

Fecha de recepción: 28 de noviembre de 2014
Fecha de revisión: 5 de diciembre de 2014
Fecha de aceptación: 9 de diciembre de 2014

El poder de dirección del empleador vs. el acceso de los medios tecnológicos e informáticos dentro de la empresa*

Citar este artículo

Fované, J. (2015). El poder de dirección del empleador vs. el acceso de los medios tecnológicos e informáticos dentro de la empresa. *Revista Vía Iuris*, (18), pp. 47-71.

*Jaime F. Fované Burgos ***

RESUMEN

El derrotero del presente artículo de reflexión es determinar cómo el poder de dirección con el que cuenta un empleador para dirigir la empresa no debe ser ejercido de forma absoluta y desproporcionada. Ya que en materia de carácter tecnológico, cualquier control desmedido que se efectúe por parte del dueño de la empresa, podrá afectar tanto los derechos laborales, como los derechos constitucionales inespecíficos de los trabajadores, estando estos últimos, incluso, por encima de lo pactado o establecido dentro del propio contrato de trabajo.

Así las cosas, se procederá a determinar dentro del presente estudio que cualquier afectación del derecho al acceso a la información dentro de la empresa pueden afectar los derechos a la intimidad y a la dignidad del trabajador, además de lesionarse colateralmente otros derechos tales como la igualdad de trabajo y la no discriminación. Las limitaciones mencionadas incluyen: el control de la información personal e íntima de los trabajadores; la inspección del correo de la empresa, así sea el correo asignado al trabajador, entre otras restricciones.

* Artículo resultado de investigación del proyecto: *El poder de dirección del empleador vs. el acceso de los medios tecnológicos e informáticos dentro de la empresa*. Investigación realizada en la Universidad Santa María La Antigua (USMA), Panamá (República de Panamá).

** Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá (Panamá). Maestría en Derecho Público, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona (España). Especialista en Docencia Superior, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona (España). Doctor en Derecho, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona (España). Investigador, Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Santa María La Antigua (USMA), Panamá (República de Panamá). Correo electrónico: jjovane@usma.ac.pa

Palabras clave

Trabajador, derechos fundamentales, derechos constitucionales inespecíficos, poder de dirección, acceso a medios tecnológicos en la empresa, acceso a medios informáticos en la empresa.

Management power of the employer vs. access to technology and computer resources within the company

Faime F. Jované Burgos

ABSTRACT

Their journey in the present investigation seeks to determine the power steering which the employer has to run the business, should not be exercised absolute and disproportionate, since in terms of technological any disproportionate control is effected by the owner of the company, may affect both labor rights as nonspecific constitutional rights of workers, the latter being even higher than agreed or established within their own contract.

So, shall be determined in the present study that any violation of the right of access to information within the company; control of the personal and intimate information workers, as well as inspection of corporate mail (even mail the company assigned to the employee) may affect the rights to privacy and dignity of the worker, and collateral damage other rights such as equality and non-discrimination work.

Keywords

Worker, fundamental rights, nonspecific constitutional rights, power steering, access to technological resources in the enterprise, access to information technology in the enterprise.

O poder de direção do empregador vs o acesso dos recursos tecnológicos e informáticos dentro da empresa

Jaime F. Fovane Burgos

RESUMO

O roteiro deste artigo de reflexão procura determinar que o poder de direção que tem o empregador para dirigir a empresa, não tem de ser exercido de maneira absoluta e desproporcionada, dado que em matéria de caráter, uma vez que em termos tecnológicos qualquer controle desproporcionado que faça o dono da empresa poderá atingir os direitos trabalhistas como os direitos constitucionais inespecíficos dos trabalhadores estando os últimos inclusive acima do acordado ou estabelecido dentro do próprio contrato de trabalho.

Assim que as coisas, se prosseguirá a determinar dentro deste estudo que qualquer atingimento ao direito ao acesso à informação dentro da empresa, o controle da informação pessoal e íntima dos trabalhadores, bem como a inspeção do correio da empresa (embora seja o correio da empresa escolhido ao trabalhador), pode atingir os direitos à intimidade e à dignidade do trabalhador, além de atingir (ou ferir) outros direitos tais como a igualdade de trabalho e a não discriminação.

Palavras-chave

Direitos fundamentais, direitos constitucionais inespecíficos, poder de direção, acesso a recursos tecnológicos na empresa, acesso recursos informáticos na empresa.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto efectuar un estudio analítico con respecto a la libertad de empresa y el poder de dirección que posee el empleador al momento de llevar a cabo la administración y orientación de la empresa o compañía, y las potestades que la libertad de mercado le ofrece para poder tomar las decisiones a lo interno de la misma. De igual manera, procederemos a analizar la manera como este poder de dirección de la empresa puede llegar a afectar o restringir los derechos de los trabajadores, cuando este es ejercido de forma tal, que pueden afectar derechos de los trabajadores, no solo desde la dimensión del derecho del trabajo; sino también, desde la perspectiva de la afectación de los derechos fundamentales que tiene todo ciudadano dentro de un Estado de derecho. Por tal motivo, estudiaremos las limitaciones que existen en cuanto al poder de dirección del empleador como consecuencia de la afectación de los derechos de acceso de información y empleo de medios tecnológicos, por parte del trabajador dentro de la empresa.

Lo anteriormente indicado nos obligará a analizar la injerencia que tienen los denominados *derechos constitucionales inespecíficos* aplicados a la relación laboral, y cómo estos protegen o tutelan los derechos consagrados en la Constitución en favor de los trabajadores, independientemente de lo establecido dentro del contrato de trabajo, siendo esta una de las tendencias actuales-tuitivas del moderno derecho público y laboral. También nos enfocaremos en el análisis de la limitación al acceso de aquella *información sensitiva* que se pueda catalogar como clasificada dentro de la empresa; y la cual no puede ser extraída por parte de los trabajadores por el grado de importancia que la misma adquiere. Este examen se llevará a cabo a partir de una visión del estudio de la *seguridad corporativa*, en donde se planteará la necesidad de considerar determinados departamentos como sensitivos debido al manejo de los datos o información con los que trabajan, y que pueden considerarse como clasificada para el desarrollo operativo y funcional de la compañía.

Finalmente, se procederá al estudio comparativo de aquellas sentencias proferidas por los Tribunales Constitucionales de Perú y de España, en donde se aborda la afectación de derechos fundamentales del trabajador, como consecuencia del poder de vigilancia y control de la empresa, en contra del trabajador a causa de la inspección sin consentimiento de los correos

de la empresa asignados al trabajador, e intervención empresarial de las comunicaciones informáticas en contra del colaborador de la empresa, donde sin su consentimiento se pueden ver afectados derechos relativos a la intimidad, la dignidad de la persona, etc.

METODOLOGÍA

Los materiales, así como las fuentes de información que se utilizarán en la construcción y elaboración del presente artículo de reflexión, son de carácter documental. De igual manera, se procederán a incorporar algunos fallos o sentencias proferidas por los tribunales de justicia, en relación con la temática bajo objeto de estudio.

El método de reflexión o análisis implicará un estudio de carácter teórico, en donde se analizarán las diversas posturas o posiciones que mantienen diversos doctrinarios jurídicos, con relación al poder de dirección que tiene el empleador dentro de la empresa, y la limitación de este poder como consecuencia de la afectación a la intimidad personal del trabajador producto de las restricciones al acceso de la información dentro de la empresa, y la posible lesión constitucional a los derechos fundamentales que tiene el trabajador pero enfocados estos desde la perspectiva de ciudadano. Este estudio de igual manera, conllevará una reflexión de aquellas sentencias que se relacionan con el poder de dirección con que cuenta el empleador en contraposición a la restricción que se le aplica al trabajador durante el momento que está brindando sus servicios a la empresa, y en donde se le está prohibido acceder, bien sea a determinados instrumentos tecnológicos, o determinada información que incluso puede llegar a ser personal. Así mismo, con la finalidad de profundizar en el presente estudio, se procederá llevar a cabo un análisis de carácter hermenéutico descriptivo, explicativo e interpretativo, a través del cual se empleará la metodología analítica y dialéctica-reflexiva.

El presente artículo de análisis, a diferencia de cualquier proyecto de investigación, busca plasmar y analizar la problemática que existe entre el poder de dirección del empleador, respecto del uso de los medios tecnológicos por parte de los trabajadores dentro de la empresa.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En el presente artículo de reflexión se planteará como discusión fundamental, hasta donde es permitido que la libertad de empresa y el poder de dirección del

empleador puedan restringir los derechos que tienen los trabajadores, en especial, aquellos amparados o desarrollados por la Constitución, como parte de sus derechos fundamentales. También, efectuaremos una valoración de los derechos constitucionales inespecíficos, así como también sobre el manejo y acceso de la información por parte de los trabajadores. En este sentido, se analizarán todas y cada una de las figuras relacionadas entre el poder de dirección de la empresa y la utilización de medios tecnológicos por parte del trabajador dentro de ella, para deducir que el empleador deberá aplicar el *principio de proporcionalidad* al momento que ordene la restricción en cuanto al uso de instrumentos tecnológicos dentro de su empresa. Finalmente, se determinará como el poder de dirección, por ningún motivo, puede afectar derechos fundamentales tales como: la dignidad de la persona trabajadora, la igualdad de trato laboral y no discriminación, el control de la prestación del servicio.

La libertad de empresa y el poder de dirección del empleador

Dentro del presente apartado, estudiaremos aquellos preceptos fundamentales de los cuales se vale toda empresa o compañía para poder llevar a cabo las operaciones diarias o habituales que por su naturaleza está obligada a ejecutar. En la práctica podremos observar en cuanto a los temas de la libertad de empresa y el poder de dirección, que se tratan de preceptos en los cuales muy poco protagonismo o control tiene el Estado en este ámbito. Por ese motivo, se hace necesario efectuar un estudio pormenorizado de los mismos, y también determinar que sucede cuando los mismos son ejercidos de forma desproporcionada, afectando otros derechos del trabajador, ya sea en virtud de su calidad de persona humana o como colaborador de una empresa.

La libertad de empresa

El interés por acumular riquezas y dinero ha imperado como parte del deseo innegable del ser humano de poseer cada vez más dinero y lucro económico. Así las cosas, tanto desde la primera como la segunda guerra mundial, el interés por el desarrollo del concepto y el entorno de la Empresa va ganando cada vez más terreno, hasta el punto de que a nivel de rango constitucional se reconoce y garantiza la libertad de empresa, de forma tal que se orienta y limita la acción económica del Estado para darle cabida al desarrollo del concepto de propiedad privada y con-

secuentemente su posterior desarrollo hacia el criterio de la Empresa, como instrumento de producción. Con relación al reconocimiento de la libertad de empresa en el ámbito constitucional, debemos tener presente que:

[...] este enriquecimiento del contenido económico de las Constituciones, con elementos y temas diferentes de la tradicional garantía liberal de la propiedad privada, está vinculado, por tanto, al desarrollo del intervencionismo estatal y de una "economía mixta", en la que coexisten, según pautas y equilibrios variables, un importante sector privado y otro público (Satrústegui, 2002, pp. 435-436).

