarse autorizado para ello.

En el presente caso, el demandante solicito dejar sin efecto la carta notarial de despido argumentando la imputación de falsos argumentos respecto a la utilización indebida de bienes de la empresa, pues los mensajes que se le atribuían como causales de despido no eran de su autoría y que habían sido ofrecidos como prueba en un proceso violando de esta manera el secreto de sus comunicaciones.

Una primera cuestión recurrente en la doctrina jurisprudencial es la relativa al uso indebido del ordenador, conexiones y cuentas de correo utilizados por el trabajador con fines ajenos al interés del empleador en el uso de bienes de la empresa. La errónea utilización de estos bienes no faculta al empleador la intervención o interceptación para acusar una falta grave que implique el despido de un trabajador pues para ello se ha señalado en la Constitución que debe existir un mandato judicial que legitime su intervención, caso contrario tal intervencion constituye en un proceso judicial prueba prohibida y por tal motivo no se puede utilizar para imputar una causa justa de despido.

Sobre este tema existe mucha discrepancia en la actualidad donde la doctrina laboral ha mencionado que las herramientas de trabajo como correos electrónicos institucionales, computadoras, chats, entre otros, deben emplearse para fines laborales, no siendo inconstitucional que el empleador acceda a su contenido visto desde un punto razonable. No obstante, debido a la jerarquía y el orden de carácter primario que nuestra constitución posee dentro del ordenamiento jurídicos se establecio en el articulo 2 inciso 10 de nuestra carta politica que "las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos s**ólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por**

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen (…)"

A raíz de este fallo y de otros de similar postura debemos destacar el derecho constitucional a la intimidad que no fue analizado por el magno tribunal, pese a las graves dificultades que existen para tener una noción que comprenda los distintos aspectos que alcanza a proteger este derecho. El derecho a la intimidad se proyecta a las comunicaciones en general de las personas, porque a través de ellas puede estar revelándose aspectos concernientes a aquel espacio que la persona reserva para sí, y no existe razón alguna que justifique la curiosidad de los demás. Por ello es que no solo la Constitución Política del Estado, sino el Código Civil y el Código Penal regulan y protegen la intimidad a través de las diversas comunicaciones, como la correspondencia epistolar, diarios, memorias, las grabaciones de la voz, así como las comunicaciones cablegráficas, telegráficas, telefónicas, vía fax, correo electrónico, etc., las que deben estar ajenas a toda intromisión y captura de las mismas y, con mayor razón, a su divulgación y utilización en un proceso.

Actualmente la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) envió al Congreso de la República un proyecto de ley para que los empleadores, regulen el uso de internet en los centros laborales. La "Ley que regula el uso de medios informáticos para la comunicación en el centro de trabajo" como pauta en los centros de trabajo que regularía de manera clara y precisa la inviolabilidad en las comunicaciones.

3.1. JURISPRUDENCIA APLICABLE A OTROS CASOS

El Tribunal Constitucional viene enunciando la violación al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y al debido proceso del beneficiario, en conexión con el derecho a la libertad individual en materia penal, por cuanto las pruebas de cargo que sustentan los autos de apertura instrucción para mandatos de detención son pruebas prohibidas, toda vez que son producto de interceptaciones telefónicas y en casos en particular de correos electrónicos y otros que afectan el articulo 2 inciso 10 de la constitución que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

menciona el secreto y la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

En el caso de autos, los votos emitidos en el sentido de declarar FUNDADA la demanda han alcanzado la mayoría suficiente para formar sentencia. En efecto, los votos de los magistrados Mesía Ramírez, Calle Hayen y Eto Cruz, pese a tener sustentación diferente, concuerdan en el sentido principal del Fallo (la reposición de la demandante) y alcanzan la mayoría suficiente para formar sentencia, como lo prevé el artículo 5º -primer párrafo- de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y el artículo 10º -segundo párrafo- del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

ANTECEDENTES

Con fecha 3 de marzo de 2010, la recurrente interpone demanda de amparo contra la empresa Telefónica Gestión de Servicios Compartidos S.A.C., solicitando que se deje sin efecto la Carta Notarial de despido de fecha 9 de febrero de 2010, argumentando que se sustenta en imputaciones falsas respecto a la utilización indebida de bienes de la empresa, pues los mensajes de carácter “personal” extraídos del sistema Net Send (chat virtual) interceptados por la empresa, no son de su autoría, además de haberse obtenido con afectación del derecho al secreto de las comunicaciones.

El Octavo Juzgado Constitucional de Lima declaró improcedente la demanda, por considerar que el amparo no es la vía idónea para dilucidar una controversia que requiere de actividad probatoria que permita verificar la veracidad de las comunicaciones efectuadas.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la decisión del Juzgado, por el mismo fundamento.

Declarar FUNDADA la demanda, en consecuencia, ordena que se reponga a la demandante en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

VOTO DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

El derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones en la relación laboral

En cuanto al derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, el Tribunal Constitucional en la STC 01058-2004-AA/TC ha precisado que "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".

En buena cuenta, este derecho prohíbe que las comunicaciones y documentos privados sean incautados, interceptados o intervenidos, salvo que exista una resolución judicial debidamente motivada que lo autorice. Asimismo, garantiza que el contenido de las comunicaciones y documentos no sea difundido o revelado, así como la identidad de los participantes en el proceso de comunicación. Lo que se prohíbe es toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, específicamente, en sus comunicaciones, independientemente de su contenido.

Ahora bien, para determinar si el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones también protege el correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea que es proporcionado por el empleador a sus trabajadores, resulta pertinente destacar que en la dogmática existen dos posiciones sobre la naturaleza jurídica de estos medios técnicos de comunicación.

La primera postura considera que el correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea, al ser proporcionadas por el empleador, son herramientas de trabajo que pueden ser supervisadas, intervenidas, interceptadas y registradas por el empleador, sin la existencia de una resolución judicial debidamente motivada que lo autorice.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En cambio, la segunda postura considera que el correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea proporcionados por el empleador son medios de comunicación incluidos dentro del ámbito de protección del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Reseñadas estas posturas, considero que tanto el correo electrónico como el comando o programa de mensajería instantánea que proporciona el empleador a sus trabajadores, son formas de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentran protegidas por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias de los Casos Halford vs. Reino Unido, del 25 de mayo de 1997 y Copland vs. Reino Unido, del 3 de abril de 2007, ha precisado que las comunicaciones que se realizan desde el lugar de trabajo o los correos electrónicos enviados desde el lugar de trabajo, pueden incluirse en los conceptos de vida privada y de correspondencia, por lo que se encuentran dentro del ámbito de protección del derecho al respeto a la vida privada y la correspondencia.

En buena cuenta, el inciso 10) del artículo 2º de la Constitución protege el secreto y la inviolabilidad de la comunicación en todas sus formas o medios, como son el telefónico, el telegráfico o el informático, es decir, aquella comunicación que se mantiene a través de un determinado medio o soporte técnico.

En atención a lo expuesto, debe concluirse que el empleador se encuentra prohibido de conocer el contenido de los mensajes del correo electrónico o de las conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea que haya proporcionado al trabajador, así como de interceptarlos, intervenirlos o registrarlos, pues ello vulnera el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En este sentido, resulta importante destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Escher y otros vs. Brasil, del 6 de julio de 2009, ha enfatizado que la “Convención Americana protege la confidencialidad e inviolabilidad

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

de las comunicaciones frente a cualquier injerencia arbitraria o abusiva por parte del Estado o de particulares, razón por la cual tanto la vigilancia como la intervención, la grabación y la divulgación de esas comunicaciones quedan prohibidas, salvo en los casos previstos en ley y que se adecuen a los propósitos y objetivos de la Convención Americana".

Por dicha razón, considero que el mensaje del correo electrónico o la conversación del comando o programa de mensajería instantánea obtenida con violación del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, por imperio del inciso 10) del artículo 2º de la Constitución es una prueba prohibida que no puede ser utilizada para iniciar un procedimiento disciplinario de despido, ni puede tener el valor de una prueba de cargo válida para sancionar a un trabajador.

En buena cuenta, el poder fiscalizador o disciplinario no faculta al empleador acceder o interceptar el contenido de los mensajes del correo electrónico o de las conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea que brinda a sus trabajadores, pues como se precisó en la STC 01058-2004-AA/TC, la única forma de acreditar que el trabajador utiliza su correo electrónico para fines opuestos a los impuestos por sus obligaciones laborales, es iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la impone, para estos casos, la propia Constitución.

VOTO DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

En el caso de autos nos encontramos frente a una situación sui generis, dado que el servicio de mensajería instantánea Net Send (Chat virtual) no es un servicio de correo electrónico, es decir, no son mensajes enviados desde una cuenta de correo personal, institucional o empresarial, sino un servicio de mensajería instantánea en el cual dos o mas personas sostienen conversaciones en tiempo real, herramienta que es otorgada por el empleador para coordinaciones laborales interna o externamente; no obstante, esto no le exceptúa el carácter de personalísimo.

Al respecto la actora sostiene que se ha vulnerado su derecho al secreto de las

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

comunicaciones, ya que si bien de fojas 5 a 19 obran copias legalizadas de las conversaciones sostenidas con don Roberto Nieves Albán mediante el servicio de mensajería instantánea Net Send (Chat virtual) que sería de autoría de la demandante, ésta sostiene que dichas comunicaciones no son de su autoría y que fácilmente la empresa demandada puede haber adulterado su contenido a su libre albedrío con la sola intención de despedirla. Debe quedar claro que dichos documentos obviamente no pueden servir como medios probatorios ni mucho menos ser difundidos, por su carácter personalísimo y por estar ello protegido por la Constitución.

Como ya lo ha establecido el Tribunal Constitucional, si bien 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 ésta 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 tal sentido, si bien el empleador goza de las facultades de organizar, fiscalizar y sancionar, de ser el caso, si el trabajador incumple sus obligaciones; esto no quiere decir que se vean limitados los derechos constitucionales de los trabajadores, como lo establece el artículo 23º, tercer párrafo, de la Constitución; y tampoco significa que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse (STCS N.º 1058-2004-PA/TC y N.º 04224-2009-AA/TC).

En tal sentido, en el presente caso, si se trataba de determinar que el trabajador utilizó el servicio de Net Send Chat Virtual en forma desproporcionada o incorrecta en horas de trabajo para fines distintos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución, otorgándole las garantías del caso.

Así, se determina que el despido de la actora tuvo sustento en las conversaciones impresas que se presentaron y que obran en autos, especificándose a) inobservancia al Reglamento Interno de Trabajo, b) incumplimiento de las obligaciones como trabajador

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

y; c) utilización indebida de los bienes del empleador, debido a que la demandante habría usado el servicio de Net Send (Chat virtual). Tales conversaciones han sido presentadas como prueba para imputar falta grave, las mismas que, según la Constitución, carecen de validez si se obtienen vulnerando el procedimiento respectivo, esto es, ilícitamente; de lo que se desprende que sí se ha vulnerado el secreto de las comunicaciones de la actora; por tanto, la demanda en este extremo debe ser estimada.

En este caso se le atribuye a la trabajadora haber dado uso incorrecto al servicio de mensajería instantánea Net Send (Chat virtual), ya que el reglamento Interno de trabajo de la emplazada señala en su artículo 50º que:

"Articulo 50º.- En caso de proporcionarle la empresa al trabajador el acceso a un Terminal de computo ordenador personal, este queda obligado a usar el mismo y sus equipos periféricos (...) con fines exclusivamente laborales y para actividades relacionadas con los fines de la empresa y específicamente para la realización de tareas que se le han encomendado".

Además, la carta de preaviso fundamenta la falta en el incumplimiento del artículo 15º de su Reglamento Interno de Trabajo, así como con el artículo 25º del Decreto Legislativo Nº 728, literales a) y c), es decir, inobservancia del Reglamento Interno de trabajo, incumplimiento de las obligaciones laborales y utilización indebida de los bienes del empleador. Si bien es cierto las faltas atribuidas a la trabajadora han sido aceptadas por ésta, considero que la medida disciplinaria de despido no se ajusta proporcionalmente a la falta cometida, puesto que dicha falta no se encuentra tipificada como grave o leve, ni tampoco se establece si la sanción que se le debe aplicar directamente es el despido o una diferente que sea menos gravosa y vulneratoria para el trabajador, procurando siempre que la sanción a imponer sea proporcional a la falta cometida.

Siendo así, considero que el despido fue una medida desproporcionada, ya que por la naturaleza de la falta puede haber recaído en una sanción disciplinaria como la amonestación o suspensión, sin la necesidad que ésta conlleve una medida inconstitucional como es el despido arbitrario. Por lo tanto, considero, sin perjuicio de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

lo señalado líneas supra, que la empresa empleadora podrá aplicar las medidas correctivas del caso siguiendo los principios constitucionales de pro hominem, in dubio pro operario, derecho al debido proceso, razonabilidad y proporcionalidad establecidos por el Tribunal Constitucional.

Finalmente, es menester señalar que la carta de preaviso de despido señala en su tercer parágrafo que; “desde el mes de noviembre de 2009, a la fecha ha hecho uso inadecuado del términal de computo” (sic), siendo la carta de preaviso de fecha 26 de enero de 2010, transcurriendo casi 2 meses (ya que no señala fecha exacta de noviembre) desde que se toma conocimiento de la falta hasta que se le cursa la carta de preaviso, configurándose una clara vulneración del principio de inmediatez, puesto que si bien el empleador conocía de la infracción con anticipación, éste no aplicó las medidas correctivas correspondientes en su momento.

Si bien el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha sostenido que este principio se configura desde que el trabajador toma conocimiento de las faltas cometidas con la carta de imputación de cargos que le remite el empleador hasta el final de las investigaciones -proceso que no debe exceder un plazo razonable según la gravedad de la infracción-, en el presente caso la empresa realizó la investigación sin que la recurrente esté debidamente informada de la faltas en las que habría incurrido, siendo la investigación dirigida sin su conocimiento, de forma unilateral, obteniendo datos irregularmente e ingresando a información de carácter privado sin su consentimiento, usando como sustento documentación que, como ya mencioné líneas supra, no es válida para el procedimiento de despido.

VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

El derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas

Antes de ingresar a delimitar el ámbito protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones, en el escenario de una relación laboral, estimo pertinente ingresar primero a definir los contornos constitucionales del referido derecho, resaltando el objeto y finalidad del mismo, su contenido constitucionalmente protegido, así como la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

garantía de indemnidad o inviolabilidad que la Constitución asegura. Para esto es preciso recordar, en primer lugar, la manera como nuestro texto constitucional ha recogido el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas:

"2. Toda persona tiene derecho:

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones 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".

Este derecho fundamental se encuentra igualmente reconocido en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ("Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques") y en el artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos ("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, ni de ataques ilegales a su honra o reputación").

Así, a mi juicio, cuando la Constitución utiliza el adjetivo "privados" para referirse al derecho al secreto y a la inviolabilidad de dichos documentos y comunicaciones, no está haciendo alusión al tipo de contenido o mensaje comunicado, sino a la cualidad del medio técnico de comunicación empleado para transmitir cualquier mensaje; a partir de cuya cualidad, surge la expectativa de confidencialidad y la protección constitucional del secreto e inviolabilidad de la referida comunicación. En dicha línea, el elemento crucial en la definición del derecho es el tipo de medio empleado para la comunicación, el mismo que recibirá la cualidad de "privado", no por el hecho de ser propiedad de uno de los participantes en la comunicación, sino por las características intrínsecas de dicho medio y por las condiciones bajo las cuales se utiliza.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Así, puede ser que se emplee una cabina pública de teléfono para llevar a cabo una conversación y no por eso creer que se carece de protección por el derecho al secreto de las comunicaciones privadas. Del mismo modo, puede suceder que quien utiliza un teléfono propio, para realizar una llamada a un programa de televisión en vivo, al ser grabada dicha comunicación, no se pueda alegar afectación al derecho al secreto de las comunicaciones, pues por las condiciones en que se efectuó dicha llamada era claro que la misma no podía ser calificada de "privada".

A esta interpretación se ha referido, por ejemplo, el profesor Martín Morales, cuando ha sostenido que "el proceso de comunicación objeto de protección constitucional y cuya interceptación está proscrita, es la realizada sin publicidad, la no susceptible, por su propia naturaleza, de ser conocida por terceros" (MARTÍN MORALES, Ricardo: El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones, Civitas, Madrid, 1994, p. 46). Por su parte, Muñoz de Morales ha precisado esta aseveración afirmando que "quedan excluidas [del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones] aquellas comunicaciones emitidas en canal abierto porque, aunque es imprescindible un soporte técnico que las lleve a cabo, no se ofrecen garantías técnicas que aseguren el secreto de lo comunicado" (MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Martha: "La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas y electrónicas", en De Iure. Revista para litigantes, N° 1, Linares Abogados, Lima, p. 58).

De lo expuesto, se concluye que para que un proceso comunicativo se encuentre protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones, no es suficiente con que dicha comunicación se haya realizado a través de un medio físico o técnico, sino que es preciso, que dicho medio haya sido utilizado con el objeto de efectuar una comunicación destinada a una persona en particular o un grupo cerrado de participantes y que, adicionalmente a ello, se realice por medios que objetivamente hagan asumir a una persona que la comunicación se mantendrá en secreto. Estos dos elementos son los que configuran una "expectativa de secreto o confidencialidad" en la comunicación, como concepto clave para delimitar cuándo nos encontramos ante una "comunicación privada" protegida por el derecho al secreto de las comunicaciones.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Realizadas estas consideraciones, estimo que el contenido constitucionalmente protegido por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, está constituido por las siguientes posiciones ius-fundamentales:

a) El derecho a que no se interfiera (por parte del Estado o particulares) en ninguna etapa del proceso comunicativo entablado entre dos o más personas naturales o jurídicas, con una expectativa de secreto o confidencialidad. Esto quiere decir, como lo precisa la propia Constitución en su artículo 2, inciso 10, que habrá afectación del derecho cuando existe interceptación, intervención, incautación o apertura de una comunicación. Como lo ha señalado también el Tribunal Constitucional, "se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello" (STC 2863-2002-AA/TC, fundamento 3).

b) El derecho a que no se interfiera (por parte del Estado o particulares) ningún aspecto de la comunicación, lo que incluye no sólo el mensaje o contenido de lo comunicado, sino los datos externos del mensaje, como los nombres de los participantes, la entidad a la que puedan pertenecer, la dirección de origen o de destino, los códigos o números que identifican a los participantes, entre otros; los mismos que pueden tener, como ya se dijo, carácter íntimo o no.

c) El derecho a que, en caso se presenten circunstancias que ameriten una intervención en las comunicaciones, cuando se intenten proteger otros bienes constitucionales, a través de una investigación penal o de la investigación de una infracción laboral, por ejemplo, dicha intervención se realice con las garantías contenidas en el artículo 2, inciso 10 de la Constitución, esto es, con previo mandato judicial motivado, y con los requerimientos prescritos en la ley (definición precisa de las comunicaciones a intervenirse, de la autoridad que estará a cargo de la intervención, del plazo de la misma y del control efectuado por el juez de la intervención, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 230 del Decreto Legislativo N° 957, Código Procesal Penal).

Como lógica consecuencia de una limitación de derechos fundamentales, sustentado en la protección de otros bienes constitucionales, dicha limitación debe respetar igualmente

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

el principio de proporcionalidad, como límite de límites o límite último de los derechos fundamentales. De esta manera, la intervención en las comunicaciones, además de tener un fin constitucionalmente legítimo, debe ser idónea para el logro de dicho fin, necesaria, en tanto no debe existir otro medio que logre la misma finalidad con un menor costo para el derecho al secreto de las comunicaciones, y proporcional, en tanto el grado de importancia y beneficio que se consiga con la intervención debe ser mayor que el grado de intensidad en la afectación del derecho.

De no suceder así, esto es, de realizarse una intervención en las comunicaciones sin las garantías previstas en la Constitución y en la ley, o con afectación del principio de proporcionalidad, se considerará igualmente lesionado el derecho al secreto de las comunicaciones, con la necesaria consecuencia establecida en el último párrafo del artículo 2, inciso 10 de la Constitución, de tenerse por inválidas las pruebas obtenidas producto de dicha afectación.

El derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito de una relación laboral

Definido el contenido constitucionalmente protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones, es necesario precisar ahora, de cara a resolver la presente controversia constitucional, el ámbito protegido por dicho derecho, en el escenario de una relación laboral, y a través de los medios informáticos brindados por el empleador, particularmente por medio del "e-mail laboral" y el chat o mensajero interno.

Como ya ha quedado dicho en los párrafos precedentes, no toda comunicación realizada a través de los medios técnicos de comunicación tradicionales (correspondencia, teléfono o telégrafo) o más modernos (correo electrónico o chat virtual), se encuentra protegida por el derecho al secreto de las comunicaciones. Ello puede suceder porque el sujeto emisor de la comunicación desea, a través de dichos medios, enviar un mensaje no sólo a un interlocutor o un grupo de interlocutores cerrados, sino a un grupo mucho más amplio y abierto de personas, por lo que la comunicación deja de tener el carácter de privado. Pero también puede suceder porque el medio técnico empleado, no cuenta

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

con la garantía objetiva de privacidad, por lo que no genera en los participantes de la comunicación una expectativa razonable de secreto o confidencialidad.

Una de las razones de que esto sea así, es la que se da en el ámbito laboral, cuando el titular del medio técnico de comunicación (el empleador) brinda a un trabajador un correo electrónico laboral (por lo general, con una extensión que identifica a la entidad) o un mensajero o chat interno, con el objeto de que sea utilizado para fines laborales. En este caso, el trabajador no puede deducir, objetiva y razonablemente, que dicho medio técnico cuenta con la garantía del secreto o confidencialidad, pues ni el medio le pertenece ni le ha sido entregado con otros fines que queden fuera de la esfera de intereses del empleador.

No existe, por tanto, una expectativa de que lo comunicado a través de dichos medios técnicos se sitúe en el margen de privacidad y secreto, que busca proteger el derecho al secreto de las comunicaciones. Efectuando las analogías, puede decirse que el e-mail laboral y el chat o mensajero interno, son medios de comunicación laboral, al igual que los clásicos memorandos, oficios o requerimientos, sólo que más rápidos, prácticos y ecoeficientes que estos últimos. Y no se puede desprender, razonablemente, por su propia naturaleza, que un oficio, memorando o requerimiento sea un medio de comunicación sobre el que quepa guardar una expectativa de secreto o confidencialidad.

Cuando se examina, entonces, el problema del uso de los recursos informáticos en el centro laboral (específicamente el e-mail laboral y el chat o mensajero interno), es preciso tener en cuenta, en primer lugar, que los medios utilizados por el trabajador para la comunicación son “bienes del empleador” y su otorgamiento a los trabajadores es con fines esencialmente laborales; por lo que el manejo de dichos bienes es, en principio, de interés del empleador, quedando facultado éste para ejercer el control sobre dichos medios. Dado que difícilmente puede generarse sobre medios que no son privados, sino laborales (en su origen y en su destino), una expectativa razonable de secreto o confidencialidad, el proceso comunicativo realizado a través del e-mail laboral y el chat o mensajero interno no puede considerarse, en principio, como una comunicación protegida por el derecho al secreto de las comunicaciones.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

No obstante, hoy también es cierta la presencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores. Esta tolerancia puede crear una expectativa también generalizada de confidencialidad en esos usos. Es por esta razón que estimo que, aun cuando no debe generarse en el trabajador una expectativa razonable de secreto o confidencialidad de las comunicaciones entabladas a través del e-mail laboral y el chat o mensajero interno, por las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes; con el objeto de generar predictibilidad en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales y dada la realidad del hábito social generalizado aquí aludido, resulta imperioso que el empleador explicite, por escrito y a través de los medios de información más idóneos, su política respecto al uso exclusivamente laboral de los recursos informáticos de la empresa y la posibilidad de efectuar los controles que sean necesarios para verificar el adecuado uso de dichos medios informáticos.

En dicho contexto, cuando el empleador adopte dichos recaudos, no generando en el trabajador ninguna expectativa de secreto o confidencialidad sobre las comunicaciones efectuadas a través de los recursos informáticos de la empresa (específicamente del e-mail laboral y el chat o mensajero interno), dichas comunicaciones no se encontrarán protegidas por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

En sentido contrario, cuando el empleador no comunique dichos recaudos, ni informe al trabajador acerca de la política empresarial de utilización de los recursos informáticos, de modo explícito, o cuando autorice expresamente el uso de dichos medios para fines personales y garantice un secreto de las comunicaciones, las referidas comunicaciones sí se encontrarán protegidas por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. En este último supuesto, será de aplicación la garantía contenida en el artículo 2, inciso 10 de la Constitución, que prescribe que dichas comunicaciones sólo pueden ser interferidas o abiertas con previa autorización judicial, considerando inválidos los documentos obtenidos con afectación de esta garantía; tal y como ya se precisó en el caso Rafael Francisco García Mendoza o caso Serpost (STC 1058-2004-AA/TC, fundamento 18).

En este punto, debo advertir que, en el caso de las comunicaciones realizadas en el ámbito laboral, protegidas por el derecho al secreto de acuerdo a los lineamientos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

expuestos en esta sentencia, su intervención, aun cuando sea justificada y proporcional, no puede ser realizada por el juez penal, en los términos prescritos en el artículo 230º del Decreto Legislativo N° 957, Código Procesal Penal, y ello no sólo porque el juez penal carezca de competencia ratione materiae para intervenir en supuestos que no sean materia de una investigación penal, sino porque el artículo 230º del Código Procesal Penal regula las intervenciones sólo en casos de investigaciones penales, por hechos delictivos que tengan una pena superior a los cuatro años de privación de libertad.

En este contexto, detecto la existencia de una omisión legislativa, pues tal como lo prescribe el artículo 2º, inciso 10 de la Constitución, para que una intervención en las comunicaciones, constitucionalmente justificada, pueda producirse es preciso que la misma se realice con "las garantías previstas en la ley". Sin embargo, para la intervención en las comunicaciones de los trabajadores, cuando la protección de determinados bienes y derechos constitucionales del empleador así lo requiera, no se ha previsto en la ley ningún procedimiento ni garantía alguna.

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Al respecto, conviene precisar que en la STC Nº 01058-2004-PA/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo acertadamente que "el empleador no solo puede, sino que debe, hacer uso de su poder fiscalizador e, incluso, disciplinario. Sin embargo, en tales supuestos, la única forma de determinar la validez, o no, de una medida de tal índole es, en primer lugar (…) 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".

Si el acopio de los medios probatorios que sirvieron de sustento a la empleadora para despedir a la demandante se realizaron vulnerando su derecho al secreto de las comunicaciones, corresponderá estimar la presente demanda y por consiguiente ordenar su reposición en su centro de labores, al haberlos invalidado toda vez que según el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

numeral 10) del artículo 2° de la nuestra Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, carecen de efecto legal alguno.

Por dicha razón, lo obtenido sin autorización judicial, en principio, carece de efecto jurídico alguno, a fin de desincentivar que, entre particulares, se interfiera ilegítimamente comunicaciones privadas.

3.2. Tribunal Constitucional Español Sentencia 241/2012, de 17 de diciembre de 2012.

Recurso de amparo 7304-2007. Promovido por doña Mercedes Ruiz Medina respecto de las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y un Juzgado de lo Social de Sevilla en procedimiento sobre tutela de derechos fundamentales. Supuesta vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones: intervención empresarial de comunicaciones informáticas resultante de un hallazgo casual y que se efectúa sobre un programa introducido en un soporte de uso común por todos los trabajadores.

En la empresa existe un ordenador, de uso indistinto por todos los trabajadores, sin clave para acceder a la unidad «C». En el mismo, la demandante de amparo y otra compañera de trabajo instalaron, sin autorización ni conocimiento de la empresa, que lo tenía expresamente prohibido, el programa «Trillian» de mensajería instantánea, con el que llevaron a cabo, entre ellas, diversas conversaciones en las que se vertían comentarios críticos, despectivos o insultantes en relación con compañeros de trabajo, superiores y clientes. Dichas conversaciones fueron descubiertas, por casualidad, por un empleado que intentó utilizar la unidad «C» de ese ordenador, dando cuenta de ello a la empresa hacia mediados de octubre de 2004.

La empresa, ante la licencia por matrimonio (quince días) y las vacaciones (quince días) de una de las trabajadoras, convocó a ambas a una reunión el 27 de diciembre de 2004,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

a la que asistieron, además de ellas, cuatro responsables y mandos de la empresa. En dicha reunión se leyeron algunas de las conversaciones y se resumió el contenido de las restantes, reconociendo las trabajadoras que habían sido efectuadas por ellas y señalando que estaban «sacadas de contexto». La empresa amonestó verbalmente a las trabajadoras.

En la demanda de amparo la recurrente aduce que las resoluciones judiciales recurridas han vulnerado sus derechos a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), al desestimar la demanda que para la tutela de esos mismos derechos fundamentales planteó oportunamente, junto a otra compañera de trabajo no recurrente en amparo.

Partiendo de la doctrina constitucional sobre la plena efectividad de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, así como sobre la posibilidad de su limitación para hacerlos compatibles con otros derechos o intereses constitucionalmente relevantes, y de las aplicaciones que de dichos principios ha efectuado el Tribunal en relación con los derechos fundamentales a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones realiza la demandante las siguientes consideraciones:

a) El programa «Trillian», cuya utilización está en el origen de los hechos, es un programa informático que permite la comunicación entre dos o más personas mediante sus ordenadores, siendo en su operatoria prácticamente idéntico a un sistema de telefonía, quedando archivados en una carpeta del ordenador los textos transmitidos, junto al nombre y dirección de correo electrónico usados por las personas que mantienen la comunicación. Dichos ficheros deben estar protegidos, por tanto, por el mandato constitucional del secreto de las comunicaciones, a lo que no obsta la ausencia de clave en el ordenador y la posibilidad consiguiente de la empresa de acceder al mismo, pues la posibilidad de acceso no convierte al mismo en legítimo.

b) Ninguna duda hay, por otra parte, sobre el carácter íntimo de las conversaciones afectadas, como pone de manifiesto su propio contenido, referido bien a informaciones íntimas sobre las personas que participaban en la conversación, bien a opiniones sobre

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

otras personas o compañeros de trabajo que evidentemente sus autoras deseaban mantener en un ámbito propio y reservado, fuera del conocimiento de las personas a las que se referían.

c) No es posible compartir el criterio de las Sentencias recurridas sobre la necesidad de la medida para salvaguardar el interés empresarial de vigilar y controlar la actividad laboral, pues para ello no era necesario abrir los ficheros con el texto de las conversaciones mantenidas, tal y como expresa el Voto particular de los Magistrados discrepantes con la Sentencia de suplicación. Tal acción no era idónea para alcanzar el resultado perseguido, pues para constatar el incumplimiento de la orden de la empresa de no instalar programas particulares en los ordenadores bastaba con constatar la efectiva instalación del programa, lo que no requería abrir las diferentes carpetas ni los archivos con las conversaciones.

