

El impacto de las tecnologías de la información en el Derecho laboral, especial referencia a la intimidad del trabajador y el secreto de sus comunicaciones

The impact of information technologies on labor law, a special reference to the privacy of the worker and the secrecy of his communications

María Candelaria del Pino Padrón¹

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria(España)

Sumario: I. Planteamiento. II. La perspectiva del derecho a la intimidad en el ámbito laboral. III. El concepto de intimidad en la relación laboral. IV. Límites de las facultades de control del empleador. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.

Resumen: Las nuevas tecnologías y aplicaciones de la información constituyen una base de conocimiento que ha modificado, en gran medida, la sistemática laboral y en ocasiones la vinculación profesional del trabajador a las condiciones exigidas por la empresa en materia de secreto profesional y cautela en la administración de datos empresariales.

Así, la casuística de la vulneración por parte del empresario de los correos e información derivada de visitas a web y demás consultas que el trabajador realiza en el ordenador de la empresa, han derivado en una sistemática asunción por parte de la empresa de un rol "in vigilando" que puede exceder a su cometido empresarial, pudiendo llegar a vulnerar la intimidad del trabajador y el secreto de comunicaciones.

En este sentido, hay que entender que la titularidad del medio empleado no justifica, por sí misma, el acceso a las comunicaciones electrónicas realizadas desde la empresa. Dicho de otra manera, el contrato de trabajo no transforma al empresario en "interlocutor" o en "tercero cualificado" para transgredir el secreto de las comunicaciones.

Palabras clave: Comunicaciones electrónicas, Tribunal Constitucional, intimidad, secreto de las comunicaciones, información.

Abstract: The new technologies and information applications constitute a knowledge base that has changed, to a great extent, the labor system and sometimes the professional relationship of the worker to the conditions demanded by the company, in terms of professional secrecy and caution in the administration Of business data.

Thus, the casuistry of the violation by the employer of the mails and information derived from visits to the web and other queries that the worker performs in the computer of the company, have resulted in a systematic assumption by the company of a "in vigilando" that can exceed its business mission, and may end up violating the worker's privacy and communications secrecy.

In this sense, it must be understood that the ownership of the medium used does not, in itself, justify access to electronic communications made from the company.

¹ Letrada del Ilustre Colegio de la Las Palmas de Gran Canaria. Doctora en Derecho por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España) Email: caloutrole@gmail.com

In other words, the contract of employment does not transform the entrepreneur into "interlocutor" or "qualified third party" to transgress the secrecy of communications.

Keywords: Electronic communications, Constitutional Court, privacy, communications secrecy, information

I. Planteamiento

No cabe duda que en la línea más exigente de la cultura empresarial actual se encontraría la necesidad de contar con la confidencialidad que exige el tratamiento de datos de la actividad empresarial por los trabajadores. Ahora bien, esa confidencialidad basada en la confianza mutua resulta en ocasiones exigida por la empresa sin contrapartida para el trabajador.

Se ha de entender, en este sentido, que derivado de esa mutua confianza expresada por parte del empresario al depositar datos y conocimientos internos en manos del trabajador, éste debe recibir como contrapartida el respeto de su intimidad en el ámbito laboral y por ende, el secreto de sus comunicaciones, ante el uso del sistema informático que la empresa pone a su disposición, para consultar, acceder y enviar documentación y correos, así como mantener en el escritorio de su ordenador determinados datos privados, fotos, accesos preferidos, entre otros.

Pero la cuestión a contestar es si el acceso del empresario a los datos, correos y escritorio puesto a disposición del trabajador en su actividad laboral, puede significar una vulneración de la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador. Esto sucede no solo por el conocimiento y uso en materia informática que la mayor parte de las empresas exigen a sus trabajadores, sino por la vinculación casi automática del trabajador a una mínima discreción, en cuanto a la información que maneja en su actividad laboral común. Esta obligatoria custodia y discrecionalidad se adquiere, en la más de las ocasiones, de facto, sin firma previa de acuerdo expreso al respecto por parte del propio trabajador.

El papel garantista que desempeña el Tribunal Constitucional en el modelo español, garantiza, en todo caso, el encomio de intereses contrapuestos en aquellos casos en el que el empleo de las nuevas tecnologías en el desarrollo de la función profesional, puedan ser susceptibles de control o fiscalización por parte de la organización de la empresa. Ya que en la actualidad, los avances tecnológicos asumen un desarrollo que no permite a la legislación adecuarse a la situación social del momento. Así lo entiende Cardona Rubert cuando reconoce que "El ordenamiento jurídico no ha reaccionado y queda situado a varios pasos por detrás de la realidad. Ante el vacío legislativo, son la autonomía individual y los códigos unilaterales de conducta los que cobran relevancia como métodos para la regulación de la utilización de medios informáticos en la empresa"².

