



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

DIEGO IGAREDA DIEZ DE SOLLANO

EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL USO DE
INTERNET COMO HERRAMIENTA
DE TRABAJO

Trabajo presentado para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 95599 con fecha 13-VIII-86.

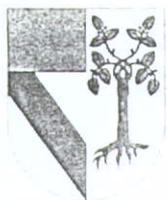
Zapopan, Jalisco, Octubre de 2004.



56928

CLASIF: IC DEE
ADQUIS: 50928
FECHA: 30/04/08
DONATIVO DE _____
\$ _____ 191 h

1. Donativo a la presidencia
2. Donativo a la biblioteca
3. Inyector



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

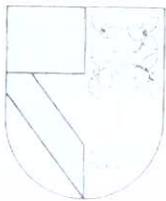
CAMPUS GUADALAJARA

DIEGO IGAREDA DIEZ DE SOLLANO

EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL USO DE
INTERNET COMO HERRAMIENTA
DE TRABAJO

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86.

Zapopan, Jal., Octubre de 2004



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. DIEGO IGAREDA DIEZ DE SOLLANO
Presente

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: **"EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL USO DE INTERNET COMO HERRAMIENTA DE TRABAJO"** presentado por usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar ocho ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN



LIC. ALBERTO JOSÉ ALARCÓN MENCHACA

Guadalajara, Jal. 15 de Octubre de 2004.

Lic. Alberto José Alarcón Menchaca
Director de la Escuela de Derecho
Universidad Panamericana
Campus Guadalajara.
P r e s e n t e.

Estimado Lic. Alarcón:

Me permito comunicar a usted que **DIEGO IGAREDA DIEZ DE SOLLANO**, quién cursó los estudios de la Licenciatura en Derecho, ha concluido satisfactoriamente su tesis titulada: **"EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL USO DE INTERNET COMO HERRAMIENTA DE TRABAJO"**.

Al respecto le manifiesto que el trabajo de investigación realizado reúne los requisitos de fondo y forma necesarios para solicitar fecha de examen profesional.

Atentamente.


Lic. Alberto José Alarcón Menchaca
Director de Tesis.

Deo Gratia!

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	
I. CONCEPTOS FUNDAMENTALES	11
A. Conceptos laborales	11
1. La relación de trabajo	11
2. El contrato de trabajo	13
a. Contrato individual de trabajo	13
b. Contrato colectivo de trabajo	15
3. El reglamento interior de trabajo	17
4. Las políticas corporativas	21
5. La herramienta de trabajo	23
6. El aviso de rescisión	25
B. Nociones y conceptos informáticos	27
1. Nociones generales sobre internet	27
a. Historia y antecedentes	28
b. Bondades y usos de internet	29
2. Nociones generales sobre el correo electrónico	33
a. Historia y antecedentes	33
b. Bondades y usos del correo electrónico	37
3. <i>Hackers y crackers</i>	40
C. El derecho a la intimidad	43
1. España	47
2. La Unión Europea	53
3. Argentina	58
4. Reino Unido	60
5. Conferencia Nórdica de Juristas	63
6. Holanda	63
7. Otros ordenamientos	65
8. México	67

II.	PROBLEMÁTICA DEL USO DE INTERNET POR EL TRABAJADOR	75
A.	Aspectos importantes dentro de una relación laboral	77
B.	Riesgos por el uso indebido de internet y del correo electrónico como herramientas de trabajo	80
	1. El valor de la información: activo estratégico	82
	2. <i>Cyberslacking</i> y desperdicio de recursos	89
III.	DERECHO COMPARADO Y PRECEDENTES	91
A.	España	92
B.	Francia	116
C.	Estados Unidos de América	118
D.	Reino Unido	119
E.	Alemania	120
F.	Argentina	121
G.	Chile	122
IV.	PROPUESTA	124
	CONCLUSIONES	134
	BIBLIOGRAFÍA	

INTRODUCCIÓN

A través de los años, la tecnología informática ha avanzado a pasos agigantados, desde la creación de la primera computadora que funcionaba con bulbos, hasta la invención del microchip del tamaño de la cabeza de un alfiler. Algunas de las pruebas más tangibles de dicha tecnología que tienen cabida dentro del campo de la informática y que por cierto, son cada vez más utilizadas en los centros de trabajo, son internet y el correo electrónico, conocido globalmente como *e-mail*¹.

En la actualidad se ha creado una cultura o estrategia de comercio entre particulares y/o empresas para simplificar todo el proceso de requerimiento de materiales y distribución de producto, así como para simplificar y eficientar las relaciones internas de una empresa. Lo anterior, gracias a los grandes avances tecnológicos, la rapidez y cantidad en la información, el acceso a sistemas de cómputo por un alto porcentaje de la humanidad, la necesidad de reducir los costos implicados en todo lo relacionado a la logística y a la administración de los inventarios, aprovechando el gran auge que ha tenido internet en el mundo, así como el correo electrónico.

Tomando en cuenta la importancia y trascendencia de esta realidad, en el presente trabajo pretendemos hacer un análisis de los derechos y obligaciones que surgen en virtud de tal estrategia dentro de una relación de trabajo, así como de la problemática y consecuencias del uso de internet como herramienta de trabajo.

Son innumerables las empresas que actualmente tienen presencia en la red de redes y, por el otro lado, también lo son aquellas que cuentan con acceso a dicha red como una herramienta más para sus trabajadores con el fin de cumplir con sus

¹ Podemos definir al correo electrónico como el instrumento por el cual se realiza una comunicación entre emisor y receptor a través de internet, por medio de mensajes e-ventos.

funciones laborales. Y es que internet se ha consolidado como la plataforma ideal para el desarrollo de pequeñas y grandes empresas, al permitir la globalización de productos y servicios.

Es indiscutible que internet y el correo electrónico pueden ser considerados una herramienta de trabajo. La importancia de esta afirmación surge al momento de pretender determinar qué tratamiento se les habrá de dar tanto por parte del patrón, como de los trabajadores que tienen acceso a dichas herramientas. Desde un punto de vista jurídico, qué derechos y obligaciones nacen para las partes derivado de una relación de trabajo.

En la misma medida en que hemos sido testigos de un crecimiento exponencial de dispositivos informáticos como internet y el correo electrónico, a la par se han desarrollado mecanismos que han impedido un desarrollo sano de toda esta gran tecnología. Tal es el caso de los virus o *bugs*, entre otros. Es por ello que el mal uso de esta herramienta de trabajo puede causar daños irreversibles y en ocasiones, consecuencias negativas de carácter económico para una empresa. El daño que pudiera provocarse a sus sistemas de cómputo, sobre todo aquéllos conectados en red, es muy alto. Incluso, el autor se atreve a declarar que el mayor riesgo que corre hoy en día una empresa multinacional es el daño que pudiera sufrir sobre su información almacenada en sistemas informáticos, ya sea por medio de virus enviados por correo electrónico, mediante el acceso a una página de internet con contenido no seguro o mediante la descarga de internet de archivos dañados, entre otros. En muchos casos, esta información es considerada por la empresa como confidencial, lo cual le puede implicar un beneficio en relación con sus competidores y, por lo tanto, la revelación de esta información se traduciría en pérdidas importantes de dinero para una empresa.

Es muy importante que no perdamos de vista que un trabajador es contratado precisamente para trabajar. Por ello recibe una retribución. Resultaría absurdo

sostener que un trabajador es contratado para lidiar con asuntos personales ajenos al funcionamiento de la empresa, haciendo uso de una herramienta de trabajo – como internet y el correo electrónico- originariamente otorgada para otro destino y pudiendo causar agravios al patrón, ya sean directos o indirectos.

Este tipo de daños se puede causar por medios externos o internos. Los primeros se encuentran, en cierta medida, fuera del control de la empresa (Vg. invasiones por parte de *hackers*)²; los segundos, desgraciadamente los más comunes, se dan regularmente de manera involuntaria, a causa de displicencia y poca diligencia por parte de los usuarios de los equipos de cómputo de una empresa por conductas activas de los mismos.

Pero, ¿hasta dónde es lícito para una empresa intervenir y monitorear la información contenida en los equipos de cómputo de su propiedad que son asignados a sus trabajadores; o aquéllos que no son suyos pero que son utilizados por sus trabajadores para realizar su trabajo y que pudieran causar un daño a sus activos?; ¿hasta dónde puede vigilar la información que circula por su red informática, incluyendo aquella transmitida y recibida por medio de las cuentas de correo electrónico otorgadas a sus trabajadores?, y ¿en qué medida puede sancionarlos por una conducta displicente o negligente? Lo anterior, en aras de proteger los activos de la empresa y mantener un nivel de competitividad óptimo, pero siempre respetando la intimidad de la persona que trabaja para una empresa. En esta tesis buscamos dar respuesta a éstas y otras interrogantes que se dan día a día con mayor frecuencia en los centros de trabajo.

Por tratarse de una situación relativamente novedosa y dado que nuestra legislación actual se ha quedado corta en materia de derecho informático en

² Los *hackers* han sido una consecuencia lógica del surgimiento de internet. Estos son personas que irrumpen ilegalmente en sitios web, vulnerando su contenido y en algunos casos, robando información confidencial. La palabra *hacker* se deriva del verbo en inglés *to hack*, que significa cortar, acuchillar.

general, el tratamiento de internet y el correo electrónico como herramienta de trabajo presenta una problemática aparentemente difícil de resolver.

¿Cuál es la postura que debe tener el empleador hacia un trabajador que no utiliza la herramienta de trabajo precisamente para desarrollar su trabajo y en cambio aprovecha el medio de comunicación para realizar cosas ajenas a las funciones para las que fue contratado?. ¿En qué medida puede el patrón intervenir las computadoras de sus trabajadores -aquéllos que cuenten con ellas claro está-, para eliminar riesgos de infección de *bugs* y verificar que realmente estén desempeñando sus labores? Aquí surge un problema, ya que se presenta un juego de "toma y daca" entre el respeto del derecho a la intimidad, elevado al rango de garantía constitucional y la vigilancia de los activos de la empresa y desde luego del buen y correcto desempeño de sus trabajadores.

El objetivo de esta tesis es analizar una problemática cada vez más actual suscitada en el entorno laboral: el uso de internet como herramienta de trabajo; así como determinar las implicaciones de esta afirmación. Indicaremos los mecanismos y procedimientos más convenientes, a juicio del autor, para encontrar el justo medio entre estos dos puntos, siempre actuando dentro del marco legal, con una solución sana tanto para trabajadores como para patrones.

Igualmente, buscamos proponer medios por los que se pueda verificar el uso adecuado de esta tecnología, respetando toda garantía establecida a favor de los trabajadores, incluyendo el derecho a la intimidad; estableciendo medios legales para que el patrón obtenga un mejor desempeño profesional de sus trabajadores; consiga una mejor disciplina laboral; alcance un mejor manejo de recursos, tanto tangibles, como intangibles; evite daños a sus activos; evite fugas y uso indebido de información confidencial, y un sinnúmero de metas alternas como resultado del establecimiento de reglas claras para el uso de esta tecnología.

Para llevar a cabal cumplimiento el objetivo de esta tesis, nos remitiremos a las disposiciones legales que tengan aplicación en este respecto. Desde el derecho a la intimidad establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, hasta los orígenes de la relación de trabajo y demás disposiciones relativas a los derechos y obligaciones laborales establecidas en la Ley Federal del Trabajo en vigor, así como resoluciones sostenidas por tribunales de otros países, entre otras cosas. Adicionalmente, es necesario tomar en cuenta la opinión de la doctrina. Es esta la que nos podrá ayudar a comprender el verdadero sentido y alcance de la situación en análisis, ilustrándonos sobre problemáticas similares a las planteadas en esta tesis, suscitadas en países diversos donde se prevén soluciones alternas.

Partiremos del concepto de internet y el correo electrónico como herramienta de trabajo a la luz del ordenamiento legal aplicable. Esgrimiremos los argumentos necesarios para llegar a esta conclusión. Una vez entendida como tal, nos adentraremos en el tratamiento que debe tener el correo electrónico e internet en un centro de trabajo, tanto por parte del patrón, como de los trabajadores, incluyendo sus consecuencias jurídicas. Se plantearán posibles soluciones para el manejo legal, seguro y disciplinado de internet y el correo electrónico como herramientas de trabajo, a fin de reducir las posibilidades de un uso diverso y de su abuso con el objeto de proteger los recursos de la empresa. Asimismo, determinaremos los mecanismos de reglamentación y sanción más convenientes por incumplimiento a las obligaciones del trabajador, en lo que respecta al uso de herramientas de trabajo.

I. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

A. Conceptos laborales

1. La relación de trabajo

La relación de trabajo puede nacer de un contrato, esto es, de un acuerdo de voluntades libremente alcanzado o puede tener otro origen. De acuerdo con Mario de la Cueva, el acto generador de la relación no puede ser considerado contractual –a pesar de que la ley lo acepta en algunos casos- y señala que es suficiente que se produzca materialmente la prestación del servicio para que nazca la relación de trabajo. Las condiciones del trabajo no sólo derivan de un acuerdo de voluntades, sino de la propia ley. Esta tesis se basa sobre todo en la existencia de sindicatos imponentes y en la cláusula de admisión que se establece ordinariamente en los contratos colectivos de trabajo, lo cual deja prácticamente de lado al patrón en la contratación de personal, así como de las condiciones de trabajo, ya que éstas se encuentran previamente establecidas en dichos contratos.

Mario L. Deveali, doctrinista italo-argentino apunta que “la circunstancia de que el hecho del trabajo pueda producir algunos efectos legales, aún (sic) en el caso de no existir un contrato de trabajo válido, no influye sobre la naturaleza del contrato del que normalmente deriva la relación de trabajo, sino que indica simplemente que la prestación del trabajo puede producir por sí misma algunos efectos importantes, aunque no tengan origen contractual”³.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley Federal del Trabajo en su artículo 8, primer párrafo: “Trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo

³ L. DEVEALI, Mario: *Lineamientos de Derecho del Trabajo*. Tipografica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956. p. 236.

personal subordinado"⁴, entendiéndose como trabajo, toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio; "patrón es la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores"⁵, ejerciendo la facultad de subordinación sobre ellos.

La relación entre trabajador y patrón da origen a la relación de trabajo, a la que la Ley Federal del Trabajo en su artículo 20 define como "la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario"⁶. De lo anterior podemos concluir que el contrato de trabajo no origina la relación de trabajo, aunque el primero constituya el medio ideal para probar su existencia.

La subordinación, elemento esencial de la relación de trabajo, significa por parte del patrón un poder jurídico de mando (dar órdenes e instrucciones relacionadas con el servicio personal que se presta), correlativo a un deber de obediencia por parte de quien presta el servicio. La subordinación es la característica esencial de la relación de trabajo. Siempre que en una prestación de servicios se dé el elemento de subordinación, se estará frente a una relación laboral.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha confirmado este criterio determinando que el elemento distintivo de la relación de trabajo es efectivamente la subordinación, lo cual se describe en la jurisprudencia integrada en el Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito bajo rubro: *Relación Laboral. La subordinación es el elemento distintivo de la.*

Lo anterior tiene lógica; no podemos supeditar la existencia de una relación de trabajo a la obligación del patrón de retribuir el servicio prestado por el empleado

⁴ Ley Federal del Trabajo. Versión publicada en internet en la página oficial del H. Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos (www.cedhcu.gob.mx/leyfdo/), p. 3.

⁵ ídem.

⁶ ídem, p. 4.

mediante el pago de un salario. Por esto, aunque muchas veces no existe salario, la relación de trabajo está ahí por el vínculo que la origina: la subordinación.

2. El contrato de trabajo

El contrato de trabajo tiene dos vertientes. La primera se refiere al acuerdo directo que existe entre trabajador y patrón en donde ordinariamente se establecen las condiciones generales de trabajo para el puesto que desarrollará el trabajador. La segunda se refiere al acuerdo entre uno o varios patrones o sindicatos de patrones y uno o varios sindicatos de trabajadores. Ambos demuestran el vínculo jurídico que existe entre las partes, así como su alcance. Es de particular importancia señalar que ambos contratos deben acatar lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo en su artículo 5, el cual alude a las principales disposiciones de orden público que rigen las relaciones de trabajo.

A continuación hablaremos brevemente sobre las características más importantes de cada uno de ellos.

a. Contrato individual de trabajo

Como establecimos anteriormente, puede existir una relación de trabajo sin un contrato individual de trabajo por escrito que la soporte. Sin embargo, es éste el medio idóneo para formalizar el vínculo jurídico entre trabajador y patrón y definir precisamente las condiciones de la prestación del servicio. La propia Ley Federal del Trabajo lo define como "aquel (sic) por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario."⁷

Como todo contrato, el individual de trabajo debe contener dos elementos esenciales para su perfeccionamiento: consentimiento y objeto posible.

⁷Idem.

En cuanto al consentimiento, que no es más que una expresión de la voluntad, podemos decir que en el caso del trabajador es poco común pensar en una representación. En cambio, en el caso del patrón existe la posibilidad de la representación tomando en cuenta que éste puede ser una persona física o moral. En ambos casos el consentimiento puede ser expreso o tácito. Es importante no confundir la existencia del contrato con su otorgamiento por escrito, aunque definitivamente es conveniente para las partes que el consentimiento sea expreso y se materialice en un contrato escrito, con el fin de brindarles mayor seguridad jurídica.

La importancia del consentimiento radica en que su ausencia resulta en la inexistencia del contrato, no necesariamente de la relación de trabajo.

El objeto posible es otro elemento esencial del contrato individual de trabajo. Esto se refiere primordialmente a la obligación de prestar el servicio en forma personal y subordinada y la de pagar el salario. Es evidente que el objeto posible también debe ser lícito para que el contrato sea válido. Por ejemplo, es posible contratar a menores de 14 años de edad, pero de acuerdo con lo previsto en el artículo 123 constitucional, no es válido. En este caso existe la relación de trabajo, pero está viciada de nulidad, aunque no implica la inexistencia de la obligación del patrón de pagar una retribución económica por la prestación del servicio. Al respecto, el artículo 31 de la Ley Federal del Trabajo establece que "los contratos y las relaciones de trabajo obligan a lo expresamente pactado y a las consecuencias que sean conformes a las normas de trabajo, a la buena fe y a la equidad"⁸, lo cual se traduce en que las partes tienen una libertad contractual limitada, dado que existen márgenes marcados por la propia ley y sus disposiciones de orden público, la buena fe y la equidad. Además, "las condiciones de trabajo en ningún caso podrán

⁸ *Ibid.* p. 6.

ser menores a las fijadas en esta Ley”⁹, establece el artículo 56 de la Ley Federal del Trabajo

Dichas condiciones deben constar por escrito cuando no existan contratos colectivos de trabajo aplicables. De acuerdo con el artículo 25 de la Ley Federal del Trabajo, el escrito correspondiente deberá contener, entre otros: el nombre, nacionalidad, sexo, estado civil y domicilio del trabajador y del patrón; los servicios que deban prestarse; la duración de la jornada de trabajo; la forma y el monto del salario; y *las demás condiciones de trabajo que convengan al trabajador y el patrón*. Esta última disposición abre la puerta a las partes de una relación de trabajo para regular el uso y destino del correo electrónico e internet proporcionados por el patrón como herramientas de trabajo.

b. Contrato colectivo de trabajo

La idea del derecho colectivo del trabajo nace por la inquietud de crear normas jurídicas por parte de los organismos que representan a las clases en conflicto. Para Néstor de Buen Lozano, el derecho colectivo del trabajo, raíz del contrato colectivo del trabajo, es “el capítulo del derecho del trabajo que establece los cauces institucionales de la lucha de clases”¹⁰.

El artículo 386 de la Ley Federal del Trabajo señala que “contrato colectivo de trabajo es el convenio celebrado entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patrones, o uno o varios sindicatos de patrones, con objeto de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en una o más empresas o establecimientos”¹¹.

⁹ *Ibid.* p. 11.

¹⁰ DE BUEN L., Néstor, *Derecho del Trabajo*, Tomo segundo, Editorial Porrúa, 14ª. ed. actualizada, México, 2000, p. 590.

¹¹ *Ley Federal del Trabajo*, Op. cit. p. 85.

A pesar de la polémica que existe en torno a la denominación del contrato colectivo de trabajo, en virtud de que en nuestro derecho el patrón acude a la celebración del contrato por mandato legal, por cuestiones culturales, históricas y finalmente prácticas, entre otras, no se ha cambiado su denominación, aunque a juicio del autor no sea un contrato. "Se trata de convenir en normas que servirán de modelo a los contratos individuales que se celebren".¹²

Otros autores consideran al contrato colectivo de trabajo como un mínimo de garantías sociales para los trabajadores. Siendo un poco más pragmáticos, el autor considera que es una forma práctica de establecer normas de observancia general y obligatoria al constituirse las relaciones individuales de trabajo de las personas amparadas bajo el contrato. De ello se desprenden ciertos elementos; entre otros: se trata de un convenio; es celebrado por órganos representantes de los trabajadores y patrones, o por el patrón mismo; y tiene aplicación en una empresa o en un(unos) establecimiento(s).

De acuerdo con el artículo 390 de la Ley Federal del Trabajo, el contrato colectivo de trabajo debe celebrarse por escrito, y para que surta efectos debe depositarse ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, aunque en su contenido se puede prever una fecha de efectos distinta. Además, debe incluir disposiciones relativas a: los nombres y domicilios de los contratantes, su duración, las jornadas de trabajo, días de descanso y vacaciones, el monto de los salarios, cláusulas relativas a capacitación y adiestramiento, y las demás estipulaciones que convengan las partes, entre otras. Esta última resulta de particular importancia para efectos de esta tesis, ya que es el fundamento legal y contractual de los acuerdos de las partes con relación al uso y destino de las herramientas de trabajo, incluido el correo electrónico e internet proporcionado por el patrón.

¹² DE BUENOS, Néstor. Op. cit. p. 291.

Aunque "las estipulaciones del contrato colectivo se extienden a todas las personas que trabajen en la empresa o establecimiento, sean o no miembros del Sindicato que lo haya celebrado"¹³, incluyendo trabajadores de confianza y salvo disposición expresa en contrario, es importante señalar que las disposiciones contenidas en este documento no pueden ser "menos favorables para los trabajadores que las contenidas en contratos vigentes en la empresa o establecimiento de que se trate"¹⁴. Por su carácter obligatorio e inderogable, el contrato colectivo de trabajo constituye uno de los pilares de las relaciones laborales en las empresas.

Como una forma derivada del contrato colectivo, pero con el mismo sentido jurídico y social, el contrato ley está también regulado en la Ley Federal del Trabajo. Dado que el objeto de esta tesis no es adentrarnos en los contratos que pueden regular las relaciones de trabajo, sino los elementos jurídicos y contractuales relacionados con el uso del correo electrónico e internet como herramientas de trabajo, sólo diremos que el contrato ley es "celebrado entre uno o varios Sindicatos de Trabajadores y varios patrones, o uno o varios Sindicatos de patrones, con el objeto de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en una rama determinada de la industria, y declarado obligatorio en una o varias Entidades Federativas, en una o varias zonas económicas que abarquen una o más de dichas Entidades o en todo el territorio nacional."¹⁵

Como se puede advertir del concepto anterior, el objeto es el mismo que el del contrato colectivo, simplemente con un ámbito de aplicación mucho mayor.

3. El reglamento interior de trabajo

El "Reglamento Interior de Trabajo es el conjunto de disposiciones obligatorias para trabajadores y patrones en el desarrollo de los trabajos en una empresa o

¹³ Ley Federal del Trabajo. Op. cit. p. 71.

¹⁴ *Ibid.* p. 70.

¹⁵ *Ibid.* p. 72.

establecimiento.”¹⁵ No son materia del reglamento las normas de orden técnico y administrativo que formulen directamente las empresas para la ejecución de los trabajos de acuerdo a la propia Ley Federal del Trabajo. En él se contienen las disposiciones disciplinarias y procedimientos para su aplicación de acuerdo con el artículo 423 de dicha ley. Por ello, podemos decir que el poder disciplinario del patrón se encuentra plasmado en el reglamento interior de trabajo. Nace del acuerdo entre aquél y el sindicato de trabajadores, y a falta de este último, de una comisión de trabajadores.

Las disposiciones del reglamento surten efectos legales una vez que se deposita ante la Junta de Conciliación y Arbitraje y obligan a los trabajadores a partir de que tengan conocimiento del mismo. De lo anterior, concluimos que el patrón no tiene legitimación para imponer una corrección disciplinaria sin existencia previa de un reglamento (o disposición expresa en el contrato colectivo o individual de trabajo), como lo podría ser la separación temporal que impida el desempeño al trabajador en su labor ordinaria.

La elaboración del reglamento y su registro ante la Junta Local de Conciliación y Arbitraje no es una obligación exclusiva del patrón. La Ley Federal del Trabajo prevé la participación, en ambas etapas, de los representantes de los trabajadores. En ella se establece que el reglamento se formulará por una comisión mixta de representantes de los trabajadores y del patrón y, por acuerdo de las partes, cualquiera podrá depositarlo ante la Junta de Conciliación y Arbitraje.

Es muy importante señalar que si se establecen en el reglamento derechos para los trabajadores que exceden los mínimos de ley o lo dispuesto en los contratos de trabajo, el patrón no puede después válidamente negar su procedencia. Además, los trabajadores o el patrón, en cualquier tiempo, podrán solicitar a la Junta se

¹⁵ Ibid. p. 75.

subsanan las omisiones del reglamento o se revisen y modifiquen sus disposiciones.

La deficiente regulación legal y la renuencia de los trabajadores para aceptar y poner en práctica un reglamento interior de trabajo, ha producido que el patrón incluya lo relativo a medidas disciplinarias en los contratos colectivos o individuales de trabajo y en las políticas corporativas, etc.

Ordinariamente, en el reglamento se incluyen disposiciones complementarias a las previstas en el contrato colectivo de trabajo y los contratos individuales de trabajo que el patrón tenga celebrados con sus trabajadores. Las disposiciones previstas en un reglamento pueden ser obligatorias tanto para los trabajadores sindicalizados como para los trabajadores de confianza. "En la práctica, la empresa es la que determina las normas aplicables a la prestación de servicios de sus trabajadores, en el lugar de trabajo. Dichas normas se elaboran conforme a los requisitos que establece la LFT –Ley Federal del Trabajo- en cuanto a su contenido, así como considerando las necesidades específicas de la empresa, dependiendo de su actividad."¹⁷

La Ley Federal del Trabajo dispone que el reglamento debe contener, entre otras cosas, lo siguiente:

- a. Horas de entrada y salida de los trabajadores, tiempo destinado para las comidas y periodos de reposo durante la jornada;
- b. Lugar y momento en que deben comenzar y terminar las jornadas de trabajo;
- c. Días y horas fijados para hacer la limpieza de los establecimientos, maquinaria, aparatos y útiles de trabajo;
- d. Días y lugares de pago;

¹⁷ Boletín Titulado "El Poder Disciplinario del Patrón", publicado por Baker & McKenzie, Septiembre de 2003.

- e. Labores insalubres y peligrosas que no deben desempeñar los menores y la protección que deben tener las trabajadoras embarazadas;
- f. Tiempo y forma en que los trabajadores deben someterse a los exámenes médicos, previos o periódicos, y a las medidas profilácticas que dicten las autoridades;
- g. Permisos y licencias;
- h. Disposiciones disciplinarias y procedimientos para su aplicación. La suspensión en el trabajo, como medida disciplinaria, no podrá exceder de ocho días. El trabajador tendrá derecho a ser oído antes de que se le aplique la sanción; y
- i. Las demás normas convenientes de acuerdo con la naturaleza de cada empresa o establecimiento, para conseguir la mayor seguridad y regularidad en el desarrollo del trabajo.

Estas dos últimas disposiciones servirán como entrada para regular lo relativo al uso de las herramientas de trabajo -incluyendo internet y el correo electrónico-, así como las medidas disciplinarias por el uso incorrecto o falta de uso de las mismas, y lo relativo a la inobservancia de las normas relativas a sus obligaciones y prohibiciones en la prestación de sus servicios para el patrón.