La apertura de decenas de correos resultaba innecesaria y desproporcionada para comprobar el efectivo incumplimiento de la única orden empresarial recibida, que era la de no instalar programas particulares, por lo que al hecho de hacerlo así no cabe atribuirle otra finalidad que la de curiosear en comunicaciones ajenas, lo que no respeta ni el derecho al secreto de las comunicaciones, ni la intimidad y dignidad de las trabajadoras. Debiéndose resaltar finalmente el grave daño moral que se le ocasiona a la demandante por la simple lectura de sus correos por cualquier persona distinta de ella misma o de su interlocutora.

Así pues, el derecho a la intimidad contenido en el art. 18.1 CE, no sólo preserva al individuo de la obtención ilegítima de datos de su esfera íntima por parte de terceros, sino también de la revelación, divulgación o publicidad no consentida de esos datos, y del uso o explotación de los mismos sin autorización de su titular, garantizando, por tanto, el secreto sobre la propia esfera de vida personal y, consiguientemente, veda a los terceros, particulares o poderes públicos, decidir sobre los contornos de la vida privada (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2), siendo el mismo aplicable al ámbito de las relaciones laborales (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FFJJ 6 a 9; y 186/2000, de 10 de julio, FJ 6). La esfera de la intimidad personal está en relación con la acotación que de la misma realice su titular, habiendo reiterado este Tribunal que cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena (SSTC

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

89/2006, de 27 de marzo, FJ 5; y 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2) y que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3).

En relación a los datos que se contienen en ordenadores u otros soportes informáticos, este Tribunal en la STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 3, recordó que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos y con carácter general, ha venido reiterando que el poder de dirección del empresario, es imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 33 y 38 CE). Expresamente en el art. 20 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET) se contempla la posibilidad de que el empresario, entre otras facultades, adopte las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Mas esa facultad ha de producirse, en todo caso, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda igualmente la normativa laboral en los arts. 4.2 c) y 20.3 LET (STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 5).

De esta forma, los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos (STC 292/1993, de 18 de octubre, FJ 4).

Concretamente, en relación con la utilización de ordenadores u otros medios informáticos de titularidad empresarial por parte de los trabajadores, puede afirmarse que la utilización de estas herramientas está generalizada en el mundo laboral, correspondiendo a cada empresario, en el ejercicio de sus facultades de auto organización, dirección y control fijar las condiciones de uso de los medios informáticos asignados a cada trabajador. En el marco de dichas facultades de dirección y control empresariales no cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales.

Las consideraciones precedentes no impiden que se proceda a dotar de una regulación al uso de las herramientas informáticas en la empresa y, en particular, al uso profesional de las mismas, por medio de diferentes instrumentos como órdenes, instrucciones, protocolos o códigos de buenas prácticas, de manera que la empresa no quede privada de sus poderes directivos ni condenada a permitir cualesquiera usos de los instrumentos informáticos sin capacidad alguna de control sobre la utilización efectivamente realizada por el trabajador.

A tal fin y en pura hipótesis, pueden arbitrarse diferentes sistemas, siempre respetuosos con los derechos fundamentales, orientados todos ellos a que los datos profesionales o los efectos de la comunicación profesional llevada a cabo alcancen al conocimiento empresarial, sin que se dé, en cambio, un acceso directo o cualquier otra intromisión del empresario o sus mandos en la empresa, en la mensajería o en los datos personales de los trabajadores, si este uso particular ha sido permitido. En ese ámbito, aunque pudiera caber la pretensión de secreto de las comunicaciones, actúa a su vez legítimamente el poder directivo, con la posibilidad consiguiente de establecer pautas de flujo de la información e instrucciones u órdenes del empresario que aseguren, sin interferir injustificadamente el proceso de comunicación y sus contenidos, el acceso a los datos necesarios para el desarrollo de su actividad, al igual que ocurre en otros escenarios en los que, sin control directo del empresario, los trabajadores a su servicio desarrollan la actividad laboral ordenada en contacto con terceros y clientes.

Partiendo del uso común del ordenador, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, es esencial determinar si el acceso a los contenidos de los ordenadores u otros medios informáticos de titularidad empresarial puestos por la empresa a disposición de los trabajadores, y en un medio al que puede acceder cualquiera, vulnera el art. 18.3 CE, para lo que habrá de estarse a las condiciones de puesta a disposición, pudiendo aseverarse que la atribución de espacios individualizados o exclusivos puede tener relevancia desde el punto de vista de la actuación empresarial de control. Es el caso de asignación de cuentas personales de correo electrónico a los trabajadores, o

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

incluso a las entidades sindicales, aspecto éste que fue abordado en nuestra STC 281/2005, de 7 de noviembre. El ejercicio de la potestad de vigilancia o control empresarial sobre tales elementos resulta limitada por la vigencia de los derechos fundamentales, si bien 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.

Lo expuesto no impide afirmar que en el desarrollo de la prestación laboral pueden producirse comunicaciones entre el trabajador y otras personas cubiertas por el derecho al secreto del art. 18.3 CE, ya sean postales, telegráficas, telefónicas o por medios informáticos, por lo que pueden producirse vulneraciones del derecho al secreto de las comunicaciones por intervenciones antijurídicas en las mismas por parte del empresario o de las personas que ejercen los poderes de dirección en la empresa, de otros trabajadores o de terceros. Así lo ha afirmado también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 3 de abril de 2007, caso *Copland c. Reino Unido,* § 41, al recordar que, según la reiterada jurisprudencia del Tribunal (SSTEDH de 25 de junio de 1997, caso *Halford c. Reino Unido,* § 44, y 16 de febrero de 2000, caso *Amann c. Suiza,* § 44) las llamadas telefónicas que proceden de locales profesionales pueden incluirse en los conceptos de «vida privada» y de «correspondencia» a efectos del artículo 8 del Convenio, y del mismo modo los correos electrónicos enviados desde el lugar de trabajo y la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4. Caso ROBERTO NIEVES ALBAN contra TELEFONICA CENTROS DE COBROS S.A.C., Exp. No. 00114-2011-PA/TC

Es sabido que el uso de las nuevas tecnologías en el centro de trabajo es un aspecto que puede generar -y de hecho genera- una serie de tensiones entre empleadores y trabajadores, conflictos que muchas veces suelen terminar discutiéndose en los tribunales.

No obstante, esta tirantez no se ha traducido en el Perú en una gran jurisprudencia sobre la materia. Como antecedentes identificados, tenemos la Sentencia del Tribunal Constitucional en el conocido caso García Mendoza v. Serpost (Uso de Internet en el trabajo, pensando en voz alta) y un par de Proyectos de Ley presentados en el Congreso de la República para regular el uso de las nuevas tecnologías en centros laborales, curiosamente ambos por la parlamentaria Lazo de Hornung de Alianza Parlamentaria (Regulando las comunicaciones electrónicas en el trabajo).

Hace poco nuestro Tribunal Constitucional nos ha sorprendido con dos sentencias más sobre la materia.

En primer caso de Telefónica Centros de Cobro (Exp. No. 00114-2011-PA/TC), la empresa descubre que su Jefe Zonal de Piura viene utilizando una aplicación conocida como NetSend así como el sistema de envío de mansajes cortos (SMS) del teléfono celular corporativo para sostener conversaciones con un lenguaje "*soez e impropio*" y "*ajenas a las que deben darse en un centro de trabajo ya que son de contenido sexual*" con una empleada de la empresa. El otro caso, de Telefónica Gestión de Servicios Compartidos (Exp. No. 03599-2010-PA/TC), parece que está relacionado con el primero, y correspondería a la señorita que mantuvo las conversaciones soeces, impropias y de contenido sexual con su jefe, a la sazón Jefe Zonal de Piura, a través de la aplicación NetSend. En ambos procesos, el Poder Judicial en dos instancias decidió prudentemente declarar improcedente las demandas, por considerar que los hechos no podían ventilarse en un proceso de amparo. Pero ya sabemos que la ausencia de una etapa probatoria no intimida a nuestro Constitucional y rara vez se inhibe de decidir,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

aún cuando debiera hacerlo. Son las ventajas de encontrarse por encima del bien y del mal.

Ninguna de las dos sentencias van a pasar a la posteridad, como ocurre con la inmensa mayoría de las toneladas folios que expide al año nuestro Constitucional, en lo que vendría a ser una versión posmoderna y perversa del fordismo aplicado a los tribunales, pues la carga de trabajo es inversamente proporcional a la calidad de las resoluciones. El Tribunal Constitucional peruano ha ampliado conscientemente sus competencias casi al infinito lo que lo ha convertido en una suerte de instancia adiconal paralela a la judicial. Algo falla en el sistema y en particular con el Tribunal Constitucional a la cabeza, pero no es este el foro para discutirlo.

En lo que respecta a estas dos extrañas sentencias, ambas están conformadas por seis votos distintos. Tres se decantan por declarar fundadas las demandas, dos por que sean declaradas infundadas y una para que sean tramitadas y no declaradas improcedentes de forma liminar, como ocurrió inicialmente en las dos instancias anteriores.

No obstante, dado que incluso los votos que van por el camino de declarar a la demanda como fundada no son coincidentes, es poco lo que se puede extraer como conclusión respecto de cuál sería el criterio que los empleadores deberían seguir cuando se enfrenten a este tipo de casos. Pero la seguridad jurídica y la predictibilidad tampoco suele ser principios que inspiren a nuestro Tribunal Constitucional.

Para Mesía Ramirez el poder disciplinario que tiene el empleador no lo faculta para acceder al contenido de correos electrónicos o de aplicativos del tipo NetSend, sin autorización judicial. Cuestionable, incluso cita mal dos asuntos seguidos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asuntos Copland contra Reino Unido y Halford contra Reino Unido). Calle Hayen es de la misma opinión. Eto Cruz, parece destacar con acierto que la Ley no ha previsto ningún procedimiento ni garantía para la intervención de las comunicaciones de los trabajadores por la protección de determinados derechos constitucionales del empleador; sin embargo, considera que la demanda debe declararse fundada, pues el Reglamento de Trabajo de las demandadas carece de alguna alusión respecto del uso de las tecnologías de la información por parte

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

de los trabajadores, ni las formas de utilización de las mismas, ni la capacidad de fiscalización, ni menos aún las sanciones correspondientes por el uso indebido. Razonable.

Vayamos ahora al bando que quedó en minoría. Álvarez Miranda, en lo que viene a ser de lejos el voto mejor sustentado, considera que «*no puede asimilarse mecánicamente el tratamiento de las cuentas privadas a las laborales. (…) No puede entenderse que una sesión de chat realizada a través de una aplicación proporcionada por el empleador, como herramienta de trabajo, haya generado una expectativa razonable de confidencialidad. (…) Puede decirse que el e-mail laboral y el chat o mensajero interno, son medios de comunicación laboral, al igual que los clásicos memorandos, oficios o requerimientos, sólo que más rápidos, prácticos y ecoeficientes que estos últimos. Y no se puede desprender, razonablemente, por su propia naturaleza, que un oficio, memorando o requerimiento sea un medio de comunicación sobre el que quepa guardar una expectativa de secreto o confidencialidad*».

Para Urviola Hani, ni tipificación en el Reglamento de Trabajo ni nada por el estilo, el correo o cualquier herramienta informática es únicamente para fines laborales. Finalmente, Vergara Gotteli nos dirá que la demanda sí tiene relevancia constitucional por lo que no correspondía rechazarla liminarmente.

Los correos electrónicos, chats y servicio de mensajería instantánea, proporcionado por el empleador a su personal, están protegidos por el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y su acceso solo podrá realizarse con autorización judicial. Así lo estableció el TC al declarar fundadas las demandas de amparo N° 035-99-2010-PA/TC y 00114-2011-PA/TC.

En ese sentido, el TC ordenó a las empresas Telefónica Gestión de Servicios de Compartidos S.A.C y Telefónica Centros de Cobro S.A.C de la ciudad de Piura, reponer en el plazo de dos días a sus puestos o en otro de igual categoría a Maria Espinoza Chumo y Roberto Nieves Alban, por haberse vulnerado el derecho al trabajo y el secreto de las comunicaciones. Las demandas que involucran a ambas personas fueron

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

interpuestas por separado en fechas diferentes, en razón a que los despidos se produjeron en tiempo distintos.
Los demandados consideraron que fueron despedidos de sus centros laborales luego de que las empresas en las que trabajaran hurgaran en sus correos electrónicos para obtener pruebas y justificar esa medida.

De la vista de la carta de preaviso y de despido y las transcripciones de las conversaciones adjuntadas, se aprecia con dichos despidos no cuentan con los elementos mínimos para ser considerados constitucionales, pues no figura en el reglamento interno, presentado al Tribunal mediante escrito, ninguna alusión al uso de las tecnologías de la información por parte de los trabajadores ni las formas de utilización de las mismas, ni la capacidad de fiscalización. Ni menos aun las sanciones correspondientes por el uso indebido.

Para el Tribunal el empleador vulneró los derechos al trabajo y al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, en la medida en que los teléfonos, las cuentas de correo y mensajería instantánea de los recurrentes fueron intervenidos sin contar con autorización judicial.

Hace unas semanas se discutió en el Congreso y se aprobó en la Comisión de Trabajo un dictamen cuyo objeto era habilitar a los empleadores el acceso a los correos electrónicos de su personal para fiscalizar su uso adecuado como herramienta de trabajo. A continuación, analizaremos al detalle dicha medida.

Esta pretensión legislativa, que hasta el momento no ha sido debatida en el Pleno en el Congreso en razón a la existencia de asuntos relevantes (y bastante mediáticos) que vienen ocupando la atención legislativa, se encuentra en la congeladora por el momento. Dado que se está discutiendo el ejercicio de un derecho empresarial y la posible afectación de un derecho fundamental del trabajador (la intimidad) es conveniente recordar lo que ha venido diciendo el Tribunal Constitucional (TC) sobre el secreto de las comunicaciones por parte del empleador, para luego plantear nuestra opinión al respecto.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En el año 2004, el TC se pronunció en el expediente No. 1058-2004-AA/TC (caso SERPOST) sosteniendo que solamente por orden judicial el empleador podía acceder al correo electrónico otorgado a su personal. La sentencia no comprendió a los correos personales pero se entendía extensiva la restricción.

Luego, el año 2011, en el expediente No. 04224-2009-PA/TC (caso CMAC-Tacna), sostuvo que si el objetivo del empleador era determinar si el trabajador empleó el correo electrónico de manera desproporcionada en horas de trabajo para fines distintos a los laborales, la única forma de acreditarlo era iniciando una investigación judicial.

Posteriormente, en el año 2012, en los expedientes Nº 03599-2010-PA/TC (casoTelefónica Gestión de Servicios Compartidos) y 00114-2011-PA/TC (caso Telefónica Gestión de Cobro S.A.C.) afirmó que la mensajería instantánea y el correo electrónico proporcionado por el empleador a su personal están protegidos por el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y su acceso solo podrá realizarse con autorización judicial, de acuerdo con el mandato constitucional. Lo particular es que existieron votos discrepantes al interior del TC que se inclinaban por la ausencia de expectativa de privacidad en el uso de las mencionadas herramientas.

Como podrá advertirse, el TC ha mantenido una férrea posición del respeto a los derechos fundamentales del personal sin tener en cuenta que los mismos son objeto de un matiz en la relación de trabajo. En efecto, existe un derecho al secreto de las comunicaciones privadas y a la intimidad (en caso las comunicaciones lo sean) plenamente vigente en la relación laboral, cuyo titular es el trabajador y cuyo sujeto pasivo es el empleador.

Esta vigencia debe ser matizada frente a los derechos constitucionales del empleador, con los que puedan entrar en colisión, como son el derecho de propiedad, la libre contratación y la libertad económica. Para ello, se requiere una tarea de ponderación de derechos en juego o competencia, la que se materializará en diversas operaciones de "balanceo o sopeso" entre el secreto de las comunicaciones y la intimidad y los derechos económicos del empleador.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En nuestra opinión, debe diferenciarse entre las herramientas informáticas de carácter personal que pueda tener el trabajador de aquellas que le proporciona el empleador como medio de trabajo ya que estas últimas deben utilizarse para fines laborales, no siendo inconstitucional que el empleador acceda a su contenido. La intervención debe efectuarse en forma excepcional, no discriminatoria y con la participación del trabajador involucrado o del sindicato.

Como se recordará el TC declaró fundadas las demandas de amparo en las que un trabajador cuestionaba su despido en virtud a un acceso indebido de su empleador a sus cuentas de correo electrónico. En efecto, en las sentencias recaídas en los expedientes No. N° 1058-2004-AA/TC y 04224-2009-PA/TC, el Colegiado estableció que el acceso al correo electrónico requiere autorización judicial pues el empleador no puede infringir el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones de titularidad de los trabajadores.

El TC en sesión de Pleno Jurisdiccional llevada a cabo el 10 de enero de 2012 ha ratificado la anotada posición sin alcanzar dicha decisión la unanimidad de sus miembros sino solamente la mayoría, pues se emitieron tres votos a favor de declarar fundada la demanda de amparo, dos a favor de declararla infundada y uno a favor de ordenar que la causa sea admitida a trámite por el Juez de primera instancia. No nos llama la atención que no exista consenso en el seno del TC al tratarse de un tema tan complejo como el acceso del empleador a las computadoras, correos electrónicos y demás herramientas de trabajo proporcionadas a su personal, pues dicho ejercicio de la libertad de empresa podría atentar contra los derechos al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones cuya titularidad es ostentada por los trabajadores.

El Tribunal, en las sentencias recaídas en los expedientes No. 03599-2010-PA/TC y 00114-2011-PA/TC, ha resuelto por mayoría que el acceso al programa de mensajería instantánea (chat virtual) y correo electrónico proporcionados por la empresa se encuentran protegidos por los derechos antes mencionados y por ende el empleador está prohibido de conocer el contenido de los mismos, interceptarlos, intervenirlos o registrarlos, salvo que exista mandato judicial. Es importante comentar que en el fundamento de uno de los votos que se plegó a lo decidido por la mayoría se señaló que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

si el empleador adopta ciertas medidas y no genera ninguna expectativa de secreto o confidencialidad al trabajador sobre las comunicaciones efectuadas mediante los recursos informáticos de la empresa (específicamente el e mail o el chat), no estará impedido de acceder al contenido de las mismas.

Los magistrados que se pronunciaron a favor de desestimar la demanda sostuvieron que el chat otorgado por la empresa al ser una herramienta de trabajo no puede generar expectativa de secreto o confidencialidad de las comunicaciones generadas por el mismo, no siendo necesario que se explicite que las herramientas de trabajo deban usarse para fines laborales exclusivamente.

Discrepamos con la decisión mayoritaria del TC pues las herramientas de trabajo (correos electrónicos institucionales, computadoras, chats, etc.), deben emplearse para fines laborales, no siendo inconstitucional que el empleador acceda a su contenido. Dicha intervención debe efectuarse en forma excepcional, no discriminatoria y con la participación del trabajador involucrado. Los términos del acceso deberían ser adoptados en el marco de una negociación colectiva con el sindicato o representantes de los trabajadores o, de no ser posible, fijados en un reglamento de conocimiento general bajo pautas de razonabilidad. Inclusive, como se señala en el Proyecto de Ley General de Trabajo, el empleador al realizar el control de la debida utilización de las herramientas de trabajo deberá abstenerse de indagar o invadir aspectos de la vida privada, familiar, social o de cualquier otra índole del trabajador, ajena a la relación laboral.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

5. Sentencia de 3 de abril de 2007 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso Copland

Demanda de ciudadana británica contra el Reino Unido presentada ante el Tribunal por el seguimiento de sus llamadas telefónicas, correo electrónico y navegación por internet realizado por su centro de trabajo para comprobar si se utilizaba con fines personales. Violación del art. 8 del Convenio: existencia: estimación de la demanda.

DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR, DEL DOMICILIO Y DE LA CORRESPONDENCIA: Secreto de las comunicaciones: escuchas telefónicas, correos electrónicos y navegación por internet: se encuentran comprendidas en las nociones de vida privada y de correspondencia; Supuesto: interceptación y almacenamiento de información sobre utilización para uso personal del telefóno, correos electrónicos y navegación por internet en el lugar de trabajo sin consentimiento de la afectada y sin base en la legislación interna o en las normas que regulan el centro de trabajo, que implica una injerencia no prevista por la ley: violación existente.

El asunto tiene su origen en una demanda (núm. 62617/2000) dirigida contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, que Doña Lynette Copland («la demandante»), presentó ante el Tribunal, en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (RCL 1999, 1190 y 1572) («el Convenio»).

Circunstancias del caso

La demandante nació en 1950 y reside en Llanelli, Gales. En 1991, la demandante trabajaba en el Carmarthenshire College («el College»).

El College es un organismo estatutario administrado por el Estado y con poder, en virtud de los artículos 18 y 19 de la Ley de Educación Superior de 1992 (Further and Higher Education Act 1992), para otorgar sus propios títulos profesionales.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En 1995, la demandante devino ayudante personal del College Principal («el CP») y, desde finales de 1995, tuvo que trabajar en estrecha colaboración con el recién nombrado Deputy Principal («el DP»).

En julio de 1998, aproximadamente, durante sus vacaciones, la demandante visitó otro campus del College con un director varón. Posteriormente supo que el DP había contactado con dicho campus para informarse acerca de su visita y entendió que nsinuaba que existía una relación inadecuada entre ella y el director.

Durante el tiempo que trabajó en el College se realizó, a instancias del DP, un seguimiento del teléfono, correo electrónico y uso de Internet de la demandante. Según el Gobierno, se llevó a cabo este seguimiento al objeto de averiguar si la demandante hacía un uso excesivo de las instalaciones del College para asuntos personales.

El Gobierno manifiesta que el seguimiento del uso del teléfono consistía en el análisis de las facturas de teléfono del College que mostraban los teléfonos a los que se había llamado, las fechas y horas de las llamadas, su duración y coste. La demandante creía también que se anotaron exhaustiva y pormenorizadamente la duración de las llamadas, el número de llamadas entrantes y salientes y los números de teléfono de las personas que le llamaban. Manifiesta que al menos en una ocasión el DP supo el nombre de una persona con la que había intercambiado llamadas telefónicas entrantes y salientes. El Gobierno señala que el seguimiento del uso del teléfono tuvo lugar durante unos meses, hasta aproximadamente el 22 de noviembre de 1999.

La demandante afirma que el seguimiento duró alrededor de 18 meses hasta noviembre de 1999. El DP también hizo un seguimiento de la navegación por Internet de la demandante. El Gobierno admite que dicho seguimiento fue en forma de análisis de las páginas web visitadas, la fecha y hora de las visitas a las mismas y su duración, y que tal seguimiento tuvo lugar de octubre a noviembre de 1999. La demandante no hace comentarios sobre la manera en que se controlaba su uso de Internet, pero aduce que duró más de lo que admite el Gobierno.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Legislación interna aplicable

A. Ley de privacidad

A la sazón no existía un derecho general a la privacidad en la legislación inglesa.
Desde la entrada en vigor, el 2 de octubre de 2000, de la Ley de Derechos Humanos de 1998, se instó a los tribunales a leer y dar efecto a la legislación de forma que fuese compatible, en lo posible, con los derechos del Convenio (RCL 1999, 1190 y 1572). La Ley prohibía a toda autoridad, incluidos los tribunales, actuar de forma incompatible con un derecho del Convenio salvo si así lo disponían las Leyes fundamentales, impulsando el desarrollo del Common law (Derecho consuetudinario inglés) conforme a los derechos del Convenio. En el caso Douglas contra Hello! Ltd ([2001] 1 WLR 992), SedLey LJCA indicó que estaba preparado para declarar que, en virtud de la legislación inglesa, existía un derecho limitado a la privacidad, pero el Tribunal de apelación no se pronunció sobre este extremo.

La Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (Ley de Regulación de Competencias de Investigación de 2000, «la Ley de 2000») regula, la interceptación de las comunicaciones. El 24 de octubre entraron en vigor las Lawful Business. Practices Regulations, en desarrollo de la Ley de 2000. Esta norma autoriza a la empresa a controlar, interceptar y grabar cualquier llamada telefónica, correo electrónico o navegación por Internet, sin conocimiento del trabajador o de su interlocutor. Se pone como condición para la legalidad de la actuación, que la empresa haya realizado todos los esfuerzos razonables para informar a los empleados de la posible interceptación.

B. Indemnización contractual por transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza por parte del empleador

La Cámara de los Lores, en el asunto Malik contra Bank of Credit and Commerce International SA [1997] IRLR 462, confirmó que, como una cuestión de derecho, en todo contrato laboral viene implícita la condición general de que un empleador «no se comportará, sin una causa adecuada y razonable, de forma calculada y proclive a

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

deshacer o dañar seriamente la relación de buena fe y confianza entre empresario y trabajador». En Malik, a la Cámara de los Lores le correspondía determinar la cuantía de la llamada «indemnización por el estigma asociado» cuando un ex trabajador no puede encontrar otro trabajo debido a que se le asocia con un antiguo empleador deshonesto.

Al considerar la indemnización que podía otorgarse por incumplimiento de la obligación de la buena fe contractual y el abuso de confianza, la Cámara de los Lores debía únicamente determinar la pérdida económica resultante de la desventaja en el mercado laboral. Lord Nicholls señaló expresamente que, «a efectos de la presente causa, no me corresponde excluir una indemnización por daño moral puesto que el caso de autos alude únicamente a una pérdida económica».

Al limitar el ámbito de la condición implícita de la buena fe y confianza en Malik,
Lord Steyn declaró lo siguiente: «la mutua obligación de la buena fe y confianza se aplica únicamente cuando no existe una 'causa adecuada y razonable' para el comportamiento del empresario, y solamente entonces cuando el comportamiento haya sido calculado para deshacer o dañar seriamente la relación de buena fe y confianza. Ello circunscribe el ámbito y alcance de la obligación implícita».

C. Abuso de autoridad en cargo público

El abuso de autoridad en cargo público se produce cuando un cargo público (a) ha ejercido su poder con la intención específica de perjudicar al demandante, (b) ha actuado con el conocimiento, o con una indiferencia irresponsable, de la ilegalidad de su acto y con el conocimiento o la indiferencia irresponsable de la probabilidad de causar un perjuicio al demandante o a un grupo social al que pertenece el demandante (Three Rivers D.C. contra Bank og England [núm. 3] [HL] [2000] WLR 1220).

D. Data Protection Act 1984 (Ley de protección de datos)

En el momento de los hechos que denuncia la demandante, la Data Protection Act de 1984 («la Ley de 1984») regulaba la manera en que las personas y organismos que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

conservan datos, conocidos como «encargados del tratamiento», tratan de forma automatizada o utilizan los mismos. La Ley establece alguna solución jurídica para los interesados en caso de mal uso de sus datos personales. La Ley de 1984 ha sido ahora reemplazada por la Data Protection Act de 1998.

El artículo 1 de la Ley de 1984 establece las siguientes definiciones:

«(2) "Datos": información dispuesta de manera adecuada para su tratamiento mediante un procedimiento automatizado que responda a los fines para los que fueron recogidos.

(3) "Datos personales": toda información sobre una persona cuya identidad pueda determinarse a partir de dicha información (o de otra información en poder del encargado del tratamiento...).

(4) "Interesado": la persona titular de los datos.

(5) "Encargado del tratamiento": la persona que trata los datos, y el tratamiento de datos se produce si:

(a) Los datos forman parte de un fichero de datos que han sido tratados o van a ser tratados por o a cuenta del responsable del tratamiento tal y como se menciona en el apartado (2) supra; y

(b) El responsable del tratamiento... controla el contenido y uso de los datos que constan en el fichero; y

(c) Los datos están dispuestos en la forma en que han sido tratados o van a ser tratados tal y como se menciona en el párrafo (a)...

(7) "Tratamiento" de datos es la corrección, recogida, supresión o reorganización de los datos o la extracción de la información que consta en los mismos y, en el caso de datos personales, es cualquiera de estas operaciones aplicadas al interesado.

(9) La "comunicación" de datos incluye la comunicación de información extraída de los datos...».

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El capítulo 1 del anexo 1 a la Ley establece así los «principios de la protección de datos» a respetar por los responsables del tratamiento:

«1. Los datos personales sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, de manera leal y lícita.

2. Los datos personales serán recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos...

3. Los datos personales recogidos deberán ser adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente».

El artículo 23 de la Ley de 1984 establece un derecho de reparación para el afectado en el caso de comunicación no consentida de sus datos personales:

«(1) Todo interesado que sufra un perjuicio como consecuencia de

(c)... La comunicación o cesión de los datos cuando no medie el consentimiento expreso del afectado, tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento la reparación... del perjuicio y la angustia sufridos debido a... la comunicación o cesión de los datos».

B. Valoración del Tribunal

Ámbito de la vida privada

Según la reiterada jurisprudencia del Tribunal, las llamadas telefónicas que proceden de locales profesionales pueden incluirse en los conceptos de «vida privada» y de «correspondencia» a efectos del artículo 8.1 (Sentencias Halford [TEDH 1997, 37], previamente citada, ap. 44 y Amann contra Suiza [TEDH 2000, 87] [GC], núm. 27798/1995, ap. 43, TEDH 2000-II).

Es lógico pues que los correos electrónicos enviados desde el lugar de trabajo estén protegidos en virtud del artículo 8, como debe estarlo la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet.

A la demandante no se le advirtió, en el presente caso, de que sus llamadas podían ser objeto de seguimiento, por lo que el Tribunal considera que ella podía razonablemente esperar que se reconociera el carácter privado de las llamadas efectuadas desde el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

teléfono del trabajo (Sentencia Halford [TEDH 1997, 37], ap. 45). La demandante podía esperar lo mismo en lo que respecta al correo electrónico y la navegación por Internet.