Por su parte, y en un primer momento, incluso nuestro Tribunal Constitucional parece dudar sobre la el alcance de la única referencia constitucional a las nuevas tecnologías, el artículo 18.4 de la Constitución española cuyo literal recoge "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". A la vista de esta duda, el Tribunal Constitucional describe un derecho de contornos todavía imprecisos, llamado "libertad informática"³. En efecto, afirma en primer lugar la existencia de un "derecho a la libertad informática" como derecho o libertad autónomo. Pero, este derecho se vincula, en segundo lugar, al derecho a la intimidad, pues no es sino su vertiente positiva.

Así, en este sentido, puede pensarse que si el ciudadano puede negar la difusión de ciertos datos (vertiente negativa), debería poder asimismo disponer de

² CARDONA RUBERT, M.B., "Intimidad del trabajador y comunicaciones electrónicas según el Tribunal Constitucional", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Lex Social, Volumen 5, n° 2, p. 35.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio.

facultades positivas para oponerse a su conservación, una vez desaparecida la finalidad que llevó a su obtención, o a su cesión a terceros sin mediar autorización.

Tras una importante decisión, el Tribunal Constitucional, afirma que el artículo 18.4 de la Constitución española se interpreta no ya como un aspecto especial o "vertiente positiva" del derecho a la intimidad sino como un derecho a la protección de los datos personales. Así, el derecho a la intimidad se separa o distingue del derecho a la protección de datos. El Tribunal Constitucional distingue, en efecto, ambos derechos en cuanto a su función, su objeto y su contenido. La función es distinta, en primer lugar, puesto que el derecho a la intimidad protege frente a invasiones en la esfera personal y familiar. En cambio, el derecho a la protección de los datos personales garantiza al ciudadano un poder de control o de disposición sobre el uso y el destino de sus datos personales. En segundo lugar, también el objeto de ambos derechos difiere. Los datos personales no son únicamente los datos íntimos de la persona, sino que incluyen, de manera más amplia, todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona⁴.

Pero, parece que para contestar a esa pregunta, al menos de inicio, debemos dilucidar qué significa el concepto derecho a la intimidad para luego poder valorar donde acaba la intimidad del trabajador en los mensajes y uso cotidiano de los sistemas de información para enviar y recibir información y donde comienza el derecho de control del empleador.

En este sentido, podría afirmarse que buscar una construcción del concepto de intimidad que proporcione una tutela eficaz a sus titulares ha constituido el objetivo de diversas decisiones judiciales y preceptos legales, a pesar de lo cual resulta difícil dar con una definición que pueda ser calificada de "unívoca y precisa"⁵.

No obstante, si intentamos una definición aproximada, la acepción más conocida de intimidad es aquella que la define como la garantía de que nadie pueda sufrir intrusiones o investigaciones no deseadas sobre su vida privada y que tales investigaciones no puedan ser divulgadas.

Así entendida, la intimidad serviría para preservar "el ámbito personal" donde cada uno, alejado del mundo exterior, "encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de la personalidad"⁶.

El acceso al uso de la informática fácilmente y la posibilidad de que alguien ducho en la materia, entre en los datos de cualquier persona que como usuario básico no bloquee determinados accesos, o incluso la confianza que se ofrece entre compañeros y amigos con la consiguiente cesión de claves y códigos de acceso, hace que en muchas ocasiones el propio perjudicado haya colaborado a la lesión de su propia intimidad y en ocasiones a la pérdida de la confianza de la empresa, o que el empleador asuma que puede acceder libremente, ante la permisividad de actuaciones negligentes como estas.

Pero en sí, es notorio que esa no sería la casuística aplicable cuando es el empresario quien accede de motu propio a los datos que su trabajador ha dejado grabados en el sistema, sin obtener autorización previa y expresa del trabajador afectado.

II. La perspectiva del derecho a la intimidad en el ámbito laboral

El derecho a la intimidad personal viene contemplado en el modelo constitucional español por el artículo 18 como fiel reflejo de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La motivación del constituyente deja patente la necesidad de contemplar el derecho a la intimidad como un auténtico derecho fundamental, pero ello no es obstáculo para que en no pocas ocasiones, el derecho a la intimidad

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2002 de 30 de noviembre.