Con el fin de que los trabajadores conozcan el contenido del reglamento en vigor, la Ley Federal del Trabajo establece que el reglamento "deberá imprimirse y repartirse entre los trabajadores y se fijará en los lugares más visibles del establecimiento"¹⁸. Aunque esta obligación no se establece expresamente para el patrón, puede interpretarse que es éste quien debe implementarla. El incumplimiento de esta obligación puede acarrear multas hasta por 30 veces el salario mínimo general, independientemente de la responsabilidad correspondiente por dicho incumplimiento. Además, se presentarían problemas si el patrón quisiera implementar una sanción disciplinaria establecida en el reglamento, si éste no ha

¹⁸ Ley Federal del Trabajo. Op. cit. p. 74

sido publicitado y consecuentemente no es del conocimiento del trabajador en cuestión.

En la práctica, en las empresas se suelen repartir copias del reglamento a los trabajadores, recabando firma de recibido a cada uno de ellos, para evitar que en un futuro aleguen su desconocimiento. "En conclusión, más que una obligación, el RIT –Reglamento Interior de Trabajo- debe ser considerado como una herramienta que permita al patrón y a sus trabajadores, propiciar un ambiente de trabajo sano donde prevalezca el orden, la disciplina y la seguridad necesaria para conseguir los objetivos de la empresa."¹⁹

4. Las políticas corporativas

Las políticas corporativas son una extensión de la facultad impositiva que tiene el patrón para con sus trabajadores, estableciendo disposiciones de carácter y observancia general que normalmente cumplen con directrices comunes para un grupo de empresas. Establecen condiciones adicionales bajo las cuales debe prestarse el servicio. Evidentemente, no deben contravenir los preceptos establecidos por la Constitución y las leyes que de ella emanen, incluyendo la Ley Federal del Trabajo.

En México, dada la creciente inversión extranjera directa en sociedades mexicanas, es cada vez más común encontramos con políticas corporativas establecidas por los grandes grupos corporativos en sus sedes oficiales, para ser cumplidas por todas las sociedades pertenecientes al grupo. Aunque no se encuentran reguladas como tales en la Ley Federal del Trabajo, si constituyen una forma válida de crear obligaciones para las partes de una relación de trabajo como lo establecimos anteriormente en el apartado de Contratos de Trabajo y del reglamento interior de trabajo. Y me refiero a ambas partes porque es común que impliquen obligaciones

¹⁹ Boletín Titulado "El Poder Disciplinario del Patrón" (p. 32)

también para el patrón. Tal es el caso de las políticas relativas a la no-discriminación en los centros de trabajo. Otras políticas comunes son aquellas relativas a la obligación de no contribuir a la corrupción mediante dádivas a entidades gubernamentales, así como las relativas a la confidencialidad de la información a la que se tiene acceso como empleado por motivo y para el desarrollo de la relación de trabajo.

Tal y como sucede con el contrato colectivo de trabajo y el reglamento interior de trabajo (en algunas áreas), las políticas corporativas constituyen una forma práctica de establecer normas de observancia general y obligatoria. Aunque de naturaleza similar a dichas figuras jurídicas, las políticas corporativas en algunas empresas aplican únicamente a cierta clase de empleados. En función de ello, habrá empleados que deberán acatar mayor número de políticas corporativas que otros. Probablemente, la diferencia práctica entre las figuras antes mencionadas y las políticas corporativas sea la especificidad de los temas tratados en estas últimas, así como su ámbito de aplicación general en una clase determinada de trabajadores. Por ejemplo, no será necesario notificar a los empleados que no utilicen automóviles de la empresa la política corporativa que regule el uso de los mismos.

Al igual que el reglamento interior de trabajo, es conveniente entregar una copia de las políticas corporativas vigentes aplicables a un empleado determinado al momento de nacer la relación de trabajo, recabando su firma de recibido para evitar que se alegue su desconocimiento posteriormente. Además, es conveniente hacer referencia a la existencia de éstas y a la obligación de su cumplimiento, en los contratos de trabajo y en el reglamento interior de trabajo.

5. La herramienta de trabajo

De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española* se entiende por herramienta el “instrumento, por lo común de hierro o acero, con que trabajan los artesanos”²⁰. A pesar de hacer numerosas referencias a las herramientas de trabajo –también aludidas como útiles o instrumentos–, la Ley Federal del Trabajo en vigor no las conceptúa. Sin embargo, tomando en cuenta el contexto donde se utiliza el término podemos concluir que herramienta de trabajo, bajo dicha ley, es aquella utilizada por el trabajador para desempeñar las labores encomendadas, necesaria o conveniente para cumplir con dicho fin.

De esta definición se desprenden varios elementos. El primero es el trabajador, ya que será éste quien utilice la herramienta. El segundo es el patrón, ya que la idea de trabajador, en el contexto planteado, sólo tiene cabida dentro de una relación de trabajo. El tercero es la propia relación de trabajo. El cuarto lo constituye el objeto para el cual se otorga la herramienta, esto es, el cumplimiento de las labores encomendadas al trabajador para el puesto correspondiente. A diferencia de los anteriores elementos, éste no es requisito, ya que el uso indebido de una herramienta de trabajo no la priva de su calidad.

Finalmente, el quinto elemento se refiere a la necesidad o conveniencia de su uso por parte del trabajador para cumplir con sus labores. Por ejemplo: es necesario que un soldador cuente con careta, ropa adecuada y soplete, entre otras cosas, para llevar a cabo su trabajo. De otra forma, sería imposible realizarlo. Es evidente que cuando se trata de una necesidad, el patrón está obligado a proporcionar la herramienta a los trabajadores, “siempre que aquéllos no se hayan comprometido a usar herramienta propia”²¹.

²⁰ www.rae.es

²¹ *Ley Federal del Trabajo*, D.F. 01/01/71

Al respecto, el artículo 132 de la Ley Federal del Trabajo establece que "son obligaciones de los patrones... III - Proporcionar oportunamente a los trabajadores, los útiles, instrumentos y materiales necesarios para la ejecución del trabajo, debiendo darlos de buena calidad, en buen estado, y reponerlos tan luego como dejen de ser eficientes..."²² De lo anterior se desprende que si la herramienta no es necesaria para la ejecución de las labores, el patrón no tiene obligación de proveerla.

Aunque en ocasiones no existe una necesidad, el uso de una herramienta de trabajo adicional puede simplificar y eficientar las labores de un trabajador. Por ejemplo: un trabajador con conocimientos contables puede llevar una contabilidad de una empresa con los libros, pólizas y demás documentos requeridos para ello. Sin embargo, el uso de una computadora le podrá hacer más sencilla y eficiente su tarea. En muchas ocasiones los patrones prefieren proporcionar herramientas de trabajo más avanzadas y no necesarias con el fin de abaratar costos en otras áreas (Vg. salarios) y reducir tiempos de operación, entre otros.

Dicho artículo 132 también señala que "el patrón no podrá exigir indemnización alguna por el desgaste natural que sufran los útiles, instrumentos y materiales de trabajo..."²³ A *contrario sensu*, el patrón sí tendrá derecho a solicitar una indemnización si han sufrido daños no imputables al desgaste natural por la ejecución de las labores, y esto obviamente incluye el uso de las herramientas de trabajo para fines distintos a los encomendados. La intención del legislador es clara y justa. El patrón no tiene por qué sufrir y pagar las consecuencias de un uso incorrecto o distinto al debido de una herramienta de trabajo cuando ha existido la capacitación correspondiente. Al utilizar una herramienta para fines distintos, ésta sufre un desgaste no previsto por el patrón, y su vida útil se ve reducida a causa de la negligencia del trabajador en cuestión.

²² Idem

²³ Idem

Paralelamente a lo anterior, el artículo 135 de la Ley Federal del Trabajo establece que los trabajadores no deben "usar los útiles y herramientas suministrados por el patrón, para objeto distinto de aquél a que están destinados"²⁴. El incumplimiento de las obligaciones antes mencionadas puede ser castigado con la rescisión de la relación de trabajo sin responsabilidad para el patrón, de acuerdo al artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo, pudiendo ser aplicables las fracciones II, V, VI, VII, VIII, IX, XI y/o XV.

Por otro lado, es obligación del patrón "proporcionar local seguro para la guarda de los instrumentos y útiles de trabajo pertenecientes al trabajador, siempre que deban permanecer en el lugar en que prestan los servicios, sin que sea lícito al patrón retenerlos a título de indemnización, garantía o cualquier otro. El registro de instrumentos o útiles de trabajo deberá hacerse siempre que el trabajador lo solicite..."²⁵

En conclusión, internet y el correo electrónico pueden ser herramientas de trabajo bajo la legislación laboral mexicana, ya que podrán ser utilizados por un trabajador bajo una relación de trabajo para realizar las labores encomendadas por el patrón, independientemente de su necesidad o conveniencia para realizar dichas labores.

6. El aviso de rescisión

El artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo establece las causas por las cuales el patrón podrá rescindir la relación de trabajo sin responsabilidad. Una vez actualizada por lo menos alguna de las causas enumeradas, "el patrón deberá dar al trabajador aviso escrito de la fecha y causa o causas de la rescisión"²⁶. Este constituye el aviso de rescisión. "El aviso deberá hacerse del conocimiento del

²⁴ Ibid. p. 25.

²⁵ Ibid. p. 21.

²⁶ Ibid. p. 8.

trabajador, y en caso de que éste se negare a recibirlo, el patrón dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la rescisión, deberá hacerlo del conocimiento de la Junta respectiva, proporcionando a ésta el domicilio que tenga registrado y solicitando su notificación al trabajador. La falta de aviso al trabajador o a la Junta, por sí sola bastará para considerar que el despido fue injustificado.”²⁷

El aviso de rescisión debe contener ciertos requisitos para ser válido en cuanto a forma y fondo. Debe incluir: (i) los elementos que permitan la identificación del trabajador en cuestión, así como del patrón que expide el aviso; (ii) la fecha de la rescisión de la relación de trabajo; (iii) la conducta realizada por el trabajador que originó el aviso, incluyendo circunstancias de tiempo, lugar y modo; (iv) los argumentos y hechos que funden y motiven la existencia de una causa de rescisión con base en dicha conducta.

Posteriormente, se debe notificar el aviso al trabajador en cuestión y consecuentemente respetar su derecho de audiencia. Dicha notificación, para efectos prácticos, es necesario realizarla en presencia de fedatario público o por lo menos dos testigos.

Evidentemente, si los razonamientos vertidos en el aviso por los cuales se considera que hay lugar a una causa de rescisión, no son considerados válidos por la autoridad laboral, mediante el juicio correspondiente, el aviso de rescisión y la propia rescisión no surtirán los efectos legales deseados por el patrón. Consecuentemente, el trabajador tendrá derecho a la indemnización correspondiente derivada de un despido injustificado o a la reinstalación de su trabajo, en su caso, lo cual implica consecuencias económicas importantes para el patrón.

B. Nociones y conceptos informáticos

1. Nociones generales sobre internet

Desde su creación, internet no ha parado de crecer y evolucionar debido a que cada vez son más sus usuarios, y a que muy pocos son capaces de resistirse a navegar por la red. Por esa vía se puede hacer contacto con cualquier persona del mundo conectada, se puede tener acceso a una cantidad de información impensable, las opiniones de uno pueden ser conocidas por muchas personas y se puede ser participe de las opiniones de los demás. No hay rangos, no existen clases, todos los usuarios son iguales. En definitiva es un moderno modelo de anarquía.

La increíble evolución que ha experimentado internet en los últimos años se debe en gran parte a la entrada de la publicidad, ya que un anuncio puede ser visto por millones de personas en todo el mundo, con las posibilidades que esto nos brinda, ya que podemos ser selectivos, es decir, dirigirnos al público objetivo que realmente nos interesa con una precisión impensable hace algunos años.

Cada vez son menos los escépticos que pensaban que internet sería una moda pasajera; basta echar un vistazo a nuestro alrededor y comprobar cómo las noticias de internet en los periódicos, en la radio, en la televisión, etcétera, son cada vez más extensas. Todo el mundo habla de internet. Todos los gobiernos están implicados en una veloz carrera por dotarse de potentes infraestructuras que faciliten el tráfico de las comunicaciones mundiales.

La prueba definitiva de que internet es el futuro es que cuando aún quedan por desarrollar miles de aplicaciones impensables para nosotros hace pocos años, ya se está desarrollando lo que se ha denominado internet 2, que es la nueva

generación de internet basada en una red de alta velocidad sin restricciones de ancho de banda y que nos brindará la posibilidad de ejecutar aplicaciones desde otra computadora, realizar comunicaciones de videoconferencia en tiempo real o descargar videos en un tiempo récord. Éstos son sólo unos ejemplos de hasta dónde podemos llegar.

a. Historia y antecedentes

Internet surge en la década de los sesentas, cuando la guerra fría era más latente, y lo hace como consecuencia directa de solucionar un problema estratégico en los Estados Unidos de América.

Ante la posibilidad de un ataque nuclear, los militares estadounidenses ven claramente que uno de los primeros blancos de los misiles enemigos serían los centros de comunicaciones, ante lo cual empiezan a desarrollar un sistema de comunicaciones que no esté centralizado en un mismo punto.

En 1968 surge ARPANET (*Advanced Research Projects Agency*), que básicamente consistía en la unión entre sí de cuatro computadoras enormes mediante líneas de transmisión de alta velocidad.

ARPANET creció y pasó a ser una gran red. Su orientación inicial hacia la investigación y la seguridad militar atrajo a una gran cantidad de centros de docencia e investigación (universidades, organismos científicos privados y públicos), los cuales encontraron un método revolucionario de mantenerse en contacto y divulgar nuevos descubrimientos, plantear dudas, solicitar información, compartir ficheros, etcétera. Tanto fue así que el protocolo TCP/IP (lenguaje que utilizan para entenderse las máquinas conectadas a internet) se comenzó a usar en pequeñas redes, denominadas redes corporativas, instaladas en entidades muy

diversas. Sintetizando, internet es un conjunto de múltiples sistemas físicos de conexión que agrupa a varios sistemas.

En 1983 se produce la separación de ARPANET y así internet pudo seguir creciendo sin la supervisión del mando militar estadounidense. De hecho ARPANET desaparece en 1989.

El desarrollo de esta red es lo que conocemos hoy en día como internet.

b. Bondades y usos de internet

Según algunos especialistas, el mundo de los negocios ya no será el mismo. Los más entusiastas, pasmados por las maravillas de este mundo interconectado, aseguran que la historia de las compañías se escribirá a partir de dos grandes bloques: antes de internet y después de internet. De hecho, soportadas por la red de redes, cientos de empresas rediseñaron sus estrategias y repensaron su forma de trabajar.

Internet ha contribuido a una considerable reducción de costos en el campo de la logística y distribución de un producto, ya que los sistemas que existían en la antigüedad han sido sustituidos por las computadoras y en concreto por el propio internet y el correo electrónico. Esta era electrónica ha revolucionado la forma de interactuar de las empresas y nos conduce a pensar en los beneficios que conlleva.

Algunas compañías decidieron cancelar su presencia real cerrando tiendas y abriendo su portal en internet, otras ampliaron sus canales de distribución (además de utilizar ladrillos y cemento invirtieron en fibra óptica); y el resto de ellas, nació con el estigma de la época: el apellido punto com. Sin embargo, en ese contexto tan cambiante y complejo existe un elemento que resurge de las cenizas: el capital humano.

Jacques Chirac, alguna vez señaló en conferencia de prensa: "La nueva economía es la capacidad para innovar, crear nuevos productos, explotar nuevos mercados, encontrar nuevos recursos de competitividad, utilizando al mismo tiempo los medios apropiados, incluidos internet y el correo electrónico"²⁸.

Internet es utilizado para manejar información electrónica; crea valores y facilita nuevas relaciones entre empresas y clientes mejorando su desempeño. Además, las redes de cadenas agregan valor con áreas de enfoque como introducción más rápida de productos, alcance global, eficiencia en los procesos, atención al cliente, posicionamiento de productos, creación de marcas líderes, capitalización de fortalezas, acceso a información e infraestructura flexible y áreas de valor como habilidad de comprar globalmente, planeación integral con socios comerciales, administración de inventarios con socios comerciales, visibilidad de órdenes de consumidores, ventas incrementales de cualquier tamaño, conocimiento de hábitos de consumo de clientes y reducción de ciclos de tiempo en los procesos.

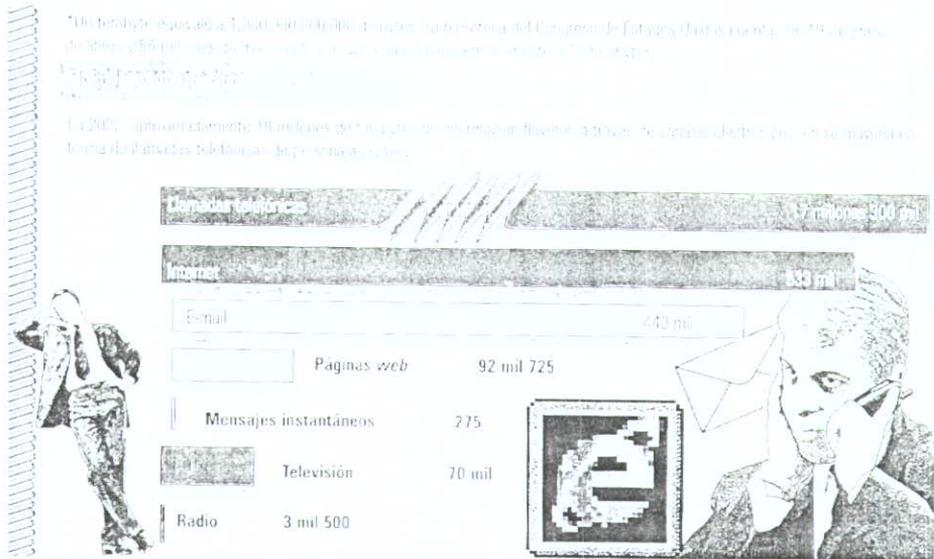
En conclusión y a juicio del autor, dentro de los principales beneficios y objetivos de internet se encuentran los siguientes:

1. Causa mejoras en el canal de distribución de las empresas. Con un bajo nivel de inversión logran mayor presencia y alcance a través de nuevos canales, es decir, consiguen una presencia internacional e instantánea.
2. Mejora el servicio de ligas directas con los clientes además de la experimentación y el aprendizaje que el proceso conlleva.
3. La integración conecta electrónicamente a una organización con su amplia red de clientes y proveedores, creando valor significativo para los clientes,

es decir, un mejor servicio y valor significativo para la empresa que se traduce en un incremento en los ingresos y mayor rentabilidad.

4. Permite a las empresas crear procesos más dinámicos y eficientes al mejorar la forma en que actualmente operan y preparan al mismo tiempo, la organización para las condiciones del mercado de mañana.
5. El uso de internet en una empresa hace que ésta tenga la capacidad para operar a una escala mundial sin límites y de alcanzar nuevos mercados más allá de los tradicionales, distantes geográficamente, con perfiles de clientes distintos y radicalmente nuevos.
6. Permite acceder a discos duros de otras máquinas, mandar mensajes entre usuarios distintos, enviar o recibir programas.

Internet es por encima de todo una tecnología que permite comunicarse con cualquier tipo de computadoras e intercambiar datos, esto es, la conectividad. Lo anterior se refleja fielmente en la siguiente tabla publicada por una revista de gran circulación en territorio mexicano, con base en información provista por la Universidad de Berkeley, en Estados Unidos de América. De acuerdo con dicha tabla relativa al flujo de la información, en 2002, aproximadamente 18 millones de *terabytes* de información fluyeron a través de canales electrónicos.²⁹



Los objetivos de reducción de costos, aceleración en el lanzamiento de productos y el aumento del nivel de satisfacción del cliente, son la clave para los negocios de hoy. Los clientes demandan precios más bajos, más opciones, personalización y niveles más altos de servicios. Para satisfacer sus necesidades, los empresarios están reconsiderando todos los aspectos de las operaciones de su organización a la luz de las nuevas oportunidades creadas por internet.

Internet está cambiando el panorama de empresas y gobiernos para trabajar y aprovechar al máximo las ventajas de esta tecnología, y así lograr resultados que se verán reflejados en las ventas, productividad y competitividad de las empresas, facilitando la compra y venta de productos, así como bienes y servicios a través de internet, y con el fin de hacer más eficiente y efectivo el proceso comercial, conscientes de que bajo esta premisa, internet incide en la relación de la empresa con clientes, proveedores y bancos, así como de los propios procesos internos.

Hoy en día, la importancia de una empresa puede radicar en gran parte en ese gran activo que es internet, el dinero invertido en sistemas de cómputo, *software*, *hardware*, servidores, *intranets*³⁰, páginas de internet, nombres de dominio³¹, marcas, y en general toda la infraestructura digital e intangible. Es por ello que resulta tan importante normar y establecer reglas claras para su uso, ya que las consecuencias por su mal uso pueden llegar a ser catastróficas para una empresa.

2. Nociones generales sobre el correo electrónico

Autores expertos en la materia informática aseguran que el correo electrónico constituye el medio de comunicación más confiable, efectivo, costeable y práctico para entablar una comunicación entre dos o más personas. Normalmente, un correo electrónico es recibido en cuestión de minutos y en algunos casos segundos. Excepcionalmente, puede tardar hasta uno o varios días, lo cual es poco común. Es un medio de comunicación al alcance de casi cualquier persona y es utilizado por toda empresa con una infraestructura tecnológica básica, ya sea para entablar comunicaciones internas (entre los distintos miembros de la empresa, incluyendo trabajadores) o externas (entre los miembros de la empresa y clientes, proveedores, etcétera).

a. Historia y antecedentes

A continuación se presenta una cronología en la que se describe el desarrollo del correo electrónico hasta nuestros días:

³⁰ Las redes internas conocidas en el argot informático como *intranets* no son más que una modalidad de internet, que a su vez conlleva beneficios muy importantes para sus usuarios, esencialmente iguales a los brindados por el propio internet, pero a menor escala. María Inés Terrabene las define como "una red privada dentro de una organización". TORRABENE, María Inés. *Internet para abogados*. Editorial Universidad. Buenos Aires 1999, p. 209.

³¹ El sistema de nombre por dominio (*Domain Name System*) es un método para asignar nombre a los ordenadores a través de una estructura jerárquica. Los nombres están formados por palabras separadas por puntos. Cada palabra es un subdominio de alcance mayor.

1961. Hace su aparición el modelo CTSS (*Compatible Time-Sharing System*). Mediante este sistema, los usuarios se conectaban desde una terminal con una computadora modelo 7094 y almacenaban archivos en el disco. El objetivo de este modelo era poder compartir la información, mediante un nuevo mecanismo: los usuarios se pasaban mensajes unos a otros, creando mensajes en directorios comunes. El destinatario, al conectarse después al sistema CTSS desde cualquier terminal, podía ver si tenía algo para él, buscando en "su" directorio personal.

1963. Comienza a funcionar la *hot-line* entre el Kremlin y la Casa Blanca, consistente en una línea de comunicaciones que une permanentemente ambos lugares.

1967. Lawrence G. Roberts publica su plan para ARPANET, titulado precisamente "Plan for the ARPANet", en el que establece las ideas de la conmutación de paquetes para una futura red global.

1969. Existen 4 servidores conectados a ARPANET de las siguientes universidades: *Stanford Research Institute*, UCLA, Universidad de California Santa Bárbara y Universidad de Utah.

1971. Aunque los antecedentes del correo electrónico hay que buscarlos unos pocos años antes, no es hasta 1971 cuando Ray Tomlinson tuvo una idea que se acabaría revelando como una de las más influyentes de los últimos treinta años. Millones de usuarios lo demuestran cada día, una y otra vez. Estamos hablando del correo electrónico.

En los primeros tiempos del correo electrónico no existía un programa de correo propiamente dicho que permitiera enviar un mensaje de un usuario a otro; lo que se hacía era colocar en un directorio predeterminado el archivo que contenía el

mensaje que queríamos que leyeran. De ese modo, cuando el destinatario quería saber si tenía correo, entraba en dicho directorio, y veía si había algo.

Tomlinson tuvo la idea de crear un programa que permitiera enviar estos mensajes de una computadora a otra. Los programas que creó se llamaron originalmente SNGMSG (para enviar los mensajes) y READMAIL (para leerlos).

En su segundo mensaje enviado, Ray explicaba cómo se debían enviar los mensajes de correo a través de la red local, y establecía el uso de la @ para especificar el usuario que lo enviaba (el remitente o *sender*).

El correo electrónico fue un éxito desde su inicio, convirtiéndose en la aplicación estrella de la red al sustituir al *telnet*³², y sorprendiendo a propios y extraños.

*When the mail was being developed, nobody thought at the beginning it was going to be the smash hit that it was. People liked it, they thought it was nice, but nobody imagined it was going to be the explosion of excitement and interest that it became. So it was a surprise to everybody, that it was a big hit.*³³

Pronto resultó obvio que ARPANET se estaba convirtiendo en un medio de comunicación humana con unas ventajas superiores al correo tradicional, así como sobre las llamadas telefónicas. Una de las ventajas del sistema de mensajes sobre el correo era que, en un mensaje ARPANET, se podía escribir directamente y con errores mecanográficos, incluso a una persona de más edad o de más posición, o a alguien a quien no se conocía bien, y el destinatario no se ofendía. La formalidad y perfección (sic) que la mayoría de la gente espera de una carta normal no se asociaba inmediatamente con los mensajes de red, probablemente debido a que la red es mucho más rápida, incluso más que el teléfono.³⁴

Entre las ventajas de los servicios de mensajería en red sobre el teléfono estaba el hecho de que se podía ir directamente al grano sin tener que hacer ninguna introducción previa; que los servicios de mensajería producían un resultado

³² The standard protocol for connecting one computer to another (usually, one of these computers will be a server running Unix). www.catalyst.washington.edu/glossary.html

³³ HARDY, Ian R., *The evolution of ARPANET email*. Universidad de Berkeley, 1996. Frank Heart en entrevista con Judy O'Neill, Cambridge, Massachusetts, 23 de marzo de 1990. OH 186, Charles Babbage Institute, Universidad de Minnesota Minneapolis, Minnesota. Transcripción de la grabación en cinta magnetofónica.

³⁴ Ídem.

almacenable; y que el emisor y el receptor no tenían por qué estar disponibles en el mismo momento.

John Vittal creó MSG, que es considerado el primer programa moderno de gestión de correo electrónico. Entre otras novedades, permitía reenvío de mensajes o direccionar automáticamente las respuestas, por ejemplo.

1972. ARPANET se presenta al público. Robert Kahn, uno de los diseñadores del protocolo TCP/IP, recibe el encargo de Larry Roberts de organizar en la *International Computer Communication Conference (ICCC)* una demostración pública en la que interconecta 40 ordenadores en red. Se trata de la primera presentación al público no especialista de la tecnología de las telecomunicaciones, entre las cuales se incluyó el correo electrónico.

1973. Un estudio de ARPA señala que el correo electrónico representa 75% del tráfico de ARPANET.

1975. Steve Walker crea la primera lista de distribución de correo electrónico de ARPANET llamada MsgGroup.

1983. *Colby College* de Waterville (Maine, Estados Unidos de América) es la primera institución de enseñanza que proporciona una cuenta de correo electrónico a todos sus alumnos.

1985. Aparecen las "cartas en cadena" (*chain letters*) en el correo electrónico. Son análogas a las del correo ordinario, pero debido a su costo mínimo, su expansión y efectos, son mucho mayores.

1993. Aparece el *unsolicited commercial e-mail*, conocido actualmente como spam.

1996. En Estados Unidos de América, el correo electrónico supera en número de comunicaciones al correo tradicional.

2000. Según un informe de *International Data Corporation*, la cantidad de mensajes de correo electrónico que se envían anualmente, pasará de 97,000 millones en el año 2000, a 350.000 millones en el año 2005, con los problemas que indudablemente llevará asociado este aumento. Según el mismo informe, el spam representa aproximadamente 33% del correo enviado.³⁵

2004. La Comisión Europea hace público un comunicado en el que aconseja endurecer las sanciones por realizar spam. "El 'spam' ha alcanzado proporciones preocupantes (...) En la actualidad, hay un riesgo de que los usuarios de e-mails o SMS simplemente dejen de usar el correo electrónico o la telefonía móvil, o se contengan de usarlos en la medida en que de otra manera lo harían". También establece que "aunque la legislación detendra algo de spam, por sí sola no será suficiente".³⁶

b. Bondades y usos del correo electrónico

Actualmente, más de diez millones de personas utilizan el correo electrónico cada día. Es la herramienta de internet más utilizada. El correo electrónico también es, sin duda, la herramienta más poderosa y efectiva que nos ofrece internet, no sólo desde el punto de vista de las características que nos brinda - velocidad, confiabilidad, economía y automatización de ciertas tareas-, sino también en función a su potencial como la herramienta de *marketing* más efectiva jamás inventada.