Sobre si hubo una injerencia en los derechos garantizados en virtud del artículo

El Tribunal recuerda que la utilización de información relativa a la fecha y duración de las conversaciones telefónicas y en particular los números marcados, puede plantear un problema en relación con el artículo 8 (RCL 1999, 1190 y 1572), ya que dicha información es «parte de las comunicaciones telefónicas» (Sentencia Malone contra el Reino Unido de 2 agosto 1984 [TEDH 1984, 1], serie A núm. 82, ap. 84). El mero hecho de que el College obtuviese estos datos legítimamente, en forma de facturas telefónicas, no es impedimento para constatar una injerencia en los derechos garantizados por el artículo 8 (ibidem). Asimismo, el almacenamiento de datos personales relativos a la vida privada de una persona se halla también en el ámbito de aplicación del artículo 8.1 (Sentencia Amann [TEDH 2000, 87], previamente citada, ap. 65). Por tanto, es irrelevante que los datos objeto de tratamiento por el College no fuesen comunicados o utilizados contra la demandante en un procedimiento disciplinario o de otro tipo.

En consecuencia, el Tribunal considera que la recogida y almacenamiento de información personal relativa a las llamadas telefónicas, correo electrónico y navegación por Internet de la demandante, sin su conocimiento, constituye una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada y su correspondencia, en el sentido del artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190 y 1572).

Sobre si la injerencia estaba «prevista por la Ley»

El Tribunal recuerda que según su reiterada jurisprudencia la expresión «prevista por la Ley» implica ?y ello se deduce del objeto y fin del artículo 8 (RCL 1999, 1190 y 1572)? que exista una medida de protección legal en la legislación interna contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas en los derechos protegidos por el artículo 8.1. Es así, incluso con más motivo, en áreas como el seguimiento en cuestión debido a la falta

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

de escrutinio público y el riesgo de abuso de la autoridad (Sentencia Halford [TEDH 1997, 37], previamente citada, ap. 49).

En consecuencia, puesto que el seguimiento no tenía a la sazón fundamento en Derecho interno, la injerencia en el presente caso no estaba «prevista por la Ley» tal y como exige el artículo 8.2 del Convenio (RCL 1999, 1190 y 1572). El Tribunal no excluye que el seguimiento del uso por parte de un trabajador del teléfono, el correo electrónico e Internet en el lugar de trabajo pueda considerarse «necesario en una sociedad democrática» en ciertas situaciones que persigan un fin legítimo. Sin embargo, habida cuenta de su anterior conclusión, no cabe pronunciarse sobre este extremo.

Sobre la violación del artículo 13 en relación con el artículo 8 del convenio

La demandante aduce que no existía ningún recurso interno efectivo contra las vulneraciones del artículo 8 (RCL 1999, 1190 y 1572) que denuncia y que, en consecuencia, también hubo violación del artículo 13, que dispone lo siguiente:
«Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos por el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

Habida cuenta de su decisión respecto al artículo 8 (RCL 1999, 1190 y 1572) (apartado 48 supra), el Tribunal no considera necesario examinar también la queja de la demandante desde el punto de vista del artículo 13.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

CAPITULO VII

ANALISIS DE RESULTADOS

Con el fin de lograr los objetivos planteados al inicio de esta tesis, a continuación se presentan los resultados de la investigación en base a la información recogida mediante las técnicas e instrumentos de estudios en datos cuantitativos de análisis descriptivo e inferencial, las que se objetivizan mediante cuadros estadísticos, gráficos y testimonios de acuerdo a las hipótesis de trabajo y su relación con cada unas de las manifestaciones de la variable independiente

4. TÉCNICAS UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

A objeto de verificar la hipótesis planteada en la realidad empírica, se han utilizado técnicas como ser:

- La técnica bibliográfica, la técnica de observación de campo en situación de participante, y la técnica de la encuesta.

- Entrevistas , “la entrevista es un acto de interacción personal, espontáneo o inducido, libre o forzado, entre dos personas (entrevistador y entrevistado) entre las cuales se efectúa un intercambio de comunicación cruzada a través de la cual el entrevistador transmite interés, motivación y confianza; el entrevistado devuelve a cambio información personal en forma de descripción, interpretación o evaluación”.

- Encuesta, “la encuesta es una rama de la investigación social científica orientada ala valoración de poblaciones enteras mediante el análisis de muestras representativas de la misma…se caracteriza por la recopilación de testimonios, escritos, provocados ydirigidos con el propósito de averiguar hechos, opiniones y actitudes…es un métodode colección de datos en los cuales se definen específicamente grupos de individuos que dan respuesta a un número de preguntas específicas”.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5. ANÁLISIS ESTADÍSTICO E INTERPRETACIÓN DE LAS ENCUESTAS

A objeto de lograr información lo más aproximada de la realidad, que permita la verificación de la hipótesis, se han dirigido encuestas a las personas que desarrollan sus actividades laborales a través de la utilización de medios informáticos; asimismo se encuentran bajo un control y fiscalización por parte de sus empleadores, efectuado por recursos tecnológicos, cuyos resultados se presentan y analizan a continuación.

La interpretación de la información empírica lograda en el trabajo de campo por la aplicación de la encuesta, se realiza inicialmente presentando cuadros y gráficos de porcentajes que centralizan las respuestas obtenidas por pregunta, y seguido se procede al análisis de los mismos.

La interpretación de la información empírica recolectada, se la realiza considerando las variables de la hipótesis de estudio.

2.1. Aspectos generales de la muestra

Inicialmente se analizan las características generales de los sujetos encuestados (como sexo, tiempo de servicios y ocupación u oficio) de la siguiente manera:

- Hombres y mujeres
- Con un margen de años de experiencia laboral de 1 año a 10 años
- Ejercicio de actividades administrativas

El estudio está basado sobre una muestra de 10 empresas privadas de nuestra localidad, de diversos rubros:

- Entidades bancarias (Banco BCP, BBVA Continental, Caja Arequipa)
- Empresas de concreto (Supermix SA.)
- Empresas cerveceras (Bakus & Jhonson)
- Empresas de servicios básicos (Sociedad Electrica del Sur Oeste SA.)
- Empresas textiles (Incalpaca SA.)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- Empresas Mineras (Southern Peru Cooper Corporation, Minera Shougan Hierro Peru)
- Empresas Alimentos (Gloria SA)

2.2. Análisis de Resultados por Preguntas

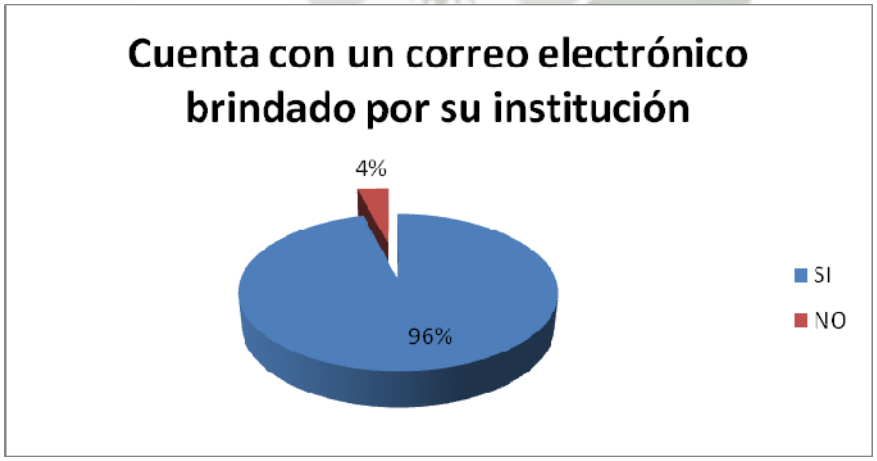
A continuación se presenta el análisis de los resultados sobresalientes, siguiendo el orden establecido en el cuestionario.

USO DEL COMPUTADOR Y DEL CORREO ELECTRONICO INSTITUCIONAL

Pregunta Nº 01

Ud. Cuenta con un correo electrónico brindado por su institución para el desempeño de sus labores?

Pregunta Nº 01Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	96	96%
NO	4	4%



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Elaboración: Propia

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

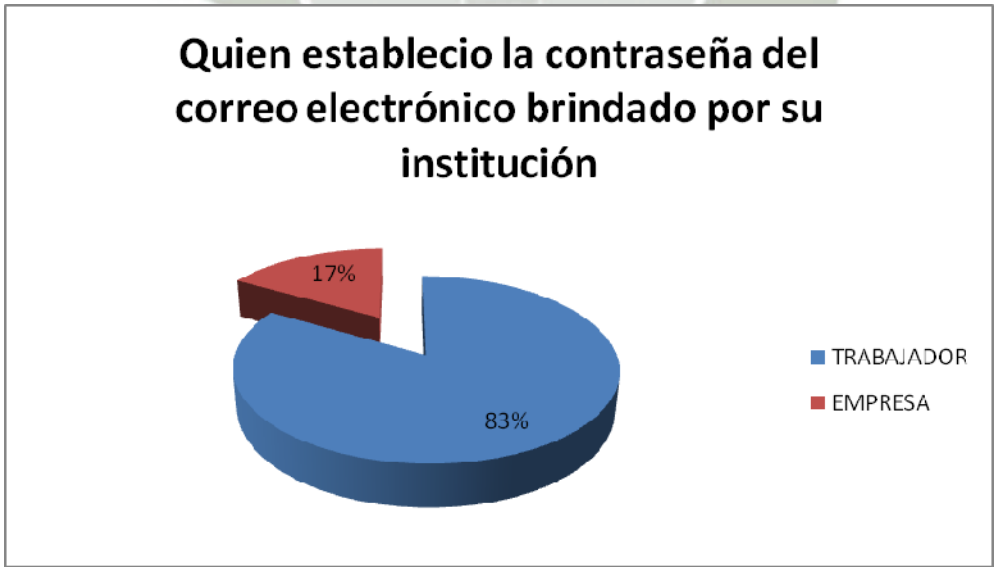
En razón de la grafica precedente, se evidencia que el 96% de la población encuestada tiene un correo institucional que le fue brindado por la empresa donde trabaja, por tanto tiene conocimiento o es parte de las situaciones materia de la presente investigación.

El 4% de los encuestados señalan no tener un correo institucional que le fue brindado por la empresa donde trabaja, esta respuesta hace inferir que dicho número de trabajadores puede utilizar su cuenta de correo personal para el desarrollo de las actividades laborales

Pregunta Nº 02

La contraseña de dicha cuenta electrónica institucional fue brindada por su empleador o es Ud. Quien estableció dicha contraseña?

Pregunta Nº 02 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
TRABAJADOR	80	83,34%
EMPRESA	16	16,67%



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Elaboración: Propia

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

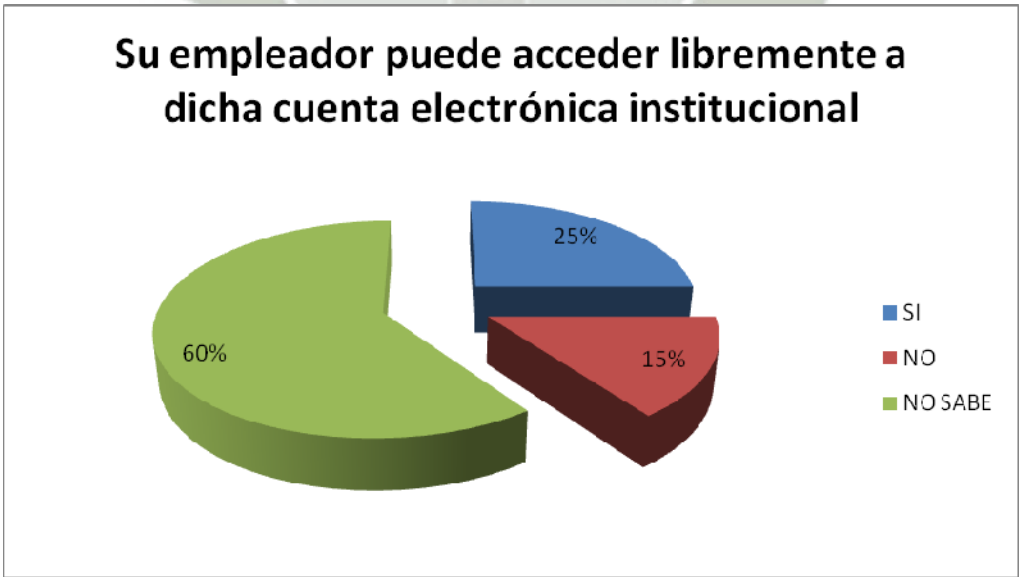
Respecto a esta pregunta tenemos que un 83% de los trabajadores encuestados fueron los que establecieron las contraseñas a las cuentas de correo electrónico institucional que fue brindado por la empresa donde trabajan, situación que denota una expresión de administración de carácter privado de dicha cuenta.

El 17 % de dichos trabajadores encuestados señalo que la contraseña del correo electrónico institucional fue otorgada por su empleador, es decir que dicha situación podría generar que éste tenga la opción de acceder a dicha cuenta electrónica.

Pregunta Nº 03

Su empleador puede acceder libremente a dicha cuenta electrónica institucional?

Pregunta Nº 03Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	24	25%
NO	15	15%
NO SABE	57	60%



Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Elaboración: Propia

En razón a la grafica anterior se evidencia que un 60% de los trabajadores encuestados señala que NO TIENE CONOCIMIENTO si es que su empleador puede acceder libremente a la cuenta electrónica institucional que le fue brindada, situación que pone en manifiesto el alto grado de inseguridad de acceso que tienen dichas cuentas electrónicas toda vez que dicha respuesta deja abierta de manera clara que los trabajadores son consientes de que sus trabajadores pueden acceder a éstas, pero desconocen si son verdaderamente accesados por este o no.

Un 25 % señala expresamente que sus empleadores SI tienen acceso libremente a dicha cuenta electrónica institucional que le fue brindada, es decir que se transgrede de manera manifiesta la intimidad del trabajador, constituyendo asimismo un acto indirecto de hostigamiento toda vez que el trabajador se encuentra sometido a un constante control no permitiéndole actuar con libre albedrio en el manejo de dicha cuenta electrónica.

Finalmente un 15% señala que sus empleadores NO tienen libre acceso a la cuenta electrónica institucional que le fue brindada, porcentaje que evidentemente pone en manifiesto una situación de inseguridad y de transgresión del derecho fundamental a la intimidad del trabajador, que es producto del vacío legal existente en nuestro país sobre este tema.

Pregunta Nº 04

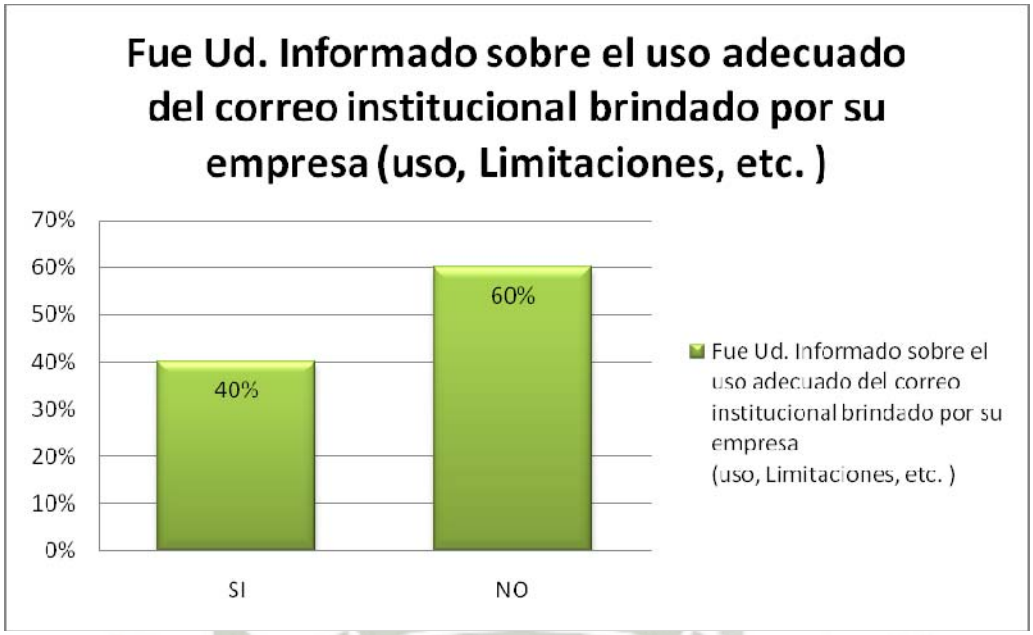
Fue Ud. Informado sobre el uso adecuado del correo institucional brindado por su empresa (uso, Limitaciones, etc.)?

Pregunta Nº 04 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	38	40%
NO	58	60%

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Elaboración: Propia

El resultado de la grafica precedente señala que un 60% de los trabajadores encuestados manifiestan No haber sido debidamente informados sobre el uso adecuado del correo institucional brindado por su empresa (uso, Limitaciones, etc.), es decir que la mayoría de los trabajadores desconoce efectivamente cuales es el uso y la forma en la que se debe administrar dicha cuenta electrónica institucional, así como de las limitaciones a su control por parte del empleador, encontrándose en una situación de indefensión ante la posible transgresión a su intimidad.

El 40 % de dicho trabajadores señala SI haber sido informado sobre el uso del correo electrónico, sin embargo este no fue de la manera correcta limitándose a la mera prohibición de uso únicamente de este para fines laborales, es decir que dicha supuesta limitación deviene como una advertencia favorable al empleador en la que el es el único propietario y por ende libre fiscalizador de dicha cuenta, sin importar la tentativa a la transgresión de la intimidad del trabajador.

Pregunta Nº 05

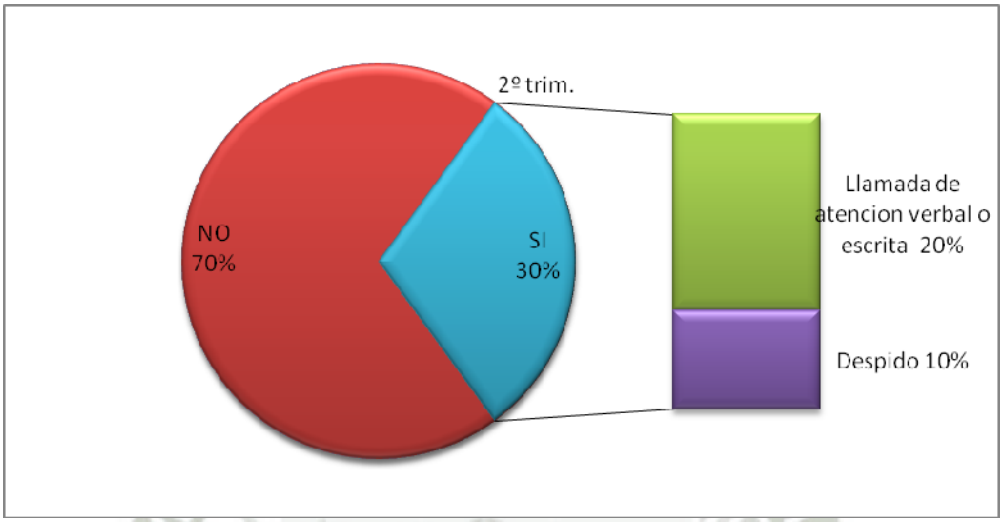
Tiene conocimiento sobre la existencia y cuáles son las sanciones sobre el mal uso del correo institucional que otorga la empresa donde labora?

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Pregunta Nº 05 Respuesta Obtenida		Nº de Personas	Porcentaje
NO		67	70%
SI	Llamada de atención verbal o escrita	19	30%
	Despido	10	



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Elaboración: Propia

Tenemos que el 70% de los trabajadores encuestados señala NO tener conocimiento sobre la existencia de cuáles son las sanciones sobre el mal uso del correo institucional que otorga la empresa donde labora, situación que está relacionada con el no conocimiento de su uso adecuado, conllevando así al escenario al que nos enfrentamos, el cual es la posición de indefensión de los empleadores y, de control y fiscalización del empleador de forma indiscriminada, toda vez que los trabajadores de manera directa asumen que al ser éste quien otorgo dicha cuenta institucional pueden ser objeto de control de la forma y en la oportunidad que libremente desee.

Ahora bien respecto del 30 % de los trabajadores, que señalan SI tener conocimiento sobre la existencia de cuáles son las sanciones sobre el mal uso del correo institucional que otorga la empresa donde labora, un 20% manifiesta que la sanción a aplicarse es la Llamada de atención sea de forma verbal o escrita; y un 10% expresa que la sanción que su empleador aplicaría es el despido por constituirse en una falta grave; situación que en

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

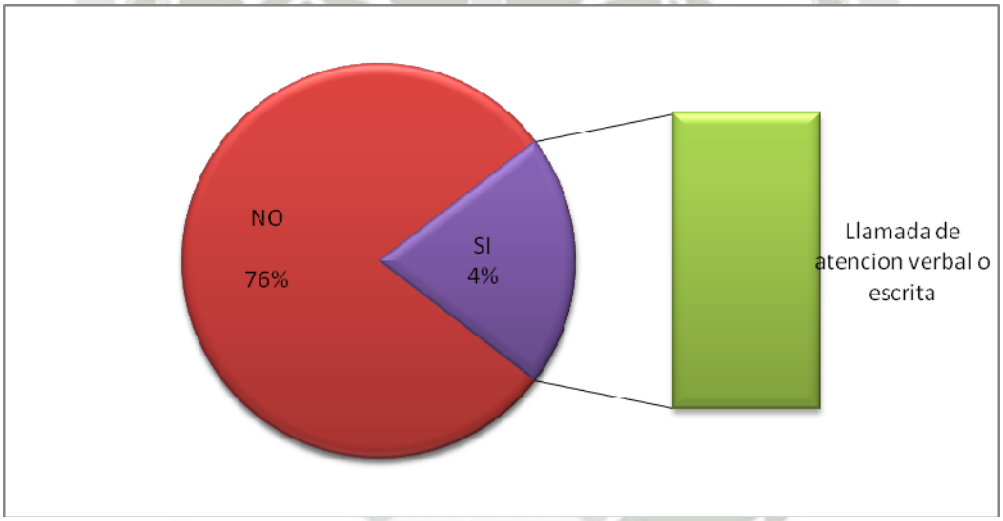
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

nuestra opinión constituye una arbitrariedad de manera manifiesta, toda vez que previo al despido deberían de aplicarse una amonestación progresiva.

Pregunta Nº 06

Conoce sobre algún caso en el que algún trabajador de la empresa donde labora, haya sido sancionado por el mal uso de del correo institucional

Pregunta Nº 06 Respuesta Obtenida		Nº de Personas	Porcentaje
NO		93	96%
SI	Llamada de atención verbal o escrita	3	4%



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Elaboración: Propia

Tal como se manifiesta en el grafico anterior, el 96% de los trabajadores encuestados señala que No conoce ningún caso en el que algún trabajador de la empresa donde labora, haya sido sancionado por el mal uso del correo institucional, sin embargo dicha situación no libera la hipótesis de que el empleador ejerce un control indiscriminado de dicha cuenta electrónica, derivando en la intromisión a su intimidad.

El 4% señala SI tener conocimiento de algún caso dentro de su empresa donde se aplicó una sanción a uno de sus compañeros de trabajo por el supuesto uso inadecuado del

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

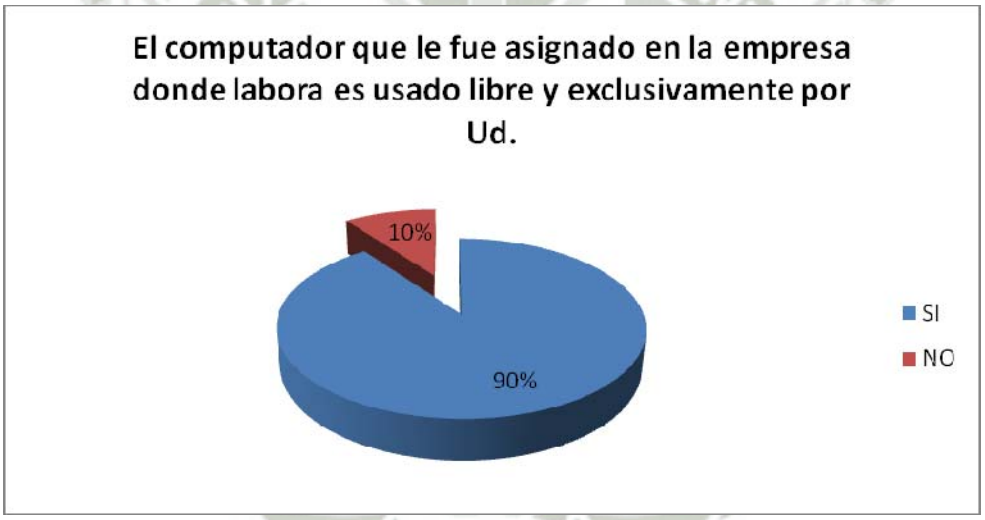
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

correo institucional, sanción que consistió en una amonestación escrita del empleador, sin embargo desconoce el medio por el cual el empleador tomo conocimiento de dicha supuesta falta, hecho que deja en el aire que si para ello se transgredió o no su derecho a la intimidad.

Pregunta Nº 07

El computador que le fue asignado en la empresa donde labora es usado libre y exclusivamente por Ud. ?

Pregunta Nº 07 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	90	90%
NO	10	10%



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Elaboración: Propia

Tal como se desprende un 90% de los trabajadores encuestados señala que el computador que le fue asignado en la empresa donde labora, es usado libre y exclusivamente por éste; es decir que puede ser administrado con libertad por dichos trabajadores otorgándole un carácter de intimo o personal al contener archivos producidos por el trabajador o de índole privado.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

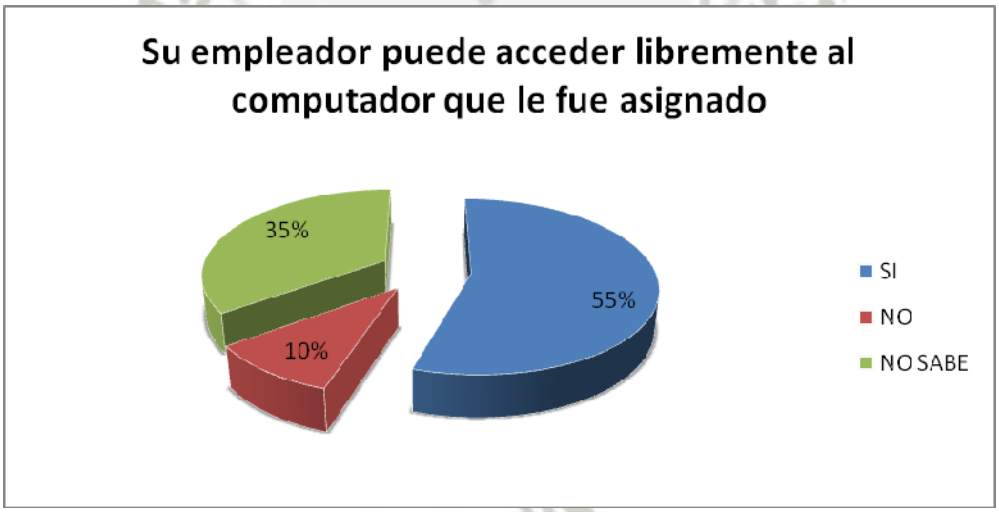
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Un 10% manifiesta que el computador que le fue asignado no es usado libre y exclusivamente por estos, es decir que existe una limitación en su uso o que este es de uso compartido o masivo de los trabajadores, no generándose por ende una relación de uso personal de este, haciendo vulnerable consecuentemente las comunicaciones, archivos, etc.

Pregunta Nº 08

Su empleador puede acceder libremente al computador que le fue asignado

Pregunta Nº 08Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	55	55%
NO	10	10%
NO SABE	35	35%



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Elaboración: Propia

En razón de la grafica precedente, se evidencia que el 55% de la población encuestada señala que su empleador si puede acceder libremente al computador que le fue asignado, es decir que se presenta una manifiesta transgresión al derecho a la intimidad del trabajador, toda vez que el empleador puede revisar cuando y cuantas veces desee el computador y por ende los archivos y en general toda la información que el trabajador tenga en este, sin que exista una comunicación o un previo consentimiento frente a ello.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

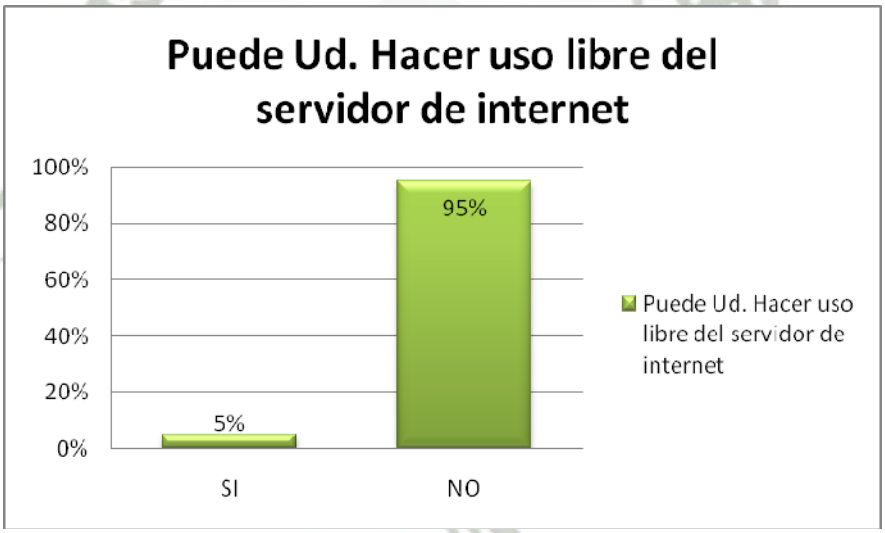
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Del mismo modo tenemos que un 35% no menos importante de los trabajadores señala que desconoce si es que su empleador puede o no acceder libremente al computador asignado, es decir dicho porcentaje denota el alto nivel de inseguridad que existe respecto al control indebido que pueda ser efectuado por parte de su empleador. Finalmente únicamente un 10 % indico que su computador no era accesado por su empleador.

Pregunta Nº 09

Puede Ud. Hacer uso libre del servidor de internet?

Pregunta Nº 09 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	5	5%
NO	95	95%



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Elaboración: Propia

Respecto a esta interrogante tenemos que un 95% de los trabajadores encuestados refirió que NO puede hacer uso libre del servidor de internet que es brindado en la empresa en la que labora.

Un 5% refirió que si hacía uso libre del servidor de internet brindado por la empresa, gozando de libre albedrio para administrar el servidor de internet y accesar a diferentes

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

páginas, porcentaje que sin embargo constituye una evidencia del mínimo nivel de tolerancia y libertad en el ejercicio de las prestaciones laborales, así como de la situación laboral del control desproporcional que ejercen los empleadores, toda vez que la mayoría de los trabajadores encuestados es manifiestamente sujeto pasivo de vulneración a su derecho a la intimidad.