⁵ PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 327.

⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M., "Protección del honor e intimidad" en AA.VV., *Comentario a las leyes penales*, Edersa, Madrid, 1982, p. 101.

quede limitado o cuestionado en las prácticas relacionales existentes entre el trabajador y empresario. Precisamente por ello, es en este punto donde el Tribunal Constitucional entra para coordinar la configuración del mismo.

Una construcción formal del concepto de intimidad que garantice el derecho material a ejercerlo por parte de sus titulares, constituye una labor ardua. Entre otras cosas, porque así como lo entiende el profesor Pérez Luño, la intimidad resulta un término que por falta de conceptualización unívoca resulta difícil de precisar⁷.

En el sistema actual de derechos fundamentales, el derecho a la intimidad como expresión del valor de la dignidad humana ha sido considerado por la teoría jurídica tradicional, junto con el honor y la propia imagen, como manifestaciones de los derechos de la personalidad. Por su parte, estos derechos constituyen uno de los pilares sobre los que se construye el sistema de garantías constitucionales de los derechos y libertades, de modo tal que los derechos fundamentales se erigen en instrumento para la plena realización de la dignidad humana, cuyo fin último es el libre desarrollo de la personalidad. Procedente de esa evidencia, el derecho a la protección de la vida privada fue reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada en París el 10 diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Asimismo, inspirada en esta Declaración Universal, la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, firmada el 4 de noviembre de 1950, reconoce la protección de la vida privada como un derecho del hombre.

La importancia de dichas normas estriba en que mientras inicialmente se había reconocido la exigencia de defender al ciudadano frente a los abusos del poder estatal, ahora con los nuevos derechos del hombre se le protege también frente al poder que puede ejercitar un hombre contra otro por razón de su superioridad física, intelectual o económica o cualquier otro interés que pueda perjudicarlo. Es en este sentido, buscando una definición aproximada, en el concepto básico del derecho a la intimidad, se afirma predomina un entendimiento preinformático, es decir, una concepción de la intimidad que no tiene en cuenta cómo las nuevas tecnologías y el desarrollo de las comunicaciones han ampliado los límites del derecho a la intimidad⁸.

En el sistema jurídico español, se ve refrendada esta importancia en la Constitución española de 1978, en su artículo 18, pues eleva al rango de fundamental el reconocimiento y tutela del derecho a la intimidad personal y familiar junto al derecho al honor y a la propia imagen, incluyendo en su apartado 4º una alusión expresa a la tutela de la intimidad frente al uso de la informática, prescribiendo que será la ley la encargada de limitar el uso de la informática para garantizar entre otras cosas, la intimidad personal y familiar.

No es éste el único artículo de la Norma Fundamental dedicado a la intimidad sino que, tal y como Pérez Luño defiende, constituye, junto a otros preceptos (artículos 20.4 y 105.b) un "peculiar círculo hermenéutico"⁹. Pues, tal y como reconoce nuestro propio Tribunal Supremo en sentada jurisprudencia, este "círculo hermenéutico" interpone como límite a la facultad de información, informatizada o no, la intimidad entendida como reducto individual dotado de pleno contenido jurídico que ha de quedar preservado de todo tipo de intromisión extraña¹⁰.

El contexto en el que se encuentra el valor de la dignidad en la relación que asiste entre el trabajador y el empresario, hay que tener en consideración el papel

⁷ PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 327.

⁸ En este mismo sentido véase, MORALES PRATS, F., *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1981, p. 95. Y también, MURILLO DE LA CUEVA, P.L., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 98.

⁹ PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 341

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Julio de 1989.

que juega la empresa como una "formación social en la que confluyen una pluralidad de intereses"¹¹.

La facultad de dirección por parte del empresario ya viene reconocida por el artículo 38 de la Constitución española, y con ese reconocimiento se le posibilita ostentar las potestades que posibiliten gestionar no solamente la defensa económica y patrimonial, sino también la defensa de los intereses legítimos.

Ahora bien, ninguna de las partes una relación laboral entre el trabajar y el empresario a través de una relación contractual no puede en ningún caso, verse vulnerado en ninguno de los fundamentos que le vienen garantizados por la Constitución Española ya que tal y como reza en la STC 88/1985, de 19 de julio "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 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"¹². Precisamente por ello, resulta del todo necesario en la relación existente entre el empleador y el trabajador el reconocimiento de al menos dos derechos fundamentales. Por un lado, los derechos personalísimos que resultan derechos naturales inherentes a la persona, y de otro lado, los derechos laborales que son aquellos que tiene lugar con una relación contractual.