³⁵ www.idc.com/search.com

³⁶ www.IBENews.com

Nicholas Varchaver señala en un artículo publicado en la revista *Fortune* relativo al correo electrónico:

it's also the most important business technology since the advent of the telephone. It's invaluable in allowing far-flung offices to communicate and it lets employees work from anywhere. It has... given us an effortless way to transmit lengthy documents without so much as a busy fax signal. If you have any doubt how much the technology has worked its way into your daily life, just ask yourself this: How many times a day do you check your e-mail?¹⁷

Algunas de las características más importantes que nos brinda la utilización del correo electrónico son las siguientes:

1. **Velocidad** Comparado con el servicio postal tradicional, el correo electrónico es veloz. Una carta "normal" puede tardar en llegar a su destino desde un día hasta varias semanas, según su destino final y el proveedor de servicio utilizado.

Si tenemos un cliente potencial que nos solicita información sobre nuestros productos o servicios, cada día de demora puede provocar que se pierda el interés inicial. En este caso, el tiempo está en nuestra contra. Afortunadamente, el correo electrónico nos permite comunicarnos instantáneamente con cualquier persona que tenga acceso a internet en cualquier parte del mundo, en fracción de segundos.

Lo anterior significa que podemos proveer la información a nuestros clientes potenciales cuando aún el interés está en un punto alto.

La alternativa que más se acerca al correo electrónico en cuanto a velocidad es el fax. Sin embargo, no podemos comparar los costos de

¹⁷ VARCHAVER, Nicholas. "The perils of e-mail". Artículo publicado por la revista *Fortune*, Febrero 17, 2003, No. 3, p. 65.

enviar un mensaje via fax a sitios distantes, pues la factura equivaldría a una llamada internacional mientras que enviar un correo electrónico a cualquier parte del mundo tiene exactamente el mismo costo, el de una llamada local.

Al igual que con el fax, no podemos enviar toda clase de productos o material tangible via correo electrónico, pero cualquier persona con acceso a internet puede enviar y recibir mensajes en forma de texto, audio, archivos u otro formato electrónico.

2. **Confiabilidad:** Por el correo tradicional, la correspondencia se puede perder, ser robada, destruida, enviada a la dirección errónea, etc. Estos riesgos son menores con el correo electrónico, ya que en cuestión de segundos llega a su destino final en cualquier parte del mundo.

Aun cuando no es infalible, es muy confiable. Si por algún motivo el correo electrónico no puede ser tramitado, automáticamente regresará a su buzón e indicará que no pudo ser enviado con éxito.

3. **Economía:** La posibilidad de enviar y recibir correos electrónicos viene incluida en los costos de acceso a internet que le ofrece su proveedor. Por otra parte, es posible enviar un mismo mensaje a varias personas localizadas en cualquier parte del mundo sin tener que gastar tiempo o el dinero para establecer llamadas telefónicas, o envíos de fax incurriendo en costos de larga distancia telefónica, papelería, tinta de impresora, sobres, etcétera.
4. **Automatización de tareas:** Es una de las facetas que más auge ha tomado del correo electrónico: nos referimos a los contestadores automáticos de correo electrónico. Los contestadores automáticos de

correo electrónico envían mensajes automáticos cada vez que a la dirección del mismo llega un correo electrónico. Éstos son la solución perfecta para enviar información específica y automática a nuestros clientes.

Significa que los clientes potenciales pueden recibir información sobre una empresa, sus productos y servicios las 24 horas del día, 7 días a la semana, sin necesidad de intervención humana. Todo el proceso trabaja en "piloto automático".

3. *Hackers y crackers*

Los *hackers* son personas extraordinariamente conocedoras de los lenguajes informáticos de programación. Su objetivo es irrumpir y vulnerar los sistemas informáticos de terceras personas modificando el contenido de los mismos, robando información confidencial y, en muchos casos, causando perjuicios de gran valor económico. Como lo establecimos anteriormente, los *hackers* han sido una consecuencia lógica del surgimiento de internet. "La comunidad hacker considera que la información debe ser libre e irrestricta, y su actividad se orienta a 'liberar' información restringida para el conocimiento público"³⁸. Innumerables ejemplos han existido desde la creación de internet hasta nuestros días por los cuales esta clase de personas han dañado grandes cantidades de equipos de cómputo mediante la propagación directa o indirecta de virus informáticos. Y es que "un virus de computadora resulta extraordinariamente semejante a uno biológico, que es una pequeña sección de códigos genéticos que utiliza el mecanismo de replicación del organismo anfitrión para producir copias de sí mismo, las que después se diseminan en otros organismos anfitriones a través de otro medio"³⁹.

³⁸ TORNABENE, María Inés. Op. cit. p. 212.

³⁹ WOOLEY, Benjamin. www.iztapatlapa.uam.mx/iztapatlapa/www/ripocnile/39/td39_04.html

A continuación me permito describir brevemente algunos de los casos más importantes relacionados con este tema, acontecidos en los últimos años.

1988 Internet se vio afectada por un virus de tipo gusano. Se estima que unas 6 mil computadoras resultaron afectadas, incluyendo servidores de la NASA, el Ejército norteamericano, MIT, Universidades, etcétera. Se acusó a un estudiante de 23 años, Robert Morris, hijo de un experto en seguridad informática. El efecto de este gusano era "comerse" la memoria de las computadoras, lo que producía un retardo cada vez mayor en los procesos. En 3 horas, 10% de los servidores conectados a internet se habían infectado. Pascal Chesnais, de MIT, descubrió que los virus llegaban mediante el correo electrónico. Se le denominó "gusano de internet" (*internet worm*), y la prensa acentuó sus efectos.⁴⁰

1999 Aparece el virus *Melissa*⁴¹, que se convertiría en el más extendido hasta la fecha. Para su rápida propagación, David L. Smith, su autor, usurpó la identidad de un usuario de AOL e introdujo el virus en el *newsgroup* alt.sex. Se trata de un virus de macro que afecta a los documentos generados por el procesador de textos *Microsoft Word*. Su forma de propagación se basa en tomar los primeros 50 nombres de la libreta de direcciones (agenda) del programa de correo *Microsoft Outlook*. La principal novedad de este virus radicaba en la utilización de un nuevo medio para propagar la infección: el correo electrónico. En consecuencia, su éxito va a la par de la velocidad de propagación: en cuestión de horas, miles de usuarios quedaron infectados.

El juez federal Joseph Greenaway condenó a 20 meses de cárcel y a una multa de 5 mil dólares a David L. Smith, por propagar el virus *Melissa*, afectando a miles de computadoras y causando unas pérdidas valoradas en más de mil millones de

⁴⁰ En enero de 1990 se le juzgó, acusándole de "ataque contra el gobierno de los Estados Unidos". Morris no fue a la cárcel, pues el juez lo sentenció a 3 años de libertad condicional, una multa de 10,000 dólares y 400 horas de servicio a la comunidad.

⁴¹ www.vlex.com, 2 de mayo de 2002.

dólares. La defensa solicitaba que el acusado no tuviera que ingresar en un centro penitenciario, pero el juez consideró necesario imponerle una pena de prisión como escarmiento y medida disuasoria para aquellos tentados de cometer el mismo delito en un futuro. El condenado, de 34 años, reconoció que había cometido un error colosal y se declaró culpable en diciembre de 1999 de haber propagado el virus *Melissa*, cuyo nombre tomó de una bailarina de *striptease* de un local de Florida. Smith se enfrentaba a una condena máxima de cinco años de cárcel, una multa de 250 mil dólares y el pago de indemnizaciones, pero el juez decidió imponerle una sentencia menor debido a que cooperó plenamente con la fiscalía en la investigación.

También en 1999, después de recibir informaciones sobre ataques de *hackers* a algunos de sus servidores, la empresa *Microsoft* desconecta su sistema *Hotmail* durante aproximadamente 2 horas. Los *hackers* habían entrado en cuentas *Hotmail* a través de proveedores ajenos sin usar ninguna contraseña. Las cuentas de correo electrónico gestionadas por el gigante *Hotmail* fueron vulnerables durante varias horas y cualquiera podía ver los mensajes de otro introduciendo tan sólo el nombre del usuario. En esa fecha, *Hotmail* afirmó tener 40 millones de usuarios registrados.⁴²

2000. El virus *I love you* causó daños contabilizados en \$8.7 billones de dólares, a sistemas de cómputo alrededor del mundo.⁴³

Un *hacker* puede decodificar la mayoría de las contraseñas en minutos por medio de toda una gama de programas de *software* fáciles de obtener (y con ello, puede tener acceso a las cuentas de internet o robar archivos personales, y puede hacer uso de esta información para su provecho, disponiendo de datos como tarjetas de crédito. Se pueden atenuar sus intenciones eligiendo una contraseña de forma

⁴² www.vlex.com

⁴³ VARCHAVER, Nicholas. Op. cit. p. 70.

consciente; que sea alfanumérica, que tenga al menos seis caracteres de longitud, etcétera, aunque esta medida no es infalible.

Existen programas de computadoras que hasta cierto punto pueden evitar que uno caiga en las manos de *hackers*, al bloquear sus ataques y alertar al usuario de actividades sospechosas, como las conexiones no autorizadas y los intentos de intrusión. Sin embargo, si tomamos en cuenta que dichos programas son creados por personas especializadas en el uso y manejo de sistemas computacionales -al igual que los *hackers*-, podemos concluir que no son infalibles.

A diferencia de ellos, los *crackers* son personas igualmente habilidosas, dedicadas a la verificación y prueba de programas computacionales previo a su lanzamiento al mercado. Son contratados por empresas con el fin de verificar la confiabilidad y seguridad de sus productos para corregir los problemas encontrados antes de lanzarlos al gran público consumidor. Por lo tanto, su actividad es totalmente legítima y con apego a la ley. De acuerdo con María Inés Tornabene, los *hackers* "se distinguen de los *crackers* precisamente por no perseguir fines de lucro ni ser destructivos en su actividad"⁴⁴.

En un centro de trabajo es importante tomar en consideración los riesgos que existen en lo referente al tratamiento de datos e información confidencial. Aquella información que posiciona a la empresa en un lugar más ventajoso comercialmente ante sus competidores. Por ello es especialmente importante alertar y capacitar a los trabajadores de una empresa sobre el uso de internet y el correo electrónico como herramientas de trabajo, ya que su uso inadecuado o negligente puede llegar a causar grandes daños a una empresa.

⁴⁴ TORNABENE, María Inés. Op. cit. p. 212.

C. El derecho a la intimidad

"El continuo desarrollo de la sociedad de la información, está dando lugar al surgimiento de nuevos servicios en las comunicaciones electrónicas, en este sentido el uso de líneas digitales en el sector de las telecomunicaciones, abre amplias posibilidades tanto en los servicios ofrecidos por las distintas operadoras de telefonía, como en el tratamiento de los datos de los usuarios de las mismas. Ello ha hecho preciso adoptar la legislación vigente a estas nuevas realidades..."⁴⁵

Realizando un simple análisis de derecho comparado observaremos que la inviolabilidad del domicilio y las posesiones se trata en casi todos los sistemas democráticos como una manifestación del derecho a la intimidad, incluyendo a México. De cualquier manera, resulta de gran interés estudiar cómo se recoge esta cuestión en otros países y analizar sus distintos matices.

Para la protección jurídica de los datos de carácter personal se han promulgado en distintos países de nuestro entorno cultural y económico las leyes de protección de datos. Estas leyes, son mal llamadas de protección de los datos de carácter personal, ya que en realidad lo que defienden son los derechos de las personas a su intimidad, en principio, evitando su conocimiento y almacenamiento y posteriormente facilitando al interesado el acceso a los datos propios.

El derecho comparado, aun con diferencias sustanciales, nos permite apreciar un consenso importante para contemplar los tratamientos de datos personales en los distintos países con una visión más amplia que la que afecta sólo a la intimidad del individuo.

⁴⁵ SAINZ DE LA MAZA, Leire. *Derecho a la intimidad en el sector de las telecomunicaciones*. Licenciada en derecho. Especialista en nuevas tecnologías. www.deltusinformaticos.com/otro derechos/intimidad.shtml

Sin embargo, las técnicas legislativas empleadas han sido diferentes. Podemos considerar las siguientes:

1. Mediante un enfoque constitucional como ha sido el caso de Portugal con el artículo 35 de la Constitución de 2 de abril de 1976⁴⁰; España, con el artículo 18.4 de la Constitución española de 6 de diciembre de 1978; Austria con el artículo 1, disposición constitucional de la cual surge la Ley de Protección de Datos Personales del 27 de julio de 1986; y México, con el artículo 16 de la Constitución Política de 1917.
2. A través de un tratamiento globalizador mediante una Ley General de Protección de Datos. Éste es el caso de Francia, República Federal Alemana, Suecia y la propia Unión Europea.
3. Efectuando un tratamiento de carácter sectorial con normas diferenciadas para el sector público y el privado, o para uno de ellos como sucede en Dinamarca o Estados Unidos de América. No debemos olvidar que México ha dado el primer paso en materia de publicidad de información pública, mediante la Ley de Transparencia recientemente publicada. En oposición, no existe todavía ningún ordenamiento especial que regule lo anterior en el ámbito privado.
4. Mediante un tratamiento específico en cada caso. Por ejemplo: Ley Sueca de Información Crediticia de 1973.

En principio, las leyes de protección de datos trataban de crear unos instrumentos de garantía con los que se pudiesen establecer unos límites a la utilización de la informática. La informática, podemos decir, se encontraba recluida en grandes

⁴⁰1. Todos los ciudadanos tendrán derecho a informarse del contenido de bancos de datos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinen las informaciones y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización. 2. Los terceros

centros de información relativamente fáciles de proteger. La protección estaba basada en la autorización previa de los bancos de datos y su control posterior.

Tiempo después se buscó asegurar la calidad de los datos; empieza a aparecer la informática distribuida, los grandes centros de información se abren y se esparcen por gran parte de la geografía mundial. Por ello, la protección y seguridad de los datos contenidos en los archivos y de los propios archivos se hace más difícil. La protección jurídica se realiza mediante la introducción de cláusulas que protejan los datos especialmente sensibles. Este grupo de leyes reconoce los derechos de acceso y control por los titulares de los datos.

Hoy en día se defiende, sin paliativos de ninguna clase, la autodeterminación informativa y la libertad informática. La aparición de los populares ordenadores personales y la enorme difusión de los bancos de datos dificultan la confidencialidad de la información. Las leyes, a partir de ahora, inciden fuertemente en la seguridad de la información, tanto en los propios bancos de datos como en las líneas de comunicaciones proponiendo medidas de seguridad tanto físicas como lógicas e impulsando el uso de claves criptográficas.

No todos los países tienen el mismo grado de protección y en algunos inclusive se puede decir que existe cierta permisividad. En algunos países, como Estados Unidos de América, prima el derecho a la transmisión de la información sobre el derecho a la intimidad y privacidad de los ciudadanos.

Las legislaciones de los distintos países se diferencian en algunos aspectos sustanciales: sistemas de los archivos, ámbito de aplicación, sistema protector, órgano de control y autorregulación.

En cuanto a la doctrina, las opiniones son más o menos homogéneas, aunque con distintos matices y en algunos casos, con alcances mucho mayores que otros.

Pasemos entonces a analizar los aspectos más importantes y representativos de algunas opiniones de doctrinistas, así como de legislaciones similares y disímiles con relación a la mexicana.

1. España

Probablemente como primer antecedente en España y en la propia Nueva España, surge el Estatuto de Bayona en 1808 con una incipiente regulación sobre el tema. Su artículo 126 disponía: "la casa de todo habitante en territorio de España y de Indias, es un asilo inviolable; no se podrá entrar en ella sino de día y para un objeto especial determinado por una ley, o por una orden que dimanase de la autoridad pública".

Este precepto tiene dos elementos importantes: el concepto de "casa" engloba una idea amplia asimilable a otros términos como domicilio, vivienda o morada y se lee que la protección abarca las casas situadas en España o en las Indias sean sus moradores españoles o no. En segundo lugar, estipula que para entrar en la casa debe hacerse durante el día y por un objeto especial determinado por alguna ley o proveniente de algún mandato de autoridad.

Promulgada años más tarde, la Constitución española de 1812 no tenía una declaración de derechos diferenciada y separada en el propio articulado, sobre todo por la fuerte oposición de algunos parlamentarios, simplemente quedó como vestigio el artículo 4 que reza: "La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los ciudadanos que la componen".

En el artículo 306 se recogía la inviolabilidad del domicilio disponiendo que “no podrá ser allanada la casa de ningún español salvo en los casos que determine la ley por el buen orden y seguridad del Estado”. El hecho de hablar de “la casa de ningún español” frente a la “casa de habitante en España” (del Estatuto de Bayona) supone una influencia del individualismo y personalismo propios del primer liberalismo del siglo XIX.

Lo realmente interesante de esta Constitución es que estos derechos no son naturales, es decir, propios de cada persona por el hecho de serlo, sino que la nacionalidad es la que conlleva la atribución de derechos. Esta idea recuerda la diferencia entre los derechos “otorgados” y “reconocidos”.

Además, no aparecen referencias a los derechos de la personalidad en esta constitución marcada por la influencia eclesiástica, la no-existencia de libertad de cultos -la religión oficial era el cristianismo-, y la “poco real” libertad de expresión de ideas políticas.

En los albores del constitucionalismo español, la inviolabilidad del domicilio era concebida como una garantía de la libertad del ciudadano, ya que no se lo podría apresar en su casa sin una orden. Actualmente es una garantía de la vida privada del individuo.

Actualmente, la Constitución española de 1978 prevé en su Título primero lo relativo a los derechos y deberes fundamentales. Contiene dos artículos cuyos derechos entran en colisión casi permanentemente. Se trata de los artículos 18 y 20. El primero se refiere al derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio; el segundo, a la libertad de expresión.

Artículo 18 Derecho a la intimidad, inviolabilidad del domicilio.

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.⁴⁷

En este artículo se garantizan una serie de derechos fundamentales del individuo incluyendo el derecho: (i) al honor; (ii) a la intimidad; (iii) a la propia imagen; (iv) a la inviolabilidad del domicilio; (v) al secreto de las comunicaciones; y (vi) a que se limite el uso de la informática. Además, se nombran las formas más habituales de intercomunicación personal, pero no se excluye ninguna de las que se puedan desarrollar en el futuro al englobarlas dentro del concepto de "comunicaciones" (Vg. videoconferencias, *intranets*, correo electrónico). Es importante notar que no se hace alusión alguna a su contenido.

Respecto a este último derecho, Ramón Tamames señala que en lugar de limitar el uso de la informática, que tiene un aspecto negativo, debería cuidarse el buen uso de la informática.

El artículo 20, por su parte, señala lo siguiente:

Artículo 20 Libertad de expresión.

1. Se reconocen y protegen los derechos:
 - a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
 - b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
 - c) A la libertad de cátedra.
 - d) A comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.
2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.
3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará

⁴⁷ Constitución española de 1978. Las cursivas son propias.

el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.⁴⁵

Por lo tanto, se reconocen como derechos de libre expresión los siguientes: (i) libertad de expresión en sentido general; (ii) la libre expresión cultural, artística y científica; (iii) la libertad de cátedra; y (iv) el derecho a la información veraz.

Es importante resaltar la restricción a la libertad de expresión que figura en el artículo 20.4, fijando el límite a la misma en los derechos reconocidos en el mismo Título, especialmente en los derechos que defiende el artículo 18. Además, con relación al objeto de esta tesis, el artículo 20.3 del Estatuto del Trabajador establece que el empresario podrá adoptar las medidas de vigilancia y control oportunas para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales con respeto a la dignidad del trabajador.

El contenido de este artículo y la restricción impuesta en el artículo 20.4 ha supuesto que se eleven numerosas pretensiones de amparo ante el Tribunal Constitucional que ha mantenido una doctrina muchas veces vacilante y en otras, como dice Martínez de Pisón Cavero, una postura convincente que se ha ido perfilando paso a paso.

El mismo autor señala:

Desde luego, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional no ha sido siempre la misma, ni ha sido lo homogénea que hubiera sido deseable. Pero con todo, puede afirmarse que, en su construcción sobre ambos derechos y su colisión con

⁴⁵ *Ibidem*.

el derecho a la intimidad y el derecho al honor, ha realizado un esfuerzo meritorio que le ha llevado a evolucionar desde una interpretación excesivamente amplia del artículo 20.4, con la cual restringía la eficacia del ejercicio de las libertades del artículo 20.1, hasta moderar esta postura en favor de la labor equilibradora y ponderativa de los jueces siempre problemática. Incluso, ha llegado a articular las relaciones entre estos derechos no en base de (sic) prioridades o jerarquías, sino de una sutil vertebración equilibradora entre unos y otros, sin duda en una tarea memorable.⁴¹

Dentro del sistema judicial español, quizás el hecho más significativo de la importancia de la garantía constitucional referida a la inviolabilidad del domicilio y el secreto a las comunicaciones, es que no se considerarán válidas las pruebas obtenidas mediante la vulneración de la misma.

Aunado a lo dispuesto en la Constitución española, fue publicada la Ley Orgánica 5/1992, del 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal (LORTAD). Ésta busca proteger eminentemente los datos personales y el derecho a la intimidad.

Los elementos de la LORTAD son: (i) el objeto de protección son los datos de carácter personal y el tratamiento automatizado de los datos; (ii) los sujetos que protegen la ley o que están implicados en esa protección; (iii) la persona afectada; y (iv) el responsable del archivo o tratamiento, entendiéndose la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento. *Debe existir consentimiento del afectado*. De acuerdo con el artículo 3 de la LORTAD, el "acto de molestia" se deriva de una conducta relacionada con archivos resguardados por órganos administrativos. Asimismo, la LORTAD no es aplicable en las relaciones entre particulares conforme a su artículo 2.

⁴¹ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVEIRO, José: *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Editorial Civitas Madrid, 1993, p. 261.

En cuanto a datos sensibles, se establece una protección reforzada por la ley por la vulnerabilidad de los mismos. Se distinguen 3 niveles:

- a. Ideología, religión y creencias. Por ejemplo, nadie está obligado a revelar su ideología. Por lo tanto, esta información no se puede guardar sin el consentimiento expreso del afectado.
- b. Salud, origen racial y vida sexual. Pueden ser obtenidos ya sea con consentimiento del interesado o por autorización legal. No se pueden obtener con la única finalidad de almacenarlos.
- c. Datos generales. Nombre, profesión, títulos. No precisa protección especial por la ley.

Por virtud de la LORTAD, existe una Agencia de Protección de Datos como ente público dotado de personalidad jurídica propia, creado para proteger los datos personales. Las funciones que tiene son:

- a. Velar por el cumplimiento de la legislación sobre la protección de datos y controlar su aplicación en especial en lo que se refiere a derechos de información, accesos, rectificación de datos;
- b. Atender las reclamaciones que presenten las personas afectadas;
- c. Puede ordenar el cese del tratamiento de los datos de carácter personal y a que se cierre ese archivo cuando no se ajuste a la ley;
- d. Velar por la publicidad de la existencia de los archivos.

Una vez vertido lo anterior, entenderemos la definición que aporta Díaz Molina sobre el derecho a la intimidad: "derecho personal que compete a toda persona de sensibilidad ordinaria, de no permitir que los aspectos privados de su vida, de su persona, de su conducta y de sus empresas, sean llevados al comentario público o con fines comerciales, cuando no exista un legítimo interés por parte del Estado o la sociedad."⁵⁰

2. La Unión Europea

Muchas veces olvidamos que el objetivo esencial de la Unión Europea es de tipo económico, aunque en los últimos años ha mostrado una mayor sensibilización hacia los temas relacionados con los derechos fundamentales.

Sobre el tema que nos ocupa hay que diferenciar entre la política seguida por el Parlamento Europeo y la seguida por la Comisión y el Consejo. Éstos, como manifiesta Estadella Yuste, se han centrado principalmente en la promoción de la industria europea de procesamiento de datos a fin de hacerla más competitiva frente a los Estados Unidos y Japón. El Parlamento europeo, por el contrario, se ha centrado en la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas.

En relación con la transferencia internacional de datos, se promulgó el Convenio 108 del Consejo de Europa del 28 de enero de 1981 para la protección de las personas, con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Sus redactores fueron conscientes del grave perjuicio que se podía ocasionar en el futuro en la economía de los diferentes países, si la protección de los datos de carácter personal se controlaba de forma tan rigurosa que prácticamente impidiera dicha circulación obstaculizando, con ello, algo que cada día es más necesario para la intensificación de las relaciones económicas y culturales entre los países.

⁵⁰ FUENTES: Santos, *¿Vivimos en un mundo sin privacidad?*, Editorial Astrea, 2ª ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires, 1996, p. 544.

En el Preámbulo del Convenio, después de hacer hincapié en la importancia que tiene la protección de los derechos y libertades fundamentales de cada ciudadano, especialmente el respeto a su vida privada, se reconoce la necesidad de conciliar los valores fundamentales de respeto a la vida privada con el de la libre circulación de la información entre los países.

El artículo 11 del Convenio abre una brecha en la necesaria homogeneidad de las legislaciones nacionales, al permitir que cada una de ellas pueda conceder a las personas que les concierna una protección mayor que la prevista en el Convenio.

Sin embargo, el artículo siguiente referente a los flujos transfronterizos de datos de carácter personal y derecho interno matiza lo anterior tratando de establecer un compromiso.

Artículo 12 Flujos transfronterizos de datos de carácter personal y el derecho interno.

1. Las disposiciones que siguen se aplicarán a las transmisiones a través de las fronteras nacionales, por cualquier medio que fuere, de datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado o reunidos con el fin de someterlos a ese tratamiento.
2. Una Parte no podrá, con el único fin de proteger la vida privada, prohibir o someter a una autorización especial los flujos transfronterizos de datos de carácter personal con destino al territorio de otra Parte.
3. Sin embargo, cualquier Parte tendrá la facultad de establecer una excepción a las disposiciones del párrafo 2:
 - a) En la medida en que su legislación prevea una reglamentación específica para determinadas categorías de datos de carácter personal, por razón de la naturaleza de dichos datos o ficheros, a menos que la reglamentación de la otra Parte establezca una protección equivalente;
 - b) Cuando la transmisión se lleve a cabo a partir de su territorio hacia el territorio de un Estado no contratante por intermedio del territorio de otra Parte, con el fin de evitar que dichas transmisiones tengan como resultado burlar la legislación de la Parte a que se refiere el comienzo del presente párrafo.⁵¹

⁵¹ Convenio 108 del Consejo de Europa del 28 de enero de 1981.

El Preámbulo de la Recomendación de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos del 23 de septiembre de 1980, incidía en conciliar valores a la vez fundamentales y aparentemente contrarios, como el respeto a la vida privada y la libre circulación de la información; aunque decididamente está resuelta a favorecer la libre circulación de la información entre los países miembros y a evitar la creación de obstáculos. Por ello recomienda que éstos se esfuercen por suprimir o evitar crear, en nombre de la protección de la vida privada, obstáculos injustificados al flujo transfronterizo de datos de carácter personal.

Vemos aquí la preocupación de los organismos internacionales por salvaguardar la libre circulación de la información entre los distintos países, aunque sea con las necesarias medidas cautelares.

Por otro lado, el 12 de julio de 2002 se aprobó la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. La misma deroga la anterior directiva 97/66/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, existiendo un plazo de trasposición fijado para el 31 de octubre de 2003.

El objetivo de la Directiva es facilitar la libre circulación de datos en la Unión Europea garantizando un alto nivel de protección de las personas, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, para lo que se consideró necesario armonizar las legislaciones al respecto, teniendo en cuenta las grandes divergencias existentes entre las normativas nacionales y la necesidad de intercambiar datos derivados de la realización del mercado interior. En este sentido y tratando de proteger la intimidad, la Directiva y demás normas relacionadas determinan los mecanismos de protección de este derecho respecto de los datos personales que son objeto de tratamiento, así como de los derechos que le asisten al usuario del servicio.

La Exposición de Motivos de la Directiva en sus diversos considerandos incide en la necesidad de la libre circulación de datos personales de un Estado miembro a otro siempre que se respete la protección de los derechos fundamentales de las personas.

Por un lado tendríamos los datos sobre el tráfico, definidos como aquéllos que son tratados como efecto de la conducción de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas o como efecto de la facturación de la misma. Los datos de localización constituyen un nuevo concepto introducido por la nueva Directiva, entendiéndose por los mismos "aquéllos que indiquen la posición geográfica del equipo terminal de un usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas disponibles para el público"⁶², éstos podrán ser tratados previo consentimiento (cuando los datos no fueran anónimos) del usuario, para la prestación de servicios de valor agregado.