Pregunta Nº 10

De ser negativa la rpta. Señale si existe algún tipo de restricción o programa que limite dicho uso de navegación virtual

Pregunta Nº 10 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	90	90%
NO	5	5%
NO SABE	5	5%

Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Elaboración: Propia

De la gráfica precedente tenemos que, ante la interrogante sobre la existencia de algún tipo de restricción o programa que limite el uso de navegación virtual, un 90% manifestó que SI, denotando la existencia de algún tipo de software que limita o restringe dicho acceso a diversas páginas, es decir que se encuentra restringido por el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

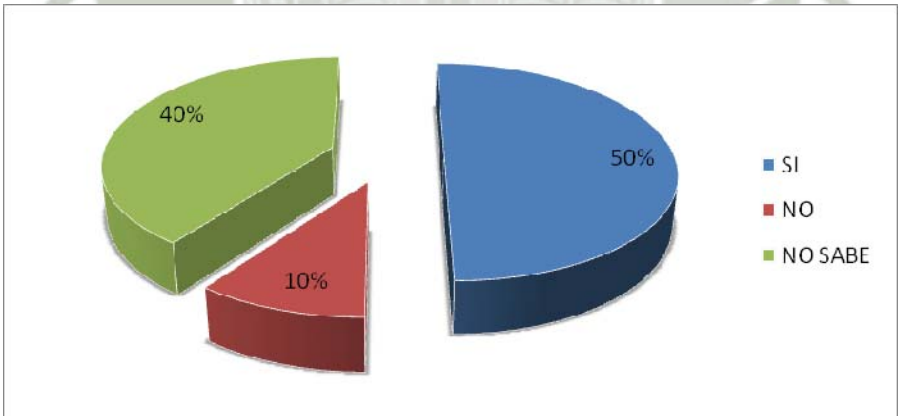
poder de vigilancia y control de su empleador; fiscalización y restricción que tendría que efectuarse con una previa expresión de causa y con el consentimiento del trabajador, todo ello con el objeto de proteger una probable vulneración a su intimidad.

Por otra parte un 5% manifiesta desconocer la existencia de algún tipo de restricción o programa que límite el uso de navegación virtual, sin embargo dicho desconocimiento no significaría la no existencia de dicho control. Finalmente únicamente un 5% aseveró la no existencia de ningún control que límite el uso de navegación virtual.

Pregunta Nº 11

Tiene conocimiento si existe algún filtro informático que registra el uso del ordenador o que tenga acceso y conocimiento de los sitios web accesados desde su computador

Pregunta Nº 11 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	50	50%
NO	10	10%
NO SABE	40	40%



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Elaboración: Propia

Tenemos que un 50% de los trabajadores encuestados señala que SI existe un filtro informático que registra el uso del ordenador y que asimismo tiene acceso y conocimiento de los sitios web accesados desde su computador y de las acciones que se

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

efectúan en este; situación que evidenciaría una deliberada intromisión en la intimidad del trabajador, puesto que a través de dicha limitación informática el empleador puede tener acceso a los archivos así como la información de éstos, sin ningún tipo de consentimiento ni expresión de causa previa.

Un 40% señala que NO SABE si existe algún filtro informático que registra el uso del ordenador o que tenga acceso y conocimiento de los sitios web accesados desde su computador, situación que denota la indefensión en la que se encuentran los trabajadores toda vez que dicho desconocimiento no significaría la no existencia de dicho control, por lo que no tienen la plena seguridad de que su información , archivos, etc. que puedan tener, realizar, recibir o enviar por medio de dicho computador no sean interceptados, controlados, etc., por su empleador.

Un 10 % únicamente refiere la No existencia de ningún filtro de control, mínimo porcentaje, que denota la poca protección al derecho a la intimidad que otorga el empleador a sus trabajadores en las diversas empresas de nuestra localidad, puesto que dicho porcentaje corresponde únicamente a 1 de las 10 empresas que fueron encuestadas.

Pregunta Nº 12

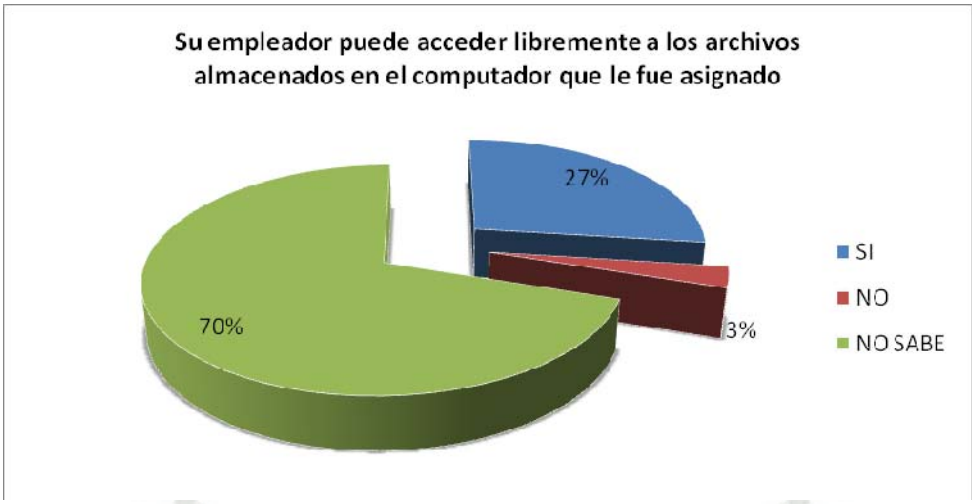
Su empleador puede acceder libremente a los archivos almacenados en el computador que le fue asignado?

Pregunta Nº 12 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	27	27%
NO	3	3%
NO SABE	70	70%

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Elaboración: Propia

De la gráfica precedente, ante la interrogante sobre si su empleador puede acceder libremente a los archivos almacenados en el computador que le fue asignado, un 70% señalo que NO SABE, porcentaje que denota la gran inseguridad y el alto grado de vulnerabilidad que el derecho a la intimidad de éstos posee, puesto que no cuentan con la completa seguridad de que sus archivos no serán manipulados, revisados, etc. por su empleador o no.

Ahora bien un 27 % señala que su empleador SI puede acceder libremente a los archivos almacenados en el computador que le fue asignado, situación que constituye una manifiesta transgresión a su derecho a la intimidad ante el uso deliberado por parte del empleador de su facultad de control y fiscalización, hecho que refleja la aplicación indebida del “criterio de razonabilidad” que establece la ley para el ejercicio de dicho poder de dirección.

Finalmente únicamente un 3 % señalo que su empleador no podía acceder a los archivos almacenados en el computador que le fue asignado, es decir que solo 3 personas podían aseverar que efectivamente que los archivos que tienen en dicho computador n son manipulados de ninguna forma.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

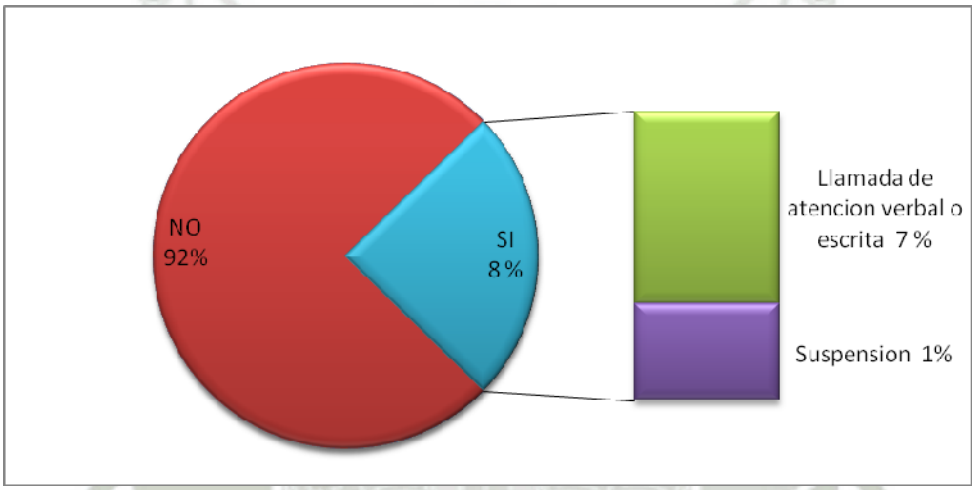
REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Pregunta Nº 13

Tiene conocimiento sobre algún caso en el que algún trabajador de la empresa donde labora, haya sido sancionado o despedido por el uso inadecuado del servicio de internet o del computador que le fue otorgado?

Pregunta Nº 13 Respuesta Obtenida		Nº de Personas	Porcentaje
NO		92	92%
SI	Llamada de atención verbal o escrita	7	8%
	Suspensión	1	



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Elaboración: Propia

De la grafica precedente se desprende que un 8% manifiesta tener conocimiento sobre algún caso en el que algún trabajador de la empresa donde labora, ha sido sancionado por el uso inadecuado del servicio de internet o del computador que le fue otorgado, así tenemos que un 7% de este porcentaje señala que dicha sanción fue una llamada de atención verbal o escrita y un 1% refiere que la sanción aplicada fue la suspensión del trabajador de sus labores por un día.

Por otro lado un 92 % de los trabajadores encuestados señala el desconocimiento sobre algún caso en el que se haya producido una sanción a algún compañero por el uso inadecuado del servicio de internet o del computador, sin embargo dicha situación no denota que no exista o no haya existido alguna situación respecto a esta, por el contrario denota la aceptación tácita por parte de los trabajadores de que al ser el empleador el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

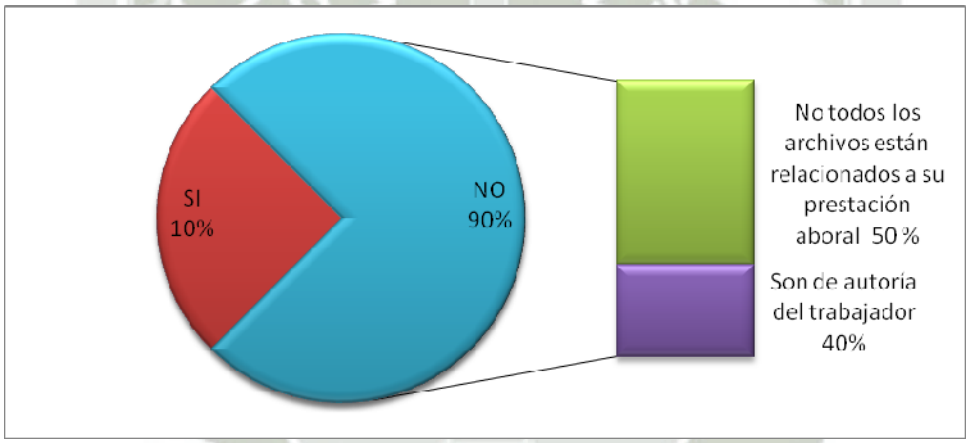
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

dueño del soporte virtual por consiguiente tendría capacidades omnipotentes para poder incidir en su intimidad ya sea directa o indirectamente.

Pregunta Nº 14

Considera ud. Que los archivos que se encuentran almacenados en las unidades informáticas de la empresa, le pertenecen exclusiva y excluyente al empleador

Pregunta Nº 14 Respuesta Obtenida		Nº de Personas	%
SI	Estánrelacionadas a su prestación laboral	10	10%
NO	No todos los archivos están relacionados a su prestación laboral	50	90%
	Son de autoría del trabajador	40	



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Elaboración: Propia

Respecto a esta interrogante tenemos que un 90% de los trabajadores encuestados señalan que los archivos que se encuentran almacenados en las unidades informáticas de la empresa, NO le pertenecen exclusiva y excluyente al empleador, señalando en general dos causales que se encuentran enmarcadas en: Un 50% manifiesta que no todos los archivos están relacionado a su prestación laboral, y un 40% refiere que son de autoría del propio trabajador; por consiguiente por ambas razones es que el empleador no podría disponer, acceder, copiar, etc., dichos archivos por ser de propiedad de los trabajadores; además de que la realización de las acciones descritas constituirían una manifiesta transgresión a su derecho al intimidad.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

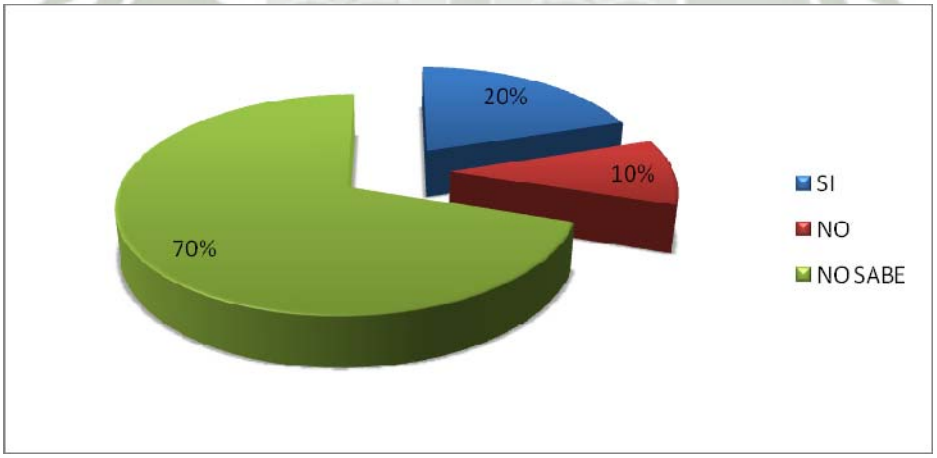
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Finalmente un 10% refieren que SI los archivos que se encuentran almacenados en las unidades informáticas de la empresa, le pertenecen exclusiva y excluyente al empleador por estar relacionadas a su prestación laboral, situación que constituiría una indirecta renuncia a sus derechos y en este caso a su derecho constitucional a la intimidad.

Pregunta Nº 15

Existe algún reglamento o normativa interna en la empresa donde labora, que establezca las pautas para el uso tanto del ordenador como del servicio de internet que este posee

Pregunta Nº 15 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	20	20%
NO	10	10%
NO SABE	70	70%



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Elaboración: Propia

Del grafico precedente se deprende que un 70% de los trabajadores encuestados señala que, NO SABER si existe algún reglamento o normativa interna que establezca las pautas para el uso tanto del ordenador como del servicio de internet que este posee, en

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

la empresa donde labora; porcentaje que refleja una realidad latente en nuestra ciudad pero también en nuestro país, en la que no existe una adecuada reglamentación a una herramienta tecnológica de trabajo que es indispensable para la realización de sus prestaciones laborales; generando en consecuencia un desconocimiento y una indefensión al trabajador toda vez que este asume que el accionar de empleador sea correcto o no, es normal y se encuentra dentro del marco de su poder de dirección y de su facultad de fiscalización; pero que sin embargo no es así.

Asimismo un 10% señala que NO existe ningún tipo de normativa, porcentaje que sumado al anterior denota y se deriva del vacío legal existente en nuestra legislación en la que no establece cual debería ser la protección y el tratamiento de utilización de dicha herramienta tecnológica.

Un 20% refiere que si tienen una normativa interna que establece la limitación y las pautas de uso tanto del ordenador como del servicio de internet que este posee, porcentaje que debería ser mayor y de esta forma otorgar una protección y garantía a los trabajadores en el ejercicio de sus funciones sin transgredir su derecho constitucional a la intimidad del que goza como ciudadano.

CONTROL AUDIOVISUAL

Pregunta Nº 16

Tiene conocimiento de la existencia de cámaras de videovigilancia en su centro laboral

Pregunta Nº 16 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	95	95%
NO	5	5%

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

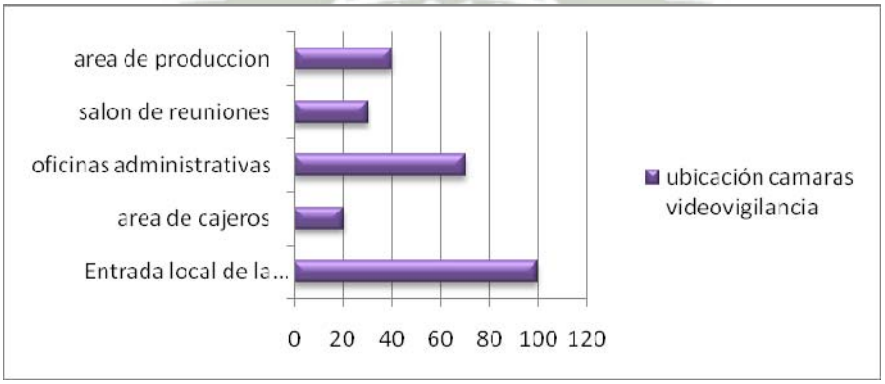
Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Elaboración: Propia

De acuerdo a los datos obtenidos tenemos que, un 95% de la población encuestada tiene conocimiento de la existencia de cámaras de videovigilancia en su centro laboral, situación que manifiesta el alto control por medio audiovisuales a los que son sometidos dichos trabajadores, constituyendo una medida normal entre las empresas ya sea como medio de vigilancia o de protección, etc.; asimismo dicho porcentaje señala el número de trabajadores pasivos a que puedan producirse alguna situación en la que se pueda exceder dicho control y vulnerar su intimidad.

Únicamente un 5% de los trabajadores encuestados señal que no tiene conocimiento de la existencia de cámaras de video vigilancia en su centro laboral, situación que sin embargo no significaría la no existencia de dicho control.

Pregunta Nº 17

Si la respuesta es SI, señale si conoce la ubicación de estas:



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Elaboración: Propia

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

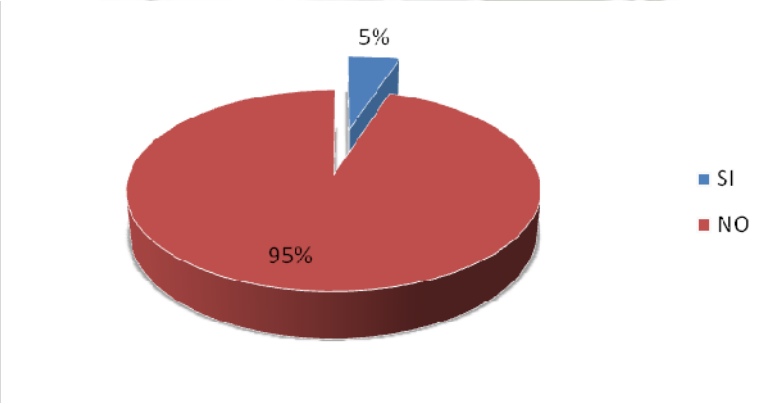
Del grafico precedente en correspondencia a lo señalado en la pregunta anterior tenemos que del 95% de los trabajadores encuestados que refirieron tener conocimiento de la existencia de cámara de videovigilancia manifestaron que sobre la ubicación de estas en: 40 señalaron que se encontraban en la área de producción, 30 señalaron que se encontraban en el salón de reuniones, 70 señalaron que se encontraban en el área de las oficinas administrativas, 20 en el área de cajeros o atención al público y 100 que se encontraban en la entrada del local de la empresa.

Es decir como puede desprenderse que la ubicación de la mayoría de dichas cámara de video vigilancia son en las áreas donde dichos trabajadores desempeñan sus funciones laborales, situación que denota que estos estarían bajo un control directo de su empleador y por lo tanto podrían ser objeto de la transgresión a su derecho a la intimidad.

Pregunta Nº 18

Tiene conocimiento sobre la existencia o uso de micrófonos o algún mecanismo de control de audiovisual en su centro de trabajo

Pregunta Nº 18Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	5	5%
NO	95	95%



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Elaboración: Propia

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

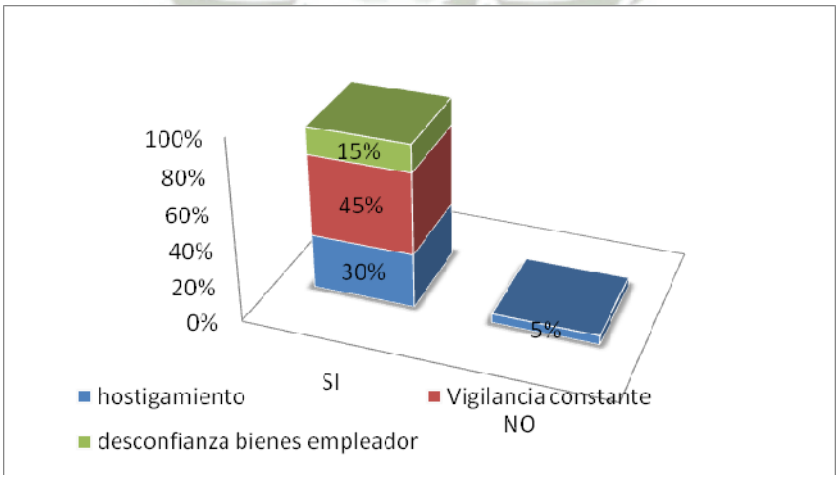
Respecto a la interrogante precedente sobre si los trabajadores tienen conocimiento sobre la existencia o uso de micrófonos o algún mecanismo de control de audiovisual en su centro de trabajo, se tiene que un 95% señalo que NO tenían conocimiento, sin embargo dicha situación no significaría la existencia de estos medio de control audiovisuales, toda vez que al ser éste de menor tamaño hace imperceptible su ubicación.

Ahora bien un reducido 5% de dichos trabajadores encuestados refirió, SI tener conocimiento sobre la existencia o uso de micrófonos o algún mecanismo de control de audiovisual en su centro de trabajo, porcentaje que aunque mínimo constituiría una manifiesta transgresión a su derecho a la intimidad a su derecho al secreto de sus comunicaciones.

Pregunta Nº 19

Considera que la ubicación de alguna de estas cámaras de videovigilancia podría vulnerar su derecho a la intimidad

Pregunta Nº 19 Respuesta Obtenida		Nº de Personas	Porcentaje
NO		5	5%
SI	Hostigamiento	30	95%
	Vigilancia constante	45	
	Desconfianza bienes empleador	15	



Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

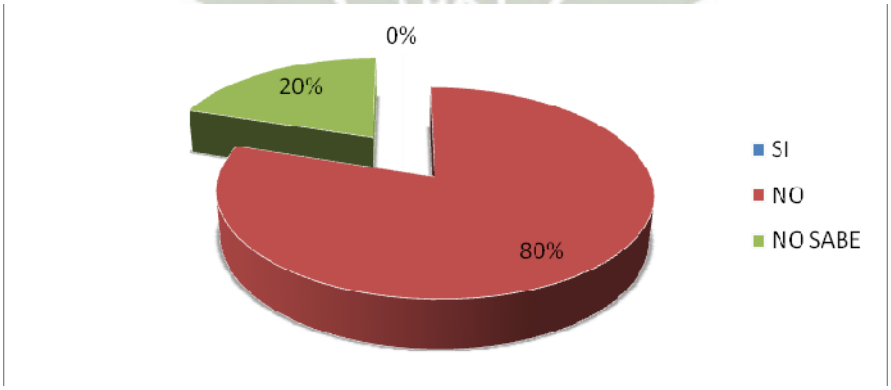
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

De la gráfica precedente se desprende que 95% señalo que SI considera que la ubicación de alguna de estas cámaras de video vigilancia podrían vulnerar su derecho a la intimidad, porcentaje se encuentra dividido en: un 30% de los trabajadores refirió que dicho acto constituye un hostigamiento por parte de su empleador; un 45% refiere que este transgrede su intimidad porque constituye una vigilancia constante; y un 15% señalo que dicho accionar es el reflejo de la desconfianza existente por el empleador respecto de sus bienes. Es decir dicha situación refleja el sentir de los trabajadores que se ven expuestos al control y vigilancia de sus empleadores sin ninguna regulación o limitación que pueda proteger dicha vulneración a su derecho constitucional a la intimidad, quedando únicamente al criterio de razonabilidad del empleador el nivel de dicha incidencia.Finalmente un 5% de los empleadores señaló que la ubicación de alguna de estas cámaras de videovigilancia NO vulnera su derecho a la intimidad.

Pregunta Nº 20

En el momento de la suscripción de su contrato observo alguna clausula en la que se establece su aceptación y toma en conocimiento a la vigilancia empresarial a la que sería objeto

Pregunta Nº 20 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	0	0%
NO	80	80%
NO SABE	20	20%



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓNElaboración: Propia

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

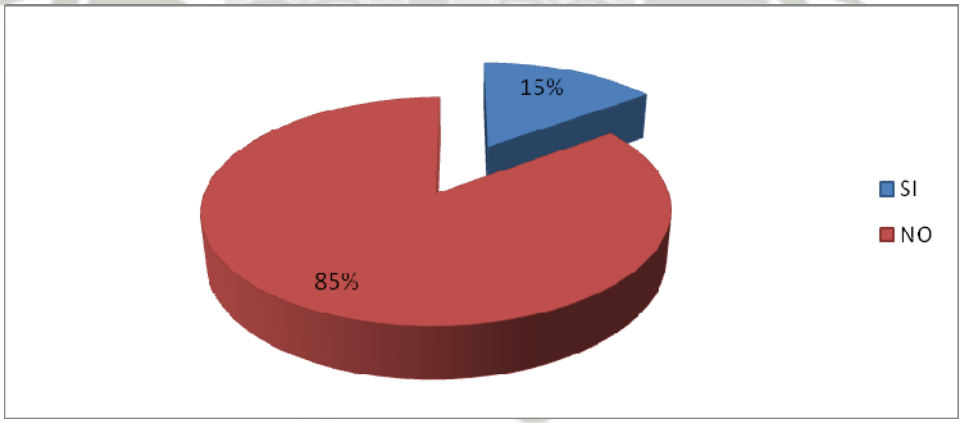
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

De la gráfica precedente se desprende que un 80% de los trabajadores encuestadosseñala que en el momento de la suscripción de su contrato NO observóninguna cláusula en la que se establece su aceptación y toma en conocimiento a la vigilancia empresarial a la que sería objeto en su centro laboral; es decir que el control que se viene efectuando por parte de su empleador es realizado sin expresión de causa y sin ninguna reglamentación que pueda regular y evitar la transgresión a su derecho a la intimidad. Del mismo modo un 20% refirió que no tenía conocimiento de la existencia de alguna cláusula en la que se pone a conocimiento sobre la vigilancia empresarial a la que es objeto.

Pregunta Nº 21

Considera Ud. Que el control audiovisual que es efectuado en su empresa es practicado con una intensidad o exhaustividad razonable

Pregunta Nº 21 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	15	15%
NO	85	85%



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓNElaboración: Propia

De los trabajadores encuestados tenemos que un 85% manifestó que considera que el control audiovisual que es efectuado en su empresa, NO espracticado con una intensidad o exhaustividad razonable; situación que denota la transgresión directa a su derecho a la intimidad, toda vez que al efectuarse dicho control y la fiscalización de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

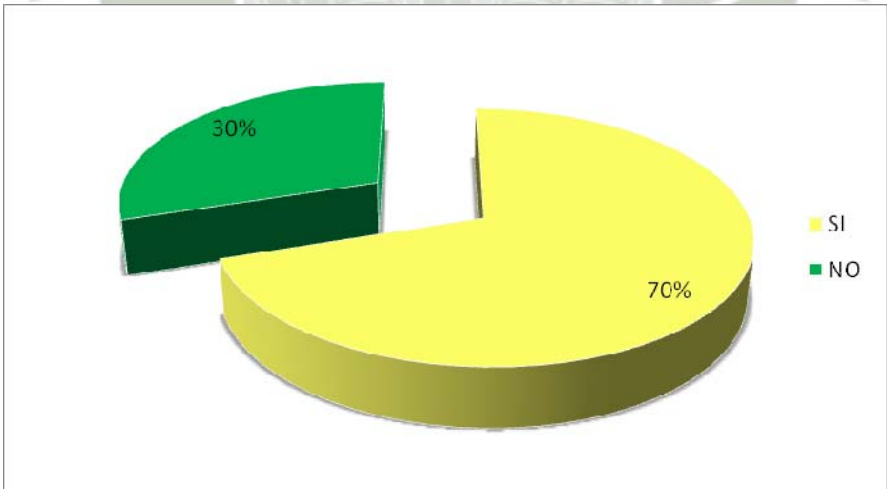
forma inadecuada, limita el desenvolvimiento normal de los trabajadores en el desarrollo de sus labores, así comotambién como su normal comportamiento como persona, puesto que se encuentra constantemente observado; y en segundo lugar constituye una transgresión al no haberse señalado la expresión de causa y el objeto que persigue dicha vigilancia audiovisual; realidad que refleja el libre albedrio por el cual actúa el empleador sin respetar los criterios generales de razonabilidad.

Un 15% de los trabajadores encuestados refirieron que consideran que dicho control audiovisual si es practicado con una intensidad razonable y por consiguiente no habría según su opinión ningún riesgo latente de que se transgreda su intimidad.

Pregunta Nº 22

Cree Ud. Que dicho control audiovisual existente limita su desenvolvimiento autónomo de su personalidad o su desempeño laboral

Pregunta Nº 22 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	70	70%
NO	30	30%



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓNElaboración: Propia

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

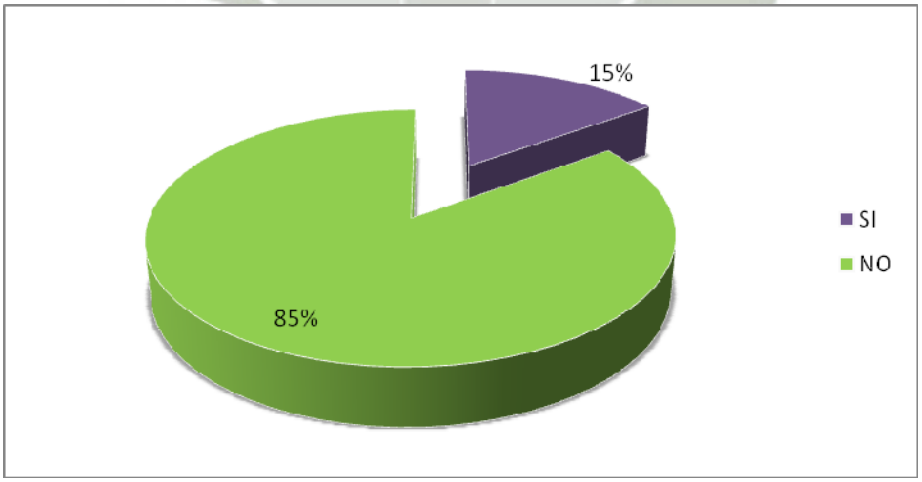
Del grafico precedente se desprende que un 70% de los trabajadores encuestados considera que dicho control audiovisual existente limita su desenvolvimiento autónomo de su personalidad o su desempeño laboral, al sentirse constantemente vigilados y observados, con el temor o la incertidumbre de que sus empleadores puedan tomar conocimiento de alguna cosa, situación, comentario, etc., que pertenezca a su esfera personal; una realidad latente en la mayoría de la empresas de nuestra región y de nuestro país, pero que sin embargo viene siendo disfrazada como un acto normal y propio al ejercicio de la facultad de fiscalización del empleador.