El derecho a la intimidad del trabajador en el ordenamiento laboral español se encuentra reconocido en el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores donde reconoce que establece como derecho de los trabajadores "al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de género".

Es muy posible que el desarrollo de este derecho a la intimidad en el ámbito laboral como el del secreto de las comunicaciones deba ser revisado por nuestro legislador e incluso por el Tribunal Constitucional, de forma que se incremente y aplique aquella teoría de la "libertad informática" que permitiera recoger y especificar determinados derechos y libertades de forma concreta al ámbito laboral¹³. Así se pronuncia Aparicio Tovar cuando defiende que "el derecho de propiedad de los instrumentos de trabajo y el poder de dirección y control de la actividad laboral de los trabajadores salen reforzados frente a los derechos fundamentales de los trabajadores"¹⁴.

Ahora bien, en la circunscripción en la actuación de los derechos fundamentales de los trabajadores en la relación contractual, resulta del todo necesario tener presente los derechos y bienes constitucionalmente protegidos los derechos de los empleadores y otros bienes de índole económica y empresarial, así viene entendido en la Sentencia 134/1994.

¹¹ CARDONA RUBERT, M.B., "El derecho a la intimidad en la relación laboral. Información relativa al trabajador". Red Ius et Praxis, Santiago de Chile, 2006, p. 111

¹² STC 88/1985, de 19 de julio, en Boletín de Jurisprudencia Constitucional (BJC) , N^o 52, 1985, p. 1003.

¹³ Desde la ya célebre Sentencia del Tribunal Constitucional 254/93, han sido numerosas las ocasiones en que se ha pronunciado sobre el contenido y alcance de la libertad informática, y en todas ellas se ha significado la naturaleza especial de un derecho que se ha incorporado al elenco de bienes y derechos fundamentales de la persona. Parece que ese es el camino seguido por el Tribunal Constitucional en sentencias posteriores, confirmando que el artículo 18.4 de la Constitución española, en su último inciso establece las limitaciones al uso de la informática para garantizar el pleno ejercicio de los derechos. Lo que viene a significar el que el artículo citado es, por así decirlo, un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales.

¹⁴ APARICIO TOVAR, J., "Los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica. A propósito de la STC 170/2013, de 17 de octubre de 2013", Revista de Derecho Social, número 64, 2014, p. 136

Afirma en este sentido Díaz Revorio que “existe una garantía que protege las comunicaciones entre las personas, de manera que cualquier supuesto admisible de interceptación de las mismas se presenta como excepcional, y rodeado de límites, requisitos y garantías, dado que esa práctica afecta a un derecho fundamental, y solo el cumplimiento de esos requisitos y garantías permitirá que esa afectación no se convierta en vulneración”¹⁵.

En ese mismo sentido, afirma Baylos Grau que “la autoridad privada es un hecho técnico y neutral, que a lo sumo viene condicionado o ritualizado, especialmente frente a la acción colectiva, manteniendo siempre sus facultades de dirección de la organización empresarial, inmunes a los presupuestos básicos de un sistema democrático. No hay “continuidad” entre la ciudadanía externa a la empresa y dentro de ella; es más, ambas parecen responder a lógicas antitéticas, pues los derechos fundamentales reconocidos “fuera” de la empresa son de difícil aplicación en la relación de trabajo, a salvo de su imposición legal o a través de la negociación colectiva”¹⁶.

En esa misma línea, nuestro Tribunal Constitucional reconoce que “La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución española le reconoce como ciudadano, y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el artículo 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquélla por cuenta y bajo la 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”¹⁷.

En este sentido, interesante resulta la Circular 1/1999 de la Fiscalía General del Estado, que parte de la circunstancia de que en “todo acto de comunicación hay un mensaje con un contenido intelectual determinado, hay un proceso de transferencia del mensaje a través de algún medio técnico y hay unos datos relativos al proceso mismo de comunicación que sin formar parte del contenido intelectual del mensaje son indisociables de la realidad misma de la comunicación”¹⁸.

Continúa la meritada Circular que el “proceso de comunicación y mensaje son el continente y el contenido de una misma realidad y constituyen aspectos tan indisociables desde el punto de vista material que merecen, en línea de principio, un tratamiento jurídico homogéneo”¹⁹.