A los Estados modernos se les demanda o exige una mayor protección hacia la empresa privada, por lo que los poderes públicos hoy en día están comprometidos a garantizar el correcto y libre funcionamiento del mercado, que es lo que permite que las corporaciones o sociedades se puedan desarrollar económicamente. De esta forma, los ordenamientos jurídicos deberán de contar con disposiciones o legislaciones que permitan a las empresas autorregularse ellas mismas, sin intervención del Estado por lo menos en cuanto a sus actividades comerciales o mercantiles, claro está, que previo a ello deben de cumplir con requerimientos mínimos exigidos por las leyes.

Frente al no intervencionismo directo del Estado en la toma de decisiones de la empresa en cuanto a la dirección de cómo se deberá llevar a cabo su funcionamiento y administración, es que ha venido a tomar cada vez más importancia el precepto del poder de dirección del empleador en cuanto a la forma como se reestructuran y funcionan las asociaciones o compañías mercantiles. Prácticamente, se podría decir que tanto el derecho público como el derecho social (derecho laboral), tenían una limitada influencia e injerencia con motivo de la libertad de empresa. En lo atinente a la libertad de empresa, Monereo Pérez quien es citado por Blancas Bustamante, nos indica que:

De hecho, la organización capitalista del trabajo deriva no solo de razones productivas, sino también políticas, de sometimiento del personal a la dirección de la empresa: la organización "política" de la empresa es totalitaria, mientras que el proceso político "exterior" es constitucionalmente democrático. En la empresa capitalista existe una

dominación del hombre en el proceso de trabajo. El contrato de trabajo y la titularidad de los medios de producción, junto a la garantía del principio de libertad de empresa, permitirán al empresario organizar y dirigir el proceso de producción y asimismo ejercer un poder jerárquico sobre el personal inserto en la organización productiva. (Monereo, citado por Blancas, 2009, p.102)

En estricto derecho el concepto de libertad de empresa debería circunscribirse únicamente a la libertad de desarrollar actividades económicas que se desenvuelvan dentro de los parámetros de la legalidad, así como también implica la posibilidad de constituir empresas para el libre acceso al mercado de bienes y servicios. La libertad de empresa implica que es posible escoger el nombre o identidad de la compañía, su libre constitución y organización interna, la toma de decisiones y la posibilidad de competir en un mercado libre. Ahora bien, en la práctica la tendencia del Estado es a no inmiscuirse en asuntos comerciales que lleven a cabo las empresas, para que estas puedan autorregularse. Claro está, que en el supuesto en que no exista un límite al poder de dirección del empleador, porque el mismo se ejerce de forma desproporcionada, afectando otros derechos constitucionales, entonces, el Estado quedará habilitado para establecer las respectivas correcciones o límites. Recordemos que ningún derecho regulado a nivel constitucional puede ser ejercido de manera desproporcionada, ya que afectaría a otros derechos constitucionales también involucrados.

El poder de dirección del empleador

Ligado estrechamente a la libertad de empresa encontramos también el poder de dirección del empleador, a partir del cual se faculta al empresario en virtud del ejercicio de su libre actividad económica poder emitir las indicaciones u órdenes de cómo se llevará a cabo la realización de las labores y las funciones de la empresa. Se tratan de aquellas decisiones o directrices que adopta el empresario o empleador en cuanto al manejo de la empresa, de allí que el mismo asume las responsabilidades como jefe de empresa. Por su parte Durand y Jaussaud nos comentan en relación con los poderes del empresario que:

El empresario que en nuestra organización económica es encargado de asegurar la producción y los cambios, que corre el riesgo de su explotación y debe asegurar el bienestar de los miembros de

la empresa, debe disponer de los poderes necesarios para alcanzar estos fines. (citado por Guerrero, 2005, p.199).

Se tratan entonces de facultades que el propio ordenamiento deja en libertad del empleador para organizar su propia empresa y establecer obligaciones a sus colaboradores que en algunos casos no están específicamente reguladas dentro de la ley, pero que no pueden afectar principios o derechos fundamentales regulados dentro de la Constitución y la ley; al igual que tampoco puede afectar el deber de buena fe del que gozamos todos los ciudadanos que habitamos dentro de un Estado. Para aclarar un tanto más en que consiste el poder de dirección, parece pertinente citar la siguiente idea:

El contrato de trabajo está inmerso en un ámbito donde una de las partes, el empresario, tiene la facultad de organizar el sistema de producción de bienes y servicios que libremente ha decidido instalar; esta capacidad organizativa se concreta en la ordenación de las singulares prestaciones laborales. La potestad para organizar y ordenar el trabajo, inicialmente y durante toda la ejecución del contrato, recibe el nombre de poder de dirección (dirección y control de la actividad laboral) (Palomeque, et al., 2008, p. 530).

Igualmente la doctrina ha corroborado la necesidad de que el poder de dirección del empleador se ajuste a derecho. Así las cosas se establece que:

[...] exige del trabajador el cumplimiento de las órdenes e instrucciones que el empresario le imparta en el ejercicio regular de sus facultades directivas. Esa exigencia de regularidad ya nos hace ver el límite que el poder de dirección tiene: que su ejercicio sea conforme a Derecho. Ello excluye la arbitrariedad, esto es, la exclusión de cualquier fundamentación objetiva, aunque no la discrecionalidad, la vulneración de derechos fundamentales del trabajador y la actuación torticera por parte del empresario, en violación flagrante de su deber de buena fe. (Molero, et al., 2003, p. 257).

El poder de dirección del empleador se materializa propiamente en la práctica a partir del momento que el patrono imparte órdenes e instrucciones para cumplir determinados fines a favor de la empresa, de forma tal que esto ocurre cuando el trabajador queda subordinado jurídicamente al patrono debido a que

brinda su fuerza o conocimientos laborales, en virtud de los principios de subordinación y dependencia económica. La esencia del poder de dirección se justifica basándose en que:

Sin el poder contractual de dirección del trabajo, el empresario no estaría dotado de las facultades precisas para realizar la contraprestación sobre la que tiene un derecho de crédito; necesita poder organizar y concretar, mediante instrucciones y órdenes, el propio trabajo. El poder de dirección se ejerce en el interior del contrato, durante su ejecución y en interrelación permanente con el interés contrapuesto del trabajador y dentro de los límites que autónoma o heterónomamente se le fijen (Palomeque & Álvarez, 2008, p. 530).

Importa destacar que el poder de dirección debe ser visto también desde la perspectiva de un deber, y no únicamente como una obligación, toda vez que este deber es exigible sobre la base que los diversos miembros de la plantilla deberán recibir una ocupación efectiva y adecuada, y a la vez, tendrán la necesidad de contar con adecuadas condiciones de empleo (Al respecto puede confrontarse el libro del profesor Guerrero Figueroa, Guillermo titulado Manual de Derecho del Trabajo: Parte General – Derecho laboral individual y colectivo).

Facultades que encierra el poder de dirección

Para llevar a cabo el correcto desarrollo del poder de dirección, este último se vale de una serie de facultades o poderes de policía como también se les denomina y que vendrían a ser las siguientes potestades: las normativas, sancionadoras o disciplinarias, de organización y de control-vigilancia. Así las cosas, procederemos a efectuar un breve análisis en torno a estas últimas.

La *facultad de organización* se lleva a cabo en virtud de la emisión de órdenes e instrucciones generales o particulares por parte del empresario o de los altos cargos. A partir de la organización que se estructure, es posible que una empresa llegue a cumplir con un determinado fin u objetivo que se haya trazado como parte de su política empresarial. En lo que respecta a la facultad de organización podemos agregar que:

Las instrucciones parecen referirse a la organización genérica del trabajo, al ejercicio de las funciones directivas para conformar el tipo de

organización (número de trabajadores y ordenación de los mismos por categorías y funciones); a la propia estructura técnica de la empresa o al régimen de prestación del trabajo (desde la imagen exterior de la empresa hasta las normas sobre calidad y presentación de los bienes y servicios) (Palomeque , et al., 2008, p.530).

En tanto que la *facultad de control* conlleva la utilización de aquellos medios o instrumentos necesarios para verificar y determinar que el trabajador ha cumplido o llevado a cabo las obligaciones o tareas que se le ha asignado dentro de su labor.

Limitaciones en cuanto al poder de dirección del empleador

Interesa destacar, en cuanto a este aspecto en particular, que tanto la libertad de empresa, al igual que el poder de dirección (que se encuentra inmerso dentro del principio de la libertad de empresa), no tienen un ejercicio absoluto e ilimitado, ya que los mismos tienen restricciones que no solo se circunscriben o limitan únicamente al ámbito laboral, sino que van más allá en beneficio de los derechos fundamentales de los trabajadores. Sobre el respeto de los derechos laborales fundamentales de los trabajadores como límites a la libertad de empresa y el poder de dirección se ha establecido que:

Al ingresar al centro de trabajo, el trabajador está sujeto a una serie de pautas impuestas por la libertad de organización de tendencia, pero ello no supone que se encuentre subordinado plenamente a este, las libertades generales que gozaba antes de suscribir el contrato de trabajo se mantienen y se debería ejercer salvo las modulaciones que, en determinado supuesto, se tenga que verificar. Naturalmente, del lado del empleador, entonces, este debe respetar los derechos fundamentales de los trabajadores sin que ello suponga la necesidad de que tenga que alinear su estructura de negocios para adecuarla a los derechos fundamentales del personal (Toyama, 2009, p.146).

Por lo tanto, existen una serie de restricciones o limitaciones en cuanto al uso desproporcionado del poder de dirección que ejerce o lleva a cabo el empleador. En virtud de ello, es necesario efectuar un estudio en relación con cada uno de estos controles entre los que podemos destacar los siguientes: la dignidad de la persona, la igualdad de trato y no discriminación, el



control de la prestación del servicio (la vigilancia y los registros), el contrato de trabajo como límite del poder de dirección.

La dignidad de la persona

Una de las limitaciones a las que se ve enfrentado el poder de dirección del empleador es precisamente cuando se ve afectada la dignidad del trabajador como persona humana. Estrechamente ligada a la dignidad se encuentra también la intimidad del trabajador, por lo cual, en la medida en que el colaborador de una empresa vea su decoro, integridad y pudor restringido o afectado, entonces hasta allí llega el límite al ejercicio del poder de dirección. En este sentido, los maestros Palomeque y Álvarez nos comentan que:

El ejercicio de los derechos del empresario, su posición dominante, se ve limitada por el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. En el contrato de trabajo se implica personalmente el trabajador en el desempeño de la prestación y, de ahí, que se concrete como límites al poder de dirección: el debido respeto a derechos constitucionales como la intimidad [...], la libertad religiosa o la ideológica [...]; el derecho a la igualdad de trato y a no ser discriminado [...]. (2008, p. 531).