Ahora bien un 30% de los trabajadores, considera que elcontrol audiovisual existente en su centro de trabajo NO limita el desenvolvimiento autónomo de su personalidad o su desempeño laboral.

Pregunta Nº 23

Conoce Ud. Algún caso en el que se haya hecho uso inadecuado de las imágenes o conversaciones obtenidas mediante dichas cámaras de videovigilancia

Pregunta Nº 23 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	15	15%
NO	85	85%



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓNElaboración: Propia

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Ante la interrogante planteada tenemos que un 85% de la población encuestada señaló NO conocer sobre la existencia de algún caso en el que se haya hecho uso inadecuado de las imágenes o conversaciones obtenidas mediante dichas cámaras de videovigilancia, situación que denotaría un aspecto indirecto de protección a los datos, etc. de los trabajadores, que son obtenidos a través del control audiovisual efectuado.

Sin embargo un 15% de los trabajadores encuestado refirió que SI conocían algún caso en el que se efectuó un uso inadecuado de las imágenes o conversaciones obtenidas mediante la videovigilancia ejercida en su centro laboral, porcentaje que no es alto, pero que sin embargo evidencia la falta de protección y regulación que limite la aplicación de dicho control a través de la videovigilancia, toda vez que estos deben cumplir con el objeto que fueron instalados que en muchos casos es la protección del patrimonio del empleador y no ser utilizados indebidamente.

INTERCEPTACION TELEFONICA

Pregunta Nº 24

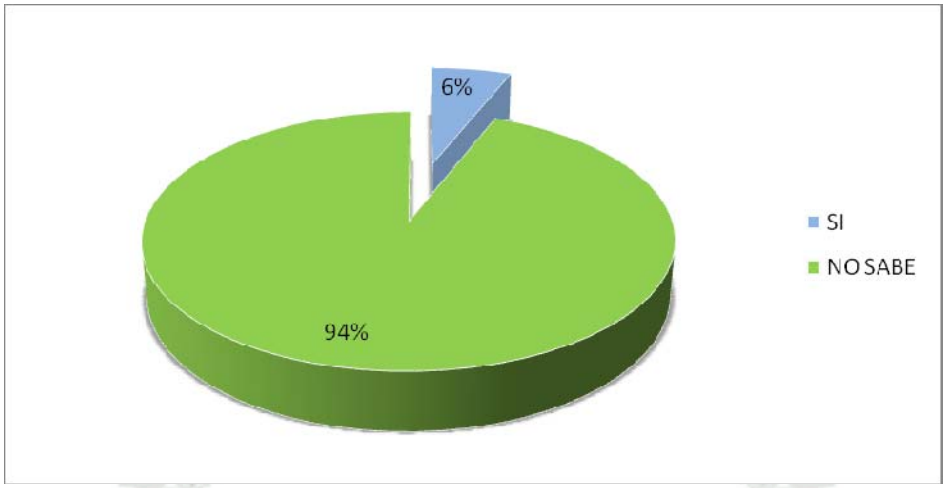
Tiene conocimiento sobre la existencia de algún tipo de interceptación o intervención telefónica por parte de su empleador en las comunicaciones vía telefónica que ud. Realiza

Pregunta Nº 24 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	6	6%
NO SABE	94	94%

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓNElaboración: Propia

De la grafica precedente tenemos que, un 94% de los trabajadores señaló que desconoce si tenían conocimiento sobre la existencia de algún tipo de interceptación o intervención en las comunicaciones vía telefónica que realizaban, por parte de su empleador, hecho que sin embargo no asegura la no existencia de dicho control telefónico, sino el desconocimiento de su existencia por parte de los trabajadores únicamente.

Un 6% de los trabajadores señaló que Si tenían conocimiento sobre la existencia de algún tipo de control o interceptación de sus comunicaciones telefónicas efectuadas, es decir que se viene produciendo una manifiesta transgresión a su derecho a la intimidad, hecho que debería ser sancionado pero que sin embargo es tomado como un accionar normal dentro del poder de dirección que tiene el empleador.

Pregunta Nº 25

En caso de ser positiva la pregunta anterior, señale si Ud. Dio su consentimiento ya sea de manera oral y escrita para dicha interceptación

Pregunta Nº 25 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	0	0%
NO	6	6%

Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓNElaboración: Propia

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

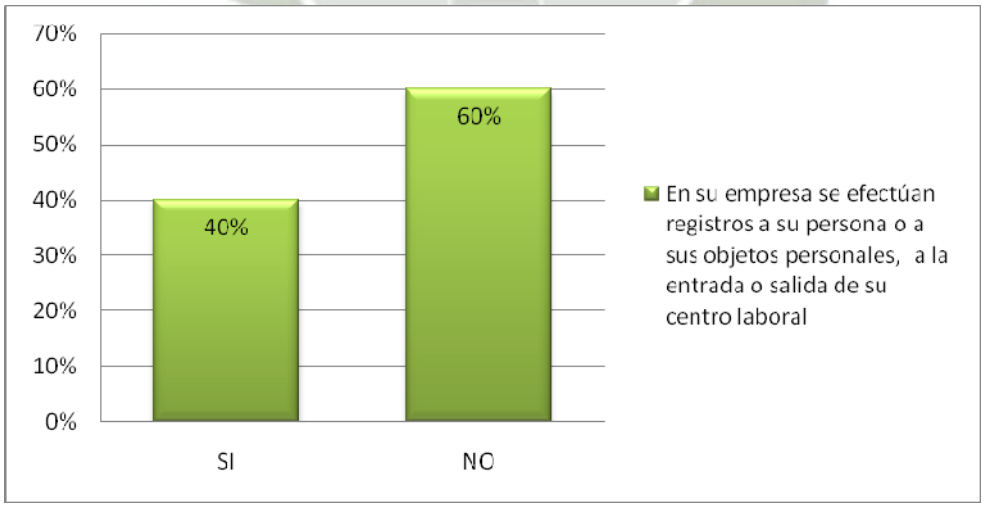
Así tenemos que del 6% de trabajadores que señalo SI tener conocimiento, el total de este manifestó que NO dio su consentimiento ya sea de manera oral y escrita para dicha interceptación, es decir que este se viene efectuando de manera ilegal, situación que debería ser debidamente regulada en el ámbito laboral, toda vez que como sabes que la interceptación de las comunicaciones constituye un acto ilícito, pero que sin embargo se ve disfrazado en lo laboral bajo la facultad de fiscalización que el empleador tiene sobre el trabajador.

REGISTRO PERSONAL

Pregunta Nº 26

En su empresa se efectúan registros a su persona o a sus objetos personales, a la entrada o salida de su centro laboral

Pregunta Nº 26 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	40	40%
NO	60	60 %



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓNElaboración: Propia

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

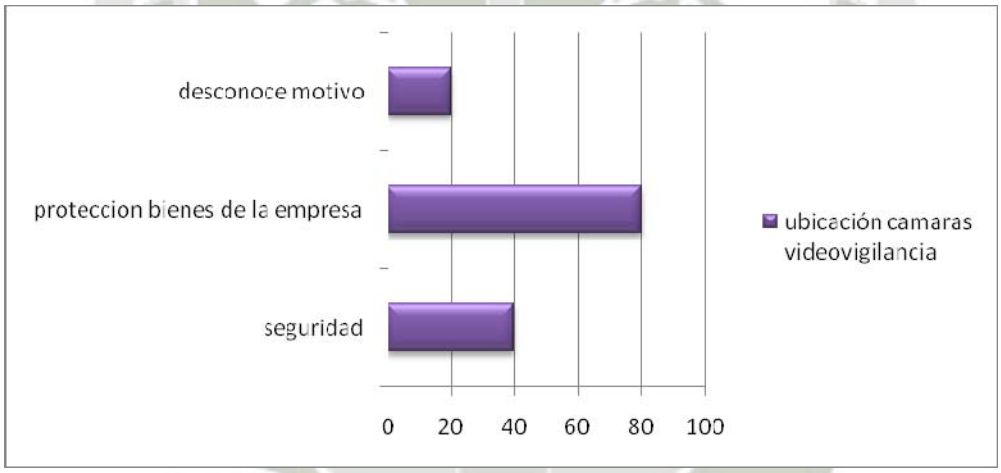
REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Respecto al Registro Personal tenemos que, un 60% manifestó que no se efectúan registros a su persona o a sus objetos personales en su centro laboral; por otra parte u 40% de los trabajadores señalo que SI se realizan registros a su persona y a sus objetos personales indistintamente en la entrada o la salida de su centro laboral; hecho para el cual debe de existir una comunicación previa, expresando la causa o el objeto que persigue dicha revisión personal; así como también debería de existir una regulación frente a ellos que permita su realización velando por la no transgresión del derecho ala intimidad del trabajador.

Pregunta Nº 27

En caso de ser positiva la rpta., Señale cual es la razón que justifica dicha revisión



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓNElaboración: Propia

Ahora bien en concordancia con la pregunta anterior, se tiene que del porcentaje de trabajadores que respondieron afirmativamente frente a la realización de registros personales y de sus objetos en su centro de trabajo, expresaron que según éstos dicho registro se efectuaba: 80 cree que es realizado con el objeto de proteger los bienes materiales de la empresa, un 40 señalo que puede ser un tema de seguridady finalmente 20 desconocen el motivo por el cual se efectúa; situación que debe ser debidamente regulada para evitar alguna arbitrariedad que pueda producirse en contra de los derechos de los trabajadores.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Pregunta Nº 28

En caso de ser positiva; Señale si se cuenta con la asistencia de un representante legal de los trabajadores que de una garantía para la no violación de su dignidad o intimidad

Pregunta Nº 28 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	0	0%
NO	40	100%

Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓNElaboración: Propia

En relación a la pregunta anterior tenemos que del 40% que señaló que si se efectuaba un registro personal en su empresa, el total de dicho porcentaje manifestó que NO se cuenta con la asistencia de un representante legal de los trabajadores que de una garantía para la no violación de su dignidad o intimidad, cuando se produce dicho registro, situación que efectivamente es el reflejo de la indefensión de la que son víctimas los trabajadores, puesto que no existe la seguridad jurídica que garantice que no se transgreda el derecho constitucional a la intimidad al realizarse

Pregunta Nº 29

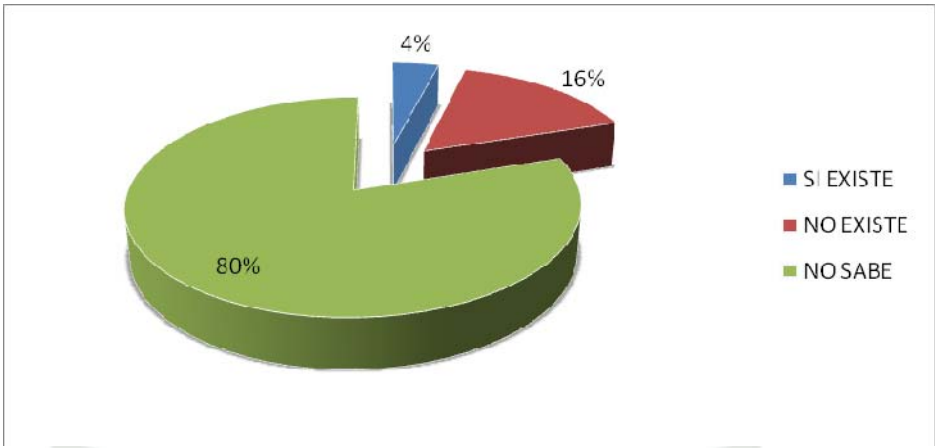
Tiene conocimiento sobre la existencia de algún tipo de sanción ante la posible renuencia de algún trabajador a dicho registro

Pregunta Nº 29Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI EXISTE	4	4%
NO EXISTE	16	16%
NO SABE	80	80%

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓNElaboración: Propia

De la grafica precedente se tiene que, de la interrogante efectuada un 80% de los trabajadores encuestados señala No tener conocimiento sobre la existencia de algún tipo de sanción ante la posible renuencia de algún trabajador a dicho registro; situación que denota la ausencia de real regulación o reglamentación para la realización de dicho registro, generando indefensión respecto a la protección y la no transgresión de sus derechos.

Asimismo un 16%de los trabajadores refirió que No existe ninguna sanción la posible renuencia de algún trabajador al registro; y finalmente un 4% señaló que SI existe sanción frente a la posible renuencia de algún trabajador al registro; resultados que implicarían por ende que dicho tipo de control empresarial sea efectuado con una reglamentación y expresión de causa previas y de conocimiento de los trabajadores.

Pregunta Nº 30

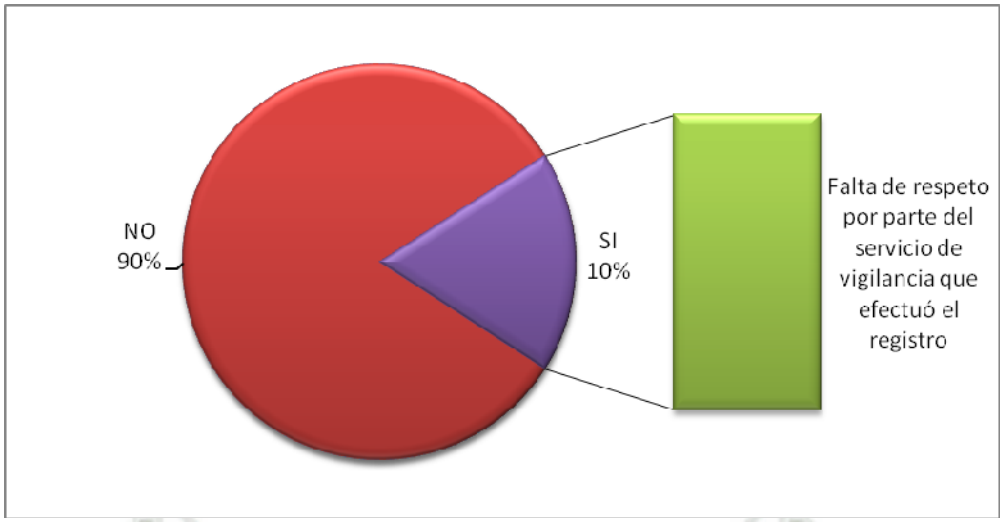
Conoce algún caso en el que haya existido violencia o abuso en dicho registro

Pregunta Nº 30	Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	Falta de respeto por parte del servicio de vigilancia que efectuó el registro	5	10%
NO		35	90%

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓNElaboración: Propia

En concordancia con la pregunta Nº 26, se tiene que del universo conformado por el 40% de trabajadores encuestados que señalaron que si se efectuaba el registro personal y de sus pertenencias; ante la interrogante sobre si conoce algún caso en el que haya existido violencia o abuso en dicho registro, un 10% manifestó que SI, especificando dicho registro en una "Falta de respeto por parte del servicio de vigilancia que efectuó el registro"; hecho que a todas luces es el reflejo de la ausencia de reglamentación de dicho registro toda vez que a través de dicha falta de respeto se está transgrediendo el derecho a la intimidad de los trabajadores de manera directa.

Finalmente un 90% (35 personas) refirieron no tener conocimiento de algún caso en el que haya existido violencia o abuso en dicho registro; sin embargo dicho desconocimiento no implicaría la no existencia de dicho abuso.

Pregunta Nº 31

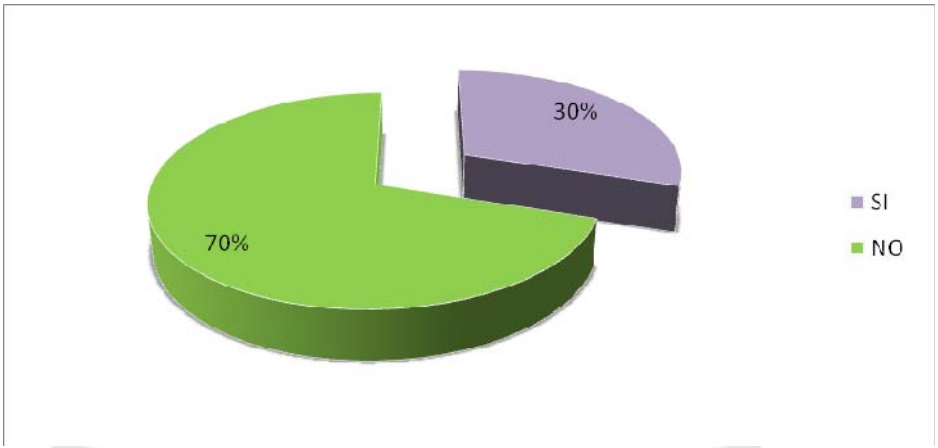
En su empresa existe sometimiento a detectores de metales, scanner o aparatos similares a la entrada o salida del centro laboral

Pregunta Nº 31 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	30	30%
NO	70	70%

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Elaboración: Propia

Respecto a dicha interrogante un 70% de los trabajadores encuestados manifestó que No existe sometimiento a detectores de metales, scanner o aparatos similares a la entrada o salida del centro laboral.

Ahora bien un 30% de dichos trabajadores señalo que SI existe sometimiento a detectores de metales, scanner o aparatos similares a la entrada o salida del centro laboral; porcentaje que podría estar expuesto a algún tipo de transgresión ya sea de manera directa o indirecta a su derecho a la intimidad, de no existir reglamentación que la limite y regule.

REGISTRO DE DATOS

Pregunta Nº 32

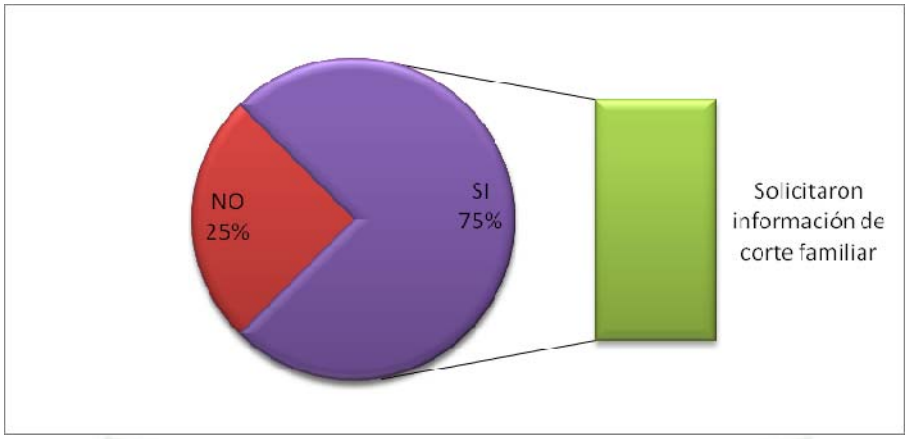
Respecto a la información y datos que le fueron solicitados al momento de solicitar el puesto de trabajo o para la suscripción de su contrato, considera que alguno de ellos incidía en su intimidad personal.

Pregunta Nº 32 Respuesta Obtenida		Nº de Personas	Porcentaje
SI	Solicitaron información de corte familiar	75	75%
NO		25	25%

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓNElaboración: Propia

De la gráfica precedente se deriva que respecto a la información y datos que le fueron solicitados al momento de solicitar el puesto de trabajo o para la suscripción de su contrato, un 75% de los trabajadores encuestados considera que alguno de ellos incidía en su intimidad personal, refiriendo que la información que solicitaron era de corte familiar; hecho que indudablemente transgrede su esfera íntima puesto que dicha información no incidiría en el otorgamiento ni en el desarrollo del puesto del trabajo que ostentan.

Ahora bien un 25% de los trabajadores manifestaron que No consideran que respecto de a la información y datos que le fueron solicitados al momento de solicitar el puesto de trabajo o para la suscripción de su contrato incidía en su intimidad personal.

Pregunta Nº 33

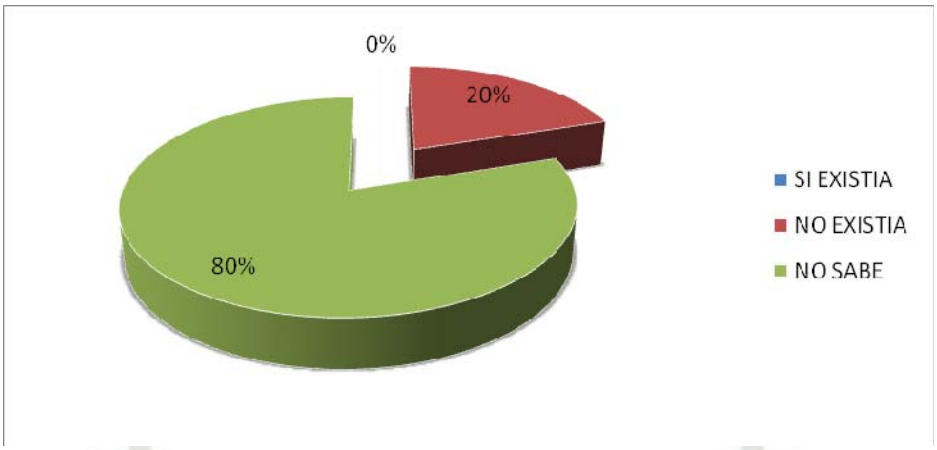
Al momento de suscribir su contrato existía o tomo conocimiento sobre una clausula a través de la cual se otorgue el consentimiento sobre el recogido y/o tratamiento de los datos personales

Pregunta Nº 33 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI EXISTIA	0	0%
NO EXISTIA	20	20%
NO SABE	80	80%

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓNElaboración: Propia

De la gráfica precedente tenemos que un 80% de los trabajadores encuestados señala que, desconoce sial momento de suscribir su contrato existía alguna clausula a través de la cual se otorgue el consentimiento sobre el recogido y/o tratamiento de los datos personales, y un 20% refirió que No existía clausula algunaa través de la cual se otorgue el consentimiento sobre el recogido y/o tratamiento de los datos personales al momento de suscribir su contrato; situación que denota la indefensión a las que son víctimas dichos trabajadores, puesto que se incide en su esfera privada e íntima, sin mediar conocimiento ni consentimiento para el recojo y tratamiento de dichos datos personales.

Debiendo indicar que nadie refirió sobre la existencia de clausula alguna que busque comunicar o el consentimiento de los trabajadores.

Pregunta Nº 34

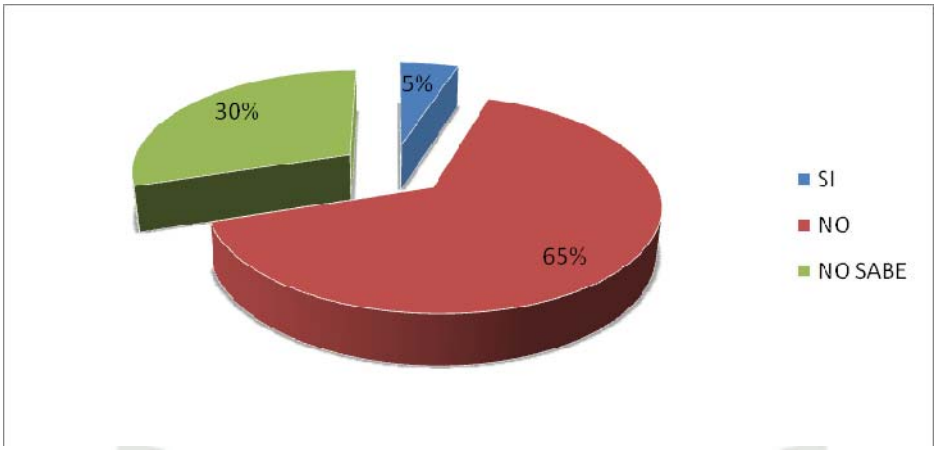
Respecto a los datos personales que fueron brindados al empleador Ud. Dio o Firmo algún consentimiento respecto al modo y los fines en los que se utilizaran

Pregunta Nº 34 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	5	5%
NO	65	75%
NO SABE	30	30

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓNElaboración: Propia

De la gráfica, tenemos que respecto a los datos personales que fueron brindados al empleador un 65% señalo, que desconoce si dio o Firmo algún consentimiento respecto al modo y los fines en los que se utilizaran; hecho que manifiestamente transgrede su derecho a la intimidad toda vez que debe existir algún consentimiento de por medio para la utilización de dichos datos que constituyen parte de su intimidad; por otra parte un 30% refiere que desconoce si firmo o no autorización alguna, hecho que denota asimismo indefensión al no tener conocimiento de si autorizo o no la utilización de sus datos personales brindados.

Finalmente un 5% refirió que si firmo algún consentimiento respecto al modo y los fines en los que se utilizaran a los datos personales que fueron brindados al empleador; situación que debería ser global.

Pregunta Nº 35

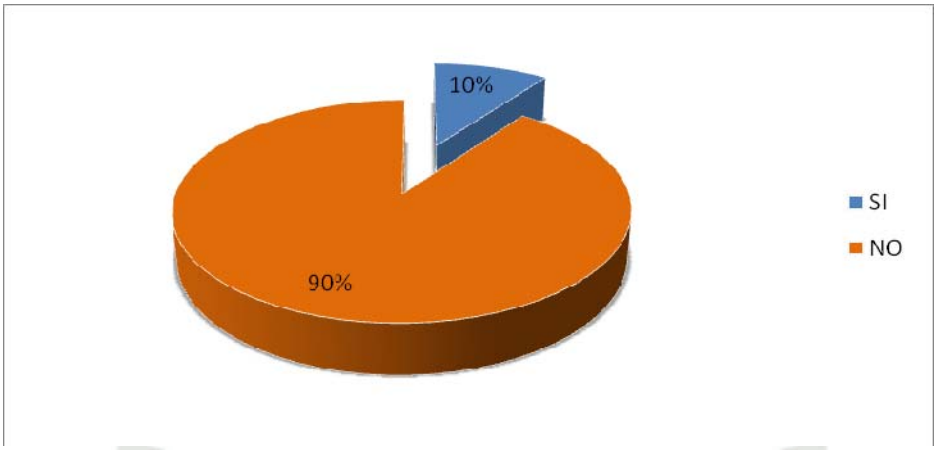
Sabe que es la Autodeterminación Informativa o Derecho a la Protección de Datos Personales

Pregunta Nº 35 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
NO	90	90%
SI	10	10%

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓNElaboración: Propia

Respecto a la gráfica precedente que un 90% de los trabajadores encuestados desconoce que es la Autodeterminación Informativa o Derecho a la Protección de Datos Personales, situación que deriva en que estos no sepan cual es el tratamiento que debe seguirse con estos así como cuál es el límite que debe tener el empleador respecto a su acopio y/o utilización al incidir estos de manera directa en su derecho a la intimidad.

Ahora bien únicamente un 10% refirió si conocer que es la Autodeterminación Informativa o Derecho a la Protección de Datos Personales, porcentaje que debería ser mayor dado la importancia de dicha regulación.

Pregunta Nº 36

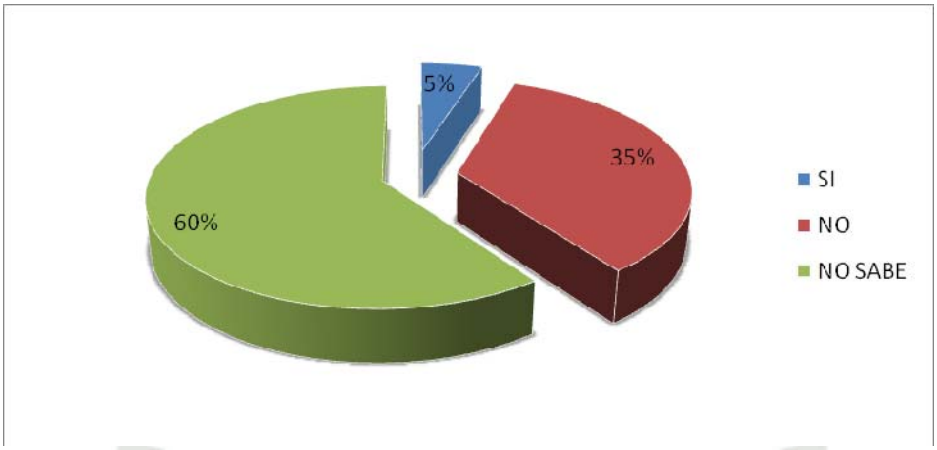
Respecto a la conservación de los datos que fueron brindados a la empresa donde labora, ¿estos son de libre acceso y conocimiento de los trabajadores?

Pregunta Nº 34 Respuesta Obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
SI	5	5%
NO	35	35%
NO SABE	60	60

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Elaboración: Propia

En relación a la interrogante precedente tenemos que un 60% de los trabajadores encuestados manifestó que desconoce si los datos que fueron brindados a la empresa donde labora, son de libre acceso y conocimiento de los trabajadores, hecho manifiesto que indefensión toda vez que al ser estos datos de la esfera íntima del trabajador deben tener un manejo especial y reservado, puesto que se convierten en sujetos pasivos de abuso a su derecho a la intimidad.Ahora bien un 5% refiere que Si son de libre acceso y conocimiento de los trabajadores, situación que denota la manifiesta transgresión a su derecho a la intimidad puesto que estos son de carácter personal y deber ser celosamente archivados o conservados.

Finalmente un 35% señalo que No, que dicho datos no son de libre acceso y conocimiento de los trabajadores, porcentaje que debería ser global en todos los trabajadores, garantizando la transgresión de su derecho constitucional.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

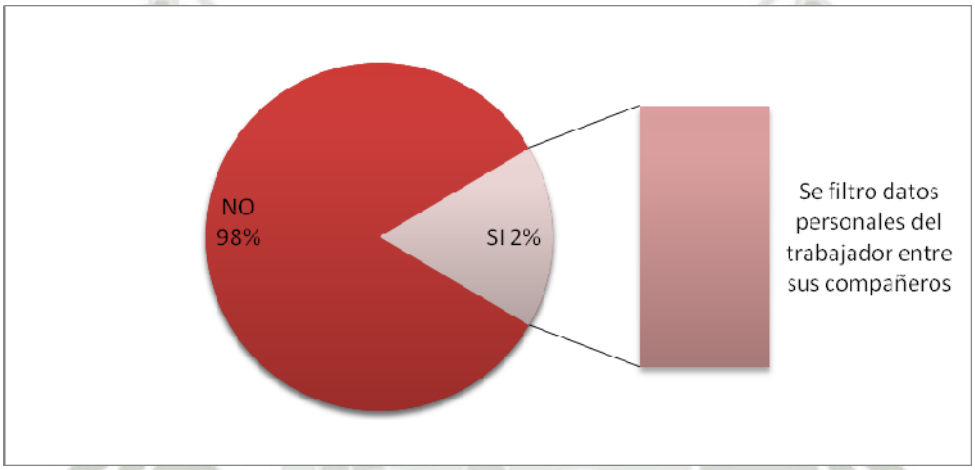
REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Pregunta Nº 37

Tiene conocimiento sobre algún caso en el que se haya realizado un mal uso de los datos e información personal que fue brindada a la empresa donde labora?