Esta Circular concluye que “la inviolabilidad de las comunicaciones se predica no solo respecto del mensaje sino también de todos aquellos datos relativos a la comunicación que permitan identificar a los interlocutores o corresponsales, o constatar la existencia misma de la comunicación, su data, duración y todas las demás circunstancias concurrentes útiles para ubicar en el espacio y en el tiempo el hecho concreto de la conexión telemática producida.

Por lo que puede concluirse que la inmunidad del artículo 18.3 de la Constitución española, relativa al secreto de las comunicaciones debe predicarse no solo la interceptación o captación en tiempo real sino cualquier forma de conocimiento antijurídico del contenido del mensaje o de las circunstancias significativas de la comunicación, aunque se produzca fuera del contexto temporal de la conexión.

¹⁵ DÍAZ REVORIO, F.J., “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”, *Revista Facultad de Derecho*, N° 59, 2006, p. 159.

¹⁶ BAYLOS GRAU, A., *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta S.A., Madrid, 1991, p. 99.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1985, de 14 de agosto.

¹⁸ Circular 1/1999 de la Fiscalía General del Estado Español.

¹⁹ *Ibidem*.

Ha de entenderse que, en un ámbito profesional y en una relación trabajador-empresario no existe una limitación a la aplicación de esa interpretación, por lo que, el acceso a datos del trabajador, como sus correos electrónicos, a la información de su escritorio, agenda privada, etc... constituyen a todas luces una vulneración base, tanto si se extrae, lee o si sencillamente se constata su existencia mediante acceso no autorizado por el trabajador afectado.

III. El concepto de intimidad en la relación laboral

La intromisión del empresario en la intimidad del trabajador mientras se produce la relación contractual es un debate que en la sociedad actual ha generado numerosos debates. En este sentido, mientras se produce esa relación contractual conviven dos intereses confrontados. El derecho a la intimidad y dignidad del trabajador y los objetivos económicos que se pretende por parte de la actividad empresarial.

Resulta indiscutible, los nuevos retos a los que se enfrenta las transformaciones en el ámbito laboral como respuesta a la aplicación e instauración de las nuevas tecnologías. Es, en este mismo sentido, la jurisprudencia ha tenido que afrontar la nueva fenomenología mediando en los conflictos que se producen como consecuencia directa de la garantía del derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones en el puesto de trabajo.

De inicio, hay que tener en cuenta que el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones electrónicas de los trabajadores son derechos diferentes. Sin embargo, se encuentran muy relacionados y creemos que su estudio conjunto facilita la comprensión global del problema²⁰.

Derivado de la utilización de las nuevas formas de comunicación, la vulneración de la intimidad antes y después del mundo informático puede entenderse, es sumamente diferente.

Pues aunque no puede negarse al empresario el control de la actividad laboral de sus trabajadores. No puede permitirse tampoco la eventual vulneración de los derechos fundamentales de los mismos, cuando deviene en un exceso en el uso de este poder. Las probabilidades de que esto ocurra son cada vez mayores, pues los programas informáticos de ayuda al control empresarial permiten hoy un seguimiento casi exhaustivo del trabajo habitual de los trabajadores.

Así mismo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en no pocas sentencias estableciendo un equilibrio tal y como reza en la Sentencia 186/2000, donde se reconoce que "el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo", pero por otro lado en la misma Sentencia el Alto Tribunal reconoce que "el derecho a la intimidad no es absoluto y que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que dicho recorte sea necesario, proporcionado, idóneo y respete el contenido esencial, es decir, que no lo desdibuje de tal manera que lo haga irreconocible".

En la misma línea, la jurisprudencia se pronuncia exigiendo que la valoración de los medios utilizados por el empresario se lleve a cabo mediante el principio de proporcionalidad, exigiendo para ello que la medida deba ser justificada, idónea, necesaria y equilibrada²¹. Así, lo que anteriormente constituían accesos indebidos vulneradores de la intimidad en el mundo laboral, como la apertura de correspondencia, el acceso a mesas, taquillas y localizaciones profesionales, o en cualquier lugar donde se guardaba información y enseres privados del trabajador, en los que quedaba patente la intromisión vulneradora.

²⁰ ROIG, A., *Derechos fundamentales y tecnologías de la información y de las comunicaciones (Tics)*. J.M. Bosch, Madrid, 2011, p. 21.

²¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de octubre de 2000, en su Fundamento Jurídico 3º.