Por otra parte, la Directiva 97/66/CE, en su artículo 5, reconocía el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones realizadas a través de redes públicas de telecomunicación y de los servicios de telecomunicaciones accesibles al público, sin que estuviera permitida la escucha, grabación, almacenamiento u otros tipos de intervención o vigilancia de las comunicaciones y de los datos de tráfico asociados a ellas por personas distintas de los usuarios, *sin el consentimiento de los usuarios interesados*. Sin embargo, si autorizaba el acceso a los mismos por personas que estén autorizadas legalmente. En este mismo sentido se pronuncia el artículo 14 de la actual Directiva fijando la posibilidad de que, los estados miembros podrán adoptar medidas legales para limitar el alcance de las obligaciones y derechos reconocidos, cuando dichas limitaciones constituyan una medida necesaria para proteger la seguridad nacional, la defensa, la seguridad pública, la prevención, la investigación, la detección y la persecución de delitos o la utilización no autorizada

⁶² Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

del sistema de telecomunicación a que se hace referencia en el apartado 1 del artículo 13 de la Directiva 95/46/CE.

A diferencia de la LORTAD, dicha Directiva no distingue entre archivos públicos y privados, lo que a su vez tiene gran trascendencia en un aspecto tan importante como la cesión de datos. Además, considera a la afiliación sindical como dato especialmente protegido.

Directamente relacionados con estos aspectos, existe un conjunto de documentos redactados en el seno del Consejo de la Unión Europea que amparan estas actuaciones de los estados, permitiendo a los cuerpos de seguridad y policía de los distintos estados efectuar interceptaciones en todo tipo de comunicaciones, sin que en ningún momento se concrete quién será la autoridad que facultará dichas intervenciones. Dichos documentos se conocen como ENFOPOL. El primero fue la Resolución del Consejo del 17 de enero de 1995 sobre interceptación legal de las comunicaciones, más conocida como ENFOPOL 1995. En la misma se detallaban las obligaciones de las operadoras de telefonía para adaptar sus máquinas y de esta forma poder facilitar el acceso por parte de agencias y cuerpos de seguridad nacionales a las comunicaciones de los clientes y usuarios de las operadoras.

Revisiones posteriores del documento en 1999 (ENFOPOL 98 y 19) extienden esta obligación a los operadores de internet y GSM. La redacción y aprobación de estos documentos fue precedida de la calificación de los mismos como clase A, es decir, no requieren de previa consulta pública en el Parlamento Europeo para su aprobación, lo que a juicio del autor muestra la falta de transparencia con que se pretende tratar el tema de la interceptación de las comunicaciones.

3. Argentina

Santos Cifuentes conceptúa el derecho a la intimidad como “derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos”.⁵³ Toma la palabra intimidad como sinónimo de vida privada, de soledad total o en compañía. El autor considera que el *quid* de esta definición radica no en el conocimiento de datos personales o íntimos, sino en su publicación. Es probable que una persona pueda conocer datos íntimos de otra por alguna causalidad, sin violar el derecho a la intimidad. En cambio, si existiría una violación si decidiera publicar esos datos sin autorización del propietario.

Por otro lado, De Cupis, al hacer referencia a la intimidad y la soledad, las considera “aquel modo de ser de la persona, el cual consiste en la exclusión del conocimiento de otros en cuanto tiene referencia con la persona misma.”⁵⁴

Para Santos Cifuentes el derecho a la intimidad implica un secreto. “Por secreto debe entenderse no lo reservado, la vida interior o la soledad, sino aquellas situaciones, pensamiento y datos en general que pertenecen a la persona y que, por su índole o porque así lo quiere aquélla, están destinados a no expandirse ni ser conocidos por terceros.”⁵⁵

De una manera similar al caso de México, en el artículo 18 de la Constitución Argentina se prevé el secreto de la correspondencia. “La interceptación, el registro de cartas, la exhibición y la injerencia en la correspondencia, son otras tantas maneras de atentar contra el secreto y la intimidad”⁵⁶. En su parte conducente el artículo 18 de dicha Constitución establece que “el domicilio es inviolable, como

⁵³ CIFUENTES, Santos. Op. cit. p. 544.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibid.* p. 556.

⁵⁶ *Ibid.* p. 591.

también la correspondencia epistolar y los papeles privados, y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.⁴⁵⁷

En resumen, hoy día en Argentina se considera que la correspondencia es siempre reservada, o sea, confidencial, y el secreto se extiende al telégrafo, teléfono y demás aparatos electrónicos o de cualquier otra clase que permitan sostener una comunicación. En este respecto, Carrió Rivera ha dicho que una conversación telefónica trae aparejada una razonable expectativa de que sólo estamos siendo escuchados por nuestro interlocutor y no por un mitin de policías; de ahí que sea lógica la exigencia de que sólo con orden judicial proceda la interceptación. Este criterio es equiparable al sostenido por nuestra Constitución con relación a los actos de molestia referidos en el artículo 16.

Es importante cuidar los límites de la libertad de expresión en contraste con el derecho a la intimidad. Los medios tienen un deber de veracidad de la comunicación pública, pero al mismo tiempo, deben respetar los derechos personalísimos de la intimidad, la imagen y la identidad.

En cuanto a la intimidad y la informática, Santos Cifuentes señala que el gran auge que han tomado estos temas en conjunto se deriva de distintos hechos, entre otros, el de omitir la autorización de la persona titular de datos que le identifiquen o le pertenezcan, aunque no sean sensibles. El autor señala que "parece de toda razonabilidad exigir, en la obtención y registración, el consentimiento del interesado, pese a que se trata simplemente, por ejemplo, de la propiedad de un inmueble o de una cuenta corriente bancaria"⁴⁵⁸. Otro hecho más es la difusión por el receptor o dueño de una base de datos con información de terceras personas, sin permiso de quien admitió su incorporación en ella. Derivado de hechos como

éstos, se han creado legislaciones especializadas en materia de derecho a la intimidad. Tal es el caso de Estados Unidos de América y su *privacy law*.

El derecho a la intimidad, además de estar previsto en la Constitución Argentina en su artículo 18 sobre el que ya hablamos, es aterrizado en el artículo 1071 bis vigente del Código Civil al establecer lo siguiente:

El que arbitrariamente se entrometa en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá este, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuere procedente para una adecuada reparación.¹⁰⁰

Además de lo anterior, existe una ley a la que se le ha dado carácter de superior en Argentina derivado de la reforma constitucional de 1994, y que es el Pacto de San José de Costa Rica de 1969. Su artículo II dispone: "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..." y "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias..."¹⁰¹

4. Reino Unido

Recordemos que en el Reino Unido el derecho es aplicado con base en precedentes, llamado globalmente como sistema de *common law*. Es en ellos y en las resoluciones de los jueces donde se advierten los alcances del derecho a la intimidad en casos específicos que servirán para aplicar el derecho en el futuro. Más adelante, en el apartado relativo a Derecho Comparado, analizaremos algunos casos relevantes.

¹⁰⁰ Ibid p. 592

¹⁰¹ Idem

Mientras tanto, me referiré brevemente a la Comisión Calcutt con relación al derecho a la intimidad. En el apartado 3.8 del informe de dicha Comisión se establece que "el derecho a la intimidad podía llevar a que un individuo se proteja de: (i) la intromisión física; (ii) la publicación de un material personal que se pudiese considerar perjudicial o embarazoso (ya sea verdadero o no); y (iii) la publicación de fotografías o grabaciones de un individuo que hayan sido realizadas sin su consentimiento."¹¹

Esta Comisión inglesa exponía ciertas quejas sobre las conductas lesivas a los derechos antes mencionados en la prensa, producidas en el final de los ochentas. En ese momento no se daba lo mismo en otros países, ya que el grado de la evolución de la prensa tabloide era menor, aunque hoy en día se han equiparado. Las razones que explican estas conductas son sencillas de advertir pero muy complicadas de erradicar, ya que los valores en esta sociedad que puedan suponer un límite a las ganancias se han ignorado. Considero de gran interés resumir algunas de las quejas recogidas por la comisión Calcutt en junio de 1990 como sigue:

1. A ciertas personas no sólo se les ha acosado en lugares públicos, sino que se les ha importunado repetidamente e incluso agobiado en su domicilio o cama de hospital. Esto le ha ocurrido no sólo a la persona sobre la que se centraba una información sino también a sus familiares, vecinos y personal del hospital. Aquí aparecen referidos ambos aspectos de la intimidad: el personal y familiar.
2. Se ha publicado cierta información sobre la vida privada de las personas, como por ejemplo sobre actividades sexuales legítimas, pero no convencionales, en casos en que no existía un objeto útil evidente para su revelación.

¹¹ www.fundacionproesamujas.org.ar/boletines/Boletines%20en%20ingles.htm

3. Algunos periódicos han identificado y denigrado a homosexuales, personas con problemas de alcoholismo, drogadicción y víctimas de SIDA.
4. Se han publicado artículos que son objetivamente inexactos, engañosos, parciales o incompletos.
5. Algunos reporteros han empleado dispositivos técnicos ocultos para escuchar conversaciones ajenas.
6. Se han hecho referencias al pasado delictivo de una persona, hostigado a sus familias, etcétera.

De estas quejas, tan acostumbrados como estamos al sensacionalismo informativo gracias a la labor de muchos medios de comunicación poco rigurosos, seguramente conocemos más de un ejemplo flagrante en México. Dicha Comisión sólo atiende a los ciudadanos afectados por la información, medida con la que se trata de evitar la actividad de algunos particulares no especialmente ocupados que habían hecho de sus reclamaciones ante el antiguo Consejo de Prensa, poco menos que un interesante sustitutivo de su actividad profesional, y por el contrario, perjudicando a ciertos colectivos que ejercían de manera colegiada sus reclamaciones.

Con relación al derecho a la intimidad en el ámbito laboral, en el Reino Unido se aprobó recientemente una ley (*Regulation of Investigatory Powers Act 2000*) que concede determinados poderes a las empresas de supervisión e interceptación de las comunicaciones, entre los cuales, pueden intervenir el correo electrónico y las llamadas telefónicas de sus empleados, siempre y cuando existan sospechas sobre sus contenidos. Sin embargo, dicha normativa tiene que ser interpretada de conformidad con la Convención Europea de Derechos Humanos.

5. Conferencia Nórdica de Juristas

Esta conferencia fue llevada a cabo en Estocolmo, Suecia, el 22 y 23 de mayo de 1967. En ella se trataron temas especialmente importante relacionados con los derechos fundamentales de la persona. Como parte del preámbulo y conclusiones de dicha conferencia se estableció lo siguiente:

Considerando que la creciente complejidad de la sociedad moderna exige que el Derecho a la Intimidad sea protegido con un celo mayor que el empleado hasta ahora. Decide pedir a esta Conferencia Nórdica de Juristas que examine los alcances que en los tiempos actuales tiene el derecho a la intimidad, los problemas especiales que con él se relacionan y solicitar su asesoría en materia de salvaguardias y remedios que se hacen necesarios para la protección de este derecho. Por todo lo cual esta Conferencia Nórdica de Juristas, con participantes provenientes de Dinamarca, Islandia, Noruega y Suecia, con la presencia de expertos en derecho de Austria, Brasil, Ceilán, Ecuador, Francia, Gran Bretaña, India, Irlanda, Japón, los Países Bajos y los Estados Unidos de Norteamérica y distinguidos observadores del Consejo de Europa, Instituto Internacional de la Prensa, la Comisión de Derecho de Inglaterra, El Consejo de Prensa de Gran Bretaña, la Asociación Mundial de Abogados, la Federación Mundial de Asociaciones para las Naciones Unidas y el Centro Mundial para la Paz por la Justicia, habiendo estudiado los problemas relacionados con el derecho a la intimidad llega a las siguientes conclusiones:

Naturaleza del derecho a la intimidad

- a. El derecho a la intimidad, de suprema importancia para la felicidad humana, debiera ser reconocido como derecho fundamental de la humanidad. Protege al individuo de las autoridades, del público en general y de los demás individuos.
- b. El derecho a la intimidad es el derecho a vivir en forma independiente su propia vida, con un mínimo de injerencia ajena...⁶²

6. Holanda

La jurisprudencia publicada en los últimos tres años por los tribunales holandeses, relacionada con las consecuencias por el uso no autorizado del correo electrónico dentro de una relación de trabajo por parte de los empleados, ha demostrado que

⁶² CIFUENTES, Santos. Op. cit. p. 549; Nota 163.

dichos tribunales pretenden ser tajantes. El uso no autorizado podría provocar un despido inmediato o la terminación del contrato de trabajo sin derecho a indemnización alguna del empleado.

Es necesario tomar en cuenta que no siempre es posible distinguir entre actividades privadas y aquellas relacionadas con el trabajo. Como lo ha establecido la Convención Europea sobre Derechos Humanos, la protección de la intimidad también aplica al centro de trabajo y al trabajo, como tal. Sin embargo, el derecho a la intimidad no es absoluto de acuerdo con la legislación holandesa. Por virtud de la relación de trabajo entre empleado y patrón, este último está legitimado para imponer a sus empleados reglas razonables para promover la eficiencia dentro de su empresa. Esto incluye la aplicación de reglas sobre el uso de internet y el correo electrónico, así como el monitoreo sobre dicho uso. Dentro de la obligación de actuar diligentemente, los empleados tienen la obligación de usar internet y el correo electrónico de manera prudente y reduciendo riesgos para el patrón.

Existen numerosas resoluciones de tribunales holandeses que sostienen que, aun sin existir reglas precisas o advertencias, se espera que los empleados entiendan que la red (*intranet*) de una empresa no fue concebida, por ejemplo, para distribuir imágenes pornográficas.

En los casos en que se ha justificado un despido sumario por motivos urgentes, el patrón había impuesto reglas claras sobre el uso del correo electrónico e internet. Por lo tanto, el empleado debía cumplir con dichas reglas. Es más factible que esta clase de despidos sea procedente y justificado si se ha invertido una gran cantidad de tiempo o costos. Los tribunales también han tomado en cuenta si la conducta implicó el recibir información no autorizada, su diseminación y las propias medidas de seguridad internas.

Una jurisprudencia publicada recientemente ha demostrado que el uso excesivo y privado de internet es normalmente razón suficiente para dar por terminada la relación de trabajo. En estos casos, el tribunal definirá si el patrón ha contribuido a dañar esa relación de trabajo, por ejemplo, en los casos en que un aviso probablemente hubiera bastado, pero el patrón decidió dar por terminada la relación de trabajo. Sólo en estos casos el empleado puede tener derecho a una indemnización.

Además de la falta de reglas y la gravedad de la conducta del empleado, los tribunales también toman en cuenta si dicha conducta ha afectado o producido un efecto negativo en otros empleados, así como la inconsistencia en la aplicación de políticas corporativas al respecto.

Sobre el derecho de la intimidad de los empleados que supuestamente podría vulnerarse por el monitoreo de su correo electrónico e internet, los tribunales holandeses no se han pronunciado dado que lo consideran como algo inevitable para recabar pruebas.⁶³

7. Otros ordenamientos

En relación con el derecho a la intimidad, la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 12) y el propio Pacto de las Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos de diciembre de 1996, disponen que "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", y que "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques."⁶⁴

⁶³ DE JONG, Anita. *Dismissal on the grounds of unauthorized use of E-mail and the internet*. The Global Employee. Baker & McKenzie, pp. 13-14. "With the stouter stance that the courts have been taking regarding the unauthorized use of E-mail and the Internet, it is wise for employers and employees to stay informed of their rights. Employees need to understand that they may be terminated for such misuse and that their right to privacy is not absolute."

⁶⁴ www.un.org/spanish/uhrtutun.htm

Por otro lado, en Estados Unidos de América los siguientes tipos de intromisión se consideran agravio a la intimidad de acuerdo con la Ley de Privacidad (*Privacy Law*):

- a. La intromisión en la intimidad física de una persona.
- b. La publicación de asuntos privados antidecorosos.
- c. Dar una falsa imagen de una persona y apropiarse del nombre o aspecto exterior de la misma (normalmente con fines comerciales).

Sin embargo, se mantiene una regulación muy liberal en el uso de las nuevas tecnologías en las empresas, donde el empresario puede llevar a cabo registros de las comunicaciones de sus empleados en los lugares de trabajo propiedad de las empresas privadas. Además, no se limita la vigilancia empresarial de los trabajadores sin importar la intromisión en su esfera privada.

En Alemania, el Código Penal no sólo contempla la difamación sino las siguientes intromisiones que constituyen asimismo infracciones de carácter penal, complicaciones relativas al derecho a la intimidad:

- a. Allanamiento del domicilio.
- b. Grabación de conversaciones privadas sin permiso.
- c. Escucha mediante artefactos técnicos ocultos.
- d. Obtención de información privada sin permiso (por ejemplo los historiales médicos).

Esto mismo se da en países como Francia, Dinamarca u Holanda.

8. México

El derecho a la intimidad tiene una relevancia innegable en nuestros días sobre todo tomando en cuenta que día a día surgen aún más problemas sobre la regulación jurídica de internet.

En general, la doctrina ha considerado que dicho derecho posee las siguientes características:

- a. **Originario e innato.** La persona nace con él. Desgraciadamente y contrario a lo anterior, el caso de la legislación mexicana es distinto. El criterio que adopta nuestra Constitución en el artículo 1 es que el individuo goza de las garantías que otorga la misma.
- b. **Absoluto.** Implica una posibilidad oponible *erga omnes*, es decir, oponible ante cualquiera. Esto incluye autoridades y personas físicas y morales primordialmente.
- c. **Extrapatrimonial.** Sobre él es imposible hacer negocio jurídico alguno. Quedan aquí englobadas la irrenunciabilidad y la indisponibilidad del mismo.
- d. **Irrenunciable.** Aunque pueden darse disposiciones sobre manifestaciones puntuales. Esto quiere decir que un individuo no puede renunciar tajantemente a este derecho. En cambio, sí puede ceder en algunos puntos, por ejemplo, dentro de una relación de trabajo.
- e. **Inembargable e inexpropiable.** Por lo tanto, es intransferible.

- f. **Imprescriptibles** por naturaleza. Cabe señalar que el derecho a la intimidad no dejaría de serlo si trasciende de la esfera privada, pues existe el secreto por voluntad expresa del individuo.

En México, el derecho a la intimidad es un derecho de la persona y no sólo del nacional mexicano; aplica tanto a las personas físicas como a las morales.

Pero debemos preguntarnos, ¿dónde se encuentra el límite a la actuación de la autoridad o de un patrón dentro de una relación de trabajo frente al derecho a la intimidad? Es preciso que se establezcan garantías legales ante estas actuaciones, las cuales deberían estar siempre amparadas por una resolución judicial. Es preciso entender estas actuaciones como algo realmente excepcional, debiendo proteger a las personas frente a intromisiones injustificadas de los estados o del propio patrón en sus vidas privadas.

"Por un lado el ser humano tiene necesidad de saber y, por otra parte, tiene necesidad de ocultar; la diferencia entre un introvertido y un extrovertido no es más que la cantidad de información que una persona está dispuesta a dar a conocer. Los derechos a guardar en la intimidad, lo que nos es cercano, son Derechos Fundamentales del ser humano y deben quedar garantizados por el Estado, porque tienen un fundamento en la propia naturaleza del ser humano".⁶⁵ Por ello, en México y la gran mayoría de los países, actualmente contemplan al derecho a la intimidad como un derecho fundamental protegido por sus respectivos sistemas jurídicos. No olvidemos que "el papel del derecho en el avance y aparición de novedades tecnológicas es el de servir como elemento disciplinador del proceso."⁶⁶

En México, el tratamiento que ha existido sobre el derecho a la intimidad ha sido esencialmente igual a lo largo de los años. Lo mismo sucede con el derecho a la

⁶⁵ MEJÁN, Luis Manuel C. *El Derecho a la Intimidad y la Informática*. Editorial Porrua, México, D.F. 1994. p. 4.
⁶⁶ *Ibid.*, p. 54.

libertad de expresión previsto en nuestra Constitución. Actualmente, el artículo 6 de dicho ordenamiento señala a la letra: "La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado."⁶⁷

Es importante tomar en cuenta este derecho porque frecuentemente se encuentra con contacto directo con el derecho a la intimidad. En todo caso es importante ser precavidos y no coartar uno de estos derechos con el afán de proteger el otro.

Por otro lado, el derecho a la intimidad se encuentra previsto en el artículo 16 de nuestra Constitución actual, el cual establece en lo conducente:

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

....

Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. *Los resultados de las intervenciones que no cumplan con estos, carecerán de todo valor probatorio.*

....

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.⁶⁸

Aunque este artículo establece primordialmente las condiciones para llevar a cabo un acto de molestia, es este concepto el que nos ayudará a traspasar esta situación

⁶⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Versión publicada en internet en la página oficial del H. Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos (www.congreso.gob.mx/legislativo)

⁶⁸ Idem.

al ámbito privado para entender el alcance del derecho a la intimidad dentro de una relación laboral. Como sabemos, el acto de molestia (Vg. allanamiento de morada) constituye un ataque a la intimidad por parte de una autoridad.

El acto de molestia debe cumplir con ciertos requisitos para ser legítimo. Lo mismo sucede con las invasiones al derecho a la intimidad en el ámbito privado. A pesar de lo anterior, existen excepciones constitucionales en los siguientes casos, aun en contra de la voluntad del propietario: delito flagrante y resolución judicial que autorice la violación del domicilio. Desde luego, el consentimiento del titular es una excepción lógica.

En lo que respecta a la violación de correspondencia, las consecuencias de no actuar debidamente son caras. La responsabilidad penal es una primera opción, pero también podría haber lugar a responsabilidades civiles; dentro de procedimientos, asunto especialmente relevante para efectos de esta tesis, el castigo por no cumplir con los requisitos para intervenciones autorizadas es que carezcan de todo valor probatorio. Repito, esto resulta aplicable para actos de molestia en la relación gobernante-gobernado, pero nos da una buena pauta de cómo debemos actuar en relaciones privadas.

La colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión, que incluye el derecho a comunicar y a recibir información, no es un problema actual, sino que ha dado lugar a través del tiempo a grandes controversias y debates tanto en el campo doctrinal como en el normativo.

La Constitución mexicana protege en su artículo 16 el secreto de las comunicaciones, y esto incluye comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas, electrónicas, en fin, cualquier clase de comunicación.

Otros medios como la telefonía móvil, el fax, las videoconferencias y el correo electrónico, pueden ser soporte de una comunicación protegida constitucionalmente, es decir, que la protección se extiende a otros medios no expresamente recogidos en nuestra Constitución. Es importante señalar que la introducción de las nuevas tecnologías en la sociedad actual exigen adaptar la regulación jurídica, con el fin de conseguir que se cumpla con la legalidad vigente.

Parece lógico deducir que esta garantía del secreto de las comunicaciones sólo abarcará a aquellas comunicaciones electrónicas que sean privadas y no a aquellas que tengan vocación de publicidad.

El fin de la protección de las comunicaciones es claro: proteger el derecho a la intimidad. Para Luis Manuel C. Meján, la intimidad es "el conjunto de circunstancias, cosas, experiencias, sentimientos y conductas que un ser humano desea mantener reservado para sí mismo, con libertad de decidir a quién le da acceso al mismo, según la finalidad que persiga, que impone a todos los demás la obligación de respetar y que sólo puede ser obligado a develar en casos justificados cuando la finalidad perseguida por la revelación sea lícita".⁶⁹

Por lo tanto, podemos concluir que "el derecho al secreto de las comunicaciones se entiende como la libertad de relacionarse con otra u otras personas distantes, a través de un medio destinado para tal efecto sin que trascienda el contenido del proceso comunicativo".⁷⁰

Se trata de amparar las relaciones privadas a distancia para que se puedan efectuar con seguridad hacia el respeto a la intimidad que se tendría en una relación o comunicación personal directa.

⁶⁹ MEJÁN, Luis Manuel C. *Op. cit.* p. 5.

⁷⁰ GARCÍA SAN MIGUEL, RODRÍGUEZ ARANGÓ, Luis. *Estudios sobre el Derecho a la Intimidad*. Editorial Temps, S.A. Madrid, 1992. p. 25.

El derecho a las comunicaciones, como derecho fundamental que es, a pesar de ser absoluto, puede limitarse en casos excepcionales, pero siempre con sujeción a las normas legales de mayor rango. Estas limitaciones pueden venir de la prevención o persecución de un delito, por razones de estado o de seguridad pública, en determinadas circunstancias.

Nuestro derecho exige la intervención judicial como requisito para la interceptación de comunicaciones, tal y como lo señalan los artículos 14 y 16 de nuestra Constitución.

En todo caso, la confidencialidad de los datos personales tratados en el marco de las comunicaciones debe ser considerada como un principio básico y, de esta forma, deben ser redactadas las disposiciones correspondientes que vendrían a regular esta materia. En México, es necesario garantizar la confidencialidad de las comunicaciones realizadas a través de las redes públicas de telecomunicación y de los servicios de telecomunicación por medio de adiciones a las leyes actuales vigentes, así como mediante la creación de leyes especializadas, ya que, a diferencia de países en su mayoría europeos, no contamos con reglas claras y precisas que protejan las comunicaciones por medios electrónicos.

En cuanto al secreto de las comunicaciones, lo que se pretende evitar son intrusiones ilegítimas, garantizando la impenetrabilidad de la comunicación por terceros con la protección del derecho fundamental constitucional y desarrollado en el ámbito protegido de la intimidad.

Hay que tener en cuenta que los contenidos de las comunicaciones son secretos *per se*, independientemente de cuál sea su contenido. Por ello, concluimos que no se trata de una garantía material, sino formal.

Establecido lo anterior, podemos concluir sin temor a equivocarnos que el correo electrónico debe ser considerado un medio de comunicación, lo que implica que deba otorgársele la necesaria protección frente a la intromisión externa, existiendo además un elemento que exterioriza el carácter privado de su contenido: la contraseña (*password*) o clave de acceso personalizada. No es necesario un contenedor físico o un sobre cerrado; si el mensaje muestra de ésta u otra forma -podríamos hablar de encriptación-, un indicio de privacidad, es suficiente para que se le aplique toda la protección de que goza la correspondencia postal y las estafetas privadas bajo nuestra Constitución.

Como lo establecimos anteriormente, el secreto de las comunicaciones previsto en nuestra Constitución cubre toda relación por correo electrónico, en la que necesariamente se dan una serie de supuestos:

- a. Que se canalice a través de un medio de comunicación en el que exista un emisor y un receptor que intercambian un mensaje. El emisor y receptor podrán ser la misma persona.
- b. Que la comunicación sea secreta, es decir, que no se desarrolle de forma pública. El secreto de toda comunicación se puede levantar de común acuerdo por el emisor y receptor.

El consentimiento es la condición que excluye el secreto. Una comunicación deja de ser "protegible" cuando los participantes así lo quieren.

En principio, una comunicación siempre es privada, salvo que uno de los intervinientes, ya sea emisor o receptor, por sí o por interpósita persona con facultades para ello, advierta lo contrario.

Por ejemplo, muchas empresas comienzan a implantar advertencias sobre la posibilidad de monitorear el correo electrónico de sus empleados con textos como el siguiente:

AVISO. Al utilizar este medio de consulta estás aceptando apegarte a la política y disposiciones vigentes establecidas por [nombre del patrón]. Si quieres hacer uso del correo electrónico, es necesario que selecciones el botón *aceptar* a estas advertencias para poder entrar.

Al igual que los requisitos para poder hablar del secreto de las comunicaciones, también podemos señalar algunos para que se pueda apreciar una vulneración del derecho.

Para ello es necesario:

- a. *Que un tercero -o varios-, ajeno a la comunicación concorra sin conocimiento de uno o de todos los intervinientes.*

Ya hemos señalado que lo que se protege es el proceso comunicativo en sí, no sólo los datos o informaciones que se puedan deducir y la utilización posible de su contenido.

- b. Que haya intención consciente de intervenir el proceso comunicativo y que no sea como consecuencia de un fallo o casualidad. Si por caso fortuito alguien intercepta una comunicación personal, no se produce consecuencia jurídica relevante si no difunde su contenido o afecta a otro derecho.