Pregunta Nº 37 Respuesta Obtenida		Nº de Personas	Porcentaje
SI	Se filtro datos personales del trabajador entre sus compañeros	2	2%
NO		98	98%



Fuente: TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Elaboración: Propia

Del grafico precedente tenemos que un 2% señalo que SI tenía conocimiento sobre algún caso en el que se haya realizado un mal uso de los datos e información personal que fue brindada a la empresa donde labora, manifestando que en dichos casos se filtro datos personales del trabajador entre sus compañeros; hecho que constituye una manifiesta trasgresión a sus derecho a la intimidad, sobre el cual el trabajador hubiera podido ejercer alguna acción con el objeto de que el perjuicio que haya sido ocasionado por esto sea resarcido.

Un 98% manifestó que NO tenía conocimiento sobre algún caso en el que se haya realizado un mal uso de los datos e información personal que fue brindada a la empresa donde labora.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3. ANALISIS RESULTADOS ENTREVISTA

La técnica fue definida por la ventaja que proporciona en la obtención de información de manera directa por parte del entrevistado hacia el investigador, esta técnica permitió estimular a los sujetos entrevistados para que profundicen en sus experiencias.

Se han realizado entrevistas a:

A. Jueces Especializados de los Juzgados de Trabajo de la Corte Superior de Arequipa

B. Abogados especialistas de la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo

C. Profesionales Destacados con conocimiento en relación al objeto de estudio.

Los formularios correspondientes a las entrevistas realizadas, se presentan adjuntos en anexos.

ENTREVISTA

Dr. FREDDY TALAVERA NEYRA- JUEZ DEL 2º JUZGADO DE TRABAJO

Dra. CLARA GIL GUEVARA- JUEZA DEL 7ª JUZGADO DE TRABAJO

- **En un conflicto de intereses respecto a la pre valencia de la protección de un derecho constitucional o el acatamiento del poder de dirección del empleador. ¿Cual debería prevalecer?**

Dichos jueces señalaron que al ser derechos de diferentes naturalezas, la facultad de dirección deviene del contrato de trabajo, por lo tanto se encuentra limitado por los Derechos fundamentales. Por consiguiente resulta Importante determinar que acciones colisionan con el derecho fundamental.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

- **Según su opinión ¿Cuáles deberían ser las pautas o criterios que permitan la materialización del Poder de Control y Vigilancia, sin el atentado a los derechos fundamentales?**

Dichos jueces señalaron que el limite a establecerse seria la Razonabilidad, ya que lo Razonable es lo Lógico y aceptado por los demás.
El Ejercicio de la facultad dentro del desempeño de las labores dentro del horario de trabajo, el hecho de controlar el desempeño no se estaría atentando la intimidad.

USO DE CAMARAS DE VIDEOVIGILANCIA

- **¿Considera Ud. Que debería ser necesario el consentimiento expreso de los trabajos para la vigilancia directa sobre la prestación laboral? (Teniendo en cuenta que la anuencia a la supervisión empresarial del trabajo va implícita a la propia aceptación del contrato).**

Dichos jueces señalaron que la instalación de cámaras de videovigilancia en Áreas laborales no serían necesario el consentimiento, debiendo por el contrario existir autorización cuando se encuentren ubicadas en lugares que no sean eminentemente del trabajo.

- **En su criterio considera necesaria que la instalación de las cámaras de video vigilancia sea previamente conocida por los trabajadores así como la ubicación de estos.**

Dichos jueces señalaron que Si resultaría necesario la existencia de conocimiento de los trabajadores de la ubicación de cámaras, pero estarían condicionadas a la actividad que realiza por buena fe, el empleador debe advertir de la ubicación de dichas instalaciones. La Grabación de seguridad solo debe efectuarse del ámbito de la empresa debiendo posteriormente desecharse, no uso indiscriminado en cuanto a la relación laboral.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

- **La audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones tanto de los propios trabajadores como de los clientes. En su opinión ¿constituiría un atentado al Derecho a la Intimidad?**

Dichos jueces señalaron que No porque estas dentro de la jornada de trabajo, sin embargo el trabajador deber tener conocimiento de que va a ser grabado.

- **Respecto a los datos obtenidos mediante videocámaras ¿cómo deberían regularse?**

Dichos jueces señalaron que el empleador debe expresar o comunicar al trabajador la finalidad del control audiovisual, puesto que si los datos obtenidos por dichos medios audiovisuales se van a utilizar con otra finalidad si debe ser informado.

- **Respecto al Juicio de Idoneidad/ Necesidad y Proporcionalidad ¿Considera Ud. Que Dicha ponderación judicial puede suponer una puerta abierta a discutibles jerarquizaciones de valores o un criterio puramente subjetivista?**

Dichos jueces señalaron que:
RAZONABLE—Las normas para todos
PONDERACIÓN- Manera de garantizar que se pueda controlar pero sin trasgredir el derecho de los trabajadores.

HERRAMIENTAS INFORMÁTICAS

- **Uso de las herramientas informáticas por parte del trabajador justifica la intromisión por parte del empleador**

Dichos jueces señalaron que cuando las herramientas son para el desempeño de las labores, si podría el empleado controlar.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

- **El derecho a la propiedad que le asiste al empleador sobre sus herramientas tecnológicas justificaría el derecho a controlar indiscriminadamente al trabajador.**

Solo temas de trabajo- no personales, el empleador esta en su derecho para vigilar.
Si se puede verificar la justificación del control laboral OK. Sometes correo personal a la posibilidad de ser controlado por el empleador.

- **Sabemos que los equipos informáticos constituyen una herramienta de trabajo, por lo que en aplicación de buena fe, los trabajadores deben abstenerse de usarlas con fines personales. ¿Sería legítimo que el empleador aspire a constatar efectivamente que la herramienta de trabajo sea utilizada solo con fines laborales, sin el conocimiento del trabajador?**

No se trasgrede a la intimidad porque es un servidor del empleador.
Trabajador que utiliza los bienes para fines diferentes se está arriesgando a una sanción.
No se podría alegar el tema de la intimidad si en el centro de trabajo utilizas bienes y en el horario de trabajo para otras cosas.

- **Considera Ud. Que la notificación al trabajador del control efectuado es una condición sine qua non para romper la expectativa de intimidad que pueda tener la persona (trabajador)**

CONTROL DEL TRABAJADOR- Consentimiento discutible/n o sería legítimo, debería existir una autorización de por medio a menos de que exista un pacto anterior en el que diga de que el empleador puede acceder al computador (desde el inicio del contrato). Si no existe consentimiento se daría trasgresión del derecho a intimidad

- **Que tratamiento Considera Ud. Que deben seguir Los archivos señalados como personales por el trabajador cuando los mismos han sido almacenados en unidades informáticas que son de la empresa.**

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Debe establecerse que está prohibido tener documentos personales y cuando inmediatamente tenga estos en el computador dejan de ser personales, tendrá que ser regulado previamente en un reglamento, si no existe reglamentación deberá actuarse de Buena fé

REGISTROS PERSONALES

- **El registro personal o de los objetos personales constituiría una transgresión al Derecho a la Intimidad de los trabajadores**

- Fundamentado en una causal objetiva con la autorización de los trabajadores
- Reglamentación
- Implementarse algún tipo de garantía
- Registro en un lugar público

En caso de los Casilleros, deberá existir una autorización del trabajador porque si se atentaría contra la intimidad

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ENTREVISTA

DR. FELIPE YUCA HUARICALLO – 1º JUZGADO DE TRABAJO

DR. EDGARD CARHUAPOMA GRANDA- JUZGADO TRANSITORIO DE TRABAJO

- **¿Cuántos años lleva ejerciendo la actividad jurisdiccional y /o carrera profesional de derecho?**

Dichos magistrados señalaron que tienen experiencia de 4 y 3 años respectivamente

- **En un conflicto de intereses respecto a la pre valencia de la protección de un derecho constitucional o el acatamiento del poder de dirección del empleador. ¿Cual debería prevalecer?**

Dichos magistrados señalaron que Derecho a la Intimidad por encima del Poder de Dirección es una potestad otorgado por el contrato de trabajo, la intimidad es un derecho fundamental

- **¿Considera que en pleno ejercicio de Poder de control y Vigilancia respecto de la verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales, puede vulnerarse el derecho a la intimidad de los trabajadores?**

Dichos magistrados señalaron que Si, por que el trabajador está pensando en que lo están vigilando y su producción no va ser eficiente, vigilar excesivamente afecta su intimidad.

- **Según su opinión ¿Cuáles deberían ser las pautas o criterios que permitan la materialización del Poder de Control y Vigilancia, sin el atentado a los derechos fundamentales?**

Dichos magistrados señalaron que Si deben existir criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad para dar garantía y prohibir ciertos actos que pueden resultar en actos de hostigamiento

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

USO DE CAMARAS DE VIDEOVIGILANCIA

- **¿Considera Ud. Que debería ser necesario el consentimiento expreso de los trabajos para la vigilancia directa sobre la prestación laboral? (Teniendo en cuenta que la anuencia a la supervisión empresarial del trabajo va implícita a la propia aceptación del contrato).**

Dichos magistrados señalaron que Si debe existir consentimiento pero lamentablemente, es forzado si no hay consentimiento porque si va a grabarse es necesario que conozca la ubicación de no ser así se estaría violando el derechos a la intimidad.

- **En su criterio considera necesaria que la instalación de las cámaras de video vigilancia sea previamente conocida por los trabajadores así como la ubicación de estos.**

Dichos magistrados señalaron que si limita el desarrollo normal de la persona, si se atentaría la intimidad pero no necesariamente porque las personas si tendrían conocimiento por medio de las cámaras de algún hecho personal del trabajador si se estaría vulnerando su intimidad.

- **La audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones tanto de los propios trabajadores como de los clientes. En su opinión ¿constituiría un atentado al Derecho a la Intimidad?**

Dichos magistrados señalaron que si, por que constituye información reservadas no puede tener acceso cualquier persona porque sino en todo caso se estaría violando el derecho a la intimidad.

- **Respecto al Juicio de Idoneidad/ Necesidad y Proporcionalidad ¿Considera Ud. Que Dicha ponderación judicial puede suponer una puerta abierta a discutibles jerarquizaciones de valores o un criterio puramente subjetivista?**

MEDIDA IDONEA—La existencia de bancos se sepa que se esta filmando de esta forma toma conocimiento que lo están grabando, advirtiendo

RAZONABLE—Todos no solo el empleador cuando el trabajador no lo considera asi puede accionar judicialmente o establecer un horario de grabación

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Medida idónea—concertada entre los trabajadores y empleadores no unilateralmente, deberá estar establecida en el RIT porque sino sería arbitrario.

HERREMIENTAS INFORMÁTICAS

- **Uso de las herramientas informáticas por parte del trabajador justifica la intromisión por parte del empleador**

No porque el acceder y controlar de manera indirecta, si se estaría transgrediendo el derecho a la intimidad.

- **El derecho a la propiedad que le asiste al empleador sobre sus herramientas tecnológicas justificaría el derecho a controlar indiscriminadamente al trabajador.**

No debería, el empleador porque contiene datos personales solo se podría mostrar si el trabajador lo permite ,al ser una herramienta de trabajo es un medio para que yo haga mi trabajo pero toda la información es mía, si quieren al información tendría que solicitar la herramienta se devuelve la información NO.

- **Sabemos que los equipos informáticos constituyen una herramienta de trabajo, por lo que en aplicación de buena fe, los trabajadores deben abstenerse de usarlas con fines personales. ¿Sería legítimo que el empleador aspire a constatar efectivamente que la herramienta de trabajo sea utilizada solo con fines laborales, sin el conocimiento del trabajador?**

No es legítimo la constatación sin el consentimiento debe existir el consentimiento del trabajador. Cuando existe alguna clausula en el contrato, un consentimiento sería ilegal porque le estaría haciendo firmar sobre una situación que todavía no ha transcurrido.

- **Que tratamiento Considera Ud. Que deben seguir Los archivos señalados como personales por el trabajador cuando los mismos han sido almacenados en unidades informáticas que son de la empresa.**

Si habrá transgresión porque si debe existir una autorización del propio trabajador o del juez para realizar ello en caso exista alguna irregularidad.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

REGISTROS PERSONALES

- **El registro personal o de los objetos personales constituiría una transgresión al Derecho a la Intimidad de los trabajadores**

La forma para proceder como se realizaría, control o registro pero sin transgredir su derecho a la intimidad. En el caso de casilleros si es atentado RIT procedimiento.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

CONCLUSIONES

Primera: Teniendo en consideración que en nuestro país no se ha establecido aun la normatividad correspondiente, destinada al establecimiento de un equilibrio adecuado respecto del poder de dirección que es ejercitado por el empleador en toda relación laboral frente al trabajador, y el derecho a la intimidad de éste; se ha podido evidenciar que la forma y el modo del ejercicio de dicho poder desplegado en su facultad fiscalizadora y de control, que es desarrollada a través de la realización de acciones: como la manipulación del registro de datos personales del trabajador; así como el empleo de mecanismos informáticos y audiovisuales tales como, la colocación de cámaras de seguridad, el uso de micrófonos y teléfonos como medio de comunicación, la inspección de los correos electrónicos institucionales, el registro de ficheros y carpetas contenidos en computadores y servidores de la empresa, la conexión de internet, la revisión de objetos personales; constituye efectivamente una manifiesta transgresión al derecho fundamental a la intimidad del trabajador.

Segunda: Respecto al contenido del derecho a la intimidad dentro de la relación laboral, debemos considerar que en el marco de la relación contractual de trabajo, una de las partes desempeña potestativamente un servicio retribuido dentro del ámbito de organización y dirección de otra, en este sentido, debe tenerse en cuenta que el poder de dirección del empleador, atribuye al empresario la facultad de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales; facultad que debe respetar la dignidad del trabajador, es decir, el empresario no puede realizar intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo.

Tercera: El ejercicio del poder de dirección en su facultad de fiscalización no es ilimitado, no es absoluto ni puede ser arbitrario y por lo tanto, es que su ejercicio se encuentra supeditado al respeto del principio de razonabilidad, así

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

como el denominado principio de proporcionalidad e intervención mínima, el cual implica el cumplimiento de los tres requisitos siguientes: (i) juicio de idoneidad, si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, (ii) juicio de necesidad, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente (iii) juicio de proporcionalidad en sentido estricto, si es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Cuarta: El derecho a la intimidad no impide ni puede ser alegado para evitar el ejercicio de las facultades de vigilancia y control por parte del empleador, es decir este puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes cuando sea necesario para conseguir el fin legítimo de asegurar el cumplimiento de los deberes contractuales del trabajador.

Quinta: Como criterio general puede afirmarse que el interés empresarial merece tutela y protección, pero las medidas de control que pueda ejercer han de ser indispensables y estrictamente necesarias, de tal forma que si existen otras posibilidades de satisfacer ese interés que sean menos agresivas y afectantes a la dignidad y a la intimidad del trabajador, tendrá que emplear estas en detrimento de las que aparentemente sean efectivas, pero desproporcionadas para estos efectos.

Sexta: Actualmente existe un vacío jurídico respecto a la tutela de los derechos constitucionales del trabajador relativos a la intimidad y su dignidad en el uso de los medios informáticos que el empleador le brinda para el desarrollo de sus funciones laborales. Al respecto, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (STC 1058-2004-AATTC, FJ 19) ha precisado que resulta inobjetable que toda relación laboral supone, por un lado, para el trabajador el acatamiento de obligaciones; y, por otro lado, para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones. No obstante, ello no entraña que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En efecto precisa este colegiado constitucional el artículo 23° de la Constitución contempla expresamente que *"Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador"*. Así las cosas, 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.

Séptima: En nuestro país, el resguardo del derecho a la intimidad ha tenido un desarrollo frágil por la ausencia de una legislación adecuada que ha generado inseguridad en quienes operan con las nuevas tecnologías. Por ello, es necesario el otorgamiento de un marco jurídico en el ámbito legal a fin de posibilitar una efectiva protección de este derecho; puesto que el trabajador, tiene derecho a su intimidad y privacidad, reconocido constitucionalmente, tanto en el desempeño de operaciones profesionales como no profesionales, ya que el hecho de que el trabajador se encuentre en su lugar de trabajo, cumpliendo sus obligaciones, no significa que no le pertenezcan espacios de 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.

Octava: En la actualidad en nuestro país, la inserción de los derechos fundamentales en este caso de la intimidad, en la relación laboral se constituye en un escenario poco alentador , ya que por una parte, se busca establecer un soporte jurídico normativo constitucional, formado por una nueva concepción del ciudadano como portador de derechos fundamentales en sus diversas relaciones interpersonales, incluidas las laborales, con una legislación y una práctica laboral, pero que sin embargo está construida sobre un modelo de obediencia y fidelidad propia de una persona subordinada al poder y control de otro particular.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Novena: Por lo tanto, se trata de delinear el ejercicio del Poder de Control y Vigilancia del empleador de suerte que éste no implique la negación de los derechos fundamentales del trabajador sino que más bien coexista con ellos tanto en circunstancias típicas como a propósito del uso de las nuevas tecnologías en el ámbito de las relaciones laborales.

Para procurar la coexistencia antes mencionada no es preciso que el legislador haga un catálogo o una determinación taxativa sobre los distintos métodos que puede o no utilizar el empleador. En efecto, bastaría con que se establezcan las pautas generales con las que se ha de evaluar si la materialización del Poder de Control y Vigilancia del empleador devino o no en un exceso que atenta contra los derechos fundamentales del trabajador.

.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

SUGERENCIAS

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

PROYECTO DE LEY

LEY QUE REGULA LA INSTALACION DEL SISTEMA DE VIDEOVIGILANCIA EN EL CENTRO DE TRABAJO

ARTÍCULO 1º.– OBJETO DE LA LEY.

La presente ley regula la instalación y uso de sistema de captación de imágenes y sonidos de personas físicas, obtenidas bajo el ejercicio de la facultad de control y fiscalización del empleador, destinada a garantizar la no transgresión de los derechos fundamentales de los trabajadores debidamente reconocidos en nuestra constitución, por efecto del tratamiento indebido de la información derivada de las captaciones reguladas por esta ley.

Asimismo, esta norma establece específicamente el régimen de garantías de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos que habrá de respetarse ineludiblemente en las sucesivas fases de autorización, grabación y uso de las imágenes y sonidos obtenidos conjuntamente por las videocámaras.

ARTÍCULO 2º.– ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Las reglas establecidas en la presente ley son de aplicación a los sistemas de captación utilizados por el sector privado, con excepción de las que resulten, por su naturaleza, de estricta aplicación al ámbito público.

ARTÍCULO 3º. – DEFINICIONES.

A los fines de la presente ley se entiende por:

- **Sistemas de Captación:** Cámaras, videocámaras y cualquier otro medio técnico de captación o grabación de imágenes, o de imágenes y sonidos.
- **Tratamiento de Imágenes y Sonidos:** Toda técnica de grabación, captación, edición, transmisión, conservación, almacenamiento y demás actividades análogas que se apliquen respecto de imágenes y sonidos, incluida su reproducción o emisión en tiempo real y el tratamiento que resulte de los datos personales relacionados con aquellas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- **Responsable del Tratamiento:** Persona a cargo del área en la cual se realizan los tratamientos.
- **Datos personales.** Toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados.
- **Datos sensibles.** Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos, opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual.

ARTÍCULO 4º.– IMAGEN COMO DATO PERSONAL.

De conformidad a lo establecido en el Artículo 2 inciso 4 de Ley de protección de Datos, se considerará identificable una persona cuando su identidad pueda determinarse mediante Captación**,** Grabación**,** Transmisión**,** Conservación**,** Almacenamiento de imágenes, incluida su reproducción o emisión en tiempo real o a través del tratamiento que resulte de los datos personales relacionados con dichas imágenes, con independencia del tipo de soporte empleado (digital o analógico).

Por lo tanto, al ser la imagen de las personas un dato de carácter personal, se aplicará la Ley de protección de Datos, a la recogida y tratamiento de la citada imagen mediante el uso de sistemas de video vigilancia.

ARTÍCULO 5º.– PRINCIPIOS RECTORES PARA LA INSTALACIÓN DE SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA.

La videovigilancia debe ser una medida adecuada, pertinente y no excesiva en relación con la finalidad perseguida; por lo que la utilización de sistemas de captación debe regirse por los siguientes principios:

- ***Principio de idoneidad:*** si el tratamiento de datos personales a través de la video vigilancia constituye una medida susceptible de conseguir el objetivo que se pretende.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- ***Principio de necesidad:*** si los fines perseguidos pueden alcanzarse o no de una manera menos intrusiva, teniendo en cuenta la protección de los datos de carácter personal, debiendo argumentar el empleador si dicha medida es necesaria por no existir otra más moderada para la consecución de tal propósito con la misma eficacia.
- ***Principio de proporcionalidad:*** si la medida adoptada es proporcional resultando equilibrada en atención a la ponderación entre la finalidad perseguida y el grado de restricción del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, con expresa mención a si de la referida medida derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre la protección de datos.

ARTÍCULO 6º.– INSTALACIÓN DE SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA.

6.1. Con carácter previo a la instalación de un sistema de video vigilancia el empleador debe analizar si no es posible alcanzar el fin perseguido con la citada instalación, mediante la adopción de otros medios que sean menos intrusivos para la protección de datos de carácter personal. Esto supone aplicar en consecuencia el principio de proporcionalidad.

6.2. Sólo se considerará admisible la instalación de cámaras o videocámaras cuando la finalidad de vigilancia no pueda obtenerse mediante otros medios que, sin exigir esfuerzos desproporcionados, resulten menos intrusivos para la intimidad de las personas y para su derecho a la protección de datos de carácter personal.

ARTÍCULO 7º.– LÍMITES A LA INSTALACIÓN DE SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA.

7.1. La instalación de sistemas de captación será admitida siempre que se reconozca como límite infranqueable el respeto ineludible a los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos consagrados en nuestra Constitución Nacional, debiendo ponderarse para ello en cada caso particular, la relación existente entre la finalidad perseguida y la posible afectación de los derechos personalísimos, en especial a la imagen, a la voz y a la intimidad.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

7.2. Sólo se deben captar imágenes en los espacios indispensables para satisfacer las finalidades de control laboral. Se prohíbe la instalación y funcionamiento de sistemas para la captación de imágenes en todo lugar donde se pueda afectar la intimidad y privacidad de las personas, sean estos públicos o de acceso público, como también, en lugares privados de acceso público, salvo que medie autorización judicial expresa.

ARTÍCULO 8.– INFORME DE PROPORCIONALIDAD

8.1. El empleador debe poner en conocimiento de la autoridad administrativa laboral el sistema de control mediante cámaras de video.

8.2. Con carácter previo a la puesta en marcha del sistema de video vigilancia el empleador debe elaborar un informe, que debe hacer referencia a los siguientes puntos:

a. Órgano, organismo o entidad responsable: concreción de la persona responsable del registro, de las personas operadoras del sistema de video vigilancia, como también, en su caso, de la persona responsable de la instalación y de su mantenimiento.
b. Justificación de la legitimidad de la captación y de los tratamientos posteriores que se prevean: debe hacerse constar si se cuenta con el consentimiento de los afectados a efectos de legitimar el tratamiento de las imágenes y voces.
c. Justificación de la finalidad y de la proporcionalidad del sistema,
d. Datos personales tratados: hay que concretar si se registrará también la voz y si la finalidad conlleva, previsiblemente, la captación de imágenes que revelen datos personales especialmente protegidos u otros que exijan un nivel medio o alto de seguridad.
e. Ubicación y campo de visión de las cámaras: debe hacerse referencia a la ubicación y orientación de las cámaras.
f. Definición de las características del sistema.
g. Periodo por el que se instala el sistema y periodo de conservación de las imágenes.
h. Medidas previstas para evaluar los resultados del funcionamiento del sistema y la necesidad de su mantenimiento.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

i. Medidas de seguridad

ARTÍCULO 9º.– DERECHO DE INFORMACIÓN.

9.1. Se establece el deber del empresario, de efectuar la comunicación y consulta al sindicato o a los representantes de los trabajadores, sobre la adopción de medidas de control y fiscalización.

El sindicato o los representantes de los trabajadores tienen derecho a emitir un informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo.

9.2. Se recomienda que con el objeto de reforzar el principio de información, además de la comunicación a la representación sindical, se disponga de información referente a la existencia de un sistema de videovigilancia a través de la instalación de carteles gráficos que especifiquen, de manera clara y permanente, el emplazamiento en los lugares donde se encuentren ubicadas videocámaras, de forma que no dejen lugar a dudas el inicio y culminación de los sectores captados por los sistemas instalados.

ARTÍCULO 10º.– PROHIBICIONES DE USO

La instalación del Sistema de Videovigilancia deberá ser efectuado siguiendo los parámetros establecidos por la presente ley y en concordancia con las siguientes prohibiciones:

- Se encuentra prohibida la instalación del Sistema de Videovigilancia en espacios protegidos por el derecho a la intimidad, como pueden ser baños, aseos, Salas o zonas de descanso, para cambiarse la ropa en el trabajo, etc.
- Se encuentra prohibido el uso desviado de la información visual o acústica obtenida, excluyendo la licitud de la intrusión casual o “preterintencional” en cuestiones ajenas a la finalidad habilitante inicial;
- Obtener imágenes de espacios públicos. No obstante, podrían tomarse imágenes parciales y limitadas de vías públicas cuando resulte imprescindible para la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

finalidad de vigilancia que se pretende, o resulte imposible evitarlo por razón de la ubicación de aquéllas.

- Captación de imágenes para finalidad de marketing (por ejemplo, en un centro comercial usar las cámaras para conocer los hábitos de consumo y poder influir en las posibles ventas de productos).

ARTÍCULO 11.- Seguridad y Confidencialidad de la Información

El responsable del sistema de captación debe adoptar las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales que puedan derivar de la información tratada, de modo de evitar su adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizado, y que permitan detectar desviaciones, intencionales o no, de información, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado.

ARTÍCULO 12.– Deber de Secreto.

Toda persona que intervenga en cualquier fase del tratamiento de la información está obligada al secreto profesional. Tal obligación subsiste aún después de finalizada la relación jurídica a cuyo título intervino en el tratamiento, y se extiende además a cualquier persona que en razón del ejercicio de sus funciones o de un modo accidental tenga acceso a las imágenes, sonidos o datos obtenidos en virtud de las actividades reguladas en la presente ley.

ARTÍCULO 13.– LICITUD DATOS OBTENIDOS POR EL SISTEMA DE VIDEOVIGILANCIA

El tratamiento de imágenes y sonidos de personas físicas, obtenidas en lugares públicos o privados por parte del sector público será lícito cuando los sistemas que se utilicen, incluidos los de captación, cuenten con la autorización previa de la Autoridad correspondiente y se observen los principios establecidos por la presente ley, la Ley de protección de datos y las reglamentaciones que se dicten respecto de ellas.

La información obtenida tiene carácter absolutamente confidencial y la misma sólo podrá ser requerida por magistrados, fiscales o defensores, que se encuentren abocados a la investigación o al juzgamiento de causas judiciales.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ARTÍCULO 14º.– DESTRUCCIÓN DE LAS GRABACIONES.

14.1 Las grabaciones deben ser destruidas en el plazo de los treinta (30) días hábiles contados desde su captación.

14.2 No deben destruirse las grabaciones que estén relacionadas con infracciones penales o administrativas en materia de seguridad, con un procedimiento judicial o administrativo en curso.

EXPOSICION DE MOTIVOS

La introducción de las nuevas tecnologías, como muy gráficamente se ha afirmado, están reforzando el "ojo electrónico", haciéndolo penetrante, dominante y ubicuo. Hoy en día es común sentir la mirada de las cámaras de televisión en hipermercados, bancos, gasolineras y un sinfín de establecimientos comerciales, entidades privadas y administraciones públicas. Incluso en las calles y carreteras se encuentran instaladas numerosas cámaras de televisión que por razones de seguridad o vigilancia del tráfico siguen los movimientos de los viandantes.

El uso de cámaras de vigilancia laboral en las empresas es una práctica que despierta tanta simpatía entre los empleadores, como resistencia y rechazo entre los trabajadores, por ello es una cuestión sumamente polémica, en la cual colisionan los poderes empresariales con el derecho a la intimidad, vida privada y honra de los trabajadores.

Así, por razones de seguridad, su instalación es preceptiva, por ejemplo, en los bancos, cajas de ahorro y demás entidades de crédito, como medio de identificación de los autores de eventuales delitos contra las personas y contra la propiedad; por razones productivas, en aquellas empresas en las que los trabajadores desempeñen actividades que puedan resultar peligrosas (por ejemplo, fabricación de material explosivo); y, finalmente, como medida preventiva, en centros comerciales, al ser un medio disuasorio de comisión de hurtos y de identificación de los mismos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Es evidente que no existe en nuestra Constitución un enunciado que se refiera expresamente a estas captaciones audiovisuales, pero los derechos de los ciudadanos se encuentran constitucionalmente garantizados a través de toda una serie de normas y principios constitucionales, principalmente contamos con la protección que dispensan los derechos a la intimidad y a la propia imagen/voz, puede ocurrir incluso que esa intromisión venga acompañada de otra en el derecho al honor, también reconocido en este precepto.

Lo hasta aquí expuesto lleva a afirmar la necesidad de establecer una reglamentación del uso de videocámaras en el ambiente laboral, contemplando los diferentes intereses en juego.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

El proyecto de Ley no irroga gastos al Tesoro Público; por el contrario, su implementación pretende establecer un marco legal moderno y efectivo para regular el ejercicio del poder de dirección del empleador en su facultad de fiscalización y control a través de la instalación de un sistema de videovigilancia en el centro de trabajo, resguardando la no transgresión de los derechos constitucionales debidamente reconocidos de los que gozan los trabajadores, en concordancia con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, lo que contribuirá a prevenir y disminuir los conflictos laborales.

EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta legislativa no contraviene ni se opone a norma legal vigente porque tiene como finalidad establecer las reglas que solucionen el vacío legal existente y, de esta forma, servir como instrumento de prevención y resolución de conflictos laborales, al regular la implementación del sistema de videovigilancia en el centro de trabajo, para que no se vulnere indebidamente los derechos fundamentales de los trabajadores.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Proyecto de Ley

LEY QUE REGULA EL USO DE LOS MEDIOS INFORMATICOS PARA LA COMUNICACIÓN EN EL CENTRO DE TRABAJO

Artículo 1°.- Objeto de la Norma

El objeto de la presente ley es el de garantizar a los Empleadores y Trabajadores, un marco normativo de regulación sobre el uso de los medios informáticos para la comunicación provistos por el empleador en los centros laborales públicos y privados, con la finalidad de:

a) Garantizar su adecuada y eficiente utilización por parte de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad pública y privada

b) Establecer los límites y condiciones en el ejercicio de las facultades de control, fiscalización y sanción sobre dichos medios por parte del empleador, al amparo del poder de dirección

c) Cautelar los derechos constitucionales de intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos informáticos privados del trabajador;

d) Prevenir conflictos laborales.

Artículo 2°.- Definiciones Medio Informático para la comunicación en el Centro de Trabajo

Se entiende por medio informático para la comunicación en el centro de trabajo, a los instrumentos o herramientas de comunicación provistas por el empleador a sus trabajadores, mediante los cuales se le brindan facilidades técnicas orientadas a coadyuvar al eficiente desempeño de sus labores; entre los que se encuentran el acceso a los servicios de:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

a) Internet: para la búsqueda de información
b) Intranet: para compartir información en la red de computadoras de la entidad o empresa,
c) Extranet: para compartir información entre las computadoras de la red interna de la entidad o empresa con aquellas que están fuera de ella y que puedan pertenecer a otras redes,
d) Correo Electrónico: para las comunicaciones entre usuarios de la entidad o empresa, clientes o usuarios externos;
e) Redes sociales; para compartir información o establecer contacto con clientes o usuarios a través de redes de acceso público gratuito.
f) Otros medios análogos, que resulten necesarios para la labor de la entidad o empresa.

Artículo 3°.- Políticas de Uso de los Medios Informáticos

3.1. El uso eficiente y racional de los medios informáticos de comunicación serán determinados por el empleador, de acuerdo a las políticas de uso que establezca para el cumplimiento de las funciones del trabajador, las cuales deberán ser puestas en conocimiento de éste de manera previa a su otorgamiento, estableciendo con claridad los mecanismos de fiscalización, infracciones y sanciones, frente al inadecuado uso de los mismos.

3.2. Las políticas de uso podrán determinar los límites o restricciones en el empleo del medio informático asignado al trabajador. En tal caso, se delimitará si su uso se restringe a asuntos estrictamente laborales o, indistintamente, para uso laboral y personal; en cualquier situación, dicha condición debe ser informada explícitamente al trabajador en las políticas aprobadas por el empleador.

Artículo 4°.-Incorporación Políticas o directrices de uso de medios informáticos

4.1. El empleador deberá establecer las políticas de uso de los medios informáticos de la empresa, que podrán ser pactados en el contrato de trabajo, en los convenios colectivos o ser incorporadas en el Reglamento Interno de Trabajo, en directivas o memorandos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

internos, definiendo: Usos prohibidos y permitidos, Tipos de controles establecidos por parte del empresario, Características de los controles impuestos, etc.

4.2. Deberán ser notificadas de manera efectiva y fehaciente al trabajador previamente a la asignación de dichos medios informáticos; así pues, si aún así el trabajador utiliza los medios informáticos incumpliendo estas normas de uso, no puede entenderse como vulnerada ninguna expectativa de privacidad.

4.3. En caso el empleador no cuente con Reglamento Interno de Trabajo, las políticas de uso deberán ser entregadas a través de un documento impreso, dejando debida constancia de su recepción.

Artículo 5°.- Carácter Ilimitado del uso de Medios Informáticos

5.1. Con la finalidad de garantizar el uso adecuado de los medios informáticos de comunicación, el empleador puede establecer límites o restricciones para el acceso de determinadas paginas o portales web, servicios de mensajería instantánea, redes sociales o correos electrónicos, establecer filtros de contenido, límites de almacenamiento o restricciones de acceso o salida de las comunicaciones, entre otras; precisando los mecanismos así como las sanciones que correspondan por su infracción

5.2. En caso el empleador no cuente con políticas de uso de medios informáticos o no logré acreditar su recepción por parte del trabajador, se entenderá que el uso de los referidos medios tiene carácter ilimitado. En ningún caso, el carácter ilimitado supone un uso irracional o desproporcionado de los medios informáticos asignados al trabajador sino que su utilización principalmente debe destinarse a facilitar el mejor desempeño de sus funciones.

Artículo 6°.- Facultad de Control y Fiscalización

El empleador, al amparo de su poder de dirección, podrá ejercer medidas de control y fiscalización del uso de los medios informáticos otorgados al trabajador, a través de medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, cuya aplicación deberá ser de carácter general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador.

Dichos métodos deberán ser establecidos en las políticas de uso otorgadas al trabajador, y podrán contener mecanismos de control externo a las comunicaciones

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Artículo 7°.- Ejercicio de la Facultad de Control y Fiscalización

En este sentido, para el ejercicio de la facultad de control y fiscalización del empleador, será imprescindible constatar si las medidas adoptadas cumplen los siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Artículo 8°.- Límites de la Facultad de Control y Fiscalización

8.1. El empleador 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.

8.2. En ningún caso, las facultades de control o fiscalización del empleador suponen la interceptación la intervención o el acceso al contenido de las comunicaciones privadas enviadas o recibidas por el trabajador, salvo autorización judicial o autorización expresa del trabajador.

8.3. La protección a la inviolabilidad de las comunicaciones no significa una excepción en el cumplimiento de los deberes de reserva, lealtad, buena fe, respeto, entre otros deberes consustanciales a la relación laboral por parte de los trabajadores.

Artículo 9°.- Facultad de sanción

El uso inadecuado de los medios informáticos otorgados por el empleador será sancionado disciplinariamente, empleando criterios de proporcionalidad y razonabilidad. Asimismo, se podrá disponer el retiro temporal o permanente del recurso informático.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

EXPOSICION DE MOTIVOS

La internet, entendida como la red que permite la interconexión descentralizada de computadoras y aparatos con funciones similares, permitiendo la comunicación e intercambio de información que hoy en día es indispensable en la mayoría de los centros laborales.

En ese sentido, regular el uso de los correos electrónicos, las páginas y portales web, las redes sociales y la mensajería instantánea en los centros laborales resulta fundamental, a fin de garantizar la productividad y el buen uso de los recursos informáticos proporcionados por los empleadores, así como para no vulnerar derechos fundamentales de los trabajadores.

Actualmente existe un vacío jurídico respecto a la tutela de los derechos constitucionales del trabajador relativos a la intimidad, el secreto de las comunicaciones y su dignidad en el uso de los medios informáticos que el empleador le brinda para el desarrollo de sus funciones laborales. Asimismo, tampoco se encuentra regulado cuáles son los límites de la facultad de fiscalización y control del empleador respecto al trabajador en el uso de dichos medios informáticos.

Como se puede determinar hasta el momento, la presente propuesta responde al criterio del Tribunal Constitucional y a la necesidad de normar estas situaciones que protegen por un lado al empleador por el uso inadecuado de los medios informáticos que son brindados al trabajador para el cumplimiento de sus funciones, así como la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador.

Al respecto, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (STC 1058-2004-AATTC, FJ 19) ha precisado que resulta inobjetable que toda relación laboral supone, por un lado, para el trabajador el acatamiento de obligaciones; y, por otro lado, para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones. No obstante, ello no entraña que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En efecto precisa este colegiado constitucional el artículo 23° de la Constitución contempla expresamente que *"Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador"*. Así las cosas, 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.

Por lo expuesto, analizando un caso de fiscalización de medios informáticos por parte de un empleador hacia su trabajador, el máximo intérprete constitucional resolvió lo siguiente:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (STC 1058-2004-AA/TC, FJ 19) *"20) Queda claro, empero, 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 supuestos, es evidente que el empleador no solo puede, sino que debe, hacer uso de su poder fiscalizador e, incluso, disciplinario.* ***Sin embargo, en tales supuestos, 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.***

21) Lo que se plantea en el presente caso no es, sin embargo, que la empresa demandada no haya podido investigar un hecho que, a su juicio, consideraba reprochable, como lo es el uso de un instrumento informático para fines eminentemente personales, sino el procedimiento que ha utilizado a efectos de comprobar la presunta responsabilidad del trabajador investigado

En este contexto, es válido afirmar que cuando el empleador establezca los mecanismos de fiscalización y control de manera legítima y los informe debidamente al trabajador, no generando en este *ninguna* expectativa de secreto o confidencialidad sobre las

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

comunicaciones efectuadas a través de los recursos informáticos de la empresa (específicamente del e-mail laboral y el chat o mensajero interno), dichas comunicaciones no se encontrarán protegidas por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Por el contrario, cuando el empleador no comunique estos mecanismos, ni informe al trabajador acerca de la política empresarial de utilización de los recursos informáticos, o cuando autorice expresamente el uso de dichos medios para fines personales y garantice un secreto de las comunicaciones, las referidas comunicaciones sí se encontrarán protegidas por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. (Cfr. Voto Singular de ETO CRUZ recaído en la STC 0114-2011-PA/TC).

Al respecto, **PACHECO ZERGA** señala que *"cuando se trate de fiscalizar el contenido de una cuenta personal de correo electrónico del trabajador, se requiere su consentimiento expreso, porque no puede ser objeto de una cesión genérica. De no contar con ese consentimiento, el empleador deberá iniciar un procedimiento judicial para verificar el contenido del buzón. Y de no seguir este procedimiento, las pruebas que pueda obtener serán calificadas de ilegales y se notificará al fiscal ante los indicios de haberse cometido un delito, del cual se debe responder penalmente. (...) Por ello es posible establecer en el contrato de trabajo, en el convenio colectivo y en el reglamento de trabajo las medidas de control y vigilancia sobre los instrumentos informáticos y demás bienes entregados al trabajador para el cumplimiento de sus obligaciones. También es necesario acreditar el conocimiento y la aceptación del trabajador de esas medidas. La aceptación puede ser expresa o tácita, pero para efectos de prueba se recomienda que sea expresa…*

En la misma línea, **GAMARRA VILCHEZ** precisa que en la relación laboral, máxime en el caso del uso de los medios que el empleador brinda al trabajador para el ejercicio de sus funciones, la *"Buena Fe actúa como criterio de ponderación de los intereses enfrentados de las partes de una relación. En este caso, se trataría de un criterio de ponderación que resuelve el conflicto planteado a la luz de una determinada orientación valorativa. Y no es posible creer que la Buena Fe sea un principio ajeno a gran parte de un ordenamiento jurídico, sin dejar de señalar su particularidad para el*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Derecho Laboral. Está presente regulando materias como el matrimonio, obligaciones, posesión, transmisión de créditos, mandatos, depósitos, prescripciones, etc. y además, precisando que los derechos se ejercerán conforme a la Buena Fe."

Por estas razones, el **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL** en reiterada jurisprudencia (ver las STC 0114-2011-PAÍTC, 04224-2009-PA/TC y 1058- 2004-AA/TC) ha puesto de relieve la **NECESIDAD DE QUE EL LEGISLADOR REGULE EL USO DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS EN UNA RELACIÓN DE TRABAJO, A FIN DE EVITAR EXCESOS POR PARTE DEL EMPLEADOR O DEL TRABAJADOR.** En la misma línea, ETO CRUZ, magistrado de este colegiado constitucional, sostiene que:

*"En esta perspectiva, **no puedo menos que llamar la atención del legislador a fin de que, mediante una norma general que regule todo tipo de intervenciones en las comunicaciones, o una norma específica que regule el uso y control de los recursos informáticos en el centro de trabajo, desarrolle el procedimiento y las garantías que requiere respetar el juez para intervenir legítimamente en las comunicaciones de los trabajadores.** Por lo demás, es necesario enfatizar que dicho procedimiento no puede ser cualquiera, sino que inexorablemente…*

Sino que inexorablemente debe contener como lo prescribe la constitución, determinadas garantías que resguarden una *intervención razonable en las comunicaciones de los trabajadores.* ***De esta manera, el procedimiento regulado por el legislador debe contener, derivada de dicha exigencia, entre otras cosas, mención a la motivación en la decisión judicial de intervenir en una comunicación, a la necesidad de un plazo razonable fijado por el juez para la intervención, al control judicial de la intervención en todo momento y a la protección de los datos ajenos al motivo del control.*** *(0114-2011-PA/TC, Voto Singular FJ 19)"*

En tal sentido, el proyecto de Ley pretende regular el uso de medios informáticos por parte de los empleadores de modo que no se vulneren indebidamente los derechos fundamentales de los trabajadores. La propuesta tiene por finalidad establecer las reglas que solucionen el vacío legal existente y, prevenir y solucionar los conflictos laborales.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Específicamente, se plantea lo siguiente:

Establecer los límites y condiciones en el ejercicio de las facultades de control, fiscalización y sanción sobre dichos medios, efectuada por los empleadores al amparo del poder de dirección.

Fomentar el uso eficiente de los medios informáticos para la comunicación de los trabajadores, tales como: el acceso a servicios de Internet para la búsqueda de información, acceso a Intranet para compartir información en la red de computadoras de la entidad o empresa, acceso a Extranet para compartir información entre las computadoras de la red interna de la entidad o empresa con aquellas que están fuera de ella y que puedan pertenecer a otras redes, correo electrónico, redes sociales, entre otros medios análogos, que resulten necesarios para la labor de la entidad o empresa.

Establecer que el empleador ponga en conocimiento del trabajador, a través del Reglamento Interno de Trabajo, las políticas de uso aplicables a los medios informáticos, definiendo con claridad los mecanismos de fiscalización, infracciones y sanciones, frente al inadecuado uso de dichos medios de comunicación y, en caso que el empleador no cuente con Reglamento Interno de Trabajo, las políticas de uso deberán ser entregadas a través de un documento impreso, dejando debida constancia de su recepción.

Definir el carácter ilimitado del uso de medios informáticos cuando el empleador no cuente con políticas de uso o, no logre acreditar su recepción por parte del trabajador.

Establecer que el carácter ilimitado no supone un uso irracional o desproporcionado de los medios informáticos asignados al trabajador sino que su utilización principalmente debe destinarse a facilitar el mejor desempeño de sus funciones. Dentro de sus facultades de fiscalización, el empleador podrá establecer filtros de contenido, límites de almacenamiento o restricciones de acceso o salida de las comunicaciones, entre otras.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Regular la potestad del empleador, al amparo de su poder de dirección, para emplear los mecanismos de control y fiscalización del uso de los medios informáticos otorgados al trabajador, empleando los métodos de investigación técnicamente idóneos para su ejercicio.

Precisar que en ningún caso, las facultades de control o fiscalización del empleador suponen la interceptación o acceso al contenido de las comunicaciones privadas enviadas o recibidas por los trabajadores.

Definir que el uso inadecuado de los medios informáticos otorgados por el empleador será sancionado disciplinariamente, de acuerdo a Ley, empleando criterios de proporcionalidad y razonabilidad. Asimismo, se podrá disponer el retiro temporal o permanente del recurso informático.

ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

El proyecto de Ley no irroga gastos al Tesoro Público; por el contrario, su implementación pretende establecer un marco legal moderno y efectivo para regular la potestad del empleador de establecer condiciones para el uso eficiente de los medios informáticos asignados al trabajador, en concordancia con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, lo que contribuirá a prevenir y disminuir los conflictos laborales.

EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta legislativa no contraviene ni se opone a norma legal vigente porque tiene como finalidad establecer las reglas que solucionen el vacío legal existente y, de esta forma, servir como instrumento de prevención y resolución de conflictos laborales, al regular el uso de medios informáticos por parte de los empleadores para que no se vulnere indebidamente los derechos fundamentales de los trabajadores.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

PROYECTO DE LEY

LEY QUE LA REGULA LA UTILIZACION DEL CORREO ELECTRONICO OTORGADO POR CENTRO LABORAL

Artículo 1º.- Objeto de la Norma

El objeto de la presente ley es el de garantizar a los Empleadores y Trabajadores, un marco normativo de regulación sobre el uso del correo electrónico para la comunicación provisto por el empleador en los centros laborales públicos y privados, con la finalidad de establecer límites y condiciones en el ejercicio de las facultades de control, fiscalización y sanción sobre dicho medio por parte del empleador, al amparo del poder de dirección, garantizando su adecuada y eficiente utilización por parte de los trabajadores.

Artículo 2°.- Definiciones

a. **Correo electrónico**.- Se entiende por correo electrónico toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras. Es menester precisar que el correo electrónico puede ser privado o laboral, dependiendo de quién sea el propietario de la cuenta.

b. **Correo electrónico privado.-** es privado cuando el usuario en forma directa posee una cuenta proporcionada por algún proveedor de servicios, sea esta en forma gratuita, quedando supeditado a las normas de seguridad y de uso de la cuenta que aceptan en el momento de realizar la suscripción. Este correo es de uso estrictamente personal y por ende está protegido como una correspondencia inviolable, pues se protege su intimidad como derecho fundamental

c. **Correo electrónico laboral.-** constituye aquella cuenta de propiedad del empleador, en este caso en particular el trabajador como tal no es el dueño de la cuenta sino que lo es el empleador que proporciona la misma para fines exclusivamente laborales, por lo que las normas protegen el interés no del trabajador como tal, sino el interese del dueño de la cuenta

Artículo 2º.-Ambito de Aplicación

A los efectos legales, el correo electrónico se equipara a la correspondencia epistolar.

La protección del correo electrónico abarca su creación, transmisión y almacenamiento.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Artículo 3º.- Titularidad

Cuando el correo electrónico sea provisto por el empleador al trabajador en función de una relación laboral, se entenderá que la titularidad del mismo corresponde al empleador, independientemente del nombre y clave de acceso que sean necesarias para su uso.

Artículo 4º.- Condiciones de Uso Correo Electrónico

4.1. Los instrumentos de comunicación otorgados por la empresa o entidad a los trabajadores mediante la cual se brindan facilidades técnicas para el desempeño de sus funciones, suponen el respeto de las limitaciones y garantías a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política del Perú.

4.2. El empleador debe normar y determinar las condiciones de uso y acceso al correo electrónico laboral otorgado, las cuales deberán ser notificadas por medio fehaciente al trabajador, al momento de poner a su disposición el correo electrónico o en cualquier oportunidad posterior, como requisito previo a su ejercicio.

4.3. Asimismo, este documento debe determinar: *(a)* la forma en que se hará la fiscalización de la correspondencia electrónica y, (b) la proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones a aplicar en caso del incorrecto uso del correo electrónico.

Artículo 5º.- Consentimiento expreso

Resultaría necesario acreditar el conocimiento y la aceptación del trabajador de las condiciones de uso y acceso al correo electrónico laboral otorgado.

La aceptación puede ser expresa o tácita, pero para efectos de prueba se recomienda que sea expresa, configurándose la carga de la prueba en manos del empleador.

En consecuencia cuando el empleador haya establecido razonables y proporcionales mecanismo de control del correo electrónico laboral de los trabajadores, y estos tengan conocimiento de las políticas, regulaciones, controles, infracciones y sanciones vinculadas al uso del correo electrónico, no podrá alegarse ninguna razonable expectativa de privacidad por parte del trabajador

Artículo 6º.- Inviolabilidad comunicación contenida en el correo electrónico

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Las comunicaciones y documentos privados, así como los documentos e instrumentos que las contienen, no pueden ser abiertos, interceptados o intervenidos, sino mediante mandato motivado del juez y con las garantías previstas en la Ley, aún cuando la fuente o soporte de dicha comunicación sea propiedad de la empresa o entidad en la que el trabajador labora.

El empleador no debe tener acceso al contenido de los mensajes del correo electrónico o de las conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea que haya proporcionado al trabajador, así como el derecho de interceptarlos, intervenirlos o registrarlos, pues ello vulnera el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones contenido en la constitución

Artículo 7º .- Facultad de Fiscalización y control

7.1. El control o vigilancia por parte del empleador respecto al uso del correo electrónico puesto a su disposición que hagan los trabajadores, no es más que un ejercicio de la facultad de vigilancia que a aquél le concede el ordenamiento jurídico, enmarcado dentro de su poder de dirección, fundamentado en la libertad de empresa y en el derecho de propiedad del empleador sobre sus medios de producción.

7.2. El empleador no puede iniciar unilateralmente un proceso de fiscalización sobre los correos electrónicos del personal aun cuando estos correos fueran proporcionados por la empresa pues la garantía de reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley de acuerdo a lo establecido por el tribunal constitucional

7.3. La única forma de acreditar la utilización del correo electrónico para fines opuestos a sus obligaciones laborales es mediante el inicio de una investigación judicial. **La facultad fiscalizadora utilizada por el empleador para acceder a los correos personales de sus trabajadores no se encuentra constitucionalmente permitida, al afectar la reserva de las comunicaciones y documentos privados.**

7.4. El control del empleador sobre el uso de correo electrónico laboral asignado a los trabajadores, sustentado bajo determinados parámetros y cumpliendo ciertas condiciones, puede ejercer de forma legal y sin afectar derecho fundamental alguno, cuando se verifica que el trabajador no puede alegar una razonable expectativa de privacidad sobre el uso de correo electrónico laboral en su calidad de herramienta de trabajo

Artículo 8º.- Facultad de Sanción

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

La sanción impuesta por el empleador frente al uso inadecuado del correo electrónico laboral debe ser proporcional y racional, en función a los hechos denunciados.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La evolución tecnológica constante en la que nos vemos inmersos y el gran desarrollo que ha alcanzado la informática en general, Internet y el correo electrónico en particular, hacen necesario que la legislación contemple nuevas situaciones. Cada día es mayor la correspondencia que se trasmite en el país originada y transportada por medios informáticos, es decir que la correspondencia postal tradicional está dando paso a la utilización masiva de un nuevo medio de comunicación, cual es el e-mail.

El numeral 10) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, establece que toda persona tiene derecho al secreto e inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados; los cuales, sólo pueden ser abiertos, incautados o intervenidos por mandato motivado del juez, con las garantías previstas en la Ley. Asimismo, el artículo 23° establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Por otro lado, el literal d) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, califica como falta grave, la utilización indebida de bienes o servicios del empleador, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor.

Asimismo, la Constitución Política del Perú garantiza la intimidad personal y la inviolabilidad de las comunicaciones y los documentos privados, pero ¿qué sucede si la información que compartimos se realiza desde los correos electrónicos institucionales que ha brindado el empleador?

El Tribunal Constitucional mediante sentencia recaída en el Expediente 1058-2004-AA/TC[257] se ha encargado de dilucidar ello, expresando *"...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*

[257] Recurso Extraordinario interpuesto por Rafael Francisco García Mendoza en contra de la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declara improcedente la Acción de Amparo que interpone contra la Empresa de Servicios Postales del Perú (Serpost S.A)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado..."

En ese sentido y en el fundamento siguiente de la mencionada sentencia aclara que: "el *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 exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos,*** *ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona...*

Lo resuelto por el Tribunal Constitución, en cuanto al uso de los medios proporcionados por el empleador al trabajador para el cumplimiento de sus labores, ha sido materia de otros pronunciamientos en el mismo sentido, así tenemos la sentencia recaída en el expediente 04224-2009-AA[258] (... *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...).*

Queda claro, que en la relación laboral, no se pueden dejar de lado los derechos fundamentales de la persona, pero que dicha situación, tampoco puede anteponerse a las obligaciones propias que como trabajador le corresponde de tal manera que terminen por desnaturalizar los deberes de su labor.

Sobre el particular, la iniciativa legislativa pretende cubrir un vacío normativo y dar solución, entre otros aspectos, a la problemática existente sobre el límite en el uso del correo electrónico laboral otorgado a los trabajadores como condición de trabajo frente a las acciones de fiscalización y control de su contenido por parte del empleador, amparados en su poder de dirección; ello, con la finalidad de cautelar

[258] Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por Angelina María Huamani Vargas contra la resolución expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna que declaro improcedente la Acción de Amparo contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito Tacna S.A. (CMAC —TACNA)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

sus derechos constitucionales. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha advertido que existen casos en que los empleadores han despedido a sus trabajadores por el uso inadecuado del correo electrónico asignado como herramienta de trabajo; lo que, en algunos casos ha sido desproporcionado.

El presente proyecto de Ley no pretende otorgar un derecho irrestricto del trabajador a emplear el correo electrónico laboral y demás medios informáticos destinados a su comunicación para fines personales o extra laborales, sino resguardar la eficiencia de las relaciones de trabajo, fomentando que los empleadores regulen sus políticas de uso y detallen en dicho documento los mecanismos de fiscalización, infracciones y sanciones frente al uso inadecuado de los medios informáticos para resguardar los derechos constitucionales del trabajador y prevenir conflictos laborales.

ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

El proyecto de Ley no irroga gastos al Tesoro Público; por el contrario, su implementación pretende establecer un marco legal moderno y efectivo para regular el uso eficiente del correo electrónico otorgado por el centro de trabajo asignado al trabajador, en concordancia con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, lo que contribuirá a prevenir y disminuir los conflictos laborales.

EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta legislativa no contraviene ni se opone a norma legal vigente porque tiene como finalidad establecer las reglas que solucionen el vacío legal existente y, de esta forma, servir como instrumento de prevención y resolución de conflictos laborales, al regular el uso eficiente del correo electrónico otorgado por el centro de trabajo por parte de los empleadores para que no se vulnere indebidamente los derechos fundamentales de los trabajadores.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

BIBLIOGRAFÍA

- AMADO MENDOZA, Ana María, Guía académica para la Investigación Jurídica, Arequipa, 2010

- ARÉVALO VELA, Javier y ÁVALOS JARA, Oxal, *Causas y efectos de la extinción del contrato de trabajo*, Grijley, Lima, 2007.

- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, PUCP, Lima, 2007.

- CARRILLO CALLE, Martín. *Los Derechos Laborales Fundamentales. Normas Mínimas Internacionales*. Constitución, Trabajo y Seguridad Social. ADEC-ATC.

- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El contenido constitucional del derecho al trabajo y el proceso de amparo*. En: Asesoría Laboral, Número 167, 2004

- 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 previsional, Academia de la Magistratura, 2004.

- ERMIDA URIARTE, Oscar. *Constitucionalización del Derecho Laboral*. Asesoría Laboral. Año III, N° 26. Febrero 1993.

- GUIZIO, G. *La protección de la intimidad del trabajador en el Derecho Laboral uruguayo*. Revista del Colegio de Abogados de Uruguay. Tomo XXXII. 1995.

- HERNANDEZ RUEDA, Lupo, *"PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR"*, 4º Edición, 2007.

- MARCENARO FRERS, Ricardo. *El Trabajo en el Derecho Constitucional Latinoamericano y Europeo*. Análisis Laboral, Vol. XXVI, N° 301, Julio 2002.

- MARTINEZ VIVOT, Julio Jose, *"La Discriminación laboral: despido discriminatorio"*, USAL Universidad del Salvador, 2000

- PACHECO ZERGA, Luz, *La Dignidad Humana en el Derecho del Trabajo,* 1º Edición, THOMSON- CIVITAS, 2007.

- PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y Manuel Álvarez de la Rosa**,** *Derecho del Trabajo*, 9na edición, Centro de Estudios Ramón Aceres S.A., Madrid, 2001.

- PAREDES NÚÑEZ, Julio (2010), Manual para la Investigación Científica, Octava Edición, Arequipa: UCSM.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- RODRIGUEZ MANCINI, Jorge. *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo 215esalma. Buenos Aires, 2004.

- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2007

- SIERRA BRAVO, Restituto (2007), Técnicas de investigación Social, 14ava. Edición, Madrid: Unigraf

- SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, "Vigilancia electrónica *vs*. Derecho a la intimidad y a la imagen propia (a propósito de las nuevas tecnologías en el marco laboral)", en *Temas actuales de Derecho laboral - Obra colectiva*, Normas Legales, Trujillo, 2005.

- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 001-2004-AI/TC

- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El despido arbitrario: Los criterios del Tribunal Constitucional*. En: Las Instituciones del Derecho Laboral. Gaceta Jurídica.

- ZAVALA COSTA, Jaime. *Introducción. Coyuntura y perspectivas de la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*. En:Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional. Academia de la Magistratura. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, octubre de 2004.

- http://www.derechoycambiosocial.com/revista020/derechos%20inespecificos%20laborales.htm

- CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO INFORMÁTICO, Intimidad de los trabajadores y tratamiento de datos personales por los empleadores, en *Revista Chilena de Derecho informático*,(http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_simple/0,1493,SCID%253D14646%2526ISID%253D292%2526PRT%253D14643,00.html).

- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, "Protection of workers' personal data", en http://www.ilo.org/public/english/protection/safework/cops/english/download/e000011.pdf.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ANEXOS

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

PROGRAMA PROFESIONAL DE DERECHO

EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR EN SU FACULTAD DE FISCALIZACIÓN FRENTE AL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR EN LA RELACION LABORAL, AREQUIPA, 2004-2012.

Proyecto de Tesis presentado por:

Mildred Milvia Mercado Murguía

Para obtener el Título Profesional de Abogado.

AREQUIPA – PERÚ

2013

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

I. PREÁMBULO

Los derechos se desarrollan socialmente, siendo en la interacción de éstos donde puede presentarse alguna contingencia, puesto que no todos estos derechos tienen las mismas dimensiones de aplicación en la sociedad.

El derecho a la intimidad, como componente sustancial de la dignidad y de la libertad de la persona, tutela al trabajador como persona y como ciudadano, porque salvaguarda su libertad, su dignidad y su integridad física y moral.

Sin embargo, con los adelantos tecnológicos en estos últimos años se ha venido presentando una serie de situaciones dentro de las relaciones laborales, que constituirían una manifiesta transgresión al derecho a la intimidad del trabajador; que se ejecutan de manera encubierta durante el tiempo de la jornada de trabajo, alegando el legítimo ejercicio de las facultades del empleador, en el cumplimiento de obligaciones contractuales asumidas por el trabajador; generando connotaciones demasiado restrictivas en los derechos de éste, y máxime que se encuentran dentro de los derechos fundamentales a los que nuestra Constitución otorga prevalencia.

Se debe tener en consideración que el trabajador al realizar su actividad no se desprende de sus derechos fundamentales, no se quita la vestimenta de protección constitucional para entrar al fuero de su empleador, y ser violentado con desmedro de la consideración de su ser como persona y como ciudadano. El trabajador y sus derechos laborales son uno solo; el reconocimiento de sus derechos en el trabajo se da por su condición de ser persona y no por ser trabajador[259].