Ahora se traslada a la vulneración del secreto de las comunicaciones, pues tras los últimos avances informáticos, todo lo anterior puede ocurrir casi forma automática, mediante un simple acceso informático a nuestro ordenador, correo, escritorio, etc. Nuestro correo electrónico es nuestra correspondencia anterior y nuestro escritorio informático es nuestro material de trabajo, nuestra mesa y bolso, pues guardamos en su interior infinidad de cuestiones privadas, fotos, ubicaciones, preferencias, etc.

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional ha admitido en bastantes sentencias, la aplicación del derecho a la intimidad en el ámbito laboral. Sin embargo, las características del derecho al secreto de las comunicaciones son mucho más estrictas y específicas que las de la intimidad.

Pese a todo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional también garantiza el secreto de las comunicaciones del trabajador, aunque ciertamente en menor medida que en el caso de la intimidad. Así, la meritada sentencia afirma que el artículo 18.3 de la Constitución española contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, afirmando en ese sentido "ciertamente los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos"²². Por otro lado, desde la doctrina más reputada se acierta a defender que el derecho a la intimidad también pueda ser aplicable al correo electrónico, "aunque sólo puntualmente"²³.

Estableciendo como explicación a esa afirmación, que si el destinatario del mensaje de correo electrónico divulgara el contenido del mensaje no vulneraría el secreto de las comunicaciones, pues éste sólo rige frente a intromisiones de terceros. En cambio, si diese a conocer aspectos íntimos contenidos en la misiva, podría entonces conculcar el derecho a la intimidad del remitente.

IV. Límites de las facultades de control del empleador

Puede afirmarse que pese a la facultad reconocida de control empresarial, tanto un control permanente en el lugar de trabajo y en los desplazamientos dentro de la empresa como del contenido del terminal utilizado por el trabajador puede constituir una vulneración del derecho a la intimidad del trabajador.

En este sentido, la tan traída y llevada discusión sobre el artículo 18.4 de la Constitución española ha servido para afirmar la protección de los datos personales, de inicio. Por lo que derivado de esa protección, las demás amenazas tecnológicas deberán afrontarse mediante la interpretación extensiva de los derechos fundamentales clásicos²⁴. Así, por ejemplo, el derecho a la libertad de movimiento, bien fuera de la empresa incluso dentro del mismo edificio en horarios de descanso, no puede ser fiscalizado por el empresario ni cesado o retirado a voluntad, pues no constituye un derecho de éste, ni una obligación a soportar por el trabajador.

En esta línea, se afirma la no pérdida de derechos fundamentales por el trabajador por el sometimiento a las condiciones recogidas en un contrato de trabajo y la completa protección de estos derechos en todo momento de la relación laboral. Estas actuaciones de control efectuadas en el ámbito laboral pueden constituir vulneración de la intimidad del trabajador, máxime cuando se trata de un control informático sobre datos y correos que aunque constituyan parte de su actividad profesional al ser entre compañeros no pierden su carácter de confidenciales.

²² Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2002, Fundamento Jurídico 9º.

²³ MARÍN ALONSO, I., *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, 2004, pp. 140-141.

²⁴ ROIG, A., *Derechos fundamentales y tecnologías de la información y de las comunicaciones (Tics)*, cit., p. 17.

Por lo que, podría llegar a pensarse que cuando el uso del correo electrónico es exclusivamente profesional, parece lógico que el control empresarial sobre su utilización puede ejercerse sin necesidad de recabar el consentimiento expreso del trabajador ni de autorización judicial²⁵. Sin embargo, esto no significa que no esté sujeto a ningún límite. Y en base a ello, se podrían señalar unos requerimientos mínimos a tener en cuenta por parte de la empresa para considerar legítima la fiscalización de los medios de comunicación informáticos²⁶. Sin lugar a dudas, resulta del todo garantista que los trabajadores tengan conocimiento de las condiciones de uso de las herramientas informáticas y, en particular, de las actuaciones que les están prohibidas.

Esta condición puede implementarse en los Convenios Colectivos, en un Protocolo firmado por los representantes de los trabajadores y la empresa, o incluso añadirse al contrato, como un código de conducta empresarial y que acepta el trabajador y su representante a la hora de su firma.

Pues aunque pueda pensarse que el hecho de que el propio programa informático, de forma general, avise en pantalla de las actuaciones que no están permitidas o que al iniciarlos exijan la conformidad del trabajador a las normas de uso, no está totalmente claro que ello signifique autorización del trabajador o del empresario al respecto de los derechos y obligaciones al respecto de unos y otros. Sin embargo, tal vez la vía más correcta, como decimos, sea la de acudir a la negociación colectiva, para recoger en los Convenios Colectivos, las reglas de uso y las consecuencias del uso indebido o abusivo del correo electrónico y del resto de medios informáticos de información y comunicación, así como las condiciones de acceso del empleador e incluso llegar al borrado o control de la información existente en el terminal asignado al trabajador.