II. PROBLEMÁTICA DEL USO DE INTERNET POR EL TRABAJADOR

Hoy en día es cada vez más común proveer a los trabajadores de una empresa, como herramienta de trabajo, el acceso a internet y a una cuenta de correo electrónico contratada por la empresa bajo un nombre de dominio determinado, también contratado por la empresa.

La proliferación del uso del correo electrónico en el ámbito de las relaciones laborales ha suscitado una gran problemática en las empresas, acerca de la licitud o ilicitud del despido por el uso privado del correo electrónico por parte de los trabajadores y sobre la potestad del empresario de acceder y controlar el correo electrónico de los trabajadores, sin vulnerar los derechos fundamentales de éstos.

Las tecnologías de la información y la comunicación han abierto posibilidades sorprendentes en materia de comunicaciones. La apreciación del papel del correo electrónico como herramienta de trabajo es significativamente positiva, pero no todas sus consecuencias son beneficios, las nuevas tecnologías plantean un conflicto difícil de resolver por cuanto se enfrentan el derecho a la intimidad del trabajador, que consagra el artículo 16 de la Constitución Mexicana, y el derecho de la empresa a controlar y vigilar a sus trabajadores, para verificar el cumplimiento de sus obligaciones y deberes laborales, en virtud de lo dispuesto en la Ley Federal del Trabajo.

Ahora bien, debemos plantearnos si, como consecuencia de la propiedad empresarial sobre la computadora que usa el trabajador y sobre la dirección del correo electrónico, tal circunstancia habilita al patrón para, de forma indiscriminada, acceder, cuando y como lo desee, al contenido de los mensajes que emite o recibe el trabajador.

Es decir, se trata de determinar si el acceso del patrón también es incuestionable respecto de la actividad profesional del trabajador.

Pudiera pensarse que el simple hecho de que la computadora y la dirección del correo electrónico sean propiedad del patrón no puede habilitarlo para un acceso indiscriminado sobre la actividad laboral llevada a cabo por el empleado a través del correo electrónico, porque en este caso se verían afectados derechos fundamentales, principalmente el derecho a la intimidad, el derecho a la libre comunicación entre personas y libertad de expresión, y el derecho al secreto de las comunicaciones. Por lo tanto, de lo que se trata es de lograr un procedimiento que proteja los derechos personales del trabajador en el centro de trabajo y, también, los derechos de los patrones, para evitar las situaciones de abuso.

Es decir, intentar encontrar un equilibrio entre lo que es un derecho fundamental constitucional, que es el derecho a proteger tanto la libertad de comunicaciones como la privacidad de comunicaciones, y el derecho que tiene el patrón respecto del conjunto de medios y la organización del trabajo en la empresa.

Lo cierto es que la actual legislación no establece puntualmente una protección especial para las comunicaciones realizadas mediante el correo electrónico. De hecho, no se enumera esta herramienta de intercambio de información, con lo que su utilización en el seno de las empresas no queda claramente determinado.

Tenemos una legislación que no está adaptada a la nueva situación tecnológica, y mientras no logremos que las relaciones laborales se adapten más a la nueva realidad tecnológica y de organización del trabajo, estaremos desaprovechando en la misma medida lo que se podría ganar en eficiencia y productividad en la empresa.

A. Aspectos importantes dentro de una relación laboral

Hasta ahora nos hemos avocado mayormente en esta exposición al uso del correo electrónico por parte de los trabajadores en su jornada de trabajo, pero las consideraciones hechas deben extenderse, asimismo, al acceso y control de los datos de conexión a internet de los trabajadores.

Muchas compañías han desarrollado al respecto, como parte de sus políticas de empresa, unos códigos de conducta que prohíben el uso del correo electrónico para fines distintos que no sean los de las tareas ordenadas por la propia compañía.

De esta forma se quiere evitar un uso indiscriminado y despreocupado del correo electrónico y de internet, que puede traer consigo consecuencias negativas para la empresa, incluyendo sus activos en virtud de la entrada de virus al sistema interno o provocando la salida, consciente o inconsciente, de información confidencial.

En el mismo sentido, la imagen de la compañía puede verse dañada si la cuenta de correo utilizada ha sido suministrada por la propia entidad e incluye el nombre o marca de la misma, e incluso, la empresa puede ser responsable de los contenidos emitidos por sus trabajadores. "Ante la indefinición jurídica del uso del correo electrónico, muchas compañías han decidido llevar un control exhaustivo de la actividad de sus empleados. Para este fin, numerosas empresas presentes en la Red ofrecen software especializado en la monitorización del uso de Internet o del correo electrónico por el empleado"⁷¹.

Son las empresas norteamericanas las que más a menudo recurren a este tipo de soluciones informáticas para asegurar el correcto uso de los medios que ponen a disposición de sus empleados.

⁷¹ Ibid. p. 165

Hasta un 45% de las mismas, según estudios recientes, tienen instalados sistemas de rastreo del correo electrónico, capaces de interceptar y eliminar mensajes que contengan determinadas palabras o expresiones "prohibidas", marcas competidoras, nombres de directivos de otras compañías, términos sexistas u obscenos, etcétera.

Las empresas son conscientes de que la utilización del correo electrónico y de internet, trae consigo grandes beneficios que repercuten en un aumento de la productividad, pero que utilizados de forma descontrolada o indebida producen un efecto contrario y no deseado.

Una vez más se manifiesta el choque entre los intereses de las empresas y el derecho a la intimidad en sus comunicaciones de los empleados a su cargo.

En palabras de Luis Manuel C. Mejan, connotado abogado con estudios y trabajos en derecho informático, es necesaria una revisión y adaptación jurídica de la normativa laboral en aras de evitar abusos en el control de los empleados a través de medios electrónicos, ya que las nuevas tecnologías han traído consigo un "renovado feudalismo virtual" que somete a los empleados a la "mirada vigilante y ubicua del ojo electrónico", por lo que resulta un "problema acuciante, actual y dinámico, delimitar la legitimidad de estas prácticas".

La influencia de los cambios tecnológicos y de la era digital en las relaciones entre trabajadores y patrones ha planteado problemas jurídicos en relación con derechos fundamentales del trabajador, tales como la intimidad, la dignidad y el secreto de sus comunicaciones.

Estas palabras ponen de manifiesto la apremiante necesidad de una futura respuesta normativa, en nuestro país, al uso de las herramientas informáticas en el seno de la empresa y su control por parte los patrones.

Es urgente que nuestro Congreso Federal se comprometa a estudiar la situación y desarrolle una normativa específica relativa al tratamiento de datos personales. De otra forma, tendremos que recurrir a los tribunales de justicia para que éstos interpreten la escasa legislación relacionada con el uso de las nuevas tecnologías de la comunicación y el tratamiento de datos personales.

Cada día son más los casos que salen a la luz sobre lo que a nuestro juicio a veces es un auténtico abuso y falta de ética y responsabilidad profesional de los trabajadores en el desempeño de sus funciones. Ejemplo claro de esta situación son, sin duda, las estadísticas que se obtienen al respecto, ante las que no cabe decir nada más tras examinarlas.

Aunque el uso personal de herramientas y recursos del trabajo no es nuevo – podemos pensar en el propio teléfono, fax, etcétera.- el control del correo electrónico y de internet lleva a la discusión el respeto del derecho a la intimidad. En la búsqueda de este equilibrio, en algunas empresas existe cierta flexibilidad en este tema, con el fin de motivar un ambiente cómodo para sus empleados, sin limitarlos ni vigilarlos para no afectar su productividad. Hay quienes sostienen que más vale tener empleados que trabajen al 100% durante la mitad del tiempo, que tener gente con desganado y falta de aprecio y gusto por sus labores durante toda su jornada de trabajo.

Sin embargo, la necesidad de control ha llevado a que uno de cada 5 empresarios a nivel mundial, según KPMG, espíen por lo menos el correo electrónico de sus empleados, así como el uso que hacen de internet. Esto ha resultado en despidos

por consulta y descarga de pornografía en alrededor de 55% de los casos, mientras que por correos difamatorios o subversivos alrededor del 20%.

La tendencia es que en los nuevos contratos de trabajo se integren cláusulas e indicaciones sobre las políticas de la empresa en este tema, para que el trabajador las conozca y decida su aceptación junto con la oferta del propio trabajo.

B. Riesgos por el uso indebido de internet y del correo electrónico como herramientas de trabajo

Los principales riesgos del uso de internet y del correo electrónico en un centro de trabajo son: (i) la obtención de información sin consentimiento del propietario -la empresa-, incluso sin conocer a la persona -el trabajador- que le ha dado entrada a la misma; muchas veces esa información es vital para la empresa y le proporciona una ventaja económica frente a sus competidores, y por lo tanto es considerada como un activo estratégico; (ii) el uso ilícito de esa información; (iii) el desperdicio de recursos de la empresa como ancho de banda y energía eléctrica; y (iv) el daño a los sistemas de cómputo y red interna de la empresa, mediante la infección de virus informáticos, por ejemplo.

Otro problema actual que se presenta con el uso de internet y el correo electrónico es el *spam* o correo basura. “De acuerdo a (sic) un estudio reciente de Gartner, el *spam* compone ya más del 50 por ciento del correo electrónico en el mundo.”⁷² José Antonio Chávez apunta correctamente en su artículo titulado “¿Realidad o engaño?”, “los correos basura se han convertido en una verdadera plaga, y el solo hecho de tenerlos en tu cuenta y borrarlos es un problema. Pero hay otro que es mucho más serio: ¿Qué pasa si les haces caso?”⁷³. Y es que hacerles caso

⁷² CHAVEZ, José Antonio. “¿Realidad o engaño?”. *El Norte*. Abril de 1998.

⁷³ Idem.

podiera presentar problemas de gran magnitud y consecuencias para el usuario y dueño del equipo de cómputo, sobre todo económicas.

En general, el número de spam recibido va en función proporcional con la publicidad que se le haya dado a una cuenta de correo electrónico, sobre todo en sitios de internet no seguros (Vg. visitar sitios donde se nos pregunta cuál es nuestra dirección de correo electrónico, con el fin de enviarnos información periódicamente). Estos sitios se encargan de elaborar listas de correos electrónicos (miles de ellos) para venderlas a personas que principalmente quieren ofertar productos o servicios. Y aunque muchas empresas usan el *spam* como un medio legítimo, aunque molesto, para hacer propaganda, muchas otras lo emplean para realizar fraudes que pueden llegar a ser muy sofisticados. El envío de estos correos electrónicos puede tener como fin vulnerar una red, un sistema, el disco duro de una computadora, tener acceso a información confidencial o infectar nuestro sistema con un virus, entre otros. Todo esto por medio de un archivo, muchas veces auto-ejecutable con el simple hecho de abrir el correo electrónico de nuestro buzón de entrada.

Un problema adicional es que, en caso de existir un daño, es muy difícil rastrear a la persona o empresa responsable; y dado que el correo electrónico es global, el defraudador puede estar en cualquier parte del mundo, lo que hace casi imposible castigar su conducta.

Los servicios de correo gratuitos son blancos tradicionales de quienes mandan *spam*. Por lo tanto, si un trabajador ha decidido abrir una cuenta de correo electrónico gratuito distinta a aquélla que le ha otorgado la empresa para la que trabaja, igualmente puede causarle grandes daños al patrón si revisa el correo que recibe en dicha cuenta en los sistemas y computadoras propiedad de la empresa. Probablemente éste sea uno de los mayores riesgos y problemas que presenta

actualmente un uso negligente y displicente del correo electrónico en los centros de trabajo.

1. El valor de la información: activo estratégico

Los avances tecnológicos de la humanidad se han venido desarrollando lentamente a través de los siglos. Sin embargo, en el último medio siglo los desarrollos logrados lo han sido de forma que podemos calificar de vertiginosa.

Los efectos de la incorporación de las llamadas nuevas tecnologías de la información a nuestra sociedad han transformado a ésta y el futuro que se vislumbra es que el cambio ha de ser aún mayor. La transformación ha operado en todos los órdenes de la vida tanto públicos como privados, profesionales y particulares. La forma de vida ha cambiado radicalmente y no hemos hecho más que empezar.

Tenemos que empezar a contemplar conceptos tan arraigados como el de trabajo de otra manera e incluso la forma de divertirnos, nuestro ocio, también ha quedado afectado.

Nuevas formas de trabajo aparecen en la realidad que vivimos. Al respecto, Davara Rodríguez afirma: "una de las aplicaciones que más expectativas ha despertado, de las que se están introduciendo con la presencia de la denominada "sociedad de la información", es la utilización de los medios tecnológicos en la actividad laboral; es lo que se ha dado en llamar el "teletrabajo", definido con un mísero horizonte bloqueando la proyección social que realmente puede tener."⁷⁴

La generalización de esta nueva forma de trabajo exige un conjunto de redes de comunicaciones rápidas, fiables y baratas que se conviertan en las infraestructuras

⁷⁴ DAVARA RODRIGUEZ, Miguel Ángel. *Derecho Informático*. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1993. p. 128

de esta nueva sociedad de manera similar a como el ferrocarril y las autopistas lo fueron en la sociedad industrial. La creación y potenciación de estas autopistas de la información es motivo de preocupación para los dirigentes de los países más avanzados.

El primer anuncio de estas vías de comunicación del futuro o quizás ya del presente, con gran alarde publicitario, se hizo en el mes de febrero de 1993 en un documento titulado: "Tecnologías para el crecimiento económico de América. Una nueva dirección para construir el fortalecimiento económico". El documento iba avalado con las firmas del presidente Clinton y del vicepresidente Gore.

La Unión Europea, preocupada por mantener su posición frente a sus competidores americanos y asiáticos, en 1994 redactó un Libro titulado: *Crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI*.

En coherencia con esta línea de actuación en el mismo año se publicó un informe sobre las acciones que había que realizar a efectos de crear las necesarias infraestructuras telemáticas. El informe titulado: "Europa y la sociedad global de la información. Recomendaciones al Consejo Europeo", fue coordinado por Martín Bangeman siendo conocido generalmente dicho documento como "Informe Bangeman".

Fruto de estos documentos fue el programa elaborado en forma de Comunicación, titulado: "Europa en marcha hacia la sociedad de la informatización." Plan de actuación aparecido igualmente en el año 1994.

El Grupo de los 7 no ha sido ajeno tampoco a esta preocupación generalizada como se desprende de las conclusiones de la Conferencia Ministerial celebrada en Bruselas los días 25 y 26 de febrero de 1995 para tratar sobre la sociedad de la información.

La acción debe ser conjunta del sector público y del sector privado. Aquél debe crear las condiciones necesarias en los aspectos jurídicos y técnicos e inclusive económicos para que la iniciativa privada vea atractiva la inversión en estas nuevas tecnologías.

De lo anterior se deduce el valor que está adquiriendo la información, la importancia de su libre transferencia a través de un mundo sin fronteras, de esa aldea global de que hablaba Marshall McLuhan y los problemas que puede crear poner obstáculos a esa libre transferencia de información.

La información es un bien que cada día tiene más valor. Éste crece de forma exponencial. En la antigüedad ya se tenía en cuenta su importancia, a ella se refería el emperador chino Sun Tsi en el siglo V a C.

En la época actual, en el otoño de 1981, en la célebre Conferencia de la Quinta Generación celebrada en Japón, el director del Proyecto japonés Toru Moto-Oka decía: "La riqueza de las naciones que durante sus fases agrícola e industrial dependió de la tierra, del trabajo y del capital, de los recursos naturales y de la acumulación monetaria, en el futuro se basará en la información, en el conocimiento y en la inteligencia."⁷⁵

Como se ve, siempre ha sido valiosa la información pero en el pasado no existía la posibilidad, como ocurre ahora, de convertir informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas.

La aplicación conjunta de la informática y las telecomunicaciones, lo que se ha venido en denominar telemática, en la práctica han hecho desaparecer los factores tiempo y espacio.

⁷⁵ www.internet-solutions.com.co/diagnoseg.html

Informaciones existentes acerca de una persona en lugares distantes pueden resultar, por sí mismas, irrelevantes. Sin embargo, reunidas en un momento y en un lugar pueden dar un perfil completo de la misma y, además, sin que ella siquiera pueda sospecharlo.

Diferentes autores se han referido al significativo papel que representa la información en el momento presente: profesionales de relieve procedentes del mundo de la política como Simon Nora y Alain Minc en su informe al entonces presidente de la República francesa Giscard d'Estaing; de la economía, Peter F. Drucker, para quien el recurso económico básico, el medio de producción del futuro será el saber; de la cibernética, Herbert A. Simon, Premio Nobel de Economía, considerado uno de los padres de la llamada "inteligencia artificial" que nos señala que de los tres saltos de cambio experimentados por la humanidad que han alterado la vida básica del hombre, uno ha sido la revolución tecnológica de la computadora en el procesado de la información o del mundo del derecho que insiste en la informatización de la sociedad.

Si reducimos el dominio de la información sobre el que vamos a actuar a los datos de carácter personal vemos como dice Vittorio Frosini: "que se puede comprobar una progresiva "computarización" de la vida privada, no sólo en cuanto se refiere a la cantidad numérica de los individuos fichados sino también respecto a la particularidad siempre más detallada y precisa de las informaciones que les conciernen."⁷⁶

Para Davara Rodríguez "la información es un bien que tiene unas características determinadas y determinantes es, no cabe duda, un bien económico, pero diferente

⁷⁶ www.onnet.es/03007001.htm

a los demás bienes económicos existentes en un mercado tradicional."⁷⁷ Justifica lo anterior en las siguientes afirmaciones:

- a. Se trata de un bien que no se agota con el consumo;
- b. Es un bien que puede ser utilizado por numerosas personas a la vez;
- c. Es la base del desarrollo de la nueva sociedad; y
- d. Es el vehículo que circula por las autopistas de la información.

Para definir este conjunto de circunstancias en el que nos movemos se ha acuñado el término sociedad de la información. La sociedad de la información se caracteriza por basarse en el conocimiento y en los esfuerzos por convertir la información en conocimiento. Cuanto mayor es la cantidad de información generada por una sociedad mayor es la necesidad de convertirla en conocimiento. Otra dimensión de tal sociedad es la velocidad con que tal información se genera, transmite y procesa.

En la actualidad, la información puede obtenerse de manera prácticamente instantánea y muchas veces, a partir de la misma fuente que la produce, sin distinción de lugar. Finalmente las actividades ligadas a la información no son tan dependientes del transporte y la existencia de concentraciones humanas como las actividades industriales.

La información puede ser muy variada y no toda ella suele tener el mismo valor. *Es un bien y se encuentra entre los activos más importantes de las empresas.* Este bien no siempre tiene el mismo valor por lo tanto hemos de poder distinguirlo fácilmente a la hora de protegerlo pues no es igual proteger algo altamente valioso que una cosa que valga poco. Si aplicáramos los mismos métodos de seguridad a un bien y a otro estaríamos desperdiciando nuestros recursos en seguridad, lo que se traducirá en un despilfarro del presupuesto.

⁷⁷ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. Op. cit. p. 133

Pues bien, algo que parece tan obvio, la necesidad de tener clasificada la información, pocas veces se hace; no son muchas las empresas que tienen establecida la clasificación de sus datos y en realidad, que conocen su patrimonio informacional.

En nuestros hogares, sin embargo, si somos conscientes de esa necesidad y así el dinero lo guardamos en los bancos, las joyas en cajas de seguridad y así vamos descendiendo en medidas de seguridad en nuestro hogar en función del menor valor del bien a proteger.

Algo parecido deberían realizar las empresas con la información que almacenan. En definitiva, la clasificación de la información debe utilizarse para facilitar la seguridad de los recursos y los datos. Si es utilizada adecuadamente, puede contemplarse como un medio para comunicar a todos los usuarios la protección que requiere cada uno de los datos.

Es de destacar una figura que cada vez aparece más: el responsable propietario de los datos o de los expedientes. Según se va desarrollando la tecnología cada vez es más necesaria esta figura. Ya ha terminado la época en la que el responsable de informática lo era también de los expedientes. Ahora la informática se contempla como lo que es, una herramienta poderosa. Las comunicaciones hacen posible que los responsables de cada área, verdaderos propietarios de los datos que manejan, asuman también la responsabilidad sobre sus datos.

No debemos olvidar que el concepto de propiedad juega un papel primordial en la determinación de la responsabilidad. El propietario de los datos o recursos, como hemos dicho, es responsable de la utilización y disposición de los mismos en la organización. Deberían identificarse y formalizarse responsables propietarios para todos los recursos y datos de los sistemas de información. La clasificación de la información pueden realizarla diferentes personas con criterios distintos. La

responsabilidad de la clasificación debe recaer en el propietario de la misma que responde principalmente de su integridad y exactitud.

En algunos casos puede ocurrir que el responsable propietario no sea único (Vg. información almacenada en las bases de datos corporativas). La asignación de la propiedad en estos casos debe estar coordinada con la función de administración de la información.

Insistimos en que la identificación del responsable propietario es crítica, ya que sobre él recae la responsabilidad de la clasificación de los datos y de aprobar quiénes van a ser los usuarios autorizados y los privilegios de accesos especiales.

Un aspecto importante para la seguridad de los datos es la estructura del esquema de clasificación, ya que afectará a su implantación. La estructura es específica de cada organización y existen varios esquemas: clasificación por niveles, por categorías, combinada, etcétera.

La clasificación por niveles se basa en un esquema de clasificación jerárquica en el que el nivel más bajo es, normalmente, "no clasificado" y el nivel más alto, "secreto o alto secreto". El orden de los niveles implica la importancia relativa de los datos y los requisitos de los procedimientos de seguridad.

En algunos casos, especialmente dependencias militares, se utilizan niveles separados para datos y usuarios. El acceso a los datos se basa en el nivel asignado al usuario y en el nivel de clasificación de los datos: si el nivel del usuario no es igual, al menos, al nivel de clasificación de los datos, el acceso se niega.

Los criterios de clasificación deben elegirse con base en los riesgos de los datos y los recursos. Por ejemplo, una clasificación puede hacerse con base en su sensibilidad: a su destrucción, a su modificación, o a su difusión.

La sensibilidad a su destrucción se refiere al borrado o no-disponibilidad de los recursos, datos o programas. Toda la información que la empresa precisa para continuar el negocio es sensible a su destrucción. Resulta vital para la continuidad del negocio que esta información esté convenientemente protegida.

La sensibilidad a su modificación se refiere al cambio de los datos y de los programas. La modificación de datos o los cambios no detectados es un aspecto a considerar en las empresas que manejan datos sensibles. Los cambios no autorizados o no detectados atentan contra la integridad de los datos y programas.

La sensibilidad a su difusión se refiere al conocimiento que se adquiere a través de los datos obtenidos. Esta sensibilidad estará en función del valor de los datos y de los programas.

2. *Cyberslacking* y desperdicio de recursos

Cuando un trabajador pasa todo el día frente a su computadora, no se ausenta para platicar con sus compañeros, no le toma horas ir por un café e incluso hay días en los que se queda en la empresa más allá de su horario de labores, no necesariamente significa que se trata de un trabajador ejemplar. Hoy en día, esto depende de la forma en que utilice las herramientas tecnológicas que tiene a su alcance, incluyendo su computadora, internet, el correo electrónico, conexiones de voz y video, etcétera. Y es que existe una línea muy delgada entre el aprovechamiento de estas herramientas de trabajo y el mal uso de los recursos de la empresa, donde se puede simular estar trabajando cuando realmente se está teniendo una tórrida conversación vía *chat* con alguna persona totalmente ajena a la empresa, revisando el correo personal (no laboral), haciendo compras en línea o visitando sitios *web* inapropiados.

Conforme más y más empresas requieren del uso de computadoras, correo electrónico e internet, va creciendo la preocupación de pensar en que la tecnología, así como puede ser un elemento de productividad y eficiencia, puede también ser una distracción para los empleados de una empresa.

Diversos estudios revelan datos preocupantes con relación a los empleados, donde el uso de recursos y de infraestructura tecnológica con fines personales o totalmente de ocio y entretenimiento va en franco aumento en empresas de todo tipo y de todo el mundo, llevando incluso a cuestionar en estos tiempos de crisis, el valor y conveniencia de mantener la inversión en tecnología.

Es una realidad que los empleados en la actualidad dedican más tiempo a internet y a otros recursos tecnológicos en los centros de trabajo. Esto tiene un costo para la empresa, no sólo como desperdicio de tiempo, donde el empleado se distrae de sus funciones de trabajo para las que fue contratado, sino que también implica un costo-desperdicio de recursos de la empresa, incluyendo energía eléctrica, gastos *per capita* y ancho de banda, entre otras cosas.

En principio pudiera parecer un poco drástico, pero pensemos en empresas con más de 2 mil trabajadores. Esto implica 2 mil computadoras que no están siendo utilizadas para lo que se facilitaron, ancho de banda de la red local que entorpece el intercambio de información tanto internamente, como con clientes, proveedores, etcétera, y no estar en capacidad de efectuar operaciones en el momento preciso, sin alcanzar ese *just in time* que todas las empresas competitivas buscan.

III. DERECHO COMPARADO Y PRECEDENTES

A estas alturas nos hemos percatado de que los distintos ordenamientos analizados consideran fundamental proteger el derecho a la intimidad. En mayor o menor medida, contemplan disposiciones que resultan aplicables en las relaciones entre particulares. Tomando en cuenta que este aspecto es el que nos interesa para efectos de esta tesis, me permito transcribir y comentar criterios recientes concernientes al derecho a la intimidad en el entorno laboral sostenidos por tribunales a lo largo del globo. Lo anterior, con el fin de entender cómo ha aplicado e interpretado el sistema judicial las legislaciones y doctrina antes analizada.

Empresas extranjeras y nacionales han despedido empleados por utilizar cuentas de correo electrónico corporativas o asignadas con fines laborales y las redes internas o las *intranet* para acceder a pornografía o enviar correos ofensivos. Una práctica cada vez más común, por cierto, es el monitoreo o revisión de los sitios de internet a los cuales ingresan los empleados -el control de sus hábitos de navegación- y la revisión de sus buzones de correo electrónico.

Debe responderse a la cuestión de determinar si los patrones están facultados para fiscalizar y revisar los correos electrónicos de sus trabajadores selectiva o incluso sistemáticamente, conducta que -se sostiene- podría pasar a llevar garantías fundamentales como la intimidad y, particularmente, la inviolabilidad de la correspondencia y de toda forma de comunicación privada. El argumento central para responder en forma negativa es el de asimilar el correo electrónico al correo tradicional y reivindicar a su respecto su inviolabilidad y afirmar que cualquier forma de interferencia sería constitutiva de un ilícito penal.

Hay que considerar y entender la realidad fáctica antes de aplicar principios y normas jurídicas. El análisis no puede desconocer la naturaleza y características de

los correos electrónicos, que son el equivalente de las tarjetas postales, esto es, circulan por las redes en forma abierta y cualquier administrador de un servidor de correos puede visualizarlo sin realizar ninguna operación clandestina o de espionaje.

Prosigamos entonces analizando casos y resoluciones sostenidas por tribunales a lo largo del globo.

A. España

La siguiente, es una entrevista llevada a cabo por Alex Monjas (Vlex) a Miguel Albasanz Sendra, abogado del Departamento Laboral de Pedro Brosa & Asociados, relativa a la aplicación por los tribunales de justicia españoles de la normativa laboral y empresarial sobre el control de las comunicaciones de los empleados en el uso que éstos hacen de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Dicha entrevista fue publicada en www.vlex.com el 15 de octubre de 2002.

- *Recientemente, un Juzgado de lo Social de Barcelona consideraba improcedente el despido de una trabajadora cuya empresa había espiado el correo electrónico. En la sentencia, se indica que los responsables de la compañía tendrían que haber contado con una orden judicial y con sospechas fundadas de que la trabajadora incumplía sus obligaciones para poder haber accedido a los mensajes electrónicos de la empleada. El caso puede ser llamativo porque es de las primeras veces que se exige la autorización previa de un juez para poder tener acceso al correo electrónico...*
- En esta Sentencia el Magistrado entiende, en su opinión, que el secreto en las comunicaciones es inviolable salvo autorización judicial, si bien, y después de manifestada dicha posición, el Magistrado realiza un juicio de proporcionalidad de la medida de control que no es validada ya que la medida de control sobre el contenido de los emails no respondía a una causa justificada de defensa del patrimonio o interés de la empresa sino al objetivo de buscar un motivo de despido de la actora en una situación de preconflicto con la empresa, ya que la actora previamente la había demandado solicitando la extinción de su contrato. En este sentido, el Magistrado está aplicando el juicio de proporcionalidad del Tribunal Constitucional que no exige la previa autorización judicial. Desconocemos si dicha sentencia ha sido recurrida.