Recordemos que si los propios derechos constitucionales tienen límites, debido a que los mismos no son absolutos, con este fin se ha establecido la teoría de la colisión de los derechos fundamentales, igualmente el poder de *dirección* que forma parte del derecho de libertad de empresa (consagrado este último a rango constitucional), que tampoco puede ser ejercido de manera absoluta o desproporcionada. Debemos destacar que la dignidad no puede, por ningún motivo, ser desconocida, lesionada o vulnerada dentro de la relación laboral, ya que los trabajadores antes de ser considerados como tales, son en primera instancia personas, por lo que no se les puede excluir de un derecho natural e innato. De hecho, ninguna prestación de servicio laboral entre el trabajador y la empresa, puede limitar los derechos constitucionales, así como tampoco desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

La igualdad de trato y no discriminación

Otro de los límites con los que se topa la facultad relativa al poder de dirección del empleador es precisa-

mente cuando se provoca una desigualdad, producto de una decisión arbitraria generada por parte de este. En estos casos se entiende que existe una prohibición a la desigualdad. Del principio de igualdad en materia laboral debemos señalar que:

El principio de igualdad en la relación laboral implica, siguiendo la consabida expresión, tratar igual a los iguales que se encuentran en iguales circunstancias. Ello representa un límite a la actuación del empleador de tal manera que su actuación no puede ser arbitraria o basada en la libertad de empresa o el reconocimiento del derecho de propiedad a nivel constitucional. (Toyama, 2009, p. 186).

Nos interesa en este sentido indicar que la discriminación en materia de trato en cuanto a los empleos o puestos de trabajo por parte del empresario está totalmente prohibida, ya que en vez de propiciar un clima o medioambiente sano y adecuado en el ámbito laboral dentro de la empresa, lo que puede ser sucitar es que además de afectar el decoro de uno o varios trabajadores, se puedan crear tensiones a lo interno de la empresa. Sobre la discriminación hacia el o los trabajadores por parte del empresario con motivo de los poderes de dirección se ha señalado que:

[...] La discriminación, como fundamento de la decisión empresarial, está prohibida. No puede darse trato peor a una persona o grupo que a otra u otros con fundamento arbitrario y, sobre todo, la desigualdad discriminatoria no puede fundarse ni en la raza, la edad, el sexo (o la orientación sexual), la condición social o la lengua [...] ni apoyarse en una previa opción del trabajador sobre estado civil, ideología, religiosa o política o posición sindical, ni en una actuación como reclamante frente a la empresa [...]. (Toyama, 2009, p. 186).

En esencia, con la prohibición de discriminación se busca impedir cualquier tipo de acción que restrinja las prácticas sociales que son contrarias a la dignidad humana, y que por consiguiente puedan afectar al trabajador. En este orden de ideas, debemos señalar que el empleador deberá tratar igual a los iguales que se encuentran en iguales circunstancias y desigual a los desiguales.

En este mismo orden de ideas, el Tribunal Constitucional de Perú ha señalado en el Exp. N^o. 2510-

2002-AA/TC, del 31 de marzo de 2004 en torno a la igualdad lo siguiente:

[...] la igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes, y b) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato.

El control de la prestación del servicio (la vigilancia y los registros)

Con miras a garantizar el cumplimiento de las metas establecidas por la organización o la compañía, el empleador podrá llevar a cabo las facultades de vigilancia e inspección de los registros que lleven a cabo los trabajadores, pero únicamente dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo, pero estas actuaciones tienen previamente como limitación el *respeto por la dignidad e intimidad del trabajador*.

Ahora bien, qué ocurre en el supuesto en el que se requiera efectuar un control sobre los medios tecnológicos e informáticos con los que cuenta la empresa y que son puestos a disposición del trabajador, para la prestación de los servicios eficientes de la empresa. Ante la duda previamente generada, debemos entender que el empleador en virtud del poder de dirección podrá llevar a cabo labores de vigilancia de los instrumentos tecnológicos que pertenecen a la empresa, pero deberá hacerla de forma proporcional, sin afectar la intimidad del trabajador.

Ligado al planteamiento previamente descrito, consideramos pertinente indicar que:

En un proceso productivo cada día más dependiente de las herramientas que suministra la informática, el control por el empresario de los ordenadores y demás tecnologías puesta a disposición de los trabajadores se convierte en necesario y esencial para la marca eficaz de la empresa. [...]

el empresario ordenará los límites del uso de sus aparatos informáticos en el ejercicio del funcionamiento normal del poder de dirección. El uso podrá ser restringido con criterios de proporcionalidad, con conocimiento de los trabajadores y siempre preservando el ámbito de intimidad con el que pudiera encontrarse en el camino del control (Palomeque & Álvarez, 2008, p. 532).

El contrato de trabajo como límite

El documento o pacto de la prestación de la fuerza de trabajo o mejor conocido como contrato de trabajo suscrito entre el empleador y el trabajador (capital-trabajo), será el instrumento que definirá los márgenes de actuación del propietario o los directivos de la empresa. En este sentido, el empresario no puede controlar la vida personal de trabajador más allá de la mera relación laboral. De tal manera, que el dueño de los medios de producción (empresario), no puede inmiscuirse dentro de la esfera o el ámbito de la intimidad privada del trabajador; por lo que el poder de dirección se encuentra condicionado o limitado. Debemos destacar en cuanto a los límites de la libertad de empresa y poder de dirección que:

Una de las razones del proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral es la coincidencia “entre derechos fundamentales y contrato de trabajo por su carácter inmediatamente antropocéntrico” a tal punto que el contrato de trabajo está, probablemente, como ningún otro, “constitucionalmente condicionado”. (Del Rey, 1995, pp. 201-202).

El contrato de trabajo va a detallar o establecer la manera como se va a ejecutar la prestación del servicio o del trabajo por parte del colaborador de la empresa. Finalmente, en cuanto a los límites del poder de dirección debemos señalar que:

Las normas legales, de derecho necesario absoluto o relativo, conforman un límite de radical importancia al poder de dirección del empresario que debe garantizar y respetar los derechos reconocidos a los trabajadores por las leyes. En todo caso, el poder de dirección ha de ejercitarse siempre conforme a la buena fe (Palomeque & Álvarez, 2008, p. 533).

Como podemos apreciar, el poder de dirección no puede ejecutarse de tal forma que la otra parte que



se encuentra en el otro extremo de la relación no fue considerado persona, ésto antes de catalogársele como trabajador. De hecho, la doctrina nos comenta sobre el principio de la buena fe también como límite al poder de dirección, en virtud de que la buena fe entre dos o más sujetos genera un ambiente o clima de confianza.

Los derechos constitucionales inespecíficos con motivo de su aplicabilidad en la empresa

Tal como hemos podido percibir con anterioridad, el empresario goza de una serie de poderes de dirección con la finalidad de poder lograr los objetivos y resultados planificados en la empresa. Ahora bien, frente a estos poderes discrecionales de dirección del empleador existen límites a su ejercicio, como consecuencia del reconocimiento y existencia de los derechos constitucionales inespecíficos. La aplicación de los mismos dentro de la relación jurídica entre el trabajador y el empleador se debe a que los derechos fundamentales regulados dentro del título del derecho del trabajo (los nuevos derechos sociales¹) no abarcan la protección de determinados derechos que son propios del derecho constitucional. En otras palabras, los derechos laborales se insertan dentro de la relación laboral como consecuencia del contenido del contrato laboral; pero estos derechos no corren la misma suerte que tienen los derechos fundamentales, debido a que estos últimos aunque no hayan sido incluidos dentro del contrato ejercen un ámbito de aplicación automático dentro de la empresa. A estos derechos del trabajador se les considera inespecíficos².

Con relación a la naturaleza de los derechos constitucionales inespecíficos podemos indicar sobre ellos que:

- 1 Entre los derechos sociales elevados a rango constitucional o constitucionalizados como parte del derecho al trabajo podemos mencionar los siguientes:
 - a) Establecimiento de la jornada máxima diurna y nocturna.
 - b) Protección a la mujer en estado de gravidez o maternidad.
 - c) Prohibición del trabajo a menores de 14 años de edad.
 - d) Derecho de huelga.
 - e) Derecho de reunión o asociación (derecho sindical).
 - f) Establecimiento del salario mínimo.
- 2 Se trata de derechos que tiene el trabajador como ciudadano y persona, pero que por mucho tiempo no han sido reconocidos dentro de la empresa, y por considerarse que tienen un contenido extralaboral, no se aplican al ámbito laboral. Ahora bien, es importante destacar que esta tendencia está cambiando o variando, porque con los derechos laborales inespecíficos, al trabajador no se le puede dejar de reconocer, derechos constitucionales que se permean también dentro de la empresa.

[...] Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos (Palomeque, et al., 2008, p. 113).

En este mismo orden de ideas, consideramos trascendental efectuar una transcripción de un extracto de la sentencia del 12 de junio de 1996, del Tribunal Constitucional español en relación con los derechos constitucionales inespecíficos: “[...] la celebración de un contrato de trabajo no implica de ningún modo la privación para el trabajador de los derechos que la constitución le reconoce como ciudadano.”

De esta forma, los derechos que reconoce la Constitución a los ciudadanos, en materia de derechos fundamentales, no quedan restringidos o relegados una vez el trabajador traspase la puerta de entrada de la empresa o de la compañía; sino que por el contrario estos derechos y libertades siguen en todo momento a la persona a donde se traslade, ya sea dentro de la compañía como trabajador o fuera de ella. Al respecto podemos indicar que:

Se trata, por ello, de derechos que, no obstante de ser atribuidos a las personas con carácter general, [...] son ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos (Blancas, 2009, p. 90).

De igual forma, podemos agregar que se trata de un vínculo o relación entre la misma persona a quien se le considera ciudadano-trabajador, quien sigue manteniendo sus mismos derechos. Interesa destacar sobre este aspecto en particular que:

De esta forma, el centro de trabajo, como organización dentro de la sociedad, no puede constituirse como un “mundo jurídico en sí mismo, completo en su género y en sus fines” y, por ello, el empleador no podría limitar el ejercicio de las libertades y derechos generales que tienen los tra-

bajadores en su condición de ciudadanos (Tomaya, 2009, p. 145).

Por esa razón, podemos indicar que un trabajador antes de transformarse en un colaborador al servicio de una empresa, es un ciudadano, al cual ampara el Estado con el reconocimiento de derechos y deberes. En este sentido, compartimos el mismo planteamiento de Jorge Tomaya, quien nos comenta que:

Diariamente, los derechos fundamentales de los trabajadores son ejercidos no solamente fuera del centro de trabajo, también los son en el seno de la relación laboral. Los derechos fundamentales, entonces, no carecen, como señalan algunos, de un “matiz laboral”; más bien, los potenciales supuestos de afectación se han incrementado con la introducción de las tecnologías y sistemas informáticos que se aprecian en las relaciones laborales (2009, p. 145).

Al admitir que el trabajador goza de derechos fundamentales inespecíficos dentro de la relación laboral, existirá un proceso de igualación o equiparación entre el poder del empleador, sustentado en su fuerza económica y social, y el del trabajador, basado en derechos fundamentales, laborales e inespecíficos, lo que permite establecer el principio de ciudadanía del trabajador en la empresa (Blancas, 2009, p. 90-91). Cabe destacar que por su parte el Tribunal Constitucional Peruano en el expediente 976-2001-AA/TC llegó a señalar en cuanto al vínculo que existe entre los derechos fundamentales y las relaciones laborales lo siguiente:

Los derechos fundamentales tienen eficacia directa en las relaciones *inter privatos* cuando esos derechos subjetivos vinculan y, por tanto, deben ser respetados, en cualquiera de las relaciones que entre dos particulares se pueda presentar, por lo que ante la posibilidad de que estos resulten vulnerados.