La empresa debe comunicar, de forma fehaciente a sus empleados que puede llegar a fiscalizar el uso de los medios de comunicación mediante los pertinentes controles, de manera que su realización no constituya una sorpresa, pues de lo contrario, estaría vulnerando entre otros, el principio de la buena fe contractual²⁷, recogido en el párrafo final del artículo 20.2 Estatuto de los Trabajadores, que obliga también al empresario, que debe actuar conforme a dicho principio en la fiscalización del uso de los medios informáticos²⁸.

No obstante a la advertencia, el protocolo y demás medidas consensuadas con la representación sindical y habida cuenta que la fiscalización del uso del correo electrónico por parte de la empresa afecta a derechos fundamentales de los trabajadores, parece claro que no será admisible un control arbitrario o injustificado, sino que se exigirán indicios o, al menos sospechas justificadas, de una utilización indebida de las comunicaciones por parte del trabajador²⁹. Además de la existencia de indicios o sospechas, es necesario que la medida restrictiva de derechos fundamentales resulte necesaria y proporcionada.

Esta proporcionalidad significa hallar un equilibrio entre el respeto a la intimidad del trabajador y el derecho del empresario a controlar el adecuado uso de los medios de producción de la empresa. Y como base, exige que se tengan en

²⁵LLUCH, X.A. y GINÉS CASTELLET, N., *Empresa y prueba informática*, J.M. Bosch, Madrid, 2006, p. 93.

²⁶Ibídem, p. 93.

²⁷ RUBIO DE MEDINA, M.D., *El despido por utilización personal del correo electrónico*, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 9 y ss.

²⁸ Así se recoge en varias sentencias, sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 19 de julio de 2005.

²⁹ En ese mismo sentido, el de la existencia de sospechas fundadas suficientes para la fiscalización de registros informáticos pueden verse diversas sentencias, entre ellas, las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 19 de julio de 2005 y del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 26 de agosto de 2004, ésta última motiva el despido laboral por la indebida utilización del correo electrónico de la empresa.

cuenta las circunstancias del caso concreto, para valorar si la medida de control está justificada.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en jurisprudencia ya consolidada³⁰, viene exigiendo para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales, la observancia del juicio de proporcionalidad, que requiere que la actuación limitadora cumpla tres requisitos:

- a) El denominado juicio de idoneidad, esto es, que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto.
- b) El denominado juicio de necesidad, o sea, que la medida resulte necesaria, de tal manera que no exista otra menos limitativa del derecho que permita conseguir los mismos fines.
- c) El denominado juicio de proporcionalidad en sentido estricto, o lo que es lo mismo, que la acción sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Por su parte, hay que tener en cuenta que las comunicaciones informáticas deben someterse a procedimientos que permitan la máxima transparencia y eviten la indefensión del trabajador, respetando su dignidad.

Existen además diversas resoluciones judiciales que sancionan la aplicación analógica del procedimiento previsto en el artículo 18 del Estatuto de los trabajadores para el registro de las taquillas y efectos particulares del empleado. En este sentido, hay que tener en cuenta que la extensión de este precepto al registro de los ordenadores plantea algún desajuste, por cuanto se trata de medios de producción de la empresa, frente a las taquillas, que son espacios exclusivamente personales de los trabajadores.

La Jurisprudencia cada vez más mayoritaria entiende que, pese a estas diferencias, y por más que los ordenadores sean herramientas de trabajo de propiedad empresarial, el respeto a la intimidad de sus usuarios, exige que su registro se adopte con los requisitos previstos en el artículo 18 Estatuto de los trabajadores, presencia de un representante de los trabajadores, en horario laboral y con respeto a la dignidad e intimidad del trabajador, a simili a la revisión de una taquilla del trabajador dentro de la empresa.

V. CONCLUSIONES

La vulneración del derecho a la intimidad de los trabajadores por parte del empresario puede adquirir diferentes formas. Así, es el propio Tribunal Constitucional quien califica de vulneración del derecho a la intimidad la acción realizada por el empresario cuando accede a la información del ordenador que el trabajador utiliza en su actividad laboral, sin cumplir unos requisitos mínimos recogidos en la doctrina que se ha denominado juicio de proporcionalidad.

En el modelo español, es clara la voluntad del legislador en considerar el derecho a la intimidad como un auténtico derecho fundamental. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, en no pocas ocasiones en el espacio de la relación empresarial puede quedar vulnerado.

Es tal la gravedad de dicha vulneración que es el propio Tribunal Constitucional quien asimila la acción de control del contenido del ordenador que utiliza el empleador, a la revisión de taquillas y zonas privadas del trabajador dentro de la empresa.

En este sentido, los derechos fundamentales entran de lleno en el ámbito laboral, de otra forma pareciera que la firma de un contrato y sometimiento a las órdenes de la actividad laboral obligue al trabajador a la cesión de parte de sus derechos y nada más lejos de la realidad.

³⁰ En este sentido, entre otras sentencias, las Sentencias del Tribunal Constitucional número 37/1998 y número 207/1996.

El empresario debe ser consciente de que el ámbito de control y fiscalización dentro de su empresa tiene límites constitucionales precisos en cuanto tropiezan con los derechos fundamentales del trabajador a su servicio.

Es por ello que debe observar con atención el no vulnerar derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones y admitir que el derecho de organización y control de la actividad empresarial tiene como principal límite los derechos de sus empleados.

El trabajador, por su parte, debe conocer que el manto de protección de los derechos fundamentales no desaparece al ponerse el uniforme laboral o al entrar al puesto de trabajo, y exigir mediante su representante legal y de forma taxativa el cumplimiento estricto de sus derechos en esta materia.

Pues se está defendiendo que el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones supera con creces cualquier pacto en contrario que el trabajador firme y que le obligue a permitir su vulneración aunque sea de forma voluntaria, siempre que esta vulneración adolezca de la observancia de las mínimas condiciones exigidas por la jurisprudencia al empresario.

En palabras del propio Tribunal Constitucional "el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada" y por supuesto, "Que no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización laboral modula aquellos derechos en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva; reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental en sus artículos 38 y 33.

Pues, en este sentido, Revorio entiende que el artículo 1.1 de la Constitución española, reconoce la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como valores superiores del Ordenamiento, se equiparan como base argumental de los valores superiores a la dignidad de la persona³¹.

Pues aquí y trasladando esa idea, como valores superiores del ordenamiento que han de inudar cualquier esfera social, la dignidad de la persona es ese valor superior que forma un manto sobre derechos personales y fundamentales como la intimidad y el secreto de las comunicaciones, de ahí la importancia de estos derechos.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- APARICIO TOVAR, J., "Los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica. A propósito de la STC 170/2013, de 17 de octubre de 2013", *Revista de Derecho Social*, número 64, 2014.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., "Protección del honor e intimidad" en AA.VV., *Comentario a las leyes penales*, Edersa, Madrid, 1982.
- BAYLOS GRAU, A., *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta S.A., Madrid, 1991.
- CARDONA RUBERT, M.B., "Intimidación del trabajador y comunicaciones electrónicas según el Tribunal Constitucional", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Lex Social, Volumen 5, nº 2.
- CARDONA RUBERT, M.B., *El derecho a la intimidad en la relación laboral. Información relativa al trabajador*, Red Ius et Praxis, Santiago de Chile, 2006.
- DÍAZ REVORIO, F.J., "La Constitución ante los avances científicos y tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes desarrollos en materia genética y

³¹ DÍAZ REVORIO, F.J., "La Constitución ante los avances científicos y tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes desarrollos en materia genética y en tecnologías de la información y la comunicación", *Revista de Derecho Político de la UNED*, Nº 71-72, enero-agosto 2008, p. 97.

- en tecnologías de la información y la comunicación", *Revista de Derecho Político de la UNED*, N° 71-72, enero-agosto 2008.
- DÍAZ REVORIO, F.J., "El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones", *Revista Facultad de Derecho*, número 59, 2006.
- LLUCH, X.A. y GINÉS CASTELLET, N., *Empresa y prueba informática*, J.M. Bosch, Madrid, 2006.
- MARÍN ALONSO, I., *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, 2004.
- MORALES PRATS, F., *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1981.
- MURILLO DE LA CUEVA, P.L., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990.
- PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.
- ROIG, A., *Derechos fundamentales y tecnologías de la información y de las comunicaciones (Tics)*. J.M. Bosch, Madrid, 2011.
- RUBIO DE MEDINA, M.D., *El despido por utilización personal del correo electrónico*, Bosch, Barcelona, 2003.