- *Esta resolución choca con la actitud de la Fiscalía de Cataluña en el caso de un empleado del Deutsche Bank despedido por hacer un uso personal, impropio y masivo del email. En aquella ocasión, el Ministerio Público defendió el modo de actuar de los responsables de la entidad financiera, ya que consideró que no era del todo que los empresarios controlaran el correo electrónico de sus empleados. Parece ser que en lo referido a las comunicaciones electrónicas todavía no hay una postura común al respecto por parte de la Justicia. ¿no?*
- Ciertamente contradice una doctrina mayoritaria que no exige esa previa autorización judicial. Hemos de decir que el Tribunal Constitucional avala la modulación de los derechos fundamentales del trabajador en relación con el poder de control del empresario en 'la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva'. La doctrina del Tribunal Constitucional nos dice que para que una medida que pueda restringir un derecho Fundamental sea válida tiene que superar el denominado juicio de proporcionalidad en base a (sic) tres presupuestos (sic): 1. Juicio de idoneidad (si se consigue el objetivo propuesto); 2. Juicio de indispensabilidad (no existencia de otros medios menos agresivos para el conocimiento de los hechos); 3. Juicio de proporcionalidad estricto (más beneficios y ventajas para el interés general que perjuicios para otros bienes o valores en conflicto); 4. Existencia de causa justificativa (sospecha fundada, no caprichosa); 5. equilibrio o limitación al objetivo (no invasión de otras esferas).

En base a (sic) esta doctrina, son diversas las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que sí permiten la monitorización de las comunicaciones electrónicas en aquellos casos en que se supere el juicio de proporcionalidad considerándose el correo y el ordenador como un instrumento de la empresa y no como un espacio privado del empleado.

Así, por ejemplo, en el supuesto del Deutsche Bank, en el orden social y por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 14 de noviembre de 2000 se considera procedente el despido de un trabajador por uso abusivo y ajeno del correo electrónico. En el mismo sentido, la Sentencia del TSJ de Madrid de fecha 13 de diciembre de 2001 considera procedente el despido de un trabajador por descargar y visualizar ficheros de Internet.

- *En Francia, el Supremo ha equiparado el uso del correo electrónico por parte de los trabajadores a la correspondencia tradicional, con el argumento de que la intimidad y la vida privada son derechos que deben ser respetados incluso en el tiempo y lugar de trabajo. Aquí en España, el Constitucional considera que se debería revisar la concepción del término legal 'carta' para que incluyera el email. ¿Lo estima adecuado?*
- Mas (sic) que el término o concepto de 'carta', a lo que marca la pauta en la doctrina mayoritaria es el medio utilizado para la remisión de ese correo electrónico. Al considerarse medio de la empresa, su utilización privativa y ajena al trabajo no es correcta y por lo tanto su control, bajo el correspondiente juicio de proporcionalidad, es correcto.
- *¿Cree usted que los empresarios cuentan con los medios suficientes para poder controlar el uso que los trabajadores hacen de las Nuevas Tecnologías de la comunicación sin que esto suponga una vulneración de sus derechos?*

- Los modernos equipos informáticos permiten un control prácticamente total de las comunicaciones, por lo tanto al empresario le basta con acudir al servidor para conocer las direcciones y contenidos del correo electrónico e Internet de los trabajadores. El conocimiento de la simple relación de direcciones de correo o Internet puede ser suficiente para justificar una sanción sin que el empresario se arriesgue a entrar en su contenido y ser acusado de utilizar un método demasiado 'agresivo'. Todo dependerá de lo que entendamos como ámbito objetivo del secreto de las comunicaciones. En cualquier caso, entendemos que será el juicio de proporcionalidad el que determinará o no la validez del control empleado.
- *En este sentido, un reciente estudio pone de manifiesto que una de cada tres grandes empresas españolas controlan el uso de las Nuevas Tecnologías en el trabajo, haciendo especial hincapié en la navegación por Internet. Parece lógico que esta proporción pueda incrementarse. ¿Significa esto que los trabajadores van a estar cada vez más controlados?*
- A medida que en las empresas se vaya generalizando el uso del correo electrónico (ya muy extendido) y el acceso a Internet, de gran importancia a nivel informativo para las propias sociedades, será lógico que esta proporción vaya aumentando. Las políticas de acceso y utilización del correo electrónico e Internet (existentes en normativas internas de la gran empresa), se irán extendiendo a otras empresas a través de reglamentos internos o cláusulas contractuales individuales en las que se les recuerda la prohibición de utilización privada de los medios de la empresa (e-mail, Internet) para causas ajenas a lo profesional poniendo en su conocimiento la posibilidad de control empresarial.

No podemos olvidarnos que otra de las posibles vías de regulación del uso de esos medios está en la negociación colectiva.

- *Aparte del control en la utilización de las Nuevas Tecnologías, también las empresas se están inclinando por supervisar la propia actividad de sus empleados mediante la instalación de videocámaras. ¿Puede esta medida atentar contra algún derecho fundamental de los trabajadores?*
- Aquí volvemos al anteriormente citado juicio de proporcionalidad. La medida no atentarán contra los derechos fundamentales si esta (sic) justificada y el medio es necesario y equilibrado. El art. 20.3 del Estatuto del Trabajador nos dice que el empresario podrá adoptar las medidas de vigilancia y control oportunas para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales con respeto a la dignidad del trabajador.

Este control será válido si tiene como destino el control y vigilancia de la actividad laboral y no se dedica a otros fines (ni se puede difundir ni conservar las imágenes, salvo para prueba sancionadora). Debe respetarse la intimidad y dignidad del trabajador, dato que produce que se excluyan de dicho control aquellas localizaciones que no son propiamente lugares donde se desarrolla el trabajo como pueden ser vestuarios, servicios, comedores, zonas de descanso, etc. Además, la medida debe estar justificada (por seguridad, ante sospechas de actividades transgresoras, etc.).

- *Es lógico que los empresarios quieran controlar la actividad laboral de sus empleados, pero ¿no le parece que de seguir con esta tendencia el lugar de trabajo puede llegar a convertirse en una escena de las narradas por George Orwell en '1984'?*

- Ciertamente, no se trata de hacer del centro de trabajo la casa del 'Gran hermano' y por ello la doctrina del Constitucional es restrictiva: 'el trabajador como ciudadano no pierde su condición de tal por estar en el ámbito de una organización privada, su inserción en la organización empresarial modula dichos derechos en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva'. El juicio de proporcionalidad nos dirá en cada momento donde (sic) está (sic) los límites (sic) evitando con ello una utilización indiscriminada y abusiva de determinados medios de control.⁷⁸

En el siguiente caso, el Tribunal Constitucional consideró oportuno equiparar la privacidad del correo electrónico a la del correo tradicional, al considerar que el correo electrónico es una forma de comunicación y, por lo tanto, debe gozar del mismo tratamiento y protección que tiene el correo. El reportaje que se cita fue publicado en www.vlex.com el 5 de abril de 2002.

El Tribunal Constitucional ha señalado en una sentencia que el concepto jurídico (sic) de "carta" debe actualizarse, con el fin de proteger el derecho al secreto de las comunicaciones en relación con el uso de los recientes procedimientos de comunicación, como son los correos electrónicos.

El alto tribunal señala que los avances tecnológicos que se han producido en el campo de las telecomunicaciones en los últimos tiempos "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".

El Constitucional ha efectuado esta apreciación con motivo de un recurso de amparo presentado por un ciudadano condenado por el Tribunal Supremo por narcotráfico después de que la Policía encontrara en su agenda unos documentos que le incriminaban.

El condenado solicitaba el amparo por vulneración de sus derechos constitucionales al secreto de las comunicaciones postales, recurso que el alto tribunal le niega ya que para la Corte estos documentos inculpatorios no merecen la consideración de carta.⁷⁹

El siguiente, es un ejemplo práctico de la aplicación de un recurso de amparo ante la vulneración del derecho a la intimidad, en el sistema jurídico español. Este caso se refiere al caso de Isabel Preysler contra doña Alejandra Martín Suárez, don Julio Bou Gibert, director de la revista "*Lecturas*", don Enrique Suero Llera, redactor de

⁷⁸ www.vlex.com, 15 de octubre de 2002.

⁷⁹ www.vlex.com, 5 de abril de 2002.

dicha revista, y la entidad mercantil editora de la misma, "El Hogar y la Moda, S.A.", en donde se suscita una grave polémica entre dos órganos judiciales.

Procederemos ahora a un sintético resumen de los hechos haciendo hincapié en las críticas de un Tribunal a otro con citas obtenidas de la página oficial del Tribunal Constitucional español en internet.

A) El 20 de julio de 1989 la aquí recurrente presentó demanda de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen contra doña Alejandra Martín Suárez, don Julio Bou Gibert, director de la revista "Lecturas", don Enrique Suero Llera, redactor de dicha revista, y la entidad mercantil editora de la misma, "El Hogar y la Moda, S. A.", (HYMSA), por considerar que un reportaje publicado en el núm. 1942 del citado semanario, de 23 de junio de 1989, y en sucesivos números posteriores, bajo el título "La cara oculta de Isabel Preysler", entrañaba una intromisión ilegítima en su honor, intimidad personal y familiar y en la propia imagen. En la demanda se solicitaba, entre otros extremos, que se declarase consumada dicha intromisión ilegítima y se condenara a los demandados, de forma solidaria, al pago de una indemnización de 50.000.000 de pesetas por la publicación.

B) Por Sentencia de 23 de mayo de 1991, del Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Barcelona, se estimó parcialmente la demanda, declarando consumada la intromisión ilegítima en el derecho fundamental de la actora "en cuanto a su honor, intimidad personal y familiar y a su propia imagen, recogidos en el Art. 18.1 de la Constitución", y se condenó a los demandados, de forma solidaria, a abonar a la actora una indemnización de 5.000.000 de pesetas. Tras indicar que "el texto periodístico de autos debe ser leído en su conjunto e interpretado su sentido por el contexto", la Sentencia afirma que "el conjunto de dicha publicación se puede valorar como descubrimiento de datos y circunstancias íntimas de la actora en la vida desarrollada dentro del hogar familiar" (fundamento de Derecho 5).

Tras esta sentencia Isabel Preysler interpuso un recurso de apelación y la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia el 12 de enero de 1993 en la que, tras indicar que no existe, como pretende la actora, un derecho unitario "al honor, a la intimidad y a la propia imagen", consideró que se había producido una vulneración del derecho a la intimidad, propiciado por la relación de confianza generada por los servicios prestados en el hogar de la señora Preysler Arrastia por la señora Martín Suárez; y estimó que la intromisión no podía ampararse en el hecho de ser aquélla una persona famosa o conocida del público, pues "para cualquier persona, sea pública o privada, existe un ámbito

especialmente protegido de su intimidad", como es el de la intimidad doméstica. Cabe aclarar que la señora Martín Suárez consiguió los datos de una empleada del servicio en el domicilio de Isabel Preysler y que se sirvió del puesto para vender información a dicha revista.

D) La anterior Sentencia fue recurrida en casación por "El Hogar y la Moda, S. A.", y don Julio Bou Gibert con fundamento en cinco motivos: 1) infracción del art. 20.1 d) CE y del art. 18.1 CE; 2) infracción del art. 2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo; 3) infracción del art. 7.3 de la misma Ley Orgánica; 4) infracción del art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1996, en relación al art. 1137 de Código Civil, por aplicación del principio de solidaridad en la condena respecto a doña Alejandra Martín Suárez; 5) infracción del Art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 por no haber tenido en cuenta las bases para la determinación de la indemnización.

Por sentencia dictada el 31 de diciembre de 1996 la Sala Primera del Tribunal Supremo estimó dicho recurso, anuló la Sentencia de apelación y desestimó la demanda absolviendo de ella a los demandados. Dicho tribunal consideró que se elaboró un reportaje neutral y añadió que datos como los siguientes no se podían considerar atentado a la intimidad sino que "simplemente constituyen una propalación de chismes de escasa entidad".

E) El 18 de febrero de 1997 la aquí demandante presentó recurso de amparo (núm. 640/97) contra la anterior Sentencia, solicitando la anulación de la Sentencia del Tribunal Supremo y la declaración de firmeza de la Sentencia de la Audiencia Provincial.

Se buscaba que el Tribunal Supremo dictara otra resolución respetando el derecho a la intimidad de la recurrente. El recurso de amparo fue estimado por STC 115/2000, de 5 de mayo, en cuyo fallo se acuerda:

Otorgar el amparo solicitado por doña María Isabel Preysler Arrastia y en su virtud:

1º Reconocer que se ha lesionado el derecho a la intimidad personal y familiar de la recurrente;

2º Restablecerla en su derecho y, a este fin, anular la Sentencia núm. 157/1996, dictada el 31 de diciembre de 1996 por la Sala Primera del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 872/93.

Asimismo, con base en el fundamento de que "la valoración pecuniaria de la responsabilidad de quien lesiona el derecho fundamental a la intimidad, estará determinada por la gravedad atentatoria de dicho ataque", en este caso, se valoró el daño moral producido en 25,000 pesetas.

Dos son los motivos en que se basa la queja de indebida ejecución de la sentencia constitucional por parte del Tribunal Supremo. El primer motivo denuncia que la resolución de la Sala Primera del Tribunal Supremo incumplió el mandato y que enjuició de nuevo la intromisión al calificar de "insignificantes" determinadas frases del controvertido reportaje, utilizando un criterio valorativo rechazado por la sentencia constitucional. El segundo motivo de queja por indebida ejecución denuncia que la valoración del *quantum* indemnizatorio realizada por el Tribunal Supremo vulneró el Art. 24 CE. Ante todo porque la Sala Primera del Tribunal Supremo se apartó de su propia doctrina, dictada en aplicación del Art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, en virtud de la cual la sala casacional no tiene competencia para revisar el *quantum* de la indemnización. Y en segundo lugar porque la sentencia del Supremo se apartó de forma inmotivada de la valoración realizada en la sentencia de instancia, limitándose a afirmar que "la difusión de la noticia y las ventajas reportadas no han podido ser cuantificadas económicamente", sin entrar a analizar tal difusión ni el efecto obtenido.

Estos dos motivos fundamentan el recurso de amparo que ya he citado. El problema surge ante el siguiente fallo del Tribunal Constitucional:

Ha decidido otorgar el amparo solicitado y, en su virtud:

1º Reconocer que se ha vulnerado el derecho a la intimidad personal y familiar de la demandante.

2º Restablecerla en su derecho y, a este fin, declarar la nulidad de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2000, en el recurso de casación 872/93, con los efectos en cuanto a la indemnización a favor de la recurrente que se determinan en el fundamento 9 de esta Sentencia ...

Los magistrados del Tribunal Supremo que llevaron este proceso adjuntan un voto particular en el que discrepan tanto del fallo como de la argumentación que lleva al mismo.

56923

Es un hecho que el Tribunal Constitucional debería tener la última palabra como defensor de la Constitución española, pero en este caso queda en entredicho por el conflicto con el Tribunal Supremo y la presunta indebida aplicación de la sentencia constitucional por parte de éste.

Queda confirmado que los procesos en España ante la violación del derecho a la intimidad personal de ciertas personas con vida pública no tiene unos límites fijos sino un carácter más bien difuso, y se ve sujeto a toda una dimensión de interpretaciones valorativas, ya que ni siquiera los mismos jueces logran entenderse. El conflicto entre ambas salas todavía no ha sido resuelto.

Un ejemplo más dogmático sobre el derecho a la intimidad lo constituye una de las 14 conclusiones contenidas en el informe final presentado por la Comisión Especial sobre Redes Informáticas al Senado español con relación a la influencia de internet en las distintas esferas de la sociedad y economía españolas. Esta Comisión Especial fue constituida el 24 de marzo de 1998 y concluyó sus trabajos a mediados del mes de diciembre de 1999, habiendo celebrado un total de 21 sesiones de trabajo y atendiendo más de cincuenta comparecencias de destacados expertos en la materia. *Entre las 14 conclusiones finales presentes en el texto dado a conocer se incluyen referencias al derecho fundamental del acceso a la Red o a la inviolabilidad del ordenador personal y domicilio electrónico.* Dicho informe final fue aprobado durante el Pleno de la Cámara Alta del Parlamento del 27 de diciembre de 1999.⁸⁰

⁸⁰ Fuente: www.vlex.com, 10 de marzo de 2002.

En un caso relativamente nuevo relativo al monitoreo del correo electrónico de empleados a finales de 2003, el sindicato español CCOO (Comisiones Obreras) pidió a la dirección de la entidad bancaria La Caixa que retirara su normativa interna destinada a regular el uso de internet, pues "puede afectar a la privacidad del empleado, y acarrear sanciones disciplinarias". Dicha normativa permite revisar la utilización del servicio de correo electrónico de sus empleados. La entidad bancaria afirmó, por su parte, que sólo revisaría los mensajes de correo electrónico en caso de que se "considere necesario para salvaguardar la entidad o a los empleados". A pesar de las diferencias entre sindicato-entidad bancaria, este asunto no ha llegado a ventilarse ante los tribunales españoles. Este caso es un ejemplo palpable de la situación en que muchas empresas mexicanas se encuentran, ante la incertidumbre que representa no tener una legislación rebasada por la realidad, al no regular lo relativo al uso de nuevas tecnologías en los centros de trabajo.

Pero más allá de diferencias en el ámbito extrajudicial, han existido casos recientes en los que se aterriza la idea del derecho a la intimidad y el uso de internet y el correo electrónico como herramientas de trabajo. En el siguiente caso en análisis se derivan conductas que en México, a juicio del autor, deberían ser castigadas similarmente.

En el año 2002, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña consideró procedente el despido de una trabajadora que envió correos electrónicos a varios clientes criticando a sus jefes. El tribunal desestimó de este modo las alegaciones de la implicada y ratificó un fallo anterior del juzgado de lo social número 16 de Barcelona.

La sentencia se refiere al caso de una trabajadora de la empresa 'Bosch Abellán Consejeros' a quien se le rescindió el contrato en abril de 2001, después de ser descubierto el envío de correos electrónicos a clientes de la compañía en los que

profería “ofensas verbales hacia los jefes”. En la carta de despido disciplinario de la trabajadora se le imputaba no sólo el envío de correos electrónicos ofensivos, sino también el envío de currícula dentro del horario laboral a través de la computadora de la empresa, lo que fue considerado “una transgresión de la buena fe contractual”.

Sin embargo, la empleada recurrió la decisión, alegando que los mensajes de correo electrónico se dirigían a amigos y no a clientes, y que algunas de las faltas habían prescrito, ya que los correos habían sido remitidos dos meses antes de que se descubriera su contenido por el *office manager* encargado de bajar el correo electrónico de los empleados en situación de baja o vacaciones.

El Alto Tribunal catalán desestimó los argumentos de la trabajadora, al considerarlos irrelevantes, y dictaminó que el comportamiento continuado de la empleada, a la que le fueron detectados un total de 3 mensajes ofensivos mientras se encontraba de baja por maternidad, vulneró el artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores. Éste se refiere a los deberes de los trabajadores y establece el compromiso de éstos a “cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia”.⁸¹

En el caso de México, el artículo 135 de la Ley Federal del Trabajo establece que los trabajadores no deben “usar los útiles y herramientas suministrados por el patrón, para objeto distinto de aquél a que están destinados”⁸², como pudiera ser enviar correos electrónicos a los que se refiere este caso. Además, el hecho de enviar currícula desde una cuenta provista por la empresa, con el fin de obtener un puesto en otra empresa, también constituiría una violación a la buena fe contractual en México, con base en el artículo 31 de la Ley Federal del Trabajo.

⁸¹ www.vlex.com, 9 de julio de 2002.

⁸² *Ley Federal del Trabajo*. Op. cit. p. 25.

Artículo 31. Los contratos y las relaciones de trabajo obligan a lo expresamente pactado y a las consecuencias que sean conformes a las normas de trabajo, a la buena fe y a la equidad.⁸³

En ambos casos, el incumplimiento podría ser castigado con la rescisión de la relación de trabajo sin responsabilidad para el patrón, de acuerdo con el artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo.

Asimismo, el Tribunal Constitucional consideró también que con su actuación la demandante pretendía "el desprestigio de la empresa" al hacer manifestaciones "que no debían trascender del ámbito propiamente empresarial", que perjudican la imagen de la empresa, especialmente relevante al tratarse ésta de una compañía de servicios.

El siguiente caso analiza detalladamente el caso de un trabajador que utiliza una herramienta de trabajo propiedad del patrón, para fines no profesionales, al cual se hizo referencia en la entrevista citada anteriormente. Además, de él se desprenden criterios encontrados en las distintas instancias judiciales que evidencian la incertidumbre del sentido que seguirá este tema en las distintas legislaciones. Finalmente, derivado de los argumentos planteados, considero que la resolución del caso debiera ser el criterio reinante en México, ya que como en España, no existe regulación específica sobre el tema, sino sólo fundamentos constitucionales que permiten una relativamente amplia interpretación e incluso aplicación de la ley en casos concretos. Los datos vertidos fueron obtenidos del ensayo titulado "Uso privado del correo electrónico en la empresa como motivo de despido disciplinario", publicado el 21 de mayo de 2001 en www.vlex.com.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 14 de noviembre de 2000, que estima el recurso de suplicación interpuesto por Deutsche Bank, S.A frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 17 de Barcelona de

⁸³ *Ibid.* p. 6.

fecha 21 de marzo de 2000, dictada en el procedimiento núm. 1280/1999, versa sobre el uso indebido del correo electrónico puesto a disposición por la empresa, como motivo de despido por trasgresión de la buena fe contractual de los trabajadores.

Los hechos sobre los que versa la sentencia objeto de análisis son de indudable actualidad en nuestra sociedad, y han abierto un gran debate en torno a los límites del uso del correo electrónico en el ámbito laboral.

Según declaran los hechos probados, el 1 de diciembre de 1999, la empresa Deutsche Bank S.A. despidió a un trabajador por utilizar los instrumentos de trabajo propiedad de la empresa con fines ajenos a la actividad profesional, cuando la entidad bancaria había prohibido expresamente el uso del correo electrónico para fines personales, e instaló esta herramienta de trabajo exclusivamente para facilitar y agilizar las comunicaciones dentro de la oficina, y con el resto de las oficinas que dispone Deutsche Bank S.A.

La empresa alegó que dicha conducta fue constitutiva de incumplimiento grave y culpable por trasgresión de la buena fe contractual, y abuso de confianza en el desempeño de su trabajo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 54.2 d) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y artículo 50.1 del XVII Convenio Colectivo de Bancos Privados.

El trabajador envió 140 mensajes a través de correo electrónico desde el 7 de octubre de 1999 hasta el 19 de noviembre de 1999, a un total de 298 destinatarios; sin autorización ni conocimiento de la empresa. Los mensajes fueron enviados dentro del horario laboral, utilizando los medios propios de la entidad bancaria, y con fines ajenos a la prestación de servicios. La empresa consideró atinadamente que dicha actuación supuso una pérdida de tiempo de trabajo efectivo, tanto para el

trabajador como para sus compañeros, por cuanto, mientras están haciendo uso de tales medios de comunicación, no está realizando su labor.

Ante la decisión empresarial de extinguir la relación laboral, el trabajador con fecha 23 de diciembre de 1999 interpuso demanda por despido disciplinario. El Juzgado de lo Social de Barcelona, con fecha 21 de marzo de 2000 estimó la demanda, declarando la nulidad del despido, con los efectos de readmisión y pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido.

Contra dicha sentencia, la empresa interpuso recurso de suplicación, y *el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó dicho pronunciamiento, declarando procedente el despido del trabajador, al entender que utilizar el correo electrónico con fines privados, con los medios puestos a disposición por la empresa, cuando ésta sólo permite utilizar el correo electrónico como herramienta de trabajo, quedando prohibido expresamente su uso personal, supone una clara infracción de lealtad laboral que justifica la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo* con base en el citado artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Ésta fue la primera sentencia de los tribunales españoles que avaló el despido de un trabajador por el uso privado del correo electrónico desde su cuenta empresarial. Provocó reacciones negativas en el seno de las principales organizaciones sindicales y en las asociaciones de usuarios de internet, que consideran que la resolución dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña vulnera el derecho a la intimidad de los trabajadores, amparado por la Constitución y sancionado por el Código Penal, en su artículo 197. Los sindicatos consideran que, a pesar del vacío legal existente acerca de la inviolabilidad del correo electrónico, no se puede admitir que los empresarios entren en el correo electrónico de los trabajadores.

El debate social acerca la inviolabilidad del correo electrónico está abierto y aún dará para mucho, mientras no se definan los marcos legales que garanticen el derecho a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones por correo electrónico, tanto en el ámbito laboral como el privado.

El actor formuló demanda en reclamación por despido nulo, o en su caso, improcedente, contra la empresa Deutsche Bank, S.A., al considerar que se había vulnerado el derecho a la libertad sindical. Según declaró el trabajador, es objeto de una 'persecución total y absoluta' junto al resto de los afiliados sindicales.

La sentencia recurrida declaró la nulidad del despido, sobre la base de que siendo mínima la pérdida de trabajo efectivo y muy pequeño el costo económico de su emisión, tanto la antigüedad del actor como la falta de sanción previa permiten considerar la inadecuación de una sanción que, en definitiva, se entiende impuesta por el enfrentamiento sindical latente en la empresa. *Este criterio es absurdo y retrógrada, ya que acepta que existe una falta laboral, pero la justifica haciendo una estimación del costo económico que en la gran mayoría de los casos es de grandes dimensiones, contrario a lo que opina el Juzgado de lo Social de Barcelona.*

La Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revoca dicho pronunciamiento al entender que efectivamente la conducta del trabajador es constitutiva de trasgresión de la buena Fe contractual, sin que exista discriminación alguna por razón de su afiliación sindical, y consecuentemente no califica el despido como nulo.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado una línea interpretativa que determina que cuando un trabajador despedido, alega discriminación o lesión de derechos fundamentales, de tal forma que se genere una razonable sospecha o presunción a favor de su defensa, se traslada al empresario la carga de la prueba, sin que la mera afirmación de un componente discriminatorio o lesivo de los derechos

fundamentales baste para justificar el desplazamiento de la carga probatoria a la empresa, obligada así a acreditar cumplidamente que su decisión se hallaba desconectada de aquellas ilegítimas motivaciones.

En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 23 de julio de 1996, al entender que lo relevante para que pueda prosperar la carga de la prueba, en despidos que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador,

no es sólo la realidad o no de la causa disciplinaria alegada, sino también si su entidad permite deducir que la conducta del trabajador hubiera verosímelmente dado lugar, en todo caso, al despido, al margen y prescindiendo por completo de su actividad relacionada con el ejercicio de derechos fundamentales... debe tratarse de una conducta que razonablemente explique por sí misma el despido y permita eliminar cualquier sospecha o presunción de lesión de derechos fundamentales.⁶⁴

La Sala se reitera en diversas sentencias, al exponer "que no se impone al empresario la prueba de la no discriminación o la no lesión del derecho fundamental, sino que acredite la existencia de los hechos motivadores de la decisión extintiva así como su entidad desde el punto de vista de la medida disciplinaria adoptada..."⁶⁵

En el caso en comento, la empresa demandada acredita cuáles son los motivos que justifican el despido disciplinario y que no obedecen a su condición de trabajador afiliado a un sindicato. *La causa que motivó la decisión empresarial fue el uso totalmente prohibido por parte del trabajador del correo electrónico con fines personales, en tanto la entidad bancaria sólo permite utilizar este sistema de*

⁶⁴ www.tribunalconstitucional.es/Stc2001/STC2001-C80.htm

⁶⁵ Idem.

comunicación para fines profesionales y así lo establecía en su normativa interna. Todo ello, dentro del horario laboral y utilizando los medios propios de la empresa.

Dicha conducta que supone una trasgresión de la buena fe contractual debida en la relación laboral, explica por sí misma el despido, y permite eliminar cualquier sospecha o presunción de discriminación o vulneración de derechos fundamentales, quedando acreditada la medida disciplinaria adoptada por la empresa.

Asimismo, el trabajador sancionado con el despido invocó que existía diferencia de trato discriminatorio en la imposición del despido, respecto con otros compañeros que también remitieron mensajes por correo electrónico ajenos a la prestación laboral y durante la jornada de trabajo a través de la computadora de la empresa y sin consentimiento de ésta, a quienes les impusieron sanciones inferiores. La justificación del diferente trato recibido por unos y otros, obedece a la diferente trascendencia de las conductas, que aun coincidiendo en su entidad difieren en intensidad, pues ante el uso reiterado del correo electrónico por parte del trabajador despedido (140 mensajes), de los otros compañeros sólo se pueden constatar que remitieron por el correo electrónico del banco, -sin conocimiento ni autorización de ésta y en horario de trabajo-, uno o dos mensajes ajenos a su prestación de servicios.

Tales circunstancias impiden apreciar tratamiento desigual, pues no ha sido la misma la actitud del trabajador despedido y la de los restantes, y la Sala entiende que en el supuesto contemplado no se produce ningún factor discriminatorio de los contemplados en el artículo 14 de la Constitución española, y artículos 17.1 y 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores.

En el supuesto analizado, el trabajador incurrió en un uso indebido de las herramientas informáticas propiedad de la empresa, puestas a su disposición para

el desempeño de sus funciones, al utilizar el correo electrónico para motivos ajenos a la prestación de servicios durante la jornada de trabajo, sin conocimiento y autorización de la empresa, y cuando existía una prohibición expresa de la entidad bancaria sobre el uso particular del correo electrónico en el ámbito laboral.

Tal conducta es constitutiva de un incumplimiento culpable y grave, quedando justificada la decisión de sancionar al trabajador con el despido disciplinario por el quebramiento de los deberes de fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, y más cuando el trabajador actúa con conocimiento de su conducta.

Asimismo, el comportamiento del trabajador conlleva costos económicos para la empresa, directos e indirectos, ya que supone la pérdida de tiempo de trabajo efectivo, en el que no está realizando su labor y una disminución de su rendimiento, tanto del trabajador al preparar y enviar los 140 mensajes de correo electrónico, como de sus compañeros al recibirlos y leerlos, así como desperdicio de recursos energéticos e informáticos.

Para el tribunal, los hechos acontecidos “suponen una clara infracción del deber de lealtad laboral que justifica la 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 y comprometiendo la actividad laboral de otros productores”.⁸⁶

En efecto, la conducta imputada al trabajador puede ser merecedora de la máxima sanción de despido, puesto que es constitutiva de un incumplimiento grave y culpable por trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo, conforme el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores.

⁸⁶ Idem.

De lo analizado anteriormente se desprende que el despido por el uso particular del correo electrónico en el ámbito de las relaciones laborales, será lícito cuando el empresario pone a disposición de los trabajadores el correo electrónico como herramienta de trabajo, y además cuando exista una prohibición expresa sobre el uso particular del mismo.

A continuación analizaremos una sentencia más, relativa a las monitorizaciones realizadas por las empresas para controlar el acceso a internet del trabajador, y si éstas vulneran los derechos a la libertad sindical y a la intimidad del demandante, o por el contrario, constituyen un ejercicio legítimo del derecho de control empresarial, consagrado en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores. La siguiente información fue obtenida del ensayo titulado "Monitorización del ordenador de un sindicalista para controlar su acceso a internet" publicado en mayo de 2001 por www.vlex.com.

Los hechos sobre los que versa la sentencia, son sucintamente los siguientes:

La empresa NCR España, S.A. monitorizó la computadora de su empleado, Alfonso Guijarro, sindicalista de la Unión General de Trabajadores (UGT), presidente del comité de empresa y miembro del comité europeo de la multinacional, en dos ocasiones entre el 26 de enero y el 28 de septiembre de 2000, desde la sede central de la multinacional estadounidense. Con esta intervención, la empresa NCR, dedicada a la fabricación de hardware, software y consumibles informáticos, detectó que la dirección IP del trabajador se encontraba en 1.623 conexiones a internet en horas de trabajo y en el periodo destinado a las horas sindicales, debido a lo cual NCR decidió despedirle el pasado 5 de enero de 2001.

En este supuesto, la empresa NCR había comunicado a todos los empleados su política acerca de la utilización del correo electrónico, la cual prohibía

expresamente conectarse a internet salvo para las cuestiones relacionadas con la actividad empresarial, puesto que al encender sus ordenadores aparece un mensaje que así lo manifiesta, no pudiendo operar si no seleccionan el "OK" correspondiente.

Ante la decisión empresarial de extinguir la relación laboral, el trabajador con fecha 15 de febrero de 2001, interpuso demanda sobre reclamación por despido, al entender que la decisión de monitorizar su ordenador constituye un fuerte indicio de vulneración de su derecho fundamental a la libertad sindical reconocido en el artículo 28 de la Constitución española.

El trabajador alegó que en la empresa existía un clima antisindical, argumentando que el convenio aplicado actualmente correspondía el periodo 1982/1984, porque la empresa se había negado a negociar otro, produciéndose aumentos salariales individualizados, dándose la circunstancia de que los miembros del comité de empresa eran los más perjudicados, realizándose múltiples denuncias por parte de éstos.

Se le monitorizó la computadora sin que la empresa tomara ningún tipo de medida sancionadora o simple advertencia, pese a que en ese periodo se detectaron tantas entradas en internet como en el periodo posterior de junio a septiembre, acreditándose, de este modo, que se pretendía demandar, siendo llamativo que así se reconozca en la propia carta de despido.

Mantuvo también el demandante que la decisión empresarial vulneraba su derecho fundamental a la intimidad personal, ya que se le monitorizó sin cumplir ninguno de los requisitos exigidos por el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, que debía aplicarse analógicamente.

Por su parte la empresa se opuso a que el despido tuviera por causa la discriminación sindical, ya que el actor era el único trabajador que venía utilizando injustificadamente el sistema informático de la empresa, no pudiendo reclamar una especie de discriminación positiva.

Igualmente, la multinacional estadounidense monitorizó la computadora del trabajador porque iba divulgando que pretendía demandar a la empresa por no proporcionarle trabajo efectivo, así como por la existencia de denuncias de otros compañeros de trabajo sobre su dedicación a internet. Asimismo, sostuvo que la decisión empresarial no vulneró el derecho a la intimidad del demandante, ya que su computadora era una herramienta de trabajo de la propia empresa.

El Juzgado de lo Social número 31 de Madrid consideró que al monitorizar la computadora del empleado y comprobar sus accesos a internet, la empresa no sólo sacrificó muchos datos contenidos en éste sobre estrategias sindicales, sino que vulneró injustificadamente su derecho a la libertad sindical. Asimismo, consideró que con su intromisión la empresa vulneró el derecho fundamental a la intimidad personal del trabajador consagrado en la Constitución española.

El Juzgado de lo Social de Madrid entiende que habiéndose demostrado que el actor mantiene un largo contencioso con la empresa, a la que había denunciado con anterioridad al año 2000 en reiteradas ocasiones, debe admitirse que la decisión de monitorizar su computadora constituye un fuerte indicio de vulneración de su derecho fundamental a la libertad sindical.

Los resultados de la monitorización se obtuvieron con vulneración del derecho a la libertad sindical del demandante, debiendo declararse totalmente ineficaces, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.1 LOPJ, en relación con el artículo 90.1 LPL, y en consecuencia, la demostración por el actor de fuertes indicios de violación de su derecho a la libertad sindical y la no-acreditación empresarial de las

medidas adoptadas determinan la declaración de nulidad del despido que la empresa basó en su escasa productividad.

Aunque la empresa hubiese justificado que el actor hubiese propagado su intención de interponer demanda de tutela de la libertad sindical, afirmando que la demandada le estaba discriminando al no proporcionarle trabajo efectivo, la decisión empresarial de monitorizar su puesto de trabajo vulneraría también su derecho a la libertad sindical, ya que la decisión reiterada supuso un sacrificio totalmente desproporcionado de dicho derecho a la libertad sindical en relación con la finalidad perseguida.

El Tribunal Constitucional establece en la Sentencia del 10 de julio de 2000 (con cita de las del mismo Tribunal del 17 de octubre de 1991, 28 de febrero de 1994, 16 de diciembre de 1996, 14 de octubre de 1997, 1 de diciembre de 1998 y 8 de noviembre de 1999) que *el derecho a la intimidad personal, consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución española, se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona* que el artículo 10.1 de la CE reconoce e implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana"⁸⁷; derecho que, siendo "aplicable al ámbito de las relaciones laborales", no es un derecho absoluto, "como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho"⁸⁸.

⁸⁷ www.tribunalconstitucional.es

⁸⁸ *Idem*.

Por ello, el poder de dirección empresarial, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva y reconocido expresamente en el artículo 20 del Estatutos de los Trabajadores que atribuye al empresario, 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, ha de producirse en todo caso, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como expresamente lo dispone la normativa laboral en sus artículos 4.2 c) y 20.3 del mencionado estatuto.

En los supuestos como éste, cuando entran en colisión los derechos fundamentales del trabajador y el poder de dirección del empresario, debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad, siendo preciso que la medida que adopte el empresario sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto- juicio de idoneidad-; necesaria, en el sentido que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia -juicio de necesidad-; y, finalmente, debe ser 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-.

El Juzgado de lo Social resuelve afirmando que la medida controvertida no fue equilibrada porque sacrificó injustificadamente el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del demandante, sometiéndole a un sistema de control excepcional, por el que se accedió unilateralmente a la información, contenida en su computadora, en el que podían contenerse múltiples datos y estrategias sindicales, protegidos por dichos derechos.

Consecuentemente, habiéndose demostrado por el actor fuertes indicios de vulneración de sus derechos fundamentales a la libertad sindical y a la intimidad, y no habiéndose aportado por la empresa demandada una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su

proporcionalidad, el Juzgado declaró la nulidad del despido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.

En lo personal, no coincido con los argumentos vertidos por el Juzgado de lo Social, así como del Tribunal Constitucional sobre la violación al derecho a la intimidad. Me limito a discutir sobre este derecho, ya que es el que cobra mayor relevancia para efectos de esta tesis. Me parece que la justificación que utiliza la empresa se encuentra prevista en la propia ley, al igual que en el caso de México, al permitir al patrón utilizar las medidas de vigilancia y control oportunas para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales; en este caso del uso correcto de las herramientas de trabajo. Por ello, considero irrelevante el que se trate de un sistema de control excepcional o no, dado que no es lógico justificar una conducta propia y su subsecuente sanción, con el hecho de que no se persiga la responsabilidad de otras personas. Me parece que sería tanto como pensar que un delincuente no puede ser castigado si se deciden las autoridades judiciales a abrir únicamente un procedimiento en su contra, excluyendo a sus cómplices. Es decir, la responsabilidad existe, independientemente de la responsabilidad o sistemas de control utilizados para otras personas. Además, no puede ser considerado un sistema de control excepcional si al momento de abrir el explorador de internet existe un aviso al usuario sobre el uso obligatorio de esa herramienta para usos exclusivamente laborales.

Contrario a la anterior sentencia, una sentencia adicional publicada más recientemente por Tribunales españoles permite el monitoreo de internet y el correo electrónico de los empleados por parte del patrón, cumpliendo con ciertos lineamientos. La información fue obtenida del artículo publicado por www.vlex.com en marzo de 2001, con relación al uso del correo electrónico en el ámbito laboral: "las nuevas tecnologías plantean un conflicto difícil de resolver por cuanto se enfrentan el derecho a la intimidad del trabajador, que consagra el artículo 18 de la Constitución Española y el artículo 4.2 e) del Estatuto de los Trabajadores, y el

derecho del empresario a controlar y vigilar a sus trabajadores para lograr un uso racional de los medios de producción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores.”

La sentencia del 14 de noviembre de 2000 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña admitió que utilizar el correo electrónico para fines privados, con los medios puestos a disposición por la empresa, cuando ésta sólo permite utilizar el correo electrónico como herramienta de trabajo, quedando prohibido expresamente su uso personal, constituye un incumplimiento grave y culpable por trasgresión de la buena fe contractual tipificado en el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores, siendo motivo de despido.

En esta línea se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 5 de julio de 2000 cuando admitió como procedente el despido de un trabajador que utilizaba el correo electrónico para fines privados dentro del horario laboral, cuando la empresa advierte en comunicaciones internas, que no está autorizado el uso de los medios informáticos para asuntos ajenos a la empresa. Asimismo, el Tribunal señala que no nos encontramos ante una vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, sino ante un uso indebido de medios e instrumentos de la empresa para fines ajenos a los estrictamente laborales, pudiendo el empresario ejercer un control sobre la forma de utilizar tales medios, en virtud de lo establecido en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores.

De la jurisprudencia examinada se desprende que para que exista justa causa de despido, por incumplimiento contractual del trabajador conforme el artículo 54.2 b), y d) del Estatuto de los Trabajadores, el empresario debe desarrollar previamente una política expresa que determine el uso del correo electrónico: advertir que el uso del correo electrónico será exclusivamente para fines profesionales y prohibir el uso personal del correo electrónico durante la jornada laboral.

Sobre la licitud del empresario de acceder al correo electrónico de sus trabajadores en la empresa, a falta de regulación específica, es imprescindible que el empresario establezca previamente un código de conducta que se comunique a los empleados con carácter periódico, y que determine expresamente la política de la empresa acerca del uso del correo electrónico en el ámbito laboral. De este modo, el trabajador conoce las pautas a las que debe someterse cuando utilice los medios informáticos puestos a disposición por la empresa.

La comunicación escrita del empresario respecto a la política de uso del correo electrónico *debe* ir acompañada de un consentimiento expreso por parte del trabajador, con el fin de no vulnerar el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18 de la Constitución española.

Como podemos ver, el criterio sostenido en esta jurisprudencia es totalmente contrario al establecido en la analizada anteriormente, y parece ser el criterio reinante en los tribunales españoles actualmente. Me parece que se extralimita al pretender obtener el consentimiento previo y expreso del trabajador respecto de la política de uso del correo electrónico. En el caso, considero que existen disposiciones suficientes para sostener que basta un aviso al trabajador sobre el contenido de una política como tal.

B. Francia

El 2 de octubre de 2001, la Corte de Casación francesa, órgano supremo del orden judicial en ese país, se pronunció por primera vez sobre el tema de la protección del correo electrónico: lo asimiló a una correspondencia tradicional. Esta decisión hace jurisprudencia en ese país. Los hechos son los siguientes:

1. La empresa Nikon France rescindió con causa a uno de sus antiguos

empleados, en junio de 1995. El argumento fue que este ingeniero pasaba gran parte de su tiempo manejando negocios propios y utilizando para fines personales la computadora puesta a su disposición por su patrón para fines profesionales.

2. La empresa probó la causa de rescisión con múltiples archivos que aparecían en la carpeta "Personal", que el empleado había creado en su computadora.
3. En marzo de 1999, la Corte de Apelación de París confirmó la rescisión. Sin embargo, la Corte de Casación consideró en su decisión que "el trabajador tiene derecho, aun en el tiempo y lugar de trabajo, al respeto de la intimidad de su vida privada; ésta implica en particular el secreto de la correspondencia; el patrón no puede, sin violar esta libertad fundamental, tomar conocimiento de los mensajes personales emitidos por el empleado o recibidos a través de una herramienta de la informática puesta a su disposición para su trabajo y esto incluso si el empleador hubiera prohibido una utilización no-profesional de la computadora".⁸⁹

El argumento de los jueces está basado en los principios establecidos por el Código Civil, en cuanto a la lealtad de la prueba. Además, se basa en el Código del Trabajo y en la Convención Europea de Derechos del Hombre (artículo 8), que establece que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia".

Esta jurisprudencia va sin duda en contra de los principios que han mostrado otros países, tales como Estados Unidos de América, Alemania y España, en donde el patrón si puede rescindir justificadamente, siempre y cuando tenga constancia de

⁸⁹ LEMAÎTRE, Frédéric. *Le Monde*. Publicación del 3 de octubre de 2001. www.lemonde.fr/article/0,5987,3236-228784-00.html

haber prevenido al empleado sobre la prohibición de emplear los medios electrónicos para fines distintos a los contratados.

C. Estados Unidos de América

El Congreso de los Estados Unidos de América introdujo en el año 2000 una iniciativa legislativa para forzar a las empresas a informar a sus empleados de que les están vigilando sus llamadas, correo y actividades en internet.

El informe que realiza periódicamente la *American Management Association* eleva hasta 73% el porcentaje de compañías estadounidenses que controlan el correo electrónico y los sitios de internet en los que entra su personal.⁶⁰

En Estados Unidos de América, país que vio nacer internet y todos los servicios que esta red mundial ha ido desarrollando con el paso de los años, mantiene una regulación muy liberal en el uso de las nuevas tecnologías de la comunicación en el seno de las empresas privadas. Actualmente, tan sólo el Estado de Connecticut obliga a las compañías a revelar las prácticas de control que puedan llevar a cabo hacia sus plantillas.

En el resto del país, las políticas internas de cada compañía sirven para definir qué se puede hacer, cómo, por qué medio y hasta dónde. La jurisprudencia sobre casos de usos irregulares del correo electrónico en Estados Unidos de América es mayoritariamente favorable a los intereses patronales.

Este hecho, unido al papel de importante grupo de presión que las compañías mantienen frente a los partidos políticos, de los que son su principal fuente de recursos, han producido que las leyes federales deleguen buena parte de las

⁶⁰ Esta información fue obtenida de www.viex.com/es/ppwactualidad, el 27 de julio de 2000.

competencias al respecto en manos de las políticas de conducta de las propias empresas.

Los diferentes departamentos federales han desarrollado políticas de conducta que tienen en cuenta el uso del correo electrónico entre sus trabajadores. Un ejemplo se encuentra en el Departamento Federal de Transportes, que redactó una propuesta de política sobre el uso del correo electrónico por parte de los trabajadores de la Administración Federal de Aviación.

En enero de 2000, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América hizo público un documento donde se pretende especificar las diferentes posibilidades que las autoridades policiales pueden aplicar a la hora de perseguir a los delincuentes cuando hay medios informáticos de por medio.

El capítulo correspondiente a las investigaciones sin orden judicial, habla de los registros que se pueden llevar a cabo en los lugares de trabajo propiedad de las empresas privadas. Más adelante, se hace un estudio sobre la Ley de Privacidad de las Comunicaciones Electrónicas, otra de las normas que pueden ser aplicadas en la protección del usuario del correo electrónico.

Esta regulación ha permitido la existencia de casos acaecidos en empresas como Xerox, Boeing o el propio cuerpo de los *marines* estadounidenses, donde se llamó al orden a 500 empleados de Pennsylvania por enviar mensajes de contenido sexual explícito.

D. Reino Unido

En el Reino Unido, la regulación del uso de las comunicaciones internas durante el horario laboral ha sufrido un cambio radical con la entrada en vigor el pasado 24 de octubre de 2000, de la Ley de Regulación de Poderes de Investigación. Esta norma

permite a los empresarios 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 una inspección de los mensajes que éste haya enviado utilizando los medios puestos a su disposición por la empresa. Los requisitos para llevar a cabo estas inspecciones van desde la sospecha de conducta criminal, a garantizar el cumplimiento de las normas de conducta internas. Un amplio abanico de posibilidades que los sindicatos británicos rechazan rotundamente y que seguramente llevarán ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por considerarlo una violación de la Convención Europea de los Derechos Humanos, traspuesta al cuerpo legal del Reino Unido.

Los preceptos de la nueva norma también obligan a los proveedores de servicios de internet (ISP) a facilitar a las autoridades británicas los datos y acceso a las comunicaciones de los usuarios que estén siendo investigados.

Como ejemplo de lo anterior, un informe de la empresa Klegal publicado en el 2002, reveló que el uso del correo electrónico, junto con la navegación por internet, es una causa de despido laboral importante en el Reino Unido. Según este estudio, durante el último año se han abierto un total de 358 causas por la gestión inadecuada del correo electrónico o de la navegación por internet.⁹¹

E. Alemania

En lo que respecta a Alemania, el ministro del Trabajo, Walter Riester, confirmó en diciembre de 2002 que el Gobierno Federal estaba redactando una legislación que prohibiría a las compañías leer el correo electrónico privado enviado desde el lugar de trabajo.

⁹¹ www.klegal.com

Alemania tiene una legislación rígida y muy respetuosa con la privacidad, y los sindicatos han instado al gobierno a actualizar la protección en la era internet. Cada *lander* (estado federal) es el encargado de nombrar a una comisión para la protección de datos, que es la responsable de controlar las actividades del gobierno y de las propias compañías privadas.

La unión de cada una de estas comisiones federales puso en marcha en diciembre del mismo año un centro virtual a través de la red, en el que cualquier ciudadano alemán tiene a su disposición las herramientas para proteger los datos personales en el entorno de internet, además de información sobre sus derechos frente a la actuación del gobierno y empresas privadas.

F. Argentina

Actualmente, el tema de la seguridad de la información en una empresa no es el único. Como ya lo hemos establecido anteriormente, aunque no existan fugas de información, el llamado *cyberslacking* y el desperdicio de recursos pueden incidir fuertemente en la economía de una empresa. Tal fue el caso de la empresa Vestiditos, S.A., la cual en marzo de 2002 observó que la velocidad de navegación por internet y en la recepción del correo electrónico se había vuelto intolerablemente lenta. En la investigación (en realidad, una auditoría), quedó demostrado que una de sus empleadas utilizaba el correo para enviar mensajes ("abundante material", según la sentencia) cuyo contenido era, "en su gran mayoría, ofensivo a la moral y buenas costumbres", según falló el juez.

La empresa despidió a la empleada, que demandó a la empresa, solicitando una indemnización. El juez laboral Jorge Finizzola consideró el despido como justificado, desatendiendo la demanda al afirmar que si ésta prosperara, "equivaldría a consagrar, dentro del ámbito de las relaciones laborales, un criterio que conllevaría a la indeseable consecuencia de otorgar un aparente premio a la

comisión reiterada e ilimitada de conductas por completo ajenas a cualquier tipo de límites sociales, éticos y morales".⁹²

G. Chile

A la luz de lo dispuesto en el artículo 19 N°5 de la Constitución chilena, el correo electrónico no constituye de manera alguna, una forma de comunicación privada a cuyo respecto pueda exigirse inviolabilidad por parte de un trabajador.

El elemento o el criterio decisivo para determinar si el derecho a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones privadas ha sido vulnerado por la revisión y el monitoreo de los correos electrónicos de un trabajador, de acuerdo con la legislación chilena, debiera ser la consideración del perjuicio producido a la empresa o la magnitud del abuso. Si no se ha producido un gran perjuicio por el envío desde la empresa de uno o más correos electrónicos particulares, no habría razón para sancionar laboralmente al trabajador, porque no es lo mismo enviar, usando los sistemas, servidores y casilleros de la empresa, cinco correos a familiares que 5000 ofertas de asesoría profesional particular. Vale también un ejemplo en términos de navegación en internet: si un trabajador está todo un día bajando cientos de *megabytes* con videos pornográficos nadie podría cuestionar el perjuicio y la configuración de una causal de incumplimiento del contrato de trabajo.

En Chile la Dirección del Trabajo fue consultada acerca de este tema, y visualizó el problema como un conflicto entre dos garantías fundamentales que debían compatibilizarse o establecer la primacía de la una sobre la otra. A saber, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada -19 N°5 CPE- por una parte, y la facultad de un empleador para organizar, dirigir y administrar su empresa que deriva del derecho de propiedad -19N°24- por la otra.

⁹² Diario *Clarín*, Argentina, Publicación del 23 de junio de 2002

Entre sus argumentos asimiló la situación práctica, habitual y frecuente de las llamadas telefónicas y la existencia de los casilleros o cajones con llaves con los correos electrónicos, donde las empresas reconocen -sólo de hecho y para mantener un clima laboral óptimo- un grado de reserva de las mismas. Lo idóneo habría sido compararlos con la correspondencia tradicional soportada en papel y preguntarse si un trabajador en una empresa puede o no, usar los servicios de correo o de franqueo de la misma para enviar cartas particulares o privadas desde su dependencia de trabajo y con cargo a los presupuestos administrativos de la empresa.

El dictamen es débil y simplista y desconoce, además de los elementos "magnitud del perjuicio", "relatividad de la intimidad laboral" e "improcedencia del uso de medios laborales con fines particulares", que técnicamente un correo electrónico no es una forma de comunicación "privada" sino que abierta o pública, olvidándose que, por la naturaleza de todo correo electrónico, sólo podría reivindicarse la privacidad del mismo si se envía encriptado o codificado. Consecuentemente, el debate jurídico sobre el uso laboral de redes y correos electrónicos no se desarrolla en el ámbito ni se fundamenta en la posible vulneración de la garantía que en Chile consagra el artículo 19 N°5 de la Constitución Política.⁹³

⁹³ *Revista Electrónica de Derecho Informático (REDI)*, Agosto de 2002. <http://publicaciones.derecho.org/red/>

IV. PROPUESTA

Las tecnologías de la información y la comunicación han abierto posibilidades sorprendentes en materia de comunicaciones. Las empresas son conscientes de que el uso del correo electrónico y de internet, trae consigo grandes beneficios que repercuten en un aumento de la productividad, pero que utilizados de forma descontrolada o indebida producen un efecto contrario y no deseado. Sin embargo, las nuevas tecnologías plantean un conflicto difícil de resolver, ya que se enfrentan el derecho a la intimidad del trabajador que consagra el artículo 16 de la Constitución mexicana, y el derecho de la empresa a controlar y vigilar a sus trabajadores para verificar el cumplimiento de sus obligaciones y deberes laborales, en virtud de lo dispuesto en la Ley Federal del Trabajo con relación a las herramientas de trabajo.

Es difícil encontrar un equilibrio entre lo que es un derecho fundamental constitucional (derecho a la intimidad en las comunicaciones), y el derecho que tiene el patrón respecto del conjunto de medios y la organización del trabajo en la empresa. Una vez más se manifiesta el choque entre los intereses de las empresas y el derecho a la intimidad en sus comunicaciones de los empleados a su cargo.

La actual legislación laboral y constitucional relativa al derecho a la intimidad no establece puntualmente una protección especial para las comunicaciones realizadas mediante el correo electrónico y mucho menos cuando éstas se dan dentro de un entorno laboral. Tenemos una legislación que no está adaptada a la nueva situación tecnológica y mientras no logremos que las relaciones laborales se adapten más a dicha realidad tecnológica y de organización del trabajo, estaremos desaprovechando en la misma medida lo que se podría ganar en eficiencia y productividad en las empresas. Es necesario que nuestro Congreso Federal se comprometa a estudiar la situación para desarrollar una normativa específica al

respeto y así evitar el recurso a los tribunales de justicia en el uso de las nuevas tecnologías de la comunicación.

Cada día son más los casos que salen a la luz sobre, lo que a nuestro juicio, es un auténtico abuso y falta de ética y responsabilidad profesional de los trabajadores en el desempeño de sus funciones. Sin duda, ejemplo claro de esta situación son las estadísticas que se obtienen al respecto.

Como hemos podido advertir derivado de lo expuesto en esta tesis, a diferencia de otros países, no tenemos legislación especializada sobre el tratamiento de datos personales entre particulares, lo cual complica un poco el panorama. A pesar de ello, considero que existen medios en nuestra legislación actual que utilizados correctamente pueden brindarle al patrón, hasta cierto punto, seguridad jurídica en la regulación de este tema, soportando despidos legítimos por el mal uso de una herramienta de trabajo como internet y el correo electrónico, reduciendo así la posibilidad de contingencias laborales. Dichos medios incluyen el propio contrato individual de trabajo, el contrato colectivo de trabajo, el reglamento interior de trabajo y las políticas corporativas, figuras que analizamos en su momento.

Una solución práctica utilizada por algunas empresas en la actualidad es permitir cierta flexibilidad en este tema, con el fin de motivar un ambiente cómodo para sus trabajadores, sin limitarlos ni vigilarlos para no afectar su productividad. Y es que sostienen que más vale tener empleados que trabajen al 100% durante la mitad del tiempo, que tener gente con desgano y falta de aprecio y gusto por sus labores durante toda su jornada de trabajo.

Dicho lo anterior, concluimos que el patrón podrá abocarse a este problema –el del uso indebido de las nuevas tecnologías en los centros de trabajo- con una actitud pasiva o activa. Me parece que la segunda normalmente será más congruente con la misión y objetivos de una empresa seria en estos días.

El **contrato individual de trabajo** es la primera opción. Como lo establecimos anteriormente, el contrato de trabajo es el acuerdo directo que existe entre trabajador y patrón en donde ordinariamente se establecen las condiciones generales de trabajo para el puesto que desarrollará el trabajador. Es éste el medio idóneo para formalizar el vínculo jurídico entre trabajador y patrón y definir precisamente las condiciones de la prestación del servicio.

La tendencia es que en los contratos individuales de trabajo se integren cláusulas e indicaciones sobre el uso de herramientas de trabajo, así como las políticas de la empresa en temas como el uso de las nuevas tecnologías, para que el trabajador las conozca y decida su aceptación junto con la oferta del propio trabajo. Lo anterior, con fundamento en el artículo 25 de la Ley Federal del Trabajo, que permite a las partes de una relación de trabajo pactar las condiciones en que se prestarán los servicios. Esto permite regular el uso y destino del correo electrónico e internet proporcionados por el patrón como herramientas de trabajo.

Como alternativa adicional, el **contrato colectivo de trabajo** puede permitir también a las partes en una relación de trabajo regular este tema. Como sabemos, con éste se pretende "convenir en normas que servirán de modelo a los contratos individuales que se celebren".⁹⁴ Es una forma práctica de constituir normas de observancia general y obligatoria al constituirse las relaciones individuales de trabajo de las personas amparadas bajo el contrato. Debe celebrarse por escrito y para que surta efectos debe depositarse ante la Junta de Conciliación y Arbitraje.

Como sabemos, debe incluir disposiciones relativas a los nombres y domicilios de los contratantes, su duración, las jornadas de trabajo, días de descanso y vacaciones, el monto de los salarios, cláusulas relativas a capacitación y adiestramiento, y *las demás estipulaciones que convengan las partes*, entre otras.

⁹⁴ DE BUEN L., Néstor. Op. cit. p. 791.

Esta última es el fundamento legal y contractual de los acuerdos de las partes con relación al uso y destino de las herramientas de trabajo, incluido el correo electrónico e internet proporcionado por el patrón. Por su carácter obligatorio e inderogable, el contrato colectivo de trabajo constituye uno de los pilares de las relaciones laborales en las empresas.

El **reglamento interior de trabajo** es una tercera opción suplementaria que permite regular el tema en análisis. Como lo establecimos anteriormente, el "reglamento interior de trabajo es el conjunto de disposiciones obligatorias para trabajadores y patrones en el desarrollo de los trabajos en una empresa o establecimiento."⁹⁵ Recordemos que el reglamento debe contener, entre otras cosas, *las disposiciones disciplinarias y procedimientos para su aplicación y las demás normas convenientes de acuerdo con la naturaleza de cada empresa o establecimiento, para conseguir la mayor seguridad y regularidad en el desarrollo del trabajo*. Estas disposiciones servirán como entrada para regular lo relativo al uso de las herramientas de trabajo -incluyendo internet y el correo electrónico-, así como las medidas disciplinarias por el uso incorrecto o falta de uso de las mismas.

Con base en el reglamento interior de trabajo y una vez depositado ante las autoridades laborales, el patrón estará legitimado para imponer una corrección disciplinaria prevista en el reglamento (o disposición expresa en el contrato colectivo o individual de trabajo), como podría ser la separación temporal que impida el desempeño al trabajador en su labor ordinaria. Es conveniente que el patrón reparta copias del reglamento depositado a los trabajadores, recabando firma de recibido a cada uno de ellos, para evitar que en un futuro aleguen su desconocimiento, además de fijarlo en lugares visibles en el centro de trabajo.

Finalmente, también podrían desarrollarse **políticas corporativas** que establezcan claramente los derechos y obligaciones relacionados con el uso de herramientas de

⁹⁵ Ley Federal del Trabajo. Op. cit. p. 75.

trabajo, regulando específicamente el uso de nuevas tecnologías y fijando los límites entre el abuso y el uso correcto de las mismas. El fin: intentar el equilibrio entre las necesidades y objetivos de la empresa y los derechos de los trabajadores.

Según Varchaver, *"the buzz phrase for e-mail consultants in recent years is having a policy."*⁹⁶ Implementar políticas claras podría inhibir y reducir un uso indiscriminado y despreocupado del correo electrónico y de internet, que puede traer consigo consecuencias negativas y muy trascendentes para la empresa como ataques de virus informáticos a su red interna o fugas de información confidencial.

A diferencia del reglamento interior de trabajo, en este caso considero que es necesario entregar una copia de las políticas corporativas vigentes aplicables a un empleado determinado al momento de nacer la relación de trabajo, recabando su firma de recibido para evitar que se alegue su desconocimiento posteriormente. Además, es conveniente hacer referencia a la existencia de éstas y a la obligación de su cumplimiento, en los contratos de trabajo y en el reglamento interior de trabajo.

Habiendo regulado el tema del uso de las nuevas tecnologías en los centros de trabajo debida y claramente, el **monitoreo** sería el siguiente paso natural. Entonces, sería lícito el control de la empresa de los medios puestos a disposición de los trabajadores para el desempeño de sus funciones y se garantizarían los derechos fundamentales de los trabajadores, incluyendo su derecho a la intimidad. "Ante la indefinición jurídica del uso del correo electrónico, muchas compañías han decidido llevar un control exhaustivo de la actividad de sus empleados. Para este fin, numerosas empresas presentes en la Red ofrecen software especializado en la monitorización del uso de Internet o del e-mail por el empleado"⁹⁷.

⁹⁶ VARCHAVER, Nicholas. Op. cit. p. 71.

⁹⁷ GARCÍA SAN MIGUEL RODRIGUEZ-ARANGO, Luis. Op. cit. p. 161.

Desde 1997, se crearon distintos programas de computadoras que permiten a las empresas monitorear el acceso a internet y los correos electrónicos de sus empleados.⁹⁸ Estos programas pueden ser una gran parte de la solución en la actualidad. Son una herramienta eficaz para las empresas que buscan reducir los tiempos muertos y las distracciones que le restan productividad a los trabajadores de una empresa.

Por ejemplo, Juan García, director de sistemas de una empresa confitera, señala que el programa de monitoreo implementado en su empresa les ha permitido "ver lo que los usuarios ven en sus pantallas y bloquear programas que no queremos que utilicen. Bloqueamos muchas aplicaciones que tienen que ver con *chats* y juegos, sobre todo en los mandos medios".

De acuerdo con Adalberto García de Mendoza, Director Asociado de Be Soft, empresa dedicada a la fabricación de Be Monitor, programa diseñado para cumplir las tareas de monitoreo de redes, el *software* debe ser más preventivo que correctivo. "Para evitar el uso de programas que no tienen que ver con el trabajo, se puede restringir el uso de ciertas aplicaciones, páginas de internet o ciertos tipos de direcciones de entretenimiento en horas de oficina, además de los *chats* comerciales, por lo que ya no será necesario saber qué es lo que hace cada trabajador, porque de antemano ya está previsto lo que puede y no puede hacer en su computadora". Debe verse como una herramienta de productividad y no de vigilancia.

Este tipo de programas cuenta además con opciones para analizar la productividad de cada empleado en función de qué tipo, cuántos programas tiene abiertos y durante cuánto tiempo. "Lo que hace el sistema es que cada vez que se abre una ventana, se activa un cronómetro de cuánto tiempo pasa un empleado en cada ventana, entonces basándose en eso se puede hacer un reporte de productividad,

⁹⁸ Ibid. p. 70.

por lo que se puede calcular que de ocho horas de trabajo, 50 por ciento un empleado se la pasó en Excel, programa muy relacionado a la labor que realiza, y diez por ciento a revisar correos electrónicos, que no es un alto porcentaje de tiempo muerto". Además, se puede controlar la instalación de *software* que no sea legal "porque a veces los empleados tratan de instalar programas piratas, con lo que también controlamos ese aspecto".

Además, los programas de monitoreo pueden realizar un reporte gráfico de las actividades del personal, con lo que se puede evitar el estar revisando qué hicieron los empleados en su computadora y se tiene a nivel macro el nivel de productividad de cada empleado.

De acuerdo con la empresa dedicada a la asesoría en recursos humanos *Productivity Systems*, la primera acción que debe ser tomada en cuenta al implementar sistemas de cómputo en las empresas, es tratar de orientar y culturizar al personal sobre el uso de las máquinas, motivar a la plantilla de empleados para que perciban la computadora como una herramienta para aumentar la productividad y no para perder el tiempo. Además, es importante capacitar a los empleados en el uso de estas nuevas tecnologías, para que no quede duda alguna sobre qué se puede y qué no se puede hacer. Por ejemplo, algunas empresas en Estados Unidos de América prohíben los "correos cadena". Esto es un gran inicio.

"La naturaleza del ser humano es ser curioso y si no ha usado internet, por ejemplo va a utilizar mucho tiempo explorando, pero cuando se familiariza, deja de utilizar su tiempo en esa actividad". Es muy importante y conveniente para el patrón el avisar a los empleados de la implementación de este tipo de sistemas y explicarles el funcionamiento de los mismos, con el objetivo principal de hacer más eficiente y productiva a la empresa, así como para eficientar las asesorías técnicas y no meramente de vigilancia para posteriormente sancionar. Por medio de estos

sistemas es posible ver las pantallas de los empleados de manera remota, lo cual se hace del conocimiento de los empleados especialmente, cuando requieren alguna asesoría técnica para la computadora que utilizan. Es conveniente también realizar evaluaciones aleatorias de resultados, así como campañas de concientización de estos programas para determinar si se le está dando un uso correcto a esta herramienta de trabajo.

Una opción adicional, según el propio Nicholas Varchaver, es limitar la capacidad de almacenaje de correos electrónicos de cada uno de los usuarios. Por ejemplo, señala el autor de un texto publicado en la revista *Fortune*⁹⁹, Boeing restringe a su personal a 15 *megabytes* sus correos de entrada o *inbox*. Si exceden dicho límite, el sistema no les permitirá enviar y recibir correos electrónicos advirtiéndoles este hecho y la necesidad de depurar sus mensajes. En teoría, los empleados depurarán conscientemente los mensajes que ya no les son útiles.

En un escenario ideal, el tratamiento de información confidencial por parte de los empleados, así como el uso de las nuevas tecnologías (correo electrónico e internet) como herramientas de trabajo, estaría regulado por las partes de una relación laboral por medio de todas las figuras antes mencionadas. De esta forma, el patrón tendría una mayor legitimación y seguridad jurídica para aplicar sanciones por la contravención a dichas disposiciones, incluso la rescisión de la relación laboral.

Recordemos que el artículo 135 de la Ley Federal el Trabajo establece que los trabajadores no deben "usar los útiles y herramientas suministrados por el patrón, para objeto distinto de aquél a que están destinados"¹⁰⁰. El incumplimiento de las obligaciones antes mencionadas podría ser castigado con la rescisión de la relación de trabajo sin responsabilidad para el patrón, de acuerdo con el artículo 47

⁹⁹ VARCHAVER, Nicholas. Op. cit. p. 69.

¹⁰⁰ Ley Federal del Trabajo. Op. cit. p. 25.

de la Ley Federal del Trabajo, pudiendo ser aplicables las fracciones II, V, VI, VII, VIII, IX, XI y/o XV.

Finalmente, me permito sugerir el siguiente texto para ser incluido tanto en los contratos de trabajo como en el reglamento interior de trabajo, con el fin de regular el uso de herramientas de trabajo por parte de los trabajadores, incluyendo nuevas tecnologías. Dicho texto deberá ser adecuado en función a las características del puesto y a las labores a desempeñarse, así como al instrumento en el que se pretenda incluir:

Cláusula X. En los términos del Artículo 135 de la Ley Federal del Trabajo, el TRABAJADOR no deberá usar las herramientas de trabajo suministradas por la EMPRESA o permitidas tácita o expresamente por ésta, para fines distintos del cumplimiento de sus labores para las cuales fue contratado. Dichas herramientas incluyen, enunciativa mas no limitativamente, computadoras, ancho de banda, acceso a internet y cuentas de correo electrónico.

El TRABAJADOR está consciente y de acuerdo en que la EMPRESA podrá utilizar, sin necesidad de aviso previo, distintos medios de monitoreo y vigilancia de dichas herramientas de trabajo, con el fin de verificar su uso adecuado.

Asimismo, el TRABAJADOR se obliga a cumplir con las disposiciones y políticas vigentes establecidas por la EMPRESA, en relación con el uso de nuevas tecnologías en el desempeño de las labores, tales como el correo electrónico e internet.

La contravención a las disposiciones contenidas en esta cláusula por el TRABAJADOR, podrá ser castigada con la rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para la EMPRESA.

Cláusula Y. La EMPRESA podrá rescindir la relación de trabajo, sin responsabilidad para la misma, en caso de que el TRABAJADOR:

1. Utilice en beneficio propio y/o de terceros distintos a la EMPRESA, documentos, libros contables, maquinaria, herramientas de trabajo, materias primas o cualquier otro instrumento en propiedad o posesión de la EMPRESA, sin el permiso correspondiente previo y por escrito;
2. Provoque daños a los activos, equipo, herramientas de trabajo o materiales en propiedad o posesión de la EMPRESA, por negligencia en el desempeño de sus labores o en el uso de las herramientas de trabajo, ya sea que se encuentre dentro o fuera del centro de trabajo;
3. No cumpla con las disposiciones y políticas vigentes establecidas por la EMPRESA, en relación con el uso de nuevas tecnologías en el desempeño de las labores, tales como el correo electrónico e internet.

Cláusula Z. El TRABAJADOR será responsable del cuidado, uso adecuado y limpieza de las herramientas de trabajo proporcionadas por la EMPRESA para el desempeño de sus labores o permitidas por ésta para dicho fin. Además, será responsable de las mismas en caso de pérdida, robo, daños, uso indebido o distinto a las labores que le sean encomendadas.

La contravención a las disposiciones contenidas en esta cláusula por el TRABAJADOR, podrá ser castigada con la rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para la EMPRESA.

CONCLUSIONES

Antes que nada, es necesario huir de las posiciones radicales: no se puede decir que el patrón en ningún caso podrá conocer el contenido del correo electrónico de sus trabajadores porque choca con toda la lógica de lo que es la relación laboral, y tampoco se puede afirmar que el correo electrónico, por el hecho de ser un instrumento de trabajo, tiene que estar en todo caso a disposición del patrón.

Hay que partir de la base de que internet y el correo electrónico de los trabajadores en la empresa es un instrumento de trabajo y en determinadas circunstancias y con determinadas políticas y garantías, es posible que el patrón pueda conocer el contenido de ese correo electrónico o sus conductas en el uso de internet. No solamente por una cuestión de propiedad, sino también porque en el ámbito de la comunicación a través del correo electrónico se pueden desarrollar y tener aplicación derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por lo tanto, hay que establecer un equilibrio entre la necesidad de la empresa y los derechos de los trabajadores, previendo y documentando claramente los derechos y obligaciones de las partes en una relación laboral.

El derecho a la intimidad y el derecho a recibir información están en colisión permanente y ello no es nuevo sino que ha venido sucediendo a través de los tiempos; lo que debe hacerse es buscar el necesario equilibrio entre ambos derechos.

Considero que no existe una obligación por parte del patrón de dejar que se utilice el correo electrónico o internet para cuestiones personales, aunque reconozco que es necesario que exista un mínimo de comunicabilidad personal dentro de la empresa y también hacia el exterior. Esta comunicación, sin embargo, se puede

desarrollar a través de otros medios distintos, ya sea el teléfono, una cuenta de correo electrónico personal, etcétera.

Lo importante es que la empresa tome una posición pro-activa y preventiva al respecto, regulando el tema completa y claramente por medio de disposiciones que podrían incluirse en el contrato individual de trabajo, el contrato colectivo de trabajo, y el reglamento interior de trabajo. Además, pudieran implementarse políticas corporativas que describan el uso y restricciones al mismo, respecto a las comunicaciones dentro de la empresa, así como de la misma al exterior, donde se establezcan reglas del uso del correo electrónico y de internet, obteniendo la aprobación de los trabajadores o sus representantes para lograr un consenso y una mayor legitimación.

Me parece que a pesar de no existir obligación, es conveniente que el patrón ponga medios alternativos a disposición del trabajador fuera de la vigilancia y control de la empresa, por los que éste se pueda comunicar personalmente.

Si la empresa no implementa ninguna política o no establece disposiciones especiales relativas al uso del correo electrónico e internet, por medio de los instrumentos jurídicos antes descritos, el resultado natural sería el desarrollo de comunicaciones personales a través del correo electrónico y el uso desmedido de internet para cuestiones no laborales. En este caso, considero que el patrón si se encontraría legitimado para acceder al correo electrónico de sus trabajadores sin su consentimiento previo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 135 de la Ley Federal del Trabajo que establece que los trabajadores no deben "usar los útiles y herramientas suministrados por el patrón, para objeto distinto de aquél a que están destinados"¹⁰¹. Sostener lo contrario, sería tanto como pensar que el patrón requiere el consentimiento del trabajador para verificar que éste está cumpliendo

¹⁰¹ Ley Federal del Trabajo. Op. cit. p. 25.

con sus obligaciones laborales. Esto lo definirán los tribunales mexicanos en su momento.

La garantía del derecho a la intimidad considero que estaría protegida, porque el trabajador de antemano está consciente (o debe estarlo por derivar de una disposición de ley) que el patrón tiene la facultad de verificar que los trabajos se estén prestando en la forma convenida, y que está destinando las herramientas de trabajo para prestar los servicios contratados. De la Ley Federal del Trabajo se desprende, del apartado correspondiente a las obligaciones de los trabajadores, cumplir las órdenes e instrucciones del patrón en el ejercicio regular de sus actividades directivas. Por lo anterior, el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del patrón. De la misma ley se desprende que el patrón podrá adoptar las medidas que estime más oportunas para vigilar, controlar y para verificar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales.

Sin embargo, para que el patrón tenga una mayor legitimación en este tipo de conductas (Vg. monitoreo de correo electrónico e internet), es conveniente que capacite a sus trabajadores en el uso de nuevas tecnologías, establezca reglas claras para su uso exclusivamente como herramientas de trabajo y les notifique la existencia de estas reglas y demás disposiciones aplicables. De este modo, la empresa inhibiría la instrumentalización incorrecta del correo electrónico y de internet como herramientas de trabajo.

La polémica radica en si tales reglas o políticas pueden ser establecidas de forma unilateral por el patrón. Parece lógico pensar que lo idóneo es que existan las condiciones adecuadas para que esas reglas puedan consensuarse, especialmente a través de los contratos colectivos de trabajo con los sindicatos, los propios contratos individuales o el reglamento interior de trabajo. Ahora bien, tampoco habría que negar la posibilidad de que emanen del poder de dirección de la

empresa de forma unilateral por lo anteriormente expuesto, siendo conveniente hacer alusión a la obligación de cumplir con las políticas que establezca la empresa en dichos documentos.

Es claro que internet y el correo electrónico proporcionado por la empresa deben destinarse a un uso profesional, en tanto elemento de trabajo propiedad de la empresa, no pudiendo en consecuencia utilizarse para fines particulares, excepto casos puntuales justificados.

Desde las organizaciones sindicales se reclama que la vía perfecta para encontrar el equilibrio deseado no debe estar en la vertiente normativa, sino en la convencional, y así, proponen la construcción de las nuevas reglas del juego respecto al uso de las tecnologías de la información, a través de convenios colectivos.

Así, resulta necesario establecer un procedimiento que justamente proteja los derechos personales del trabajador en el centro de trabajo y también los derechos de los patrones, para evitar las situaciones de abuso. Hay que encontrar el *equilibrio entre el derecho de uso y las posibles situaciones de abuso*.

En principio, podemos decir que el patrón puede tener un determinado control sobre situaciones de abuso respecto de las cuales haya indicios objetivos de que se están produciendo.

Esos indicios se deben basar en criterios objetivos como la frecuencia en el número de comunicaciones de carácter personal, o el título de los propios mensajes, en el caso del correo electrónico. En estos casos, si el patrón tiene un indicio objetivo de que está produciéndose una situación de abuso, debería procederse al control, aunque siempre respetándose la garantía de audiencia por parte del trabajador.

El mecanismo correcto sería establecer el mínimo de garantías que serían exigibles, por parte del trabajador, respecto de sus derechos. En primer lugar debería existir comunicación previa al afectado por esa revisión; en segundo lugar, habría que contar con la presencia de testigos, controlando las garantías de transparencia.

Los trabajadores tienen el derecho a conocer exactamente cuál es la política de la empresa, para que éstos, al utilizar los instrumentos de trabajo que la empresa pone a su disposición, sepan a qué atenerse y no puedan reputarlo como un engaño.

Si la empresa no ha establecido unas pautas generales sobre el particular, no puede pretender, sin más, registrar las computadoras a su antojo e indiscriminadamente porque esto se prestaría a grandes abusos por parte del patrón. Debe, para que el control sea justificado, contar con indicios suficientes de que se está produciendo un comportamiento laboral irregular y, después de constatado esto, ejercer el control de acuerdo con lo señalado anteriormente.

Debería existir, por último, un procedimiento que conectara el hecho causal de la posible sanción con la gravedad de la misma, y, por lo tanto, con una sanción determinada. Esto se podría prever en el propio reglamento interior de trabajo.

Actualmente, no existe un régimen de sanciones para faltas relacionadas con el uso de las nuevas tecnologías en nuestra legislación y no existe una graduación en las sanciones, con lo que se produce una situación de arbitrariedad que provoca indefensión tanto para el trabajador como para el empresario. Una adecuada política corporativa de información sobre el uso de las tecnologías de la información en el seno de la empresa sobre el control que al efecto se puede ejercer, puede evitar muchos de estos problemas.

En realidad, podemos concluir que no nos encontramos ante una interceptación de las comunicaciones en lo que respecta al correo electrónico o de internet, ya que son propiedad de la empresa, no hay ánimo de lucro y el fin es preservar el patrimonio empresarial. El trabajador daña el patrimonio de la empresa al hacer uso del correo electrónico o de internet con fines personales.

Por otra parte, debemos tener en cuenta que estamos hablando de la interceptación de un soporte que no es del trabajador sino del patrón que pone a disposición de aquél. Podemos decir que se puede interceptar el correo electrónico bajo determinadas garantías porque la responsabilidad de lo que un trabajador transmita recae sobre el patrón, aunque luego éste pueda tomar sus represalias contra el trabajador.

De esta forma sí avisa previamente al trabajador de la posibilidad de interceptación de los mensajes y se realiza con las debidas garantías para asegurar que no se ha manipulado, el patrón no debería ser acusado de violar el secreto de las comunicaciones, puesto que el trabajador ha otorgado un consentimiento tácito para esa interceptación, en el momento en que conoce tal posibilidad y, aun así, decide hacer uso de este medio para fines personales.

En opinión del autor, éste constituye el medio idóneo para regular el uso de internet y del correo electrónico como herramientas de trabajo. Lo que implicaría que el empresario puede, en ejercicio de ese poder de dirección y control, establecer los mecanismos técnicos, como programas que permitan verificar que sus trabajadores llevan a cabo un uso correcto del correo electrónico, y del acceso a internet, instrumentos que el patrón ha puesto a disposición del trabajador para el cumplimiento de su prestación laboral.

Por otro lado, debe tenerse presente que la esfera de intimidad en una empresa no es una garantía absoluta del trabajador que pueda, al extremo, llevar a amparar bajo un manto de reserva conductas ilícitas, por lo cual en caso de una investigación administrativa ningún trabajador puede oponerse a la revisión de sus equipos de cómputo, alegando vulneración de su garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Sin duda, los tribunales mexicanos tendrán que sopesar dos posturas encontradas: por un lado, la protección de la vida privada de los trabajadores; y por otro lado, la protección del correcto funcionamiento de la empresa y los derechos del patrón de sancionar cualquier acción que vaya en contra de la misma.

BIBLIOGRAFÍA

- BATISTA, N. "El uso del correo electrónico en el ámbito laboral. Trásgresión de la buena Fe contractual". www.vlex.com. Marzo de 2001.
- Boletín Titulado "El Poder Disciplinario del Patrón", publicado por Baker & McKenzie. Septiembre de 2003.
- CHÁVEZ, José Antonio. "¿Realidad o engaño?". *El Norte*. Abril de 1998.
- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Editorial Astrea. 2ª. ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires 1995.
- Constitución española de 1812.
- Constitución española de 1978.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Versión publicada en internet en la página oficial del H. Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos (<http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/>).
- Convenio 108 del Consejo de Europa del 28 de enero de 1981.
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. *Derecho Informático*. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1993.
- DE BUEN L., Néstor. *Derecho del Trabajo*. Tomo segundo. Porrúa. 14ª. ed. actualizada. México, 2000.
- DE JONG, Anita. "Dismissal on the grounds of unauthorized use of E-mail and the Internet". The Global Employer. Baker & McKenzie.
- Diario *Clarín*. Argentina. Publicación del 23 de junio de 2002.
- Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Derecho a la Información*. Ediciones De Palma Buenos Aires, 2ª. ed. ampliada y actualizada conforme a la reforma constitucional de 1994. Buenos Aires, 1996.
- ESTADELLA YUSTE, Olga. *La protección de la intimidación frente a la transmisión internacional de datos personales*. Editorial Tecnos. Madrid 1995.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la Identidad Personal*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires, 1992.
- GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, Luis. *Estudios sobre el Derecho a la Intimidación*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín. *Temas de Filosofía del Derecho*. Editorial Oxford University Press. México, 1999.
- HARDY, Ian R. *The evolution of ARPANET email*, Universidad de Berkeley, 1996. Frank Heart en entrevista con Judy O'Neill, Cambridge, Massachusetts, 23 de marzo de 1990, OH 186, Charles Babbage Institute, Universidad de Minnesota, Minneapolis, Minnesota. Transcripción de la grabación en cinta magnetofónica.
- <http://agency.osha.eu.int/>, Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo

- *Ley Federal del Trabajo*. Versión publicada en internet en la página oficial del H. Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos (<http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/>).
- L. DEVEALI, Mario. *Lineamientos de Derecho del Trabajo*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956.
- LEMAÎTRE, Frédéric. *Le Monde*. Publicación del 3 de octubre de 2001. <http://www.lemonde.fr/article/0,5987,3236--228784-,00.html>
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Editorial Civitas. Madrid, 1993.
- MEJAN, Luis Manuel C. *El Derecho a la Intimidad y la Informática*. Editorial Porrúa, México, D.F. 1994.
- MONZEL, Nikolaus. *Doctrina Social*. Tomo I. Editorial Herden. Barcelona, 1969.
- *Revista Electrónica de Derecho Informático (REDI)*. <http://publicaciones.derecho.org/redi>
- *Revista Expansión*. Publicaciones de julio de 2000, julio de 2000: Edición Especial y septiembre de 2000.
- *Revista semanal Día Siete*. Número 179. Año 4. www.diasiete.com
- SAINZ DE LA MAZA, Leire. *Derecho a la Intimidad en el sector de las telecomunicaciones*. <http://www.delitosinformaticos.com/ciberderechos/intimidad.shtml>
- TAMAMES, Ramón. *Introducción a la Constitución española*. Alianza Editorial, Madrid 4ª. ed. 1988.
- TÉLLEZ VALDEZ, Julio. *Derecho Informático*. Editorial McGraw Hill, 2ª. ed. México, 2000.
- TORNABENE, María Inés. *Internet para abogados*. Editorial Universidad. Buenos Aires 1999.
- VARCHAVER, Nicholas. "The perils of e-mail". Artículo publicado por la revista *Fortune*. Febrero 17, 2003. No. 3.
- WOOLEY, Benjamin. www.iztapalapa.uam.mx/iztapalapa/www/topodriilo/39/td39_04.html
- www.baluma.com
- www.catalyst.washington.edu/glossary.html
- www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/youth/legisl/arg/iiii/
- www.delitosinformaticos.com/ciberderechos/intimidad.shtml
- www.derecho.org
- [www.foroabogadossanjuan.org ar/Doctrina_Provincial/pandiella.htm#_ftn5](http://www.foroabogadossanjuan.org.ar/Doctrina_Provincial/pandiella.htm#_ftn5)
- www.IBLNews.com
- www.idcresearch.com
- www.informatica-juridica.com
- www.internet-solutions.com.co/diagnseg.html
- www.isoc.org/internet/history/brief/.shtml
- www.joelgomez.com
- www.klegal.com

- www.maestrosdelweb.com
- www.mural.com
- www.rae.es
- www.onnet.es/03007001.htm
- www.tribunalconstitucional.es
- www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm
- www.vlex.com

Se prohíbe la reproducción no autorizada parcial o total de este documento, por cualquier medio, sin la autorización previa y por escrito de su autor. Fomente la creatividad. La obra que usted tiene en sus manos posee un gran valor. En ella, el autor ha vertido conocimientos, experiencia, investigación, mucho trabajo, y ha procurado una presentación digna de su contenido.