Los derechos fundamentales, al estar consagrados dentro de la Constitución y formar parte del orden público constitucional, tienen un ámbito de aplicabilidad en todos los sectores o esferas del ordenamiento jurídico del cual no se puede abstraer el derecho laboral. Sobre la teoría de la indebida injerencia del poder del empleador en la afectación de los derechos fundamentales del trabajador, debemos señalar que:

[...] la lógica que sirve de fundamento para la noción tradicional sobre la eficacia de los derechos fundamentales ante el Estado —es decir, la dialéctica libertad-autoridad— es también aplicable al campo de las relaciones privadas y singularmente al de las relaciones laborales en las que, no obstante de reconocerse eficacia a los derechos fundamentales laborales, el poder del empleador continúa siendo una realidad susceptible de afectar los espacios de libertad que los derechos fundamentales no específicamente labores acuerdan para el trabajador, como persona y ciudadano (Blancas, 2009, p. 88).

Dentro de los derechos constitucionales inespecíficos, que no aparecerán reflejados dentro del contrato de trabajo, pero sin embargo, están establecidos dentro de la constitución política, podemos encontrar los siguientes: derecho a la igualdad (no discriminación); libertad, inviolabilidad de documentos privados y comunicaciones; libertad de religión y de culto; libertad de expresión; libertad de reunión y asociación; derecho de acceso a información personal; respeto por la propiedad privada, etc.

Si bien es cierto, la Constitución Política de la República de Panamá en la sección relativa a los deberes y derechos individuales y sociales no regula los derechos inherentes a la persona; en la práctica no podemos desconocer aquellos derechos inherentes a la condición de ser humano tales como: el derecho a la integridad física, moral, y a la propia imagen, y que son también aplicables a la relación laboral.

La importancia de hacer mención de los derechos inherentes a la condición de persona o ser humano se debe a que estos derechos tienden a ser los mayormente afectados durante el desarrollo de las relaciones laborales, de allí que sea necesario su mención y estudio, además también de recomendar su futura inclusión en posteriores reformas que se efectúen a la Constitución panameña.

Ligada a esta temática debemos indicar que dentro de la relación laboral no es posible el desconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador, no pueden alegar quienes brindan la fuerza laboral (los trabajadores) que con motivo de la aplicación de estos preceptos constitucionales, los trabajadores pueden eludir sus obligaciones laborales dentro del trabajo,

ya que se desvirtuaría la naturaleza y el empleo de los derechos fundamentales dentro de la relación laboral.

Los equilibrios y limitaciones en el ámbito laboral

Si bien es cierto, las cartas magnas reconocen derechos de carácter sociales (derechos de segunda generación-derechos económicos, sociales y culturales) a favor de los trabajadores, en la práctica nos encontramos con el problema que estos derechos no bastan para limitar afectaciones que se pudieran dar por parte del empresario a la esfera íntima del trabajador. Ante este escenario gris, en el que el trabajador pueda ver afectado su derecho a la intimidad y a su honor por las directrices establecidas por el empleador, y ante el poder de dirección con que cuenta el patrono, se hace complicado encontrar una solución al respecto. Por tal motivo, se establece la necesidad de crear equilibrios y limitaciones recíprocas, para ambos sujetos en la relación laboral.

Algunos tratadistas y estudiosos del derecho laboral sostienen que con la finalidad de evitar afectaciones en el marco correcto del desenvolvimiento de empresa, los trabajadores cuentan con derechos fundamentales laborales que están reconocidos a todas las personas por el mero hecho de ser ciudadanos pertenecientes a un Estado. Relacionado con este aspecto puntual, consideramos prudente citar la sentencia del 19 de julio de 1985 del Tribunal Constitucional español, la cual dispuso que:

[...] la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano [...], pues ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni libertad de empresa [...] legitima el que quienes prestan servicios en aquella por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de "feudalismo industrial" repugnan al Estado social y democrático de derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1. C.E.).

La doctrina jurídica propone emplear el principio de proporcionalidad, con solución a la posible colisión de facultades o derechos que existen para ambas partes. Así las cosas, cualquier decisión por parte del empleador en virtud de la facultad del poder de dirección que este posee, deberá ejercerse teniendo siempre como norte el *juicio de proporcionalidad*. Para determinar entonces, si las decisiones adoptadas por el empleador con motivo del poder de dirección no restringen los derechos constitucionales de los trabajadores como ciudadanos, deberá primero que nada determinarse si se cumplen las siguientes reglas:

1. *El cumplimiento del juicio de idoneidad*: se trata de un requisito a partir del cual se deberá determinar si la medida a ser adoptada por el empresario, en realidad cumplirá el objetivo propuesto.
2. *El cumplimiento del juicio de necesidad*: se deberá determinar si la medida a adoptar es necesaria, y no existe otra medida más moderada para la consecución del propósito a obtenerse con igual eficacia.
3. *El juicio de proporcionalidad en sentido estricto*: implica que la orden dictada por el empresario implicaría beneficios o ventajas para el interés general, que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Nos interesa destacar que en la sentencia del Tribunal Constitucional Peruano STC del 29 de marzo de 2006 (expediente 0004-2006-PI/TC), que el máximo intérprete del derecho constitucional ha dispuesto lo siguiente: "[...] para que una intromisión en un derecho fundamental sea legítima, el grado de realización de la finalidad legítima de la intromisión debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho fundamental". En igual orden de ideas, Blancas comparte el mismo criterio que Alexy, al establecer que:

[...] Se impone, para ello, una comparación entre el beneficio logrado para el bien constitucional que justifica la intervención y el sacrificio del derecho fundamental, en función de la denominada ley de ponderación, conforme a la cual "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro" (2009, p. 131).

Así las cosas, el poder del empresario deberá de ceder, en la medida en que luego de aplicado el test de proporcionalidad, se determine que la decisión a adoptar no es la más adecuada, ya que afectaría a los derechos inespecíficos del trabajador. Por lo antes descrito, vemos que el principio de proporcionalidad tendrá aplicabilidad directa, en la medida en que exista una colisión de derechos fundamentales, como por ejemplo: entre el poder de dirección o libertad de empresa y los derechos constitucionales inespecíficos de los trabajadores, regulados dentro de la Carta Magna.

¿Cuáles son los derechos constitucionales inespecíficos?

En el presente apartado enunciaremos aquellos derechos constitucionales que se consideran inespecíficos dentro de la relación laboral, los cuales si bien es cierto no están regulados directamente dentro del contrato de trabajo, acompañan al trabajador inclusive dentro de su actividad diaria, por ser este considerado no solo trabajador, sino también ciudadano. Se considera como parte de los derechos constitucionales que rigen dentro de la relación laboral los siguientes:

- Derecho a la igualdad y no discriminación.
- Derecho a la libertad religiosa.
- Derechos inherentes a la condición de la personalidad humana (honor, intimidad personal, dignidad y a la propia imagen).
- Libertad de información, que incluye el derecho a recibir, comunicar y acceder a informaciones a través de cualquier medio de trasmisión de datos.
- Derecho a la tutela judicial efectiva.

Nos interesa indicar que no todos los derechos fundamentales pueden ser considerados como derechos inespecíficos aplicables a las relaciones laborales, ya que solo podemos incluir dentro de esta categoría los que con mayor o menor intensidad pueden desplegar efectos en el ámbito de la relación laboral, o que pueden verse afectados por el ejercicio del poder de dirección del empleador.

Acceso y manejo de la información

La Constitución Política de la República de Panamá, en su artículo 42³ garantiza el derecho que tiene toda persona de poder acceder a su información personal

3 Artículo 42 de la Constitución Política: "Toda persona tiene derecho a acceder a la información personal contenida en bases de datos y registros públicos y privados, y a requerir su rectificación y protección, así como su supresión de conformidad con lo pre-

que se encuentre contenida dentro de bases de datos, en efecto con el interés de que esta pueda consultarla y manejarla a su consideración. Por información personal debemos entender a aquellos datos que se encuentran contenidos dentro de cualquier soporte en el que esta se encuentre y cualquiera que sea la forma o el medio técnico en la que se incorpore.

El derecho al acceso a la información garantiza derechos de la personalidad tales como: el honor⁴, la intimidad y el secreto de las comunicaciones. este respeto garantiza: "[...] el reconocimiento autónomo de un específico derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona proveniente de un uso ilegítimo del tratamiento de datos." (Balaguer, 2013, p. 177).

Son diferentes los nombres o las expresiones tecnológicas relacionadas con el acceso y manejo de la información, dentro de las cuales se destacan las siguientes: libertad informática⁵, intimidad informática, derecho a la protección de los datos personales o derecho a la autodeterminación informativa. Por lo tanto, el derecho al acceso a la información se encuentra directamente vinculado con el derecho a la intimidad, el honor o a la vida privada, y a partir del mismo, se busca evitar cualquier tipo de intromisión desproporcionada por el empleador, que pudiera afectar la dignidad del ser humano. Sobre el concepto del honor, la doctrina jurídica ha señalado que:

En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama "la informática" (Balaguer, 2013, p. 178).

visto en la Ley. Esta información solo podrá ser recogida para fines específicos, mediante consentimiento de su titular o por disposición de autoridad competente con fundamento en lo previsto en la Ley."

- 4 El derecho al honor se tutela a partir de dos (2) vertientes, siendo estas las siguientes:
- a) Protección de la dignidad de la persona.
 - b) Tutela frente a cualquier menoscabo de la fama que tenga una persona en la sociedad.
 - c) Garantizar que no se vea afectada la autoestima de la persona.
- 5 El derecho al control sobre los datos personales almacenados y tratados en archivos informáticos se conoce con el nombre de libertad informática.



En este orden de ideas, la inquietud que surge en esta temática como tal es la siguiente: ¿Hasta dónde el Estado o los particulares pueden controlar el flujo de información personal de alguien, sin que se vean restringidos los derechos constitucionales relacionados con la personalidad humana, el honor y su intimidad? Frente a este interrogante, nos corresponderá determinar si es viable y legal la restricción al acceso de la información personal, pero enfocada dentro del ámbito laboral o de la empresa.

Los titulares del acceso y manejo de la información

De acuerdo con la naturaleza jurídica de la institución objeto de estudio, podríamos señalar que los principales titulares en cuanto al acceso y manejo de la información son las personas físicas o naturales, ya que son las que pueden ver directamente afectado su derecho de intimidad y honor personal. Dentro del este grupo no solo debemos incluir a los ciudadanos vinculados o pertenecientes al Estado, sino también, este derecho es aplicable como medida de beneficio a las personas extranjeras, en virtud de la aplicación de la doctrina de la eficacia social horizontal mediata de los derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*). Sobre el derecho al acceso de la información por parte de las personas extranjeras, debemos apuntar la siguiente idea:

[...] no hay que entender por ello que queden excluidos de la titularidad de este derecho los extranjeros, pues se trata de un derecho predicable —sin que éste extremo necesite de mucha más argumentación— de toda persona, en cuanto que es inscribible en el conjunto de derechos fundamentales que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana y la libertad [...] (Balager, 2013, p. 181).

También pueden ser titulares en cuanto al acceso y manejo de la información las personas jurídicas, en la medida que su naturaleza así lo requiera o demande.

Tipos o clases de información sobre las que se garantiza el acceso, manejo y protección

Aquella información o los datos que gocen de notoriedad para el ejercicio o el desarrollo de la propia persona como ser humano, el Estado deberá de garantizarle al dueño de la información tanto su acceso, manejo como también protección. El Estado deberá hacer cumplir estas garantías antes mencionadas,

también en las esferas entre particulares, en las que podemos encontrar la laboral.

El acceso y la tutela de la información son tan importantes, que por ejemplo, la máxima corporación que tutela los derechos a rango constitucional en España Tribunal Constitucional llegó a establecer en su sentencia 292/2000, específicamente en el fundamento jurídico 7, lo siguiente:

[...] el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, [...] sino los datos de carácter personal.

La libertad vigilada o controlada

Todas aquellas actuaciones tendientes a restringir el acceso de la información que se tiene o que tiene una persona, y que están contenidas dentro de bases de datos, es lo que se conoce con el nombre de la libertad vigilada o controlada. En este orden de ideas, el Estado debe de garantizar, no solo de manera teórica (a través de la Constitución/leyes), el acceso a la información sino que en la práctica deberá de garantizar este ejercicio a los ciudadanos en distintos ámbitos privados, dentro del cual encontramos también el ambiente laboral o empresarial.

Evidentemente que cualquier restricción en cuanto a la imposibilidad de acceder a la información contenida dentro de ficheros o bases de datos personales o aquella información que se trabaja en el ámbito laboral y es limitado su acceso al propio trabajador, es vista esta actuación o conducta como una especie de control o vigilancia lesiva a los derechos a la intimidad que tiene toda persona e inclusive para el propio trabajador, si opera esta restricción dentro de la empresa a causa del empleo desproporcionado del poder de dirección de empresa. Esta conducta podría ser objeto de sanción por parte de la Administración Pública o de los Tribunales de Justicia⁶.

6 En este sentido, además de las sanciones pecuniarias en concepto de multas que podría establecer el Ministerio de Trabajo; no excluye también que estas medidas puedan ser objeto de conocimiento por parte de los tribunales de justicia. Así tenemos, que el código penal en sus artículos 226, 290 y 292 aborda esta temática. Artículo 226 del Código Penal: "Quien, para procurarse para sí o para un tercero un provecho ilícito, altere, modifique o manipule programas, bases de datos, redes

Ahora bien, esta vigilancia de información puede ser controlada por parte del empresario, en la medida en que se traten de datos supremamente sensitivos para la empresa, de los cuales dependa el futuro del negocio, debido a que nos podemos encontrar frente a información clasificada, patentes, marcas o secretos profesionales que no pueden, ni deben ser transmitidos de la empresa hacia el exterior.

El acceso de los medios informáticos dentro de la empresa

Tal como hemos venido sosteniendo con anterioridad, los trabajadores gozan de una serie de garantías a nivel de rango constitucional, frente a las directrices proferidas por parte del empleador. Por lo anterior, el acceso a la información y a los medios informáticos dentro de la empresa también se puede incluir dentro de esta serie de gabelas propias de la relación laboral. En este sentido, debería existir una restricción (nótese que no hablamos de prohibición absoluta) de los controles de fiscalización del empleador sobre las inspecciones de los medios e instrumentos informáticos asignados al trabajador. Un ejemplo de ello lo podemos ver en el caso del uso del correo electrónico, el cual se ha considerado o catalogado como un instrumento para las comunicaciones privadas.

Jorge Toyama indica que el propio Tribunal Constitucional ha destacado que aunque los medios informáticos (computadores) y el correo electrónico sean institucionales o de una empresa, continúa rigiendo sobre ellos y a favor del trabajador el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones, al respecto, transcribiremos la siguiente aclaración doctrinaria:

[...] el TC reconoce que, si bien el medio electrónico es de propiedad de la empresa, ello no

o sistemas informáticos, en perjuicio de un tercero, será sancionado con cuatro a seis años de prisión. La sanción será de cinco a ocho años de prisión cuando el hecho sea cometido por la persona encargada o responsable de la base de datos, redes o sistema informático o por la persona autorizada para acceder a estos, o cuando el hecho lo cometió la persona valiéndose de información privilegiada." Artículo 290 del Código Penal: "Quien indebidamente se apodere, copie, utilice o modifique los datos en tránsito o contenidos en una base de datos o sistema informático, o interfiera, intercepte, obstaculice o impida su transmisión será sancionado con dos a cuatro años de prisión." Artículo 292 del Código Penal: "Si las conductas descritas en el presente Capítulo las comete la persona encargada o responsable de la base o del sistema informático, o la persona autorizada para acceder a este, o las cometió utilizando información privilegiada, la sanción se agravará entre una sexta y una tercera parte".

implica que los derechos fundamentales del trabajador se antepongan a las obligaciones laborales a las que se haya obligado en virtud del contrato de trabajo al punto de desvirtuarlas, sino que para poder fiscalizar y de ser el caso sancionar, el empleador debe: i) respetar las limitaciones impuestas por la Constitución y ii) crear mecanismos razonables que sin violentar los derechos constitucionales permitan cumplir los objetivos laborales. En este caso, el TC ha inclinado su posición a favor del derecho a la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas sobre las facultades de la empresa para controlar el uso del correo electrónico, que es una herramienta de trabajo e instrumento de su propiedad. Por ello, declaró inconstitucional el despido del trabajador. En concreto, el TC destaca que, si bien los sistemas y medios informáticos son de propiedad de la empresa, existe un campo de protección respecto de determinados aspectos a los que irrazonablemente no puede acceder el empleador, pues estamos ante "atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce" al trabajador. En esta línea, el empleador no puede, unilateralmente, iniciar un proceso de fiscalización sobre los correos electrónicos del personal —aun cuando estos correos fueran proporcionados por la empresa— pues "la garantía de reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías determinadas por la ley (Toyama, 2009, p. 158).

Hoy en día es innegable la influencia que ejerce la tecnología informática dentro de las labores cotidianas de las empresas, por tal motivo, no podemos negar que a través de la misma se pueden ver lesionados derechos fundamentales inherentes al trabajador como ciudadano, entre los que figuran los derechos de intimidad y de dignidad. Claro está, que estas medidas pueden tener sus excepciones en virtud del consentimiento o la aprobación que diera el trabajador para la intervención o fiscalización de los correos e instrumentos informáticos por parte del empleador, o en el supuesto, en que el propio trabajador incurra en un uso más que reiteradamente desproporcionado en cuanto a su utilización constante.

Ahora bien, es posible el despido del trabajador en la medida que se haga un uso abusivo de los medios informáticos (correo electrónico), por no emplearse para tareas no profesionales (por ejemplo la recepción y envío de material pornográfico).

La evolución de la tutela de los derechos de los trabajadores en el ámbito informático

El papel pasivo que ha asumido el Estado en materia laboral en los últimos años, al dejar de lado la regulación de las relaciones laborales entre el capital y el trabajo sobre determinadas materias como por ejemplo las tecnológicas, así como también las facultades de flexibilización y desregulación laboral, ha causado que el ejercicio activo de los derechos fundamentales adquiera un papel de carácter pasivo, lo que origina una limitación en cuanto a su tutela.

Además, el ejercicio de los derechos fundamentales como mecanismo de protección de los trabajadores se ha visto mermado, debido al papel pasivo que han asumido los gremios sindicales hoy en día, si estos se comparan con décadas pasadas. También, la poca regulación de las relaciones laborales en los aspectos tecnológicos generó poca atención en cuanto a la lucha por el ejercicio de los derechos constitucionales que irradian el ámbito del derecho laboral.

De esta forma, en las últimas décadas los únicos derechos que eran tutelados y exigidos por la clase trabajadora eran aquellos en los que se podía ver algún tipo de afectación pecuniaria en cuanto al dinero percibido, como consecuencia de la relación laboral existente con el empleador. Ahora bien, este fenómeno también tiene su explicación en la medida en que fue poco a poco que las empresas entraron en el ámbito de la tecnología informática, por lo que no estaba generalizado o estandarizado una lucha de tutela de los derechos constitucionales, frente al acceso de los medios e instrumentos informáticos al interior de la empresa.

La irrenunciabilidad de los derechos fundamentales laborales en el ámbito tecnológico de la empresa

La regla general radica en que los derechos constitucionales de los ciudadanos son irrenunciables frente a los poderes públicos. Si estos derechos protegen contra agresiones que puedan sufrir las personas, como consecuencia de las actuaciones de los poderes públicos, con mayor razón, estos deberían ser instrumento de tutela para hacer valer los derechos del trabajador, dentro de una relación laboral.

En este orden de ideas, concordamos con el criterio de Villanueva Flores quien sostiene que los derechos fundamentales se tornan inalienables, toda vez que

no se pueden transferir o renunciar a ellos porque forman parte de la condición inherente del ser humano, y a esta realidad no se pueden abstraer tampoco las relaciones laborales.

De igual manera, podemos agregar en esta misma línea de pensamiento que: "Uno de los principios emblemáticos del Derecho Laboral es el de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, sustentado en el carácter protector y las normas tuitivas de esta rama del Derecho." (Toyama, 2009, p. 171).

Esta garantía a favor del trabajador previamente descrita, impera con motivo de que dentro de la relación laboral, la parte contratante más débil es el trabajador, por tal razón, la libertad contractual está sujeta a los designios e instrucciones que le imparta el empleador al trabajador; y donde tristemente si no existiera este principio básico y esencial debería de aceptar cualquier tipo de órdenes, inclusive aquellas que vayan en contra de su integridad como persona. Este principio tuitivo o proteccionista, a favor del trabajador, está recogido en gran parte de las constituciones de los diversos países del mundo, por ejemplo en el caso de la República de Panamá, podemos indicar que su Carta Magna tampoco escapa a esta realidad.⁷

Tal como podemos observar, los derechos fundamentales que todos tenemos y que además, consagran las Constituciones no pueden verse lesionados, puestos de lado o menoscabados, por lo cual sostenemos que si las Constituciones garantizan el acceso a la información a través de medios informáticos, no es posible que se vulneren este derecho por parte del empresario hacia el trabajador, salvo que así lo haya consentido el mismo a la empresa.

Es por ello por lo que la protección contra cualquier tipo de lesión que pueda sufrir el trabajador en relación con sus derechos como ciudadano dentro de la empresa, no está directamente sustentada dentro del contrato de trabajo, sino en virtud de la norma de carácter constitucional que le otorga derechos como ciudadano, lo que permite tutelar sus derechos constitucionales. En relación con los poderes del empresario

⁷ El artículo 71 de la Constitución Política de la República de Panamá, recoge dentro de su contenido el principio tuitivo o proteccionista de los derechos del trabajador. En éste este sentido, tal disposición establece lo siguiente: "Son nulas y, por lo tanto, no obligan a los contratantes, aunque se expresen en un convenio de trabajo o en otro pacto cualquiera, las estipulaciones que impliquen renuncia, disminución, adulteración o dejación de algún derecho reconocido a favor del trabajador. La ley regulará todo lo relativo al contrato de trabajo."

vs. las tecnologías informáticas, la doctrina ha señalado que:

[...] los poderes del empresario (el poder de dirección y el disciplinario) constituyen, por tanto, una amenaza potencial para los derechos fundamentales del trabajador. Igualmente se ha destacado en que forma el poder de control del empleador sobre la actividad laboral, al incorporar nuevas tecnologías informáticas y audiovisuales que amplían notablemente las posibilidades de intromisión del empleador en la esfera personal del trabajador reduce significativamente la vigencia de los derechos fundamentales, por ejemplo, los de privacidad o intimidad, propia imagen, dignidad [...] (Blancas, 2009, p. 113).

El no reconocer los derechos constitucionales dentro del ámbito laboral traería como consecuencia lo siguiente: “[...] cuestionar el pacto social fundante de las constituciones modernas y, por encima de ello y también, el fundamento axiológico de la configuración de los derechos de la persona como derechos fundamentales.” (Valdés, citado por Blancas, 2009, p. 118).

En este sentido, la posibilidad de acceder a la información o el uso de los medios informáticos para labores relacionadas a la empresa, a consideración nuestra, atentaría contra los derechos fundamentales, ya que no tiene explicación cómo es posible que el Estado reconozca y proteja estos derechos a sus ciudadanos, sin embargo, a lo interno del seno de la empresa estos dejan de cumplir esta función⁸. Por ese motivo, concordamos con el planteamiento de Monereo Pérez, en el sentido que: “[...] la condición de ciudadanía debe penetrar en la misma organización de la economía (y señaladamente en su corazón representado por la empresa), el individuo debe ser ciudadano también en y por el trabajo” (Monereo, citado por Blancas, 2009, p.121).

¿Puede el empresario limitar el acceso de la información a sus trabajadores como parte de la libertad de empresa y el poder de dirección?

Estimamos que el empresario puede restringir cualquier tipo de acceso de información dentro de la em-

presa, que sea improductiva para el negocio o para el adecuado desenvolvimiento de las labores cotidianas de su personal. Por ejemplo, se podrán bloquear aquellas páginas webs en internet, que lejos de incentivar a la productividad, lo que causan es una disminución en el rendimiento de las labores habituales. Nos estaríamos refiriendo a páginas pornográficas, páginas de juegos, diversión, etc. Pero sin embargo, aquella información que es necesaria y vital para los trabajadores dentro de la empresa, no tendría ningún tipo de lógica que fuera restringida, ya que ello, en vez de hacer que el individuo crezca y se desarrolle mejor, lo que hace es perjudicarlo.

En este mismo orden de ideas, consideramos por ejemplo, que si el trabajador obtiene alguna información que ha encontrado en sus horas libres (mientras no está a órdenes del empleador), necesaria para el desarrollo de sus labores y después, decide incorporarla a su trabajo habitual, no debería el empleador prohibirle la incorporación de tal información. Pensemos en el caso que el trabajador logre acceder en el fin de semana (cuando no está en la empresa) a una información importante para su trabajo, y con posterioridad desee incorporarla a través de una memoria tipo USB a su trabajo, pero se encuentra con la restricción de no poder insertar dichos datos obtenidos dentro del trabajo que se encuentra realizando, porque en virtud del poder de dirección esta información está restringida o bloqueada por la empresa.

También podemos pensar en el caso que un trabajador o docente accede a una información o simplemente desee durante un fin de semana llevar trabajo a casa, o gestionar una presentación para una clase; no lo podrá hacer debido a que el empleador tiene bloqueada la información, ya sea tanto para incorporarla a los equipos informáticos como para extraerla. Y que decir si nos encontramos frente a un centro de estudios, en el cual el profesor que también ejerce la labor como administrativo, no puede acceder a su información para trabajarla, ya sea en casa o en el trabajo, porque la misma se encuentra bloqueada o es imposible su acceso a través de los ficheros o llaveros USB⁹. Bajo las circunstancias previamente estudiadas

8 En este sentido, negar el reconocimiento de los derechos significaría que no existiría continuidad entre la ciudadanía fuera de la empresa y la que media dentro de la compañía, lo que lamentablemente nos llevaría a configurar una circunstancia poco gratificante, ya que los derechos fundamentales reconocidos fuera de la empresa serían de difícil ejercicio y aplicación en la relación de trabajo, salvo que la ley así lo exija o se acuerde o pacte a través de una negociación colectiva.

9 Imaginemos el caso de un profesor o de un alto ejecutivo que labora en una empresa y que debe realizar una investigación o una presentación que tenga muchas imágenes y esta consuma muchos recursos de memoria y no pueda enviarse por correo electrónico, o simplemente esta persona no cuenta con acceso a internet. Como consecuencia de la medida de bloquear o restringir el acceso a la información, este trabajador se va a encontrar con el inconveniente que se le imposibilitará el poder desarrollar la respectiva presentación, ya sea que la continúe en su casa o vi-

en relación con los derechos constitucionales inespecíficos que tiene el trabajador, este tipo de actuaciones además de restringir la esfera de los ciudadanos y generar afectaciones a la dignidad del trabajador/docente, tampoco generaría mayor productividad a favor de la empresa.

¿Puede restringirse el acceso a la información dentro de la empresa, como consecuencia de la contaminación de bases de datos a causa de los virus informáticos?

Si bien es cierto, ninguna empresa se encuentra exenta a la posibilidad de que sus bancos de datos y servidores informáticos se puedan ver afectados como consecuencia de la introducción de datos que podrían estar presumiblemente infectados. Ahora bien, hoy en día las empresas deberán invertir una suma considerable de dinero, no solo para dotar a su personal de los instrumentos de producción adecuados sino que también deberán contar con adecuados programas informáticos para combatir los virus informáticos que puedan alterar la estructura de producción de la empresa. Por tal motivo, si cada computadora dentro de la empresa y servidor cuenta con su propio *software* para combatir los virus y *malware* que puedan atacar a la empresa¹⁰, no tiene sentido que el empleador restrinja el acceso y la extracción de información relacionada con las labores comunes de la empresa. En este último sentido, queremos dejar muy en claro que el acceso de la información, en un sentido bilateral, es únicamente para aquellos datos que no se consideren o cataloguen vitales o claves para el funcionamiento de la empresa. En virtud de lo anteriormente mencionado, nos competirá determinar lo relativo al acceso a la información en la empresa y la seguridad corporativa.

El acceso a la información en la empresa vs. La seguridad corporativa

Hoy en día el manejo de la información que administran las empresas es sumamente importante y vital para la operación y sostenibilidad de estas. En

ceversa en el trabajo. También se tornaría engorroso por parte del trabajador, a cada instante estar solicitando continuos permisos para que se desbloqueen los accesos a los puertos de transferencia de datos del ordenador (puertos USB).

10 Salvo que dichos programas informáticos no sean del todo confiables, o que no llegue el caso de que no se haga una adecuada inversión de dinero en obtener tecnología de punta para combatir los virus, en principio cualquier antivirus licenciado, instalado en los terminales de cada red de una empresa, debería de combatir cualquier afectación en el equipo informático.

la práctica, las compañías pueden encontrarse con una situación en la que deberán defenderse contra potenciales fugas y pérdidas de datos, que puedan generar una crisis que implique posiblemente el inicio de la pérdida de imagen y competitividad de la empresa hasta su afectación dentro del mercado comercial. Por tal motivo, las empresas han procedido a invertir grandes sumas de dinero para garantizar su seguridad corporativa y controlar el acceso a determinada información vital dentro de la compañía. Dependiendo del tipo de información sensible que manejen determinados departamentos o áreas dentro de la empresa, es posible que las medidas de seguridad corporativa puedan ser más o menos rígidas.

¿Qué tipo de departamentos podrían estar sometidos a la seguridad corporativa de la empresa?

El control de la seguridad corporativa de la empresa forma parte de los poderes de dirección que tiene el empleador, existen algunos departamentos que pueden ser mucho más sensitivos que otros dentro de la compañía, de allí dependerá que el control del acceso a la información pueda ser restringido. Expuesto lo anterior, nos competirá mencionar aquellos departamentos en los que podrá existir una mayor seguridad corporativa en materia de acceso a la información, como consecuencia de los datos sensitivos que se manejan dentro de la empresa. Así las cosas, de forma general podemos señalar como departamentos claves y esenciales dentro de una compañía los siguientes:

- Departamento de recursos humanos.
- Departamento de contabilidad, finanzas y planilla.
- Departamento de informática y tecnología.
- Departamento de manejo de información de bases de datos de clientes de la empresa.
- Departamentos que se relacionen con la gerencia o altos cargos.

En esencia, los departamentos previamente indicados o mencionados son los que a consideración nuestra creemos manejan la información más sensible de la empresa, y que, como consecuencia de la seguridad corporativa, podría limitarse en sus bases de datos la extracción de información. Los restantes departamentos de una empresa, a pesar que son importantes, no manejan información sensible para la operación comercial de la empresa, por lo que el empresario podría establecer otros tipos de fiscalización

o de control en cuanto a la extracción o manejo de la información.

El espionaje corporativo

Las últimas investigaciones relacionadas con el espionaje corporativo han arrojado que se trata de una mala práctica que se lleva a cabo con rápido desarrollo y que generalmente es ejecutada por los propios empleados¹¹. En un estudio publicado por el *ranking Fortune 1000*, se determinó que:

[...] el 40 % de los empleados sospecha o efectivamente sabe del robo de información privilegiada en sus compañías e informó que la mitad de aquellos que habían sido afectados mencionaron que el blanco del espionaje fueron una serie de proyectos de investigación y desarrollo [...] (Blogg, 2014).

Hoy en día, en la mayoría de los casos, el espionaje tiende a realizarse más que nada sobre información y propiedad de carácter intelectual y datos electrónicos o informatizados, a diferencia de un robo en el cual media violencia sobre algún bien mueble o inmueble, en el caso del espionaje es probable que en varios años a la compañía se le haya sustraído información sin ella darse cuenta. Los técnicos en informática sostienen que la mayor fuente de espionaje en contra de la empresa se da como consecuencia de las infestaciones de *malware* y *spyware* sobre las computadoras, a consecuencia de la navegación por internet en diversas páginas que tienen ocultos estos archivos o programas espías¹². Por lo tanto, una de las tentativas soluciones que permite, en cierto modo, proteger las tecnologías informáticas (computadores) y servidores de la empresa, consiste en contar con un verdadero y comprobado antivirus, cortafuegos y programas *antispyware* o *antimalware* que combatan cualquier tipo de infestación en las computadoras de

la empresa, y evitar la fuga de información que no necesariamente es generada por el trabajador.

Dictámenes por los tribunales constitucionales en cuanto al acceso a la información y el empleo de medios tecnológicos en la empresa

Dentro del presente apartado, analizaremos aquellas sentencias que se han dictado por parte de los tribunales de justicia, y que se relacionan tanto con el acceso a información como el empleo de medios tecnológicos dentro de la empresa, por parte de sus trabajadores. Previo al análisis de las diversas sentencias que tienen que ver con el acceso a la información y el uso de los medios tecnológicos, consideramos oportuno indicar que centraremos nuestro estudio en las sentencias dictadas por otros tribunales de justicia o tribunales constitucionales extranjeros (que no pertenecen a la jurisdicción panameña), debido a que esta es una materia novedosa y en la cual ha habido limitada aportación por parte de la jurisprudencia panameña.

Sentencias relativas al uso del correo electrónico

En la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional español, del 16 de noviembre de 2005, procede a analizar un caso sometido ante ellos a consideración, como consecuencia de la interposición de un Amparo de Garantías Constitucionales presentado por el sindicato de Comisiones Obreras de la entidad bancaria BBVA, en donde el aludido sindicato demanda al Banco BBVA, debido a que esta compañía prohíbe el uso del correo electrónico para usos de carácter sindical dentro de la organización¹³. La disputa surge debido a que la empresa estaba en total desacuerdo que el sindicato utilizara el correo corporativo de ella, para el envío de información de carácter sindical, toda vez que el sistema informático de la empresa está destinado para un fin productivo. Ante el conflicto surgido entre ambas partes, el Tribunal Constitucional en la referida sentencia terminó señalando que:

- Los sindicatos podrán realizar las actividades sindicales que consideren pertinentes tanto dentro como fuera de la empresa, así como también usar

11 Por ejemplo, el espionaje corporativo ha puesto al descubierto la afectación que este ha generado a las compañías norteamericanas con el robo de información privilegiada, al igual que también ha afectado la propiedad intelectual de estas empresas. Por lo general, este tipo de conducta, que lleva a cabo el trabajador en contra de la empresa y que alimenta el espionaje corporativo, se produce como consecuencia de la insatisfacción que tiene el trabajador hacia la empresa (por motivos laborales-personales), o en muchos casos, se puede deber a un interés de carácter económico, que conlleva el vender los secretos comerciales de la empresa a la competencia.

12 Tal como nos comenta Blogg, se tratan de caballos de Troya que infectan el sistema y permiten que personas ajenas tengan acceso a documentos confidenciales, hojas de cálculo, correos electrónicos, y también las claves y los nombres de los usuarios contenidos en las computadoras.

13 En febrero de 1999, los representantes del sindicato de Comisiones Obreras, empiezan a utilizar el correo electrónico de la empresa para enviar mensajes sindicales, lo que trae como consecuencia un litigio entre el sindicato y la empresa que tuvo una duración de cinco (5) años en los tribunales de justicia españoles.

los medios que consideraba pertinentes para la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores; lo cual implicaba la utilización del correo electrónico.

El Tribunal Constitucional en la aludida sentencia señaló en relación con el derecho a la trasmisión de información sindical lo siguiente:

Como expresión de la acción sindical, el derecho a informar a los representados, afiliados o no, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, puesto que la trasmisión de noticias de interés sindical, el flujo de información entre el Sindicato y los trabajadores, es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindical. En definitiva, constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical, una expresión central, por tanto, de la acción sindical y, por ello, el contenido esencial del derecho fundamental [...], que el sindicato puede hacerla efectiva a través de los cauces previstos en la ley y también por medio de otros que libremente adopte siempre que respete la normalidad productiva, y que el empresario tiene que asumir ciertas cargas tasadas en la ley y dirigidas a hacer efectivo el derecho sindical informativo.

- Se determinó que el flujo de la información sindical se verá perjudicado, si los instrumentos prácticos o medios materiales que puedan favorecerla, llegan a ser obstruidos.
- El empresario tiene la obligación de no obstaculizar de forma arbitraria o injustificadamente el ejercicio del derecho de libertad sindical y el envío de información a través del correo electrónico de la empresa.
- De igual manera, el Tribunal Constitucional español entendió que el ejercicio del empleo y uso del correo electrónico para difundir información por parte del Sindicato a los trabajadores de la empresa también estaba sujeto al principio de proporcionalidad, debiéndose observar determinados aspectos:
 - La comunicación no debe perturbar la actividad normal de la empresa.
 - Al ser el correo de la empresa un medio de comunicación electrónica creado como herramienta para la producción, no podrá perjudicarse el uso específico empresarial preordenado para el mismo.

- La utilización del correo electrónico empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales al empleador, en la medida que no deberá generarle mayores costes.

Sentencia relativa a la intervención empresarial de las comunicaciones informáticas

En la sentencia del Tribunal Constitucional de España 241/2012, del 17 de diciembre de 2012 se procede a analizar un caso en el que dos trabajadoras habían instalado un programa de informática en una computadora de uso común y sin clave de acceso de la empresa, en donde sostenían conversaciones íntimas, las cuales son con posterioridad vistas u observadas por la compañía. Importa destacar por una situación meramente ocasional, otro de los trabajadores accede a uno de los ordenadores de la empresa y descubre las grabaciones que sostenían ambas trabajadoras y que habían quedado alojadas en el disco duro del ordenador de la empresa, y este último trabajador las pone en conocimiento a los altos cargos de la compañía. En este sentido, una de las trabajadoras procede a presentar un recurso de amparo, por la supuesta vulneración de su derecho a la intimidad por parte de la empresa, al acceder sin su consentimiento a las conversaciones sostenidas entre ambas colaboradoras. De igual manera, se alegaba afectación en cuanto al derecho al secreto de las comunicaciones.

En su gran mayoría, los magistrados que conforman el Tribunal Constitucional Español terminan determinando que no existió afectación al derecho a la intimidad, ni tampoco violación al derecho al secreto de las comunicaciones. Sobre el derecho a la intimidad el fundamento Nº. 3, del aludido dictamen bajo estudio ha dispuesto que:

[...] no cabe apreciar afectación del derecho a la intimidad desde el momento en que fue la propia demandante y otra trabajadora quienes realizaron actos dispositivos que determinaron la eliminación de la privacidad de sus conversaciones, al incluirlas en el disco del ordenador en el cual podían ser leídas por cualquier otro usuario, pudiendo trascender su contenido a terceras personas, como aquí ocurrió al tener conocimiento la dirección de la empresa. Por tanto, fueron la demandante de amparo y la otra trabajadora, con sus propios actos, quienes provocaron con su voluntaria actuación que no se vea afectado su derecho a la intimidad al posibilitar el conocimiento de las conversaciones por otro usuario del

ordenador, trabajador de la empresa, que casualmente y sin ninguna intencionalidad tuvo acceso a todo su contenido, lo que finalmente provocó la intervención empresarial.

En tanto que en lo que respecta al derecho al secreto de las comunicaciones el Tribunal Constitucional señaló en su fundamento Nº. 4, de la sentencia por estudio que:

[...] este Tribunal ha reiterado que el derecho al secreto de las comunicaciones consagra la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado tanto por la interceptación, en sentido estricto, consistente en la aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o la captación del proceso de comunicación, como el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado a través de la apertura de la correspondencia ajena guardada por un destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de la telefonía móvil, por ejemplo.

Igualmente, se ha destacado que el concepto de secreto de la comunicación, cuando opera, no cubre no solo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores, por lo que este derecho queda afectado tanto por la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas como también por el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil [...]. A lo que debe añadirse que la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan otros derechos [...].

Sin embargo, consideramos pertinente efectuar un análisis en cuanto al voto particular o salvamento de voto efectuado sobre este caso, de dos magistrados que plantean, en relación con este problema jurídico, una interpretación distinta e interesante que será objeto de estudio a continuación. En este orden de ideas, los magistrados del Tribunal Constitucional (Fernando Valdés Dal-Ré y Adela Asua Batarrita), en sus votos particulares o disidentes sostuvieron que a pesar de encontrarse el trabajador dentro de la empresa, este seguía manteniendo su derecho a la

libertad de las comunicaciones como ciudadano, independientemente de los poderes de dirección que posea la empresa. El fundamento de derecho Nº 3, del salvamento de voto o voto particular, de la sentencia 241/2012 ha llegado a indicar que:

[...] el trabajador en la empresa tiene reconocido, como ciudadano portador de un patrimonio de derechos que no desaparecen con ocasión de la contratación laboral, un ámbito de libertad constitucionalmente consagrado (el derecho de libertad de comunicaciones), sin perjuicio de las eventuales y posibles modalizaciones adoptadas por el empresario o de las regulaciones efectuadas por la negociación colectiva del uso de los medios tecnológicos existentes en la organización empresarial. [...] Por consiguiente, y desde la perspectiva del derecho a la libertad de comunicaciones del art. 18.3 CE, las órdenes limitativas del uso, incluso privado, de esas herramientas, podrán ser en ocasiones contrarias a aquel derecho fundamental. Y es que el contrato de trabajo no incomunica al trabajador, instalándose, en la organización empresarial en la que presta servicios, en una situación de soledad hacia el exterior; y, de su lado, la titularidad de esos derechos y herramientas tampoco confiere al empresario un derecho a restricciones caprichosas.

Las órdenes que se dicten por parte de la empresa, no podrán lesionar los derechos fundamentales de los trabajadores, y mucho menos afectar el derecho a las comunicaciones. El fundamento jurídico Nº. 4 del salvamento de voto, de la sentencia 241/2012 dispuso que:

[...] En otros términos, la infracción de las ordenes empresariales tolera la imposición de las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico, pero no consiste la vulneración directa de derechos fundamentales al amparo del incumplimiento de la orden empresarial, ni tampoco las intromisiones empresariales enderezada a verificar o comprobar la existencia de las comunicaciones, incluso cuando *ex post*, cometida la vulneración y gracias a esa ilegítima práctica, quede acreditado que aquellas sanciones eran ajustadas a Derecho.

En el caso bajo objeto de estudio, la empresa para garantizar el derecho del acceso a las comunicaciones debió, en primera instancia, de haberle solicitado permiso a las trabajadoras u obtener su consentimiento; o en su defecto, debió de haber peticionado una

orden judicial, con la finalidad de haber interceptado las comunicaciones de las trabajadoras, procediendo de esta manera a cumplir con las formalidades legales relativas a la protección de las comunicaciones; lo que en opinión de los magistrados que hacen su respectivo salvamento de voto o voto particular, constituye una violación al principio constitucional de la protección de las comunicaciones. También en el fundamento jurídico Nº. 4 del salvamento de voto, de la sentencia 241/2012 podemos apreciar como temática trascendental que:

Ninguno de esos límites se respetó en el caso enjuiciado. Lo prueba que los responsables de la empresa procedieran sin consentimiento de las trabajadoras y sin autorización judicial a la identificación de los intervinientes en las comunicaciones efectuadas a través del programa de mensajería, así como a la intervención del contenido completo de las conversaciones mantenidas, mediante la apertura y lectura de los archivos informáticos en los que el programa las guardaba. [...] La empresa, en definitiva, interfirió en el secreto de las comunicaciones sin autorización de las trabajadoras y sin autorización judicial; sometió el secreto a excepción de manera dilatada en el tiempo (más de dos meses desde la fecha del conocimiento de los hechos), con una muy intensa voluntad intrusiva, como prueba la lectura de los mensajes, de todos ellos, una vez que había comprobado ya la existencia de la instalación del programa y, por tanto, el incumplimiento de sus órdenes; y desatendió, en fin, las posibilidades de reposición del ordenador a los términos de uso indicados a través de causas elementales. [...] En efecto, del mismo modo que en el proceso de reparto a domicilio de la correspondencia postal o su entrega mediante un sistema de casilleros abiertos —tan usual en ciertos ámbitos— no autoriza a nadie a abrir y leer las cartas que reparte o que encuentra depositadas en el casillero de otra persona, aunque sea perfectamente posible, nadie está tampoco autorizado a abrir los archivos de correo electrónico o de mensajería de otro, siempre que puedan ser identificados como tales, como era el caso, por más que el acceso sea posible al encontrarse los archivos desprotegidos y en un ordenador de uso común. Más allá de las precauciones que cada usuario pueda adoptar, debe afirmarse que quien abre un enlace o un archivo informático teniendo constancia de que contiene datos de las comunicaciones ajenas

o hace nada diferente que quien abre una carta dirigida a otra persona.

Sentencia relacionada con la intervención empresarial como consecuencia del uso extralaboral del correo

La Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 170/2013, del 7 de octubre de 2013, trata de un despido realizado a un trabajador de una empresa que se dedicaba a la actividad químico-industrial de obtención de alcaloides (morfina, codeínas). El motivo de cesantía se debe a que la empresa consideraba que el mismo había incurrido en una conducta de máxima deslealtad, al haber proporcionado indebidamente información confidencial de la empresa, a otra entidad mercantil sin haber pedido autorización para ello. Lo que se recurre en amparo es la violación al derecho a la intimidad que lleva a cabo la empresa, al proceder a efectuar una auditoría y acceso al disco duro de la computadora del trabajador, ante las fundadas sospechas del comportamiento irregular del trabajador, para determinar si en efecto se había dado la trasmisión de información sensible de la empresa a otras compañías que se dedicaban a la misma actividad comercial, y que eran catalogadas como empresas de la competencia.

Ante la situación anteriormente descrita, el Tribunal Constitucional Español termina señalando que independientemente de lo establecido en el contrato de trabajo, este no puede ser instrumento de afectación o vulneración de los derechos fundamentales que tienen las personas, no solo como trabajadores sino como ciudadanos. Esta misma sentencia el Tribunal Constitucional Español STC 170/2013, del 7 de octubre de 2013 señaló que:

[...] el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada (STC 88/1985, de 19 de julio FJ 2).

[...] Respecto a esa posible comisión de intereses hemos puesto de relieve la necesidad de que “los órganos judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales, pues, dada la posición preeminente de estos en el Ordenamiento jurídico,

en cuanto proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y fundamentos del propio Estado democrático (art. 1 CE), la modulación que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin” (STC 213/2002, de 11 de noviembre, FJ 7; o SSTC 20/2002, de 28 de enero, FJ 4; y 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 7).

En este dictamen se señala que el derecho a la intimidad implica una protección al área personal o reservada a la propia vida de cada uno, del cual quedarían excluidos a ese acceso terceras personas, sin el debido consentimiento. De igual manera, el secreto a las comunicaciones se engloba dentro del derecho a la intimidad y protege tanto su contenido como la identidad subjetiva de los interlocutores. En este mismo dictamen bajo estudio (STC 170/2013, del 7 de octubre de 2013), se ha indicado que:

Igualmente, el Tribunal ha destacado que la noción constitucional de secreto de la comunicación cubre no solo el contenido, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores, este derecho queda pues afectado tanto por la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas como también por el acceso al registro de las llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil [...].

Se plantea como dato interesante que aunque la empresa asigne cuentas de correo electrónico a los trabajadores, y lleve a cabo la correspondiente fiscalización, deberá de realizarse a través de una medida que no afecte los derechos de los trabajadores. Se ha indicado en función de la sentencia por estudio (STC 170/2013, del 7 de octubre de 2013) que:

[...] aun cuando la atribución de espacios individualizados o exclusivos —como la asignación de cuentas personales de correo electrónico a los trabajadores— puede tener relevancia sobre la actuación fiscalizadora de la empresa, ha de tenerse en cuenta que los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas

informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin.

Dentro del contenido de la sentencia bajo estudio, se señala, de igual manera, que toda inspección o investigación tecnológica que se lleve a cabo deberá garantizar la necesidad de proteger cualquier tipo de dato íntimo y personal que se relacione con la información de la vida personal y familiar del trabajador que por alguna razón pueda ser conocido por parte de la empresa, al momento de efectuar las fiscalizaciones de los correos electrónicos. Finalmente, debemos indicar que el fundamento jurídico Nº. 5 de la STC 170/2013 ha destacado en relación con esta temática en particular que:

No consta en las actuaciones que el contenido de estos mensajes refleje aspectos específicos de la vida personal y familiar del trabajador, sino únicamente información relativa a la actividad empresarial, cuya emisión a terceros, conforme a la Sentencia recurrida, implicaba una trasgresión de la buena fe contractual.

CONCLUSIONES

El concepto de la libertad de empresa debe ser visto como la garantía que ofrece el Estado o el Poder Público a las Empresas, para que puedan desarrollar sus actividades sobre la base del libre funcionamiento del mercado, y además puedan escoger su nombre, establecer su conformación y organización interna. El poder de dirección consiste en la toma de decisiones o directrices que lleva a cabo el empleador en relación con el manejo de la empresa.

Las tensiones que han venido suscitándose entre la libertad de empresa-poder de dirección por una parte, y por la otra la fuerza laboral (los trabajadores o colaboradores) del empleador en materia tecnológica, han sido precisamente debido al poco intervencionismo de parte del Estado.

El ejercicio de las potestades del poder de dirección implican facultades normativas, sancionadoras o disciplinarias de organización y de control de vigilancia. El poder de dirección que ejerce el empleador debe realizarse o llevarse a cabo de forma proporcional; ya que de no tenerse cuidado en cuanto a su ejercicio, se podrían ver afectados derechos constitucionales o

fundamentales del trabajador como persona o ciudadano.

El poder de dirección por ningún motivo puede afectar derechos fundamentales tales como: la dignidad de la persona trabajadora, la igualdad de trato laboral y no discriminación, el control de la prestación del servicio (la vigilancia y los registros). El principio de la buena fe también es visto como uno de los criterios que nos permite garantizar que se evite cualquier arbitrariedad del empleador, excusada esta última, sobre la supuesta base del poder de dirección.

Los derechos constitucionales inespecíficos son aquellos que a pesar de no estar incluidos dentro del contrato de trabajo, al considerarse derechos fundamentales ejercen un ámbito de aplicación automático dentro de la empresa, aunque no estén estipulados dentro del contrato de trabajo, protegiendo al trabajador desde la dimensión de ciudadano.

Los derechos que reconoce la Constitución a los ciudadanos en materia de derechos fundamentales no quedan restringidos o relegados una vez el trabajador pase la puerta de la empresa, sino que estos derechos y libertades siguen en todo momento a la persona donde se traslade, ya sea dentro de la empresa o fuera de ella, a este concepto le ha denominado la doctrina como el *principio de la ciudadanía del trabajador en la empresa*.

El derecho de acceso a la información se encuentra directamente vinculado dentro del derecho a la intimidad, el honor o la vida privada, por lo que se busca evitar cualquier intromisión desproporcionada del empleador que pudiera afectar la dignidad humana del trabajador, como consecuencia de la doctrina de la eficacia social horizontal mediata de los derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*).

El control desproporcionado y sin justificación que lleve a cabo el empleador en contra del trabajador sobre el uso de los medios informáticos y tecnológicos, así como también la violación e interceptación de comunicaciones privadas, pueden afectar los derechos fundamentales del trabajador dentro de la organización empresarial. El empresario en virtud del poder de dirección podrá bloquear aquella información o páginas web improductivas para el negocio, que causen disminución en la rendición de las labores habituales.

En virtud del poder de dirección, se podrá limitar el acceso a la información sobre determinados medios tecnológicos de la empresa, en virtud del tipo de datos e información sensible que manejen determinados departamentos o áreas a lo interno de una compañía, de allí que las medidas de seguridad corporativa podrán ser mayor o menormente rígidas.

Hoy en día además de considerar que las empresas pueden ser objeto de espionaje corporativo, es necesario que el empleador invierta dinero en adecuados programas informáticos tales como antivirus, cortafuegos y programas *antispyware* o *antimalware*; ya que no en todos los casos los trabajadores exportan información para ser vendida a la competencia. Cualquier empleo de los medios informáticos por parte del trabajador dentro de la empresa, (correo electrónico corporativo para fines personales-privados), no debe perturbar la actividad normal o habitual del desarrollo común de la empresa.

El empleo de los medios tecnológicos de la empresa para fines personales del trabajador no deberán generar gravámenes adicionales al empleador, en la medida que no generen mayores costes económicos al empresario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

- Algar, C. (2007). *El Derecho Laboral ante el reto de las Nuevas Tecnologías*. Madrid: Editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.
- Balaguer, F. (2013). *Manual de derecho constitucional*. Volumen II. 8ª. Ed. Madrid: Editorial Tecnos.
- Blancas, C. (2009). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Guerrero, G. (2005). *Manual de Derecho del Trabajo: Parte General – Derecho laboral individual y colectivo*. 4ª. Ed. Bogotá: Editorial Leyer.
- Molero, C. (2003). *Manual de Derecho del Trabajo*. 3ª. Ed. Madrid: Editorial Civitas.
- Monereo, J. Citado por Blancas, C. (2009). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Palomeque, M. y Álvarez, M. (2008). *Derecho del Trabajo*. Decimosexta edición. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- Satrústegui, M., García, J. y Pérez, P. (2002). *Derecho Constitucional*. Volumen I., 5ª. Ed. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Toyama, J. (2009). *Derechos laborales ante empleadores ideológicos. Derechos Fundamentales e ideario empresariales*. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Revistas

- Blogg, K. (2014). Espionaje Corporativo. Foro de Seguridad (Foro de profesionales Latinoamericanos de Seguridad). Recuperado el 11 de diciembre de 2014 de <http://www.forodeseguridad.com/artic/segorp/7208.htm>
- Del Rey, S. (1995). Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general. *Revista Relaciones Laborales*, Nº. 3, 190-213.

Constitución y Leyes

- Constitución Política de la República de Panamá de 1972. Artículos 42 y 71. 15 de septiembre de 2004. República de Panamá.
- Código Penal de la República de Panamá. Ley 14 de 2007. Artículos 226, 290 y 292. 26 de abril de 2010. República de Panamá

Jurisprudencia

- Tribunal Constitucional Español. Sala Primera. Sentencia 88/1985.
- Magistrado sustanciador Ángel Escudero del Corral. 19 de julio de 1985.
- Tribunal Constitucional Español. Sala Segunda. Sentencia 106/1996. Magistrado sustanciador Julio Diego González Campos. 12 de junio de 1996.
- Tribunal Constitucional Español, Pleno. Sentencia 292/2000. Magistrado sustanciador Julio Diego González Campos. 30 de noviembre de 2000.
- Tribunal Constitucional Español. Sala Segunda. Sentencia 281/2005. Magistrado sustanciador Guillermo Jiménez Sánchez. 7 de noviembre de 2005.
- Tribunal Constitucional Español. Sala Primera. Sentencia 241/2012. Magistrado sustanciador Juan José González Rivas. 17 de diciembre de 2012.
- Tribunal Constitucional Español. Sala Primera. Sentencia 170/2013. Magistrado sustanciador Andrés Ollero Tassara. 7 de octubre de 2013.
- Tribunal Constitucional Peruano, Pleno. Expediente 976-2001-AA/TC. Magistrado sustanciador Alva Orlandini. 13 de marzo de 2003.
- Tribunal Constitucional Peruano, Pleno. Expediente 0004-2006-PI/TC. Magistrado sustanciador Víctor García Toma. 29 de marzo de 2006.