De esta manera surge la necesidad de encontrar los limites que permitan al empleador ejercer su poder de dirección sin dañar los derechos fundamentales de una persona, que ha adquirido la condición de trabajador mediante una relación contractual reciproca aceptada mediante el contrato de trabajo, y no por ello va a perder por ello su condición natural básica, la de ciudadano, pues sabido es que en el establecimiento de relaciones laborales, se deben respetar las limitaciones y garantías referidas a los derechos fundamentales previstas por la Constitución Política del Estado.

Arequipa, 2013 Abril.

[259] 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 previsional, Academia de la Magistratura, 2004, Pág. 60.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Enunciado del Problema

El Poder de dirección del empleador en su facultad de fiscalización frente al Derecho a la Intimidad del trabajador en la Relación Laboral, Arequipa, 2004-2012.

1.2. Descripción del Problema

CAMPO: CIENCIAS JURIDICAS
AREA: DERECHO LABORAL- CONSTITUCIONAL
LINEA: Limites al Poder de dirección del empleador.

A. **Análisis de Variables**

TIPO DE VARIABLE	VARIABLE	INDICADOR
ASOCIADA	PODER DE DIRECCION EMPLEADOR	• Elementos • Facultades y Obligaciones Empleador- Trabajador • Limites (Criterio de Ponderación) • Situación Actual
	DERECHO A LA INTIMIDAD	• Contenido • Nivel de protección • Marco Normativo Constitucional • Criterio Jurisprudencial

B. **Tipo y Nivel de Investigación**

Por el Nivel de Profundización: Pura o Básica
TIPO: DESCRIPTIVO- EXPLICATIVO

C. **Interrogantes**

a. GENERAL:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

¿Constituye El Poder de dirección del empleador en su facultad de fiscalización un menoscabo al Derecho a la Intimidad del trabajador en la Relación Laboral?

b. ESPECIFICAS:

- ¿Cuál es el contenido del derecho a la intimidad dentro de la relación laboral trabajador- empleador?
- ¿Cuál es la normatividad nacional concerniente al derecho a la intimidad en la relación laboral?
- ¿Cuál es la implicancia de las facultades que se derivan del poder de dirección del empleador frente al derecho a la intimidad del trabajador?
- ¿Cuál es la situación actual en nuestro país respecto del poder de dirección en su facultad fiscalizadora que ejerce el empleador respecto al trabajador?
- ¿Cuáles son los límites del poder de dirección del empleador en su facultad fiscalizadora frente al derecho a la intimidad del trabajador?
- ¿Cuál es el criterio jurisprudencial referente al derecho a la intimidad frente al poder de dirección del empleador en su facultad de fiscalización dentro de la relación laboral?

1.3. JUSTIFICACIÓN

La base de los derechos fundamentales es la “dignidad de la persona” y los “derechos inviolables que le son inherentes”, una de cuyas manifestaciones más importantes es el derecho a la intimidad. El derecho a la dignidad como el derecho a la intimidad tratan de preservar la esfera espiritual, afectiva e íntima de la persona, confiriéndole en primer término la capacidad de “autodeterminación consciente, responsable y adicionalmente una especie de “derecho de control” sobre sus opciones personales, afectivas y sociales.

Los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución Política del Estado reconoce a la persona acompañan a ésta en todas las facetas de su vida social, también son ejercitables en el seno de la relación de trabajo, ámbito en el que hayan de relacionarse con las obligaciones propias del contrato de trabajo, como la buena fe laboral y con los intereses legítimos de la empresa.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Sin embargo en estos últimos años en la relación laboral, se ha venido presentando una serie de situaciones que constituirían una manifiesta transgresión al derecho a la intimidad del trabajador que bajo el pretexto de la subordinación se ven encubiertas, alegando el legítimo ejercicio de las facultades del empleador, y el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el trabajador, generando connotaciones demasiado restrictivas entre otros derechos el de la intimidad que nuestra Constitución otorga prevalencia.

En este sentido es que, debe tenerse en cuenta que el trabajador no deja de ser persona al estar inmerso en una relación 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 y la ley le reconocen.

El artículo 23º 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 en la relación de trabajo se deben respetar el contenido esencial de los mismos".

Es así que, el contrato de trabajo mediante el vinculo que se crea, no justifica una apertura ilimitada de la esfera de privacidad del trabajador, ni da derecho a incidir en su vida privada ni acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar de éste; ámbitos en los que el empleador no tiene ninguna insurgencia.

Es en este punto, que se produce una situación jurídica compleja, puesto que teniendo en cuenta que la relación laboral posee un elemento particular esencial respecto de otras relaciones de derecho privado: cuál es el de la existencia de la subordinación o dependencia jurídica, que da pie a que afloren los poderes y facultades que el empleador ejerce sobre el trabajador específicamente en sus labores o tareas por disposición, denominados "potestad jurídica de mando" o "poder de dirección", y cuyo correlato jurídico corresponde al "deber de obediencia" del trabajador; surge el cuestionamiento ¿Cuándo se traspasa el límite del ejercicio legítimo del derecho a control?, la respuesta de ésta, es donde **radica la relevancia jurídica de la presente investigación.**

Respecto de ello es que en las últimas décadas, las facultades fiscalizadora y controladora que ostenta el empleador, han derivado en el uso de tecnologías que han modificado los lugares de trabajo, efectuando controles de acceso y en el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

desplazamiento dentro del centro de trabajo con la utilización de lectores ópticos, el video monitoreo, la lectura automatizada de los contenidos de las computadoras, la intercepción de los correos electrónicos personales, como la obtención de extensa información personal que como justificación de un mejor control se alega.

La fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, sin embargo ello no significa que la misma pueda atribuirse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de éstos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los caracteres de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo.

Es en todo este cúmulo de connotaciones especiales, donde radica la relevancia jurídica del presente problema, puesto que tal y como se evidencia se viene manifestando una notoria pero encubierta extralimitación de la facultad de control y fiscalización ejercida por el empleador frente al trabajador, limitando su derecho a la intimidad; situación que genera la colisión con el carácter sinalagmático del contrato de trabajo.

La razón por la cual, se ha producido la necesidad de platear una solución a esta problemática, ante la que el jurisconsulto Pla Rodríguez, refiere que se puede reconocer la potestad de control del empleador, con el límite de "la dignidad y la intimidad del trabajador" y "siempre que ello no implique suprimir el ámbito de libertad inherente a todo ser humano invadiendo aun los actos más íntimos".

Es decir debiera existir un equilibrio entre derecho a la intimidad y poder fiscalizador del empleador, puesto que la subordinación a la que está sometida el trabajador debe ser plenamente compatible con el respeto y la observancia de sus derechos, por lo tanto, como explica GARCIA-PERROTE, la limitación del derecho fundamental del trabajador cualquiera que sea, "sólo puede tener lugar y está justificada si es estrictamente necesaria o indispensable para satisfacer el interés empresarial", toda vez que las referidas facultades del empleador, y entre ellas la facultad fiscalizadora llamada también poder de control, no son absolutas, deben estar limitadas por criterios de razonabilidad y necesidad[260].

En este sentido, el Dr. las ramas de. Blancas Bustamante (especialista en Derecho Constitucional, Derecho del Trabajo y Derecho Electoral) señala que "el poder de control está sometido a límites internos y externos en base a criterios de *funcionalidad* y de *razonabilidad*; siendo que el poder de control tiene como ámbito y límite

[260] ARÉVALO VELA, Javier y ÁVALOS JARA, Oxal, *Causas y efectos de la extinción del contrato de trabajo*, Grijley, Lima, 2007, pp. 69.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

infranqueable la prestación a la cual el trabajador se ha obligado, en tal sentido se rechaza la integración de cualquier forma de control que exceda de la estricta evaluación del cumplimiento de la obligación empresarial; y, en particular, aquella que pudieran identificarse con controles de actividad que son ejercidos sobre el comportamiento de la persona del trabajador. Asimismo, el poder de control debe ejercerse de forma razonable, es decir, excluyendo la arbitrariedad y el abuso, en este sentido, la intensidad del control y los medios que se adopten con tal fin deben ser exclusivamente los necesarios para vigilar la labor del trabajador siendo vedado recurrir a procedimientos ajenos a dicha finalidad[261].

Por lo tanto el objetivo será encontrar un espacio común, de consenso, que permita al empleador ejercer su poder de dirección y su facultad de fiscalización sin dañar los derechos fundamentales del trabajador durante la relación laboral, por cuanto nunca va a perder por ello su condición natural básica, la de ciudadano, y por tanto tampoco lo hará en el seno de la relación laboral.

Es original, en cuanto la presente investigación está destinada al análisis de la doctrina y también estudio jurisprudencial de la implicancia del derechos a la intimidad, donde se mezclan los derechos fundamentales del trabajador con la facultad de fiscalización del empleador, propietario de los medios de producción.

Esta coyuntura jurídica constituye un campo de estudio extenso, que presenta además causas estructurales que lo dotan de enorme actualidad y de creciente interés, en la realidad de las relaciones laborales de hoy en día.

Es viable, ya que la investigación se constituye en un análisis de una situación que viene cobrando importancia y trascendencia en nuestro país, con una regulación legislativa muy tenue, siendo esta suplida con la jurisprudencia tanto nacional así como la casuística y doctrina internacional existente.

2. MARCO TEORICO

2.1. Conceptos Básicos

A. Relación laboral.-

La relación laboral es la reciprocidad que se produce frente al acuerdo voluntario efectuado entre el trabajador y el empleador para intercambiar una prestación personal de servicios subordinada por una

[261] BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo, PUCP, Lima, 2007* p. 205

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

remuneración, que va a generar un conjunto de derechos y obligaciones para ambas partes.

B. *Poder de Dirección.-*

Artículo 9 del DS Nº 003-97-TR

Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

El poder de dirección reconocido al empleador comprende unan pluralidad de facultades que el ordenamiento jurídico reconoce como necesarias e indispensables para el funcionamiento normal de la empresa, para su organización económica, técnica y funcional. Esto se traduce, en hecho y en derecho, en la facultad de dar órdenes, impartir instrucciones y trazar directivas, en la facultad de legislar en el seno de la empresa, en la facultad de imponer sanciones disciplinarias y en diversas facultades o derechos (de control, de ordenar la empresa, de variar las condiciones de trabajo), reconocidos al empleador como necesarios para conducir la empresa[262].

C. *Límites del poder de dirección*

La facultad de dirección del empleador debe ejercerse con la exclusión de toda voluntad arbitraria del empleador y sus poderes, en consideración a la persona del trabajador, no debe ejercerse con la exclusión de toda voluntad arbitraria del empleador y sus poderes, en consideración a la persona del trabajador, no debe inferirle agravios materiales o morales, que lesionen su dignidad. No deben, tampoco, ocasionar perjuicio directo, concreto o potencial, al prestador de los servicios. Sin duda, se trata del ejercicio del poder de mando, pero de un mando desprovisto de arbitrariedad, que tiende a coordinar la labor

[262] HERNANDEZ RUEDA, Lupo, "PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR", 4º Edición, Pág. 405

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

común con una producción destinada a cumplir los objetivos de la empresa[263].

D. Derecho a la Intimidad.-

Artº 7 Inc. 2 de la Constitución Política del Estado

Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviadas 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.

El Derecho a la Intimidad es una situación jurídica en la que se tutela el espacio individual y familiar de privacidad de la persona, conformados por experiencias pasadas, situaciones actuales, características físicas y psíquicas no ostensibles y, en general, todos aquellos datos que el individuo desea que no sean conocidos por los demás, porque de serlo, sin su conocimiento, le ocasionarían incomodidad y fastidio."

El derecho a la Intimidad se proyecta en dos dimensiones: como secreto de la vida privada y como libertad. Concebida intimidad como secreto, atentan contra ella todas las divulgaciones ilegitimas de hechos relacionados con la vida privada o familiar, o las investigaciones también ilegitimas de acontecimientos propios de dicha vida. Concebida como libertad individual, la intimidad trasciende y se realiza en el derecho de toda persona a tomar por si sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada[264].

2.2. Esquema Preliminar

Introducción

CAPITULO 1: EL CONTRATO DE TRABAJO: INICIO DE LA RELACION LABORAL

1. Relación Laboral Contractual

1.1. Concepto de Relación Laboral

1.2. Derechos y Obligaciones Empleador- Trabajador

1.3. La Subordinación

[263] MARTINEZ VIVOT, Julio Jose, "La Discriminación laboral: despido discriminatorio", USAL Universidad del Salvador, 2000, Pag. 108.

[264] ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de las Personas", 4º Edición, Gaceta Jurídica, Lima 2004. Pág. 326

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2. El poder de Dirección del Empleador

2.1. El poder de Control y Fiscalización del empleador
2.2. El poder reglamentario del empleador
2.3. El poder disciplinario
2.4. Del ius variandi
2.5. Limites al Poder Dirección del Empleador
2.5.1. Proporcionalidad
2.5.2. Finalidad y Necesidad
2.5.3. El deber de protección
2.5.4. Responsabilidades y sanciones

3. Del deber de obediencia del trabajador

3.1. Prestación del servicio- Relación de dependencia
3.2. Limites al deber de obediencia
3.3. Deber de obediencia y respeto a la dignidad e intimidad en la conducta laboral

CAPITULO 2: LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR COMO LÍMITE AL PODER DE DIRECCION DEL EMPLEADOR

1. Derecho a la Intimidad

1.1. Naturaleza Jurídica del Derecho a la Intimidad
1.1.1. Efectos que se desprenden de la naturaleza jurídica del derecho a la intimidad
1.1.2. Consideraciones generales

2. El Derecho a la intimidad en la relación de trabajo

2.1. Derecho a la intimidad personal en la relación laboral
2.2. Secreto de las comunicaciones y otras situaciones.

3. Control empresarial: ¿Limitación a la intimidad del trabajador?

3.1. Registros sobre la persona del trabajador y sus efectos personales.
3.2. Posibilidad de uso de sistemas de vigilancia y de escucha a distancia en el interior del centro de trabajo.
3.3. El control de los medios informáticos y de sus usos laborales.
3.3.1. Uso indebido del ordenador por el trabajador
3.3.2. Navegación por Internet y uso personal del correo electrónico.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

2.3. Antecedentes Investigativos

1.

Autor (es)	**Chanamé Orbe, Raúl**
Título	**Hábeas data y el derecho fundamental a la intimidad de la persona**
Universidad	Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Publicación	2003
Grado a optar	Magíster en Derecho
Contenido	Sistemas de almacenamiento y recuperación de la información - Derecho, Hábeas Data - Perú, Libertad de información - Perú, Derecho a la privacidad - Perú.

2.

Autor (es)	**Estrada Cuzcano, Martín Alonso**
Título	**Principios Constitucionales del Derecho a la Información**
Universidad	Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Publicación	1998
Grado a optar	Licenciado en Bibliotecología y Ciencias de la Información

3.

Autor (es)	**Marcenaro Frers, Ricardo Arturo**
Título	Los derechos laborales de rango constitucional
Universidad	Universidad Pontificia Católica del Perú
Publicación	2011
Grado a optar	Abogado

4.

Autor (es)	**Reina Cuevas, Edgar Mauricio**
Título	**ESTUDIO DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE INFORMACIÓN FRENTE AL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL PERÚ.**
Universidad	Universidad Católica de Santa Maria
Publicación	2008
Grado a optar	Abogado

3. OBJETIVOS

General:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

DETERMINAR SI EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR EN SU FACULTAD DE FISCALIZACIÓN CONSTITUYE UN MENOSCABO AL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR EN LA RELACIÓN LABORAL

Específicos

- ✓ Analizar el contenido del derecho a la intimidad dentro la relación laboral trabajador- empleador.
- ✓ Cuál es la normatividad nacional concerniente al derecho a la intimidad en la relación laboral
- ✓ Determinar cuál es la implicancia de la facultades que se derivan del poder de dirección del empleador frente al derecho a la intimidad del trabajador.
- ✓ Analizar cuál es la situación actual en nuestro país respecto del poder de dirección en su facultad fiscalizadora que ejerce el empleador respecto al trabajador.
- ✓ Determinar la existencia de límites al poder de dirección del empleador en su facultad fiscalizadora frente al derecho a la intimidad del trabajador.
- ✓ Precisar cuál es el criterio jurisprudencial referente al derecho a la intimidad frente al poder de dirección del empleador en su facultad de fiscalización dentro de la relación laboral.

4. HIPOTESIS

"**Dado que;** la normatividad nacional aún no ha establecido un equilibrio adecuado respecto del poder de dirección que es ejercitado por el empleador en toda relación laboral frente al trabajador, y el derecho a la intimidad de éste;

Es probable que el ejercicio de dicho poder de dirección, desplegado a través de su facultad fiscalizadora, que es desarrollada a través de la realización de acciones: como la manipulación del registro de datos personales, sanitarios, financieros del trabajador; así como el empleo de mecanismos: la colocación de cámaras de seguridad, el uso de micrófonos y teléfonos como medio de comunicación, la implementación de tarjetas electrónicas, la inspección de los correos electrónicos institucionales, el registro de ficheros y carpetas contenidos en computadores y servidores de la empresa, la conexión de internet, la revisión de objetos personales; constituyan efectivamente una manifiesta transgresión al derecho fundamental a la intimidad del trabajador".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

1.1. TÉCNICAS

En concordancia con las variables e indicadores, para recoger la información se usará la técnica de la Observación documental.

1.2. INSTRUMENTOS

De acuerdo con la técnica, los instrumentos serán:

a) Fichas de Registro (biblioteca, hemeroteca, archivos, consultas en Internet)
b) Fichas de Investigación:
   - Fichas textuales y Fichas resumen
   - Planilla de entrevista y Cuestionario

2. CAMPO DE VERIFICACIÓN

2.1. Ubicación Espacial

Arequipa- Perú: Tribunal Constitucional del Perú
Corte Superior de Justicia de Arequipa
Sector Empresarial privado de Arequipa

2.2. Ubicación Temporal

La presente investigación es coyuntural y corresponde a los procesos laborales de carácter privado relativas a acciones sobre violación al Derecho a la intimidad que han venido siendo tramitados desde el año 2004 hasta el año 2012, así como en los que el Tribunal Constitucional ha efectuado pronunciamiento(los expedientes Nº 1058-2004-AA/TC, Nº 4224-2009-AA/TC, Nº 3599-2010-PA/TC) estableciendo un precedente.

2.3. Unidades de Estudio

Las unidades de estudio están conformadas por:

- Expedientes laborales sobre la problemática materia de la presente investigación.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- Entrevistas y cuestionarios que serán efectuados a los empleadores y trabajadores correspondientes a 10 Empresas del Sector Privado (dedicadas a la actividad industrial y prestadoras de servicios); que permitan ampliar y dilucidar cuál es la situación actual del poder de dirección de dirección del empleador.

- Doctrina y Jurisprudencia Nacional (Nº 1058-2004-AA/TC, Nº 4224-2009-AA/TC, Nº 3599-2010-PA/TC) relacionada a la temática materia de investigación.

- Doctrina y Jurisprudencia internacional (España: STSJ Castilla y León- 30 de julio de 2003, STSJ Andalucía- de 13 de mayo de 2004, STS de 26 de septiembre de 2007, STC 159/2009, de 29 de junio, STC 142/2012, de 2 de julio, STC 173/2011 de 7 de noviembre, la STEDH de 3 de abril de 2007 ASUNTO COPLAND CONTRA EL REINO UNIDO y), para que través del Derecho comparado coadyuven a determinar si es que el ejercicio del poder de dirección del empleador constituye o no un límite al derecho a la intimidad del trabajador en nuestro país.

3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

3.1. Estrategia

La información que se requiere, para la presente investigación, será recogida de la siguiente forma:

a) **Revisión Conceptual:** Recopilación de información por la investigadora en las siguientes bibliotecas, consignando los datos en las Fichas de Registro y de Investigación:

- Biblioteca de la Universidad Católica de Santa María
- Biblioteca de la Universidad Nacional de San Agustín
- Biblioteca del Colegio de Abogados
- Biblioteca Personal.
- Exploración en Internet

b) **Revisión Documental:**

- Para la revisión de los libros, revistas, artículos, doctrina y jurisprudencias relacionadas a la temática materia de la presente investigación, se hará uso de una ficha resumen elaborada por la investigadora.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

- Para recabar la información necesaria de los empleadores y trabajadores de las empresas del sector privado, se hará uso de una plantilla de cuestionario y de entrevista que serán elaboradas por la investigadora.

c) **Sistematización:** La esquematización de la información recopilada se efectuará a través de esquemas, cuadros y gráficos.

d) **Método**: El método de análisis será el inductivo, con un nivel descriptivo, de tipo cualitativo jurídico. Las bases de análisis son doctrinarias, documentales y normativa.

4. CRONOGRAMA DE TRABAJO 2013

ACTIVIDADES	MAR	ABRIL	MAY	JUN	JUL
Preparación del Proyecto	X				
Aprobación del proyecto		X			
Recolección de la información			X	X	
Preparación del Borrador					X
Conclusiones y sugerencias					X
Presentación final del informe					X

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ENCUESTA

Empresa:

Sexo: **Tiempo de Servicio:**

USO DEL COMPUTADOR Y DEL CORREO ELECTRONICO INSTITUCIONAL

1. Ud. Cuenta con un correo electrónico brindado por su intuición para el desempeño de sus labores? SI( ) NO( )
2. La contraseña de dicha cuenta electrónica institucional fue brindada por su empleador o es Ud. Quien estableció dicha contraseña? EMPRESA( ) UD. (Trabajador) ( )
3. Su empleador puede acceder libremente a dicha cuenta electrónica institucional?
   SI( ) NO( ) No Sabe ( )
4. Fue Ud. Informado sobre el uso adecuado del correo institucional brindado por su empresa (uso, Limitaciones, etc)? SI( ) NO( )
5. Tiene conocimiento sobre la existencia y cuáles son las sanciones sobre el mal uso del correo institucional que otorga la empresa donde labora?
   SI ( ) NO( ) De ser afirmativa señale cual o cuales ……..
6. Conoce sobre algún caso en el que algún trabajador de la empresa donde labora, haya sido sancionado por el mal uso de del correo institucional
   SI ( ) NO ( ) De ser afirmativa señale cual o cuales ……..
7. El computador que le fue asignado en la empresa donde labora es usado libre y exclusivamente por Ud. ? SI ( ) NO ( )
8. Su empleador puede acceder libremente al computador que le fue asignado?
   SI ( ) NO( ) No Sabe ( )
9. Puede Ud. Hacer uso libre del servidor de internet? SI ( ) NO ( )
10. De ser negativa la rpta. Señale si existe algún tipo de restricción o programa que limite dicho uso de navegación virtual SI ( ) NO( ) No Sabe ( )
11. Tiene conocimiento si existe algún filtro informático que registra el uso del ordenador o que tenga acceso y conocimiento de los sitios web accesados desde su computador?
    SI ( ) NO( ) No Sabe ( )
12. Su empleador puede acceder libremente a los archivos almacenados en el computador que le fue asignado? SI ( ) NO( ) No Sabe ( )
13. Tiene conocimiento sobre algún caso en el que algún trabajador de la empresa donde labora, haya sido sancionado o despedido por el uso inadecuado del servicio de in ternet o del computador que le fue otorgado?
    SI ( ) NO ( ) De ser afirmativa señale cual o cuales ……..

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

14. Considera ud. Que los archivos que se encuentran almacenados en las unidades informáticas de la empresa, le pertenecen exclusiva y excluyente al empleador?
    SI ( ) NO( ) Porque ……

15. Existe algún reglamento o normativa interna en la empresa donde labora, que establezca las pautas para el uso tanto del ordenador como del servicio de internet que este posee
    SI ( ) NO( ) No Sabe ( )

CONTROL AUDIOVISUAL

16. Tiene conocimiento de la existencia de cámaras de videovigilancia en su centro laboral
    SI ( ) NO( ) No Sabe ( )

17. Si la respuesta es SI, señale si conoce la ubicación de estas: ……
    ……..

18. Tiene conocimiento sobre la existencia o uso de micrófonos o algún mecanismo de control de audiovisual en su centro de trabajo SI ( ) NO( ) No Sabe ( )

19. Considera que la ubicación de alguna de estas cámaras de videovigilancia podría vulnerar su derecho a la intimidad? SI ( ) NO( ) Porque ……

20. En el momento de la suscripción de su contrato observo alguna clausula en la que se establece su aceptación y toma en conocimiento a la vigilancia empresarial a la que sería objeto SI ( ) NO( ) No Sabe ( )

21. Considera Ud. Que el control audiovisual que es efectuado en su empresa es practicado con una intensidad o exhaustividad razonable SI ( ) NO( )

22. Cree Ud. Que dicho control audiovisual existente limita su desenvolvimiento autónomo de su personalidad o su desempeño laboral SI ( ) NO( )

23. Conoce Ud. Algún caso en el que se haya hecho uso inadecuado de las imágenes o conversaciones obtenidas mediante dichas cámaras de videovigilancia
    SI ( ) NO( ) No Sabe ( )

INTERCEPTACION TELEFONICA

24. Tiene conocimiento sobre la existencia de algún tipo de interceptación o intervención telefónica por parte de su empleador en las comunicación es vía telefónica que ud. Realiza? SI ( ) NO( ) No Sabe ( )

25. En caso de ser positiva la pregunta anterior , señale si Ud. Dio su consentimiento ya sea de manera oral y escrita para dicha interceptación SI ( ) NO( )

REGISTRO PERSONAL

26. En su empresa se efectúan registros a su persona o a sus objetos personales, a la entrada o salido de su centro laboral SI ( ) NO( )

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

27. En caso de ser positiva la rpta., Señale cual es la razón que justifica dicha revisión
……

28. En caso de ser positiva; Señale si se cuenta con la asistencia de un representante legal de los trabajadores que de una garantía para la no violación de su dignidad o intimidad
SI ( ) NO( ) No Sabe ( )

29. Tiene conocimiento sobre la existencia de algún tipo de sanción ante la posible renuencia de algún trabajador a dicho registro SI ( ) NO( ) No Sabe ( )

30. Conoce algún caso en el que haya existido violencia o abuso en dicho registro
SI ( ) NO ( )De ser afirmativa señale cual o cuales ……..

31. En su empresa existe sometimiento a detectores de metales, scanner o aparatos similares a la entrada o salida del centro laboral SI ( ) NO( ) No Sabe ( )

REGISTRO DE DATOS

32. Respecto a la información y datos que le fueron solicitados al momento de solicitar el puesto de trabajo o para la suscripción de su contrato, considera que alguno de ellos incidía en su intimidad personal. SI ( ) NO( ) Porque ……

33. Al momento de suscribir su contrato existía o tomo conocimiento sobre una clausula a través de la cual se otorgue el consentimiento sobre el recogido y/o tratamiento de los datos personales SI ( ) NO( ) No Sabe ( )

34. Respecto a los datos personales que fueron brindados al empleador Ud. Dio o Firmo algún consentimiento respecto al modo y los fines en los que se utilizaran SI ( ) NO( )

35. Sabe que es la Autodeterminación Informativa o Derecho a la Protección de Datos Personales? SI ( ) NO( ) De ser afirmativa señale ……

57. Respecto a la conservación de los datos que fueron brindados a la empresa donde labora, ¿estos son de libre acceso y conocimiento de los trabajadores? SI ( ) NO( ) No Sabe ( )

59. Tiene conocimiento sobre algún caso en el que se haya realizado un mal uso de los datos e información personal que fue brindada a la empresa donde labora? SI ( ) NO( )
De ser afirmativa señale ……..

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ENTREVISTA

Profesionales en ejercicio de la Actividad Jurisdiccional y en ejercicio Libre

- ¿Cuántos años lleva ejerciendo la actividad jurisdiccional y /o carrera profesional de derecho?
- En un conflicto de intereses respecto a la pre valencia de la protección de un derecho constitucional o el acatamiento del poder de dirección del empleador. ¿Cual debería prevalecer?
- ¿Considera que en pleno ejercicio de Poder de control y Vigilancia respecto de la verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales, puede vulnerarse el derecho a la intimidad de los trabajadores?
- Según su opinión ¿Cuáles deberían ser las pautas o criterios que permitan la materialización del Poder de Control y Vigilancia, sin el atentado a los derechos fundamentales?

USO DE CAMARAS DE VIDEOVIGILANCIA

- ¿Considera Ud. Que debería ser necesario el consentimiento expreso de los trabajos para la vigilancia directa sobre la prestación laboral? (Teniendo en cuenta que la anuencia a la supervisión empresarial del trabajo va implícita a la propia aceptación del contrato).
- En su criterio considera necesaria que la instalación de las cámaras de video vigilancia sea previamente conocida por los trabajadores así como la ubicación de estos.
- La audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones tanto de los propios trabajadores como de los clientes. En su opinión ¿constituiría un atentado al Derecho a la Intimidad?
- Considera Ud. Que las conversaciones mantenidas por los trabajadores entre si y con los clientes en el desempeño de su actividad laboral. ¿ están o no amparadas dentro del marco del Derecho a la intimidad?
- Respecto al Juicio de Idoneidad/ Necesidad y Proporcionalidad ¿Considera Ud. Que Dicha ponderación judicial puede suponer una puerta abierta a discutibles jerarquizaciones de valores o un criterio puramente subjetivista?

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

- Para Ud. ¿Cual es deberían ser para la reglamentación del uso de videocámaras en el ambiente laboral (ubicación, notificación y precisión de los fines)?
- Respecto a los datos obtenidos mediante videocámaras ¿cómo deberían regularse?

HERREMIENTAS INFORMÁTICAS

- Uso de las herramientas informáticas por parte del trabajador justifica la intromisión por parte del empleador
- El derecho a la propiedad que le asiste al empleador sobre sus herramientas tecnológicas justificaría el derecho a controlar indiscriminadamente al trabajador.
- Considera que si bien la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa. ¿Considera Ud. que esta pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de las comunicaciones y documentos?.
- Sabemos que los equipos informáticos constituyen una herramienta de trabajo, por lo que en aplicación de buena fe, los trabajadores deben abstenerse de usarlas con fines personales. ¿Sería legítimo que el empleador aspire a constatar efectivamente que la herramienta de trabajo sea utilizada solo con fines laborales, sin el conocimiento del trabajador?
- Considera Ud. Que la notificación al trabajador del control efectuado es una condición sine qua non para romper la expectativa de intimidad que pueda tener la persona (trabajador)
- Que tratamiento Considera Ud. Que deben seguir Los archivos señalados como personales por el trabajador cuando los mismos han sido almacenados en unidades informáticas que son de la empresa.

REGISTROS PERSONALES

- El registro personal o de los objetos personales constituiría una transgresión al Derecho a la Intimidad de los trabajadores

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis