



Privacidad, trabajo y derecho

Privacy, labour and law

José Luis Ugarte Cataldo*

Resumen:

En el presente trabajo, se buscan analizar -desde una dimensión estrictamente jurídica- dos problemas actuales que presenta el cruce entre trabajo y privacidad: por un lado, la determinación del ámbito protegido del derecho a la privacidad, es decir, el contenido de este derecho al interior de la relación de trabajo; así, se sostendrá una concepción dogmática amplia, entendiendo la misma no sólo como secreto sino también como derecho de autodeterminación. Por otro lado, cuáles son los límites de la privacidad, a efectos de resolver los eventuales conflictos que el ejercicio de este derecho genere con los poderes jurídicamente reconocidos al empleador.

Abstract:

This work analyses -from a strictly legal dimension- two current problems that the confrontation between work and privacy presents: on the one hand, the determination of the protected area of the right to privacy, that is, the content of that right within a labour relationship; thus, a dogmatic wide conception will be sustained, understanding it not only as a secret but also as a right of self-determination. On the other hand, what are the limits of privacy, in order to solve the possible conflicts between this right and those that are recognized to the employer.

Palabras clave:

Privacidad – Derechos Fundamentales – Trabajo – Ponderación.

Keywords:

Privacy – Fundamental Rights – Work – Weighting

Sumario:

1. Derecho a la privacidad – 2. Los límites de la privacidad en la empresa: proporcionalidad laboral – 3. Correo electrónico y privacidad del trabajador – 4. Bibliografía

* Doctor en Derecho Universidad de Salamanca. Profesor Derecho del Trabajo Universidad Diego Portales, Chile. Contacto: jose.ugarte@udp.com

1. Derecho a la Privacidad

La privacidad está -en la empresa contemporánea- en riesgo. Durante mucho tiempo, la empresa fordista tenía un límite territorial que garantizaba la privacidad por alcance: al abandonar la fábrica el trabajador se ponía fuera del alcance del poder empresarial. Por eso, la imagen de la empresa panóptica -lucidamente sostenida por FOUCAULT- tenía pleno sentido: la fábrica -como la cárcel- era un espacio físico donde el empresario pretendía controlar cualquier espacio e intersticio. Se habló, entonces, de la empresa panóptica en la doctrina laboral¹.

Pero la tecnología de la información no solo permite que ese panóptico sea realidad, sino mucho más. La informática y las nuevas formas de comunicación digital a las que da lugar -en este caso, entre empleador y trabajador-, diluye cualquier espacio físico como límite o frontera. El poder sobre el trabajador deja de reconocer fronteras físicas, constituyéndose como un espacio pleno de transparencia a la luz empresarial, muy propio de las sociedades de control sugerida por DELEUZE².

Desde la dimensión estrictamente jurídica, el cruce entre trabajo y privacidad impone dos cuestiones fundamentales para resolver: primero, cómo se va a determinar el contenido de ese derecho de cara a su ejercicio dentro de la empresa, y segundo, cómo se van a resolver los eventuales conflictos que ese ejercicio genere con los poderes jurídicamente reconocidos al empleador.

Dicho de otro modo, y parafraseando la célebre expresión, si la intimidad va a ingresar a la fábrica, quedan dos inquietudes centrales por responder: cuánta intimidad entra con el trabajador, y cómo se arreglará el problema que ese ingreso provocará con la propiedad del empleador.

El primero, es el problema que técnicamente se denomina del ámbito protegido del derecho a la privacidad, esto es, la delimitación del derecho. El segundo, es el problema de la solución de los conflictos entre ese derecho y el derecho -también fundamental- del empleador a decidir qué hacer en su empresa, ya sea que eso se encaje en la propiedad privada, como en Chile (artículo 19, número 24 de la Constitución), o en la libertad de empresa como en España (artículo 38 de la Constitución) o en Perú (artículo 59 de la Constitución de 1993).

¿Qué es lo protegido por el derecho de la privacidad?

Más allá de la aparente pluralidad de ideas sobre lo privado, resulta posible relevar dos grandes líneas de la reflexión y en algún sentido de la praxis jurídica acerca de lo que dicho derecho debe reflejar.

La primera posibilidad es entender como privacidad el derecho a un espacio vital cuyo acceso queda vedado para los otros, eso que se ha denominado derecho al secreto. Puestos en palabras de CARBONNIER "el derecho del individuo de tener una esfera secreta de vida, de la que tenga poder de alejar a los demás"³. En ese espacio opaco al que el individuo tiene derecho, hay que precisarlo, caben numerosos aspectos de la vida: ideas y creencias religiosas, la vida sexual y amorosa, vida familiar, estado de salud, comunicaciones escritas u orales, la vida pasada del sujeto, orígenes familiares, estado civil, y en general "todo dato, hecho o actividad personal no conocidos por otros, cuyo conocimiento por terceros produzca turbación moral o psíquica al afectado"⁴.

En algunas tradiciones legales, el contenido de la privacidad como secreto es complejo y abarca todos los aspectos de la vida privada bajo un solo derecho -como en Estados Unidos- y en otros -como en Chile, España o Perú- los distintos aspectos de la privacidad han dado lugar a diversos derechos, aunque todos interrelacionados: a la vida privada, la imagen, la intimidad, la inviolabilidad de las comunicaciones.

1 Ha tenido éxito vincular al panóptico foucaultiano con los mecanismos tecnológicos de la informática para controlar a los trabajadores de la empresa, particularmente en la sociología del trabajo, ver Graham Sewel et al., "Someone to watch over me: surveillance, discipline and the just-in-time labour process", *Sociology* 26, no. 2 (Mayo 1992): 271-289, <https://doi.org/10.1177/0038038592026002009>. Desde ahí la idea de la "empresa panóptica" será también un fórmula descriptiva del Derecho del Trabajo, ver Jesús Mercader, "Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías ¿hacia una empresa panóptica?", *Relaciones Laborales*, no. 10 (2001): 11-31.

2 El autor del Anti-Edipo precisa que "se nos enseña que las empresas tienen un alma, lo cual es sin duda la noticia más terrorífica del mundo. El marketing es ahora el instrumento del control social, y forma la raza impúdica de nuestros amos. El control es a corto plazo y de rotación rápida, pero también continuo e ilimitado, mientras que la disciplina era de larga duración, infinita y discontinua". Gilles Deleuze, "Posdata sobre las sociedades de control", en *El lenguaje literario*, T 2, Comp. Christian Ferrer (Montevideo: Ediciones Nordan, 1991), 117.

3 Jean Carbonnier, *Derecho Civil*, Tomo I (Barcelona: Bosch, 1965), 239.

4 Eduardo Novoa, *Derecho a la vida privada y libertad de información* (Santiago: Siglo XXI, 1977), 46.

La otra dimensión de la privacidad es entenderla, además, como autonomía. En este caso, como se ha destacado, corresponde al derecho a adoptar decisiones respecto de la propia vida sin la injerencia de terceros -derecho general de autonomía⁵. Es, para decirlo en forma sencilla, el ideal del autogobierno. Así “cuando hablamos de privacidad pensamos, a un tiempo, en dos cosas, o que se nos excluya –según la fórmula de Sartre- de la mirada de los otros (privacidad como intimidad), o que en cambio, nuestra voluntad cuente respecto de nosotros mismos y respecto de los demás y que nos constituya como sujetos (privacidad como autonomía)”⁶.

Por ello, mientras una exige opacidad, la otra supone todo lo contrario: visibilidad. Y en esa perspectiva, ambas dimensiones de la privacidad tienen sentido para el trabajador y sirven para moldear la relación entre ese derecho y el poder empresarial. Mientras la privacidad como secreto le permite al trabajador mantener en la opacidad aspectos de su vida, denegando el acceso al panóptico empresarial, la privacidad como autonomía le permite -junto con el secreto- algo adicional: constituirse como sujeto propio y único, visibilizando su peculiar e individual percepción del mundo ante un espacio social tensionante a dicha visibilización, como es la empresa.

De este modo, que el empleador no intruse el correo electrónico del trabajador es una exigencia de la privacidad -o del secreto de las comunicaciones, según corresponda- como espacio secreto; que el empleador deba respetar el modo que el trabajador diseña y modela como será visto hacia afuera -con aros, piercing o barba o clásico o como miembro de una minoría sexual o cultural- o como exhibe su carácter -sereno, directo, tímido o apagado- deriva de la privacidad como autonomía⁷.

¿Cómo debe entenderse, entonces, la privacidad en la especificación del derecho fundamental que la protege?

Hay potentes razones sustantivas para decantarse por una interpretación amplia del derecho en cuestión. No solo las de carácter interpretativos que explicaremos más adelante -entre ellas el *principio pro-homine*-, sino por razones de coherencia constitucional.

Es que si asumimos, que nuestras normas constitucionales garantizan la libertad y la autonomía como valor fundamental, sostenida en la dignidad humana, entonces parece concluyente proteger todas las manifestaciones que se puedan asociar a la idea de la privacidad. En ese sentido, la introducción de la privacidad de la mano de una concepción dogmática amplia -entendiendo la misma no sólo como secreto, sino también como derecho de autodeterminación- es un hecho significativo para la sociedad en su conjunto, en cuanto vigoriza y aumenta el pluralismo y la disidencia social.

La razón de esto es que, si la intimidad y privacidad se entiende de un modo complejo y compuesto -tanto como derecho a la reserva y secreto como derecho a la autonomía- entonces no sólo opera como un límite al poder empresarial, sino que, además, puede proveer de un potente resguardo al pluralismo social, en el sentido del respeto a los modos de vida que cada uno desee sostener, particularmente los trabajadores. Pluralismo social que es, a todo esto, componente básico y nuclear de una sociedad política democrática.

¿Qué tiene que ver la democracia con mirar la privacidad de los trabajadores desde la autonomía?

La relación es fundamental pero no evidente: las mejores teorías de la democracia contemporáneas la explican como un procedimiento deliberativo entre ciudadanos que concurren a esa deliberación pública y razonada sin sujeciones arbitrarias de terceros, lo que exige un espacio de constitución de la voluntad libre de interferencias arbitrarias o coacciones. Pues bien, ese espacio, precisamente, es el que ayuda a asegurar la privacidad como autonomía.

Ahí lo privado y lo público lejos de ser antagonistas se suponen uno al otro.

Para ser ciudadanos activos en el proceso de debate público que supone la democracia, se requiere de un espacio privado que permita a las personas constituirse como sujetos dialogantes que estén en condiciones

5 Carlos Peña, “Informe sobre proyecto de ley de protección al honor y la intimidad de las personas”, en *Cuaderno de análisis jurídico. Colección Derecho Privado I*, ed. Carlos Pizarro (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2004), 78, <https://doi.org/105354/0719-2517.2012.25753>.

6 Carlos Peña, “Notas sobre la relación entre privacidad y autonomía”, *Revista Derecho y Humanidades*, no. 8 (2001): 218.

7 Es hartamente evidente que de estas dos concepciones recién retratadas la cultura legal chilena -como buena parte de la latinoamericana-, ha girado en el pasado en torno a la que ve en lo íntimo y lo privado una expansión de la propiedad, a veces simplemente material, identificando el hogar con lo privado, a veces como espacio inmaterial, protegiendo zonas de la vida -como las comunicaciones- que deben quedar alejadas del conocimiento de terceros.

de decidir cómo presentarse a sí mismos y a sus ideas frente al resto. De ahí *"la idea –sugerida por la experiencia griega- que lo público se soporta en lo privado y que, por lo mismo, el deterioro de lo privado acaba desmedrando lo público"*⁸.

Ahora el tránsito de lo privado a lo público no se hace desde la nada, sino de un espacio comúnmente olvidado que es lo social. El sujeto, que al amparo de la autonomía que la privacidad le asegura se construye a sí mismo, no llega al espacio de la deliberación pública -la democracia- desde la nada. El sujeto transita desde lo privado a lo público mediatizado por una compleja red de espacios que lo tiene como actor, tales como juntas vecinales, grupos ciudadanos de la más variada índole, sociedades científicas, y por supuesto, la empresa y el trabajo, y en fin, todo aquello que constituye eso que se denomina espacio social.

Y ahí entonces, entre lo privado y lo público se cuela lo social. Y aparece con luz destellante la empresa por una cuestión que no es difícil de advertir: hay pocas dudas de que uno de los espacios sociales más relevantes para buena parte de las personas en las sociedades modernas es la empresa y la compleja red de relaciones que se construyen en torno a ella.

La pregunta que surge, obvia, en ese punto es: ¿cómo podrá un ciudadano construir y sostener en el espacio público de la deliberación democrática, el discurso de la diferencia -en particular de las minorías sexuales, religiosas, culturales- si en el espacio más relevante de las sociedades modernas -el trabajo- esas diferencias son reprimidas y sujetas a la coacción del empleador?

En ese punto, lo privado como un derecho de contenido amplio muestra toda su sutil relevancia: nos permite retirarnos hacia nosotros mismos, opacando a los ojos de lo público nuestro espacio íntimo, pero al mismo tiempo, nos permite volver sobre nuestros pasos para volcar hacia afuera eso que hemos construido y moldeado alejado de las miradas, mostrándonos como ciudadanos autónomamente constituidos.

Lo relevante de la privacidad, entonces, no es sólo que permite mantener alejado de las miradas del panóptico empresarial los correos electrónicos, sino que permite a las personas mostrarse tal como han decidido ser y estar en un espacio social marcado por el poder autoritario como es la empresa. Es aquí, a todo esto, cuando se esgrime la privacidad como autonomía, donde el trabajador se vuelva en algún sentido ciudadano. Y ahí queda poco que agregar: en sociedades fuertemente autoritarias y homogéneas como las latinoamericanas, que un derecho fundamental -como el de privacidad- vigore la diversidad y el disenso social, y permita consecuentemente refinar el pluralismo político y la democracia, es una noticia relevante.

La concepción amplia que se acaba de describir -vinculando la privacidad no sólo al secreto sino también a la autonomía- es una razonable opción de especificación de las normas constitucionales -en el caso chileno la del artículo 19, número 4-, que, por lo demás, ha sido recepcionada en Chile por la jurisprudencia de la Corte Suprema⁹.

En efecto, la opción de fijar un ámbito protegido extenso de la privacidad es especialmente coherente desde el punto de vista interpretativo, atendida una tesis normativa amplia de los derechos fundamentales entendidos como normas abiertas y genéricas, que pueden dar lugar a situaciones de derrotabilidad por la vía de la ponderación y proporcionalidad.

La privacidad supone, entonces, un doble reconocimiento: de la facultad del trabajador de excluir del conocimiento y control de terceros -incluido el empleador- de aquellos espacios considerados privados, y de la facultad del trabajador de exhibirse ante terceros -incluido el empleador- con la imagen y el carácter que autónomamente decida sostener.

¿Qué espacios pueden ser reclamados como propios de las expectativas de privacidad del trabajador?

La privacidad del trabajador tiene como ámbito protegido tres dimensiones: la personal, la espacial y la virtual.

La privacidad personal dice relación con la dimensión física del trabajador y sus objetos personales. Incluye la protección de su corporalidad, los fluidos corporales, datos biológicos y biométricos, y se extiende a

8 Carlos Peña, "Notas sobre la relación entre privacidad y autonomía", *Revista Derecho y Humanidades*, no. 8 (2001), 219, <https://doi:10.5354/0719-2517.2012.25753>

9 La Corte Suprema ha sostenido -a propósito de la licitud de la grabación secreta como medio de prueba- que *"es posible distinguir dos aspectos claves que el derecho a la privacidad debe reflejar: por una parte, el derecho a un espacio vital cuyo acceso queda vedado a terceros y, por la otra una dimensión de autonomía, reflejada en el derecho a adoptar decisiones respecto de la propia vida sin injerencia de otros."* (Corte Suprema, Rol 35159-2017).

sus objetos personales: pertenencias y documentos, bolsos, herramientas, contenedores, medicina, computador personal, automóvil, etc.¹⁰

La privacidad espacial se refiere a aquellos ámbitos de la vida individual y social respecto de las cuales se puede, según las convenciones sociales dominantes, erigir una pretensión de privacidad u opacidad, esto es, de exclusión de conocimiento de terceros, particularmente del empleador.

Dichos espacios vitales protegidos son dinámicos, y comprenden la imagen y apariencia personal, la indumentaria y los artefactos estéticos (aros y/o piercings), los datos personales, la vida sexual y familiar, las relaciones afectivas y sentimentales, las creencias personales e ideológicas, las actividades recreativas, la ubicación geográfica, los movimientos y traslados, el hogar y otros análogos. Dentro de este espacio de privacidad se incluye como espacio relevante la imagen personal. Entendido tanto como el aspecto personal, incluida la vestimenta, como la captación o grabación de esa imagen¹¹.

La privacidad virtual o tecnológica, a su turno, dice relación con la protección de la opacidad en las zonas que la realidad virtual pone a disposición de los sujetos. Dicha zona virtual incluye las formas de comunicación informática como el correo electrónico o los sistemas de mensajería, y los de comunicación directa (Whatsapp o Telegram, etc.), la navegación por internet y los espacios de interacción social por vía tecnológica respecto de los cuales puede pretenderse una expectativa de privacidad (redes sociales, por ejemplo, Facebook, Instagram).

La decisión acerca de si es posible erigir una pretensión de privacidad en las diversas dimensiones señaladas, supone la utilización de parámetros éticos-sociales: se exige que esa pretensión esté justificada en las convicciones sociales dominantes acerca de aquello que debe ser excluido -si su titular lo desea- del conocimiento de terceros.

Desde el punto de vista activo, el trabajador tiene la facultad de decidir impedir el acceso de terceros a las zonas y espacios señalados, y la de ejercer las acciones necesarias para exigir el respecto de la opacidad de los aspectos vitales comprendidos en el derecho de privacidad.

Pero también, como ya se ha precisado, la privacidad no solo sirve para opacar aquellos espacios regidos por la pretensión de privacidad, sino que también incluyen la facultad de diseñar y exhibir con libertad su imagen -el aspecto físico, la indumentaria y los artefactos estéticos- y el carácter personal.

Desde el punto pasivo, el contenido del derecho impone al empleador determinadas consecuencias jurídicas que dicen relación con la opacidad y autonomía que el derecho busca garantizar:

- Prohibición de intrusión en los espacios privados ya señalados por cualquier medio;
- Prohibición de adoptar represalias por la negación del trabajador a consentir en el acceso a dichos espacios;
- Prohibición de utilizar datos, información o hechos que correspondan a algún espacio privado del trabajador;
- Prohibición de restringir, por cualquier medio, la autonomía del trabajador en relación a la exhibición de uno o más de aspectos propios de su privacidad tales como la apariencia externa del mismo, incluyendo el aspecto físico en sentido estricto, la indumentaria, los adornos y artefactos estéticos, etc.

2. Los límites de la privacidad en la empresa: proporcionalidad laboral

Determinado el ámbito protegido por el derecho de la privacidad -la denominada delimitación del derecho- queda una segunda cuestión tan relevante como la primera: cómo se hace para solucionar aquellos casos donde este derecho del trabajador se encuentra cara a cara con facultades o poderes del empleador que

¹⁰ Por objetos personales debe "entenderse aquellos sobre los cuales la persona tiene algún derecho de uso exclusivo, aunque no necesariamente la propiedad, y sobre los cuales tiene un interés de privacidad". Rodolfo Figueroa, *Privacidad* (Santiago: Ediciones Diego Portales, 2014), 115.

¹¹ La jurisprudencia comparada ha reconocido la "imagen" como un derecho del trabajador asociado a la privacidad. De este modo, la jurisprudencia francesa ha sostenido que "*la negación del trabajador de llevar bata blanca durante el trabajo no puede ser constitutiva de una falta a no ser que la obligación de llevar dicha vestimenta estuviera justificada por la naturaleza de la labor a desarrollar y la proporcionalidad del objetivo perseguido*" (Corte de Casación, Soc. 1 de febrero de 1998, Dr. Soc., 1998, p. 506.). Ver Phillippe Auvergnon, "Poder de dirección y respeto de la persona asalariada", en *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, Coord. Ricardo Escudero (Madrid: La Ley, 2005), 33-57. En el caso de la jurisprudencia constitucional española el aspecto físico constituye "*el primer elemento configurador*" de la intimidad, declarándose nulo el despido de un trabajador -deshuesador de jamones- motivado por su negativa a ser objeto de una filmación en una presentación pública, fundado en su derecho a la imagen (STC 99/1994).

corresponde, a su turno, a una parte del ámbito protegido de uno o más derechos fundamentales del empleador, como la propiedad¹².

Se trata de los problemas de los límites de la privacidad. Entendemos por límites de un derecho fundamental, otros derechos e intereses constitucionales que se le pueden oponer en un caso concreto. De este modo, se distingue entre el ámbito protegido de cada derecho -los contornos y deslindes- de sus límites.

Se asume, además, que las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales son de carácter derrotables. Esto quiere decir que las excepciones para la aplicación del derecho que consagran no están determinadas en la propia norma y, por tanto, pueden ser expresadas por la vía del razonamiento jurídico en casos de confrontación con otros derechos fundamentales.

En ese sentido, no toda afectación de la privacidad del trabajador derivará en una colisión o conflicto de derechos, sino solo aquellos donde la restricción de posiciones protegidas por la privacidad son resultado del ejercicio de facultades que estén adscrita a uno o más derechos constitucionales del empleador.

Si la conducta empresarial es ilegal o no dice relación con una facultad soportada por un derecho fundamental que se oponga a la privacidad, no hay colisión alguna que resolver, sino lisa y llanamente una vulneración. En ese sentido, la conducta empresarial de acoso laboral o sexual que implica una afectación de la privacidad del trabajador, o la pretensión del empleador de regular las relaciones afectivas entre sus empleados, no dan lugar a una confrontación entre derechos fundamentales, en un caso porque se trata de una conducta ilegal, en el otro porque esa pretensión empresarial no se vincula a ningún interés de reconocimiento constitucional del empleador. Se trata de casos donde se lesiona lisa y llanamente la privacidad.

Esto es muy relevante, porque puede que antes que un problema de colisión o tensión entre derechos se trate de un caso de aplicación de una regla legal que inhibe la actuación empresarial, dependiendo cada caso, obviamente, de la regulación legal de cada país.

En el restante de los casos, esto es, en los que sí existe ese conflicto recién se plantea el problema de los límites: ¿cómo deberían resolverse los múltiples cruces entre parte de la realidad que se entiende corresponde a la privacidad o intimidad del trabajador –tales como correo electrónico, hábitos personales, opciones sexuales- con las eventuales invasiones que en el ejercicio de sus facultades podría ser impulsadas por el empleador?

De partida, antes que todo, existe la posibilidad de que exista legislación que resuelva ese cruce. No tenemos noticia de que exista algo así -una normativa legal laboral que regule sistemáticamente el problema- aunque sabemos que hay normativa que resuelve algunos aspectos particulares o específicos del problema: la regulación del correo electrónico en el trabajo como las *Regulations of Investigatory Powers Act 2000 en Inglaterra*, o la solicitud empresarial de información sobre hechos privados como el estado de deuda comercial o la maternidad a los cuales hace referencia los artículos 2 y 194 del Código del Trabajo chileno.

En el resto de los casos, es necesario recurrir a la proporcionalidad laboral como mecanismo de razonamiento jurídico para su solución.

¿Cómo opera el principio de proporcionalidad en el caso del derecho a la privacidad?

El principio de proporcionalidad en general implica la realización de tres juicios o sub-principios: el de la idoneidad, el de la necesidad y el de la proporcionalidad en sentido estricto.

El juicio de idoneidad exige que la restricción al derecho fundamental de que se trate permita alcanzar efectivamente un fin legítimo, entendiendo por tal, un fin o interés de naturaleza constitucional. La idea relevante en este sub-principio es rechazar, por desproporcionadas, las medidas o conductas inidóneas del empleador. En uno de los primeros casos planteados en Chile sobre esta problemática, el denominado caso del “polígrafo” fue la pretensión de una empresa aérea de “controlar el consumo y tráfico de drogas al interior de la empresa”, por vía de someter a los trabajadores a un detector de mentira, esta fue considerada una

12 Parece una cuestión, a esta altura pacífica, que el derecho constitucional contemporáneo -por diversas vías- reconoce un poder de vigilancia y control al empleador sobre el trabajo, como lo certifica la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “reconoce que la empresa empleadora tiene un interés legítimo en garantizar un buen funcionamiento de la empresa, lo que puede hacer mediante la creación de mecanismos que garanticen que sus empleados desempeñen sus funciones profesionales de manera adecuada y con la celeridad requerida” (Sentencia TEDH caso Barbulescu contra Rumania, 5 de Septiembre del 2017).

medida no idónea e inconducente para el fin perseguido, y que afectaba diversas garantías constitucionales del trabajador, entre ellas la privacidad del trabajador¹³.

Al juicio de necesidad, por su parte, le importa que la medida o restricción del derecho fundamental sea indispensable para lograr el fin legítimo, no existiendo una alternativa más benigna con el derecho fundamental en cuestión. En ese sentido, será necesaria y proporcionada la conducta del empleador que restringe derechos fundamentales del trabajador sólo cuando no exista un medio menos gravoso de obtener el objetivo perseguido.

De este modo, la instalación de un escáner en una empresa de medicamentos que permite una imagen real del cuerpo de los trabajadores, y que busca por parte de la empresa cumplir con el control de su patrimonio -junto con el resguardo de la salud pública-pretendiendo evitar el posible hurto de productos farmacéuticos, es considerada lesiva del derecho de privacidad de los trabajadores por innecesaria por la jurisprudencia laboral chilena: *“en este punto es un hecho establecido en el considerando undécimo, que la sociedad denunciada estuvo en situación de implementar un mecanismo de imagen, con el mismo escáner EqO, que no implicase que una persona, cualquiera fuese esta, pudiese ver, aun sin el rostro, el cuerpo de los revisados y, en específico sus partes genitales y otras íntimas. En específico pudo implementar un mecanismo donde la imagen fuese un comic, que no dejase al desnudo y a la vista el cuerpo del trabajador. La sola reflexión anterior, hará concluir a este sentenciador que no se cumple el subjuicio o principio de necesidad, toda vez que la sociedad denunciada, con un mínimo de diligencia y cuidado, pudo haber implementado un sistema de imagen que fuese menos lesivo para la intimidad corporal”*¹⁴.

Por último, se utiliza el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Sólo si la restricción es considerada idónea y necesaria, corresponde, y sólo en ese caso, revisar si, además, es proporcional en sentido estricto.

Cuando, para el logro de una finalidad legítima derivada de un derecho fundamental, se requiere indispensablemente la restricción de otro derecho fundamental de modo tal que la satisfacción de uno sólo puede realizarse a costa del otro, debe aplicarse el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que en los términos de ALEXY puede expresarse, como ya lo habíamos adelantado, en la denominada ley de la ponderación: cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de no satisfacción de un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro¹⁵.

Esta operación, exige tres pasos básicos; primero, determinar el grado de afectación o restricción de un derecho fundamental; segundo, determinar el grado de importancia del derecho que opera en sentido contrario; y tercero, deben compararse ambos para establecer si la importancia de uno justifica la restricción del otro. Para hacer operativa esta operación de asignación de peso, y por ende, permitir la comparación entre los derechos en colisión, se propone una escala triádica de intensidad: grave, media o leve.

En el juicio de proporcionalidad en sentido estricto el derecho más importante, de acuerdo al juicio de valor de intensidad efectuado, atendido las premisas normativas y fácticas, desplaza al derecho menos importante para ese caso en concreto¹⁶.

El núcleo de la ponderación en sentido estricto: la comparación entre el grado de intensidad de la afectación del derecho fundamental, en nuestro caso del trabajador, con el grado de importancia del derecho fundamental en que se sostiene la conducta que genera la colisión, en nuestro caso del empleador. La finalidad de esa comparación es el establecimiento de la relación de “precedencia condicionada”: de precedencia porque un derecho desplaza la satisfacción del otro derecho, y condicionada porque sólo vale para esa colisión en esas circunstancias en concreto.

13 La jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, en el Dictamen 684-50/1997, concluye que *“el uso del polígrafo aplicado a la selección de personal, así como a los trabajadores que actualmente se desempeñan en su empresa, para los fines de prevenir delitos, contrabando y tráfico de drogas y estupefacientes, es contrario al orden jurídico laboral chileno”*.

14 2° Juzgado del Trabajo de Santiago, T 320-2015. En el mismo sentido, la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo evaluó un nuevo sistema informático de control de los trabajadores denominado WIN VNC, que permite el control a distancia de los computadores de los empleados, como si el empleador estuviese delante directamente del computador controlado. Al respecto, dicho organismo de fiscalización lo considera lesivo del derecho de intimidad del trabajador porque: *“en virtud de este principio de proporcionalidad, se exige que la medida limitativa, en este caso el control por medio del referido programa computacional, sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa, lo que, en la situación en análisis, evidentemente no ocurre, ya que existen variadas otras formas que el empleador puede utilizar para controlar la prestación de los servicios y que son menos restrictivas de los derechos fundamentales del trabajador, especialmente en lo referido al derecho a su intimidad”* (3441/072 del 20.08.08).

15 Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 71.

16 Como lo ejemplifica BERNAL *“la afectación de la vida y la salud de una niña, que se origina al permitir a los padres evangélicos no llevarla al hospital, podría catalogarse como intensa, dado el peligro de muerte; de forma correlativa, la satisfacción de la libertad de culto de los padres, que se derivaría de dicha permisión sólo como media o leve”*. Carlos Bernal, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 228.

De este modo, la intromisión en el correo corporativo individual y cerrado del trabajador es una afectación grave de la privacidad del trabajador, que no se ve justificada por la simple vigilancia sobre el uso laboral del mismo por parte de la empresa, menos si esa revisión no se ve soportada en sospechas intensas y acreditadas de uso ilícito del mismo, deviniendo en una lesión del citado derecho. Asimismo, la vigilancia por medios tecnológicos que recae directamente sobre el trabajador, como cámaras de televisión, debe ser considerada una medida intensa de afectación de la privacidad que no se vería justificada en términos de proporcionalidad por el interés de controlar los riesgos sobre el patrimonio empresarial.

¿Qué ocurre si efectuada esa comparación persiste la duda por un juicio de intensidades equivalentes?

La aplicación de la proporcionalidad en materia laboral supondrá en algunos casos una dimensión específica y complementaria derivada del Derecho del Trabajo: la aplicación de *favor debilis (in dubio pro-operario)*.

La existencia de una regla jurídica de desempate es especialmente relevante en el marco de un contrato de trabajo: existen importantes posibilidades de que los eventuales conflictos de derechos fundamentales entre las partes tiendan a generar casos difíciles, derivado de una situación de equivalencia o de empate, especialmente en el grado de "intenso" o "grave". Ello, por la fuerte implicación personal que el escenario laboral importa para el trabajador -la inescindibilidad entre la persona y el trabajo-, y la inevitable tensión con la racionalidad económico-productiva que constituye el sentido principal y casi excluyente de la actividad empresarial.

En el *iter* del contrato de trabajo no será difícil, entonces, imaginar diversas hipótesis de conflicto entre el derecho de la privacidad del trabajador y uno o más derechos fundamentales del empresario, cuyo grado de afectación y de importancia, respectivamente, tienda a ser equivalente. En dichos casos, la proporcionalidad laboral exige que se tome en cuenta la posición preferida por el Derecho en su conjunto que es la representada por la afectación del derecho fundamental del trabajador, expresado en la formula normativa *in dubio pro debilis*, decidiendo esos casos difíciles en su favor.

Precisamente uno de esos casos, es el de la vigilancia empresarial de los trabajadores, particularmente el uso del correo electrónico.

3. Correo electrónico y privacidad del trabajador

En diversas tradiciones jurídicas se ha reconocido, a esta altura, que el correo electrónico es un espacio donde existe legítima expectativa de privacidad del trabajador¹⁷.

No se hace referencia al caso del correo personal -cuyo carácter privado nunca estuvo en duda- sino al correo corporativo o institucional, esto es, aquel que deriva de una cuenta cuya propiedad corresponde a la empresa y que ha sido puesto por la misma a disposición del trabajador.

La cuestión problemática, que ha dado lugar a una abundante literatura jurídica en el derecho comparado¹⁸, es sobre la procedencia de la revisión y control del contenido del correo corporativo o empresarial, particularmente cuando en razón de esa intromisión se adoptan decisiones empresariales que afectan al trabajador, como sanciones disciplinarias o el despido¹⁹.

17 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que los correos electrónicos enviados desde el lugar de trabajo están incluidos dentro del "derecho a la vida privada" y "de correspondencia" del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (STEDH del 3 de Abril de 2007, caso Copland contra Reino Unido). En el caso del derecho francés, la sentencia de la Corte de Casación (N°99-42.942/2001) en el caso conocido como "Nikon", estableció que el "empresario no puede tener conocimiento de los mensajes personales enviados por un trabajador y recibidos por éste a través de un útil informático puesto a su disposición para su trabajo" sin violar el secreto de correspondencia, aunque el empleador "haya prohibido la utilización no profesional del ordenador, ya que el trabajador tiene derecho, incluso en su tiempo y lugar de trabajo, al respeto de su vida privada". En el caso chileno, tanto la jurisprudencia judicial en base al derecho a la privacidad (T-385-2011 del 2º Juzgado del Trabajo de Santiago), como la jurisprudencia constitucional en base al secreto de las comunicaciones (Rol N° 2379-13-INA), han reconocido el carácter privado del correo corporativo.

18 Por todos ver Jesús Mercader, *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robotica* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 121 y ss.

19 Sin perjuicio de apuntar la dimensión penal del problema de la revisión del correo electrónico del trabajador. En el caso del derecho chileno COUSO ha sostenido, en relación al tipo penal de acceso no autorizado y revelación de datos contenidos en sistemas tratamiento de información (artículo 2 y 4 de la Ley de Delitos Informáticos), que "el tenor de estas disposiciones no parece oponer problemas, prima facie, para subsumir en ellas la intromisión del empleador en los correos electrónicos del trabajador. Pues en tal caso se accede a datos de un sistema de tratamiento de los mismos, el servidor del remitente del correo electrónico, sin autorización de alguno de los titulares de los datos el remitente o el destinatario". Jaime Couso, "Relevancia penal de la intromisión del empleador en los correos electrónicos de sus trabajadores", *Revista de derecho (Coquimbo)* vol. 25, no. 2 (2018): 29-76.

Como ya se ha sostenido antes, la mejor forma de resolver esta compleja cuestión es recurrir a la idea de proporcionalidad y determinar si la intervención del correo del trabajador fue idónea, necesaria y proporcionada.

Esta forma de razonamiento ponderativo es relevante en la jurisprudencia internacional sobre la materia. De ese modo, precisamente, ha sido la forma de argumentación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia: *“en estas circunstancias, parece que los órganos jurisdiccionales nacionales no consiguieron, por un lado, comprobar, concretamente, si el empleador había notificado previamente al demandante la posibilidad de que sus comunicaciones en Yahoo Messenger iban a ser controladas y, por otro, tener en cuenta que no se le había informado de la naturaleza y alcance de la vigilancia a que iba a ser sometido, así como del grado de intrusión en su vida privada y en su correspondencia. Por otra parte, no determinaron, en primer lugar, qué motivos concretos justificaban la introducción de las medidas de control, en segundo lugar, si el empresario pudo haber utilizado medidas menos intrusivas para la vida privada y la correspondencia del demandante y, en tercer lugar, si el acceso al contenido de las comunicaciones hubiera sido posible sin su conocimiento (apartados 120 y 121)”* concluyendo *“a la luz de todas las consideraciones anteriores y sin perjuicio del margen de apreciación del Estado demandado, el Tribunal considera que las autoridades nacionales no protegieron adecuadamente el derecho del demandante respeto de su vida privada y su correspondencia y que, por lo tanto, no valoraron el justo equilibrio entre los intereses en juego. En consecuencia, se había producido una violación del artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572)”* (Sentencia TEDH, 5 septiembre 2017, caso Barbulescu contra Rumania, párrafo 39).

Ahora, en este punto, parece relevante, más allá de las múltiples decisiones judiciales en el derecho comparado en aplicación de la proporcionalidad, revisar la posibilidad diseño de una regla que permita enfrentar de modo más determinado –y universal- la cuestión de la vigilancia del correo electrónico de la empresa.

¿Es posible la construcción de tal regla?

Ello supone determinar las propiedades relevantes que deben ser tenidas en cuenta para todos los casos que formen parte del universo de casos que se busca resolver, en este caso del control del correo corporativo por parte del empleador, todo a la luz de los casos paradigmáticos resueltos por la jurisprudencia. Como explica MARTINEZ *“es necesario contar con criterios normativos o valorativos para seleccionar cuáles son esas circunstancias que tanta incidencia tienen en la determinación del peso de los elementos en conflicto”*²⁰.

De partida, en estos casos confluyen en el mismo espacio, en un caso físico -las instalaciones y dependencias-, en otro virtual -el correo electrónico- pretensiones constitucionales incompatibles: las de control y transparencia del empleador, las de opacidad y reserva del trabajador. Desde el punto de vista de los derechos involucrados, el empleador soporta su pretensión en la titularidad de la propiedad de esos espacios, y el trabajador opone para proteger su pretensión, la privacidad como derecho del mismo rango. La regla expuesta en esta materia supone la construcción de un mandato de prohibición de intromisión en la privacidad del trabajador, y el señalamiento de las circunstancias en que dicho mandato puede ser derrotado en razón de que se consideren como excepciones justificadas para superarla.

En ese sentido, la regla debe contener junto con el mandato al empleador, las condiciones (propiedades relevantes) en que dicha orden normativa pierde valor por tratarse de excepciones previstas como casos generales de no aplicación del principio. Para ello, se debe mirar ambos costados del problema: el grado de afectación para el derecho del trabajador y el grado de relevancia para los intereses constitucionales del empleador.

Las propiedades relevantes que se han considerado para la regla expuesta son en relación al grado de afectación del derecho de privacidad, lo que se determinará evaluando la intensidad de la expectativa de privacidad del trabajador. Para ello parece relevante valorar tres factores: la apertura del canal, la titularidad del mismo y la comunicación previa del control empresarial.

De partida, parece relevante centrar la idea de “expectativa de privacidad” en el caso del correo electrónico en la idea de medio o canal abierto o cerrado en relación a la utilización de clave para el acceso. La cuestión es significativa porque socialmente la clave implica un sentido de opacidad que debe ser considerado en la especificación del derecho a la privacidad. En ese sentido, un canal cerrado -con clave- supone alta expectativa de privacidad, un canal abierto -sin clave- supone baja expectativa de privacidad.

Esa apertura del correo electrónico debe ser complementada con la titularidad de la cuenta: individual

20 David Martínez, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa* (Madrid: Marcial Pons, 2007), 171.

-un trabajador- o colectiva -varios trabajadores-. De tratarse de una cuenta individual la expectativa de privacidad se fortalece, si la cuenta es colectiva, se atenúa.

De este modo, debe considerarse una expectativa media de privacidad la combinación de ambos factores del siguiente modo: canal abierto e individual, y un canal cerrado y colectivo. Y de expectativa alta de privacidad la combinación de canal cerrado e individual. En fin, de baja expectativa de privacidad si la combinación es un correo abierto y de uso colectivo.

Además, las expectativas de privacidad del trabajador -que a fin de cuentas determinarían el grado de afectación del derecho respectivo por parte del empleador- pueden en cualquiera de las combinaciones anteriores, aumentar o rebajar según la existencia de una advertencia del empleador sobre la política de revisión del contenido de los correos corporativos o institucionales²¹.

Ahora, frente al derecho de privacidad es relevante determinar el grado de importancia de la revisión del correo electrónico para los intereses constitucionales de la empresa. Esa determinación debe hacerse atendiendo a la presunta relevancia del contenido del mensaje del trabajador. Por relevancia debe entenderse la sospecha de que la información pueda afectar los intereses empresariales.

De ese modo, parece razonable entender de intensa importancia la sospecha razonable y acreditada del uso indebido del correo, esto es: (a) la comisión o preparación de la comisión de un acto ilegal -un ilícito penal, por ejemplo-; y, (b) la filtración de información reservada (secreta) y estratégica de aspectos de la empresa²².

Es necesario relevar que la justificación empresarial para la revisión del correo electrónico no dice relación con el contenido existente en el correo respectivo, sino con la sospecha o indicios previos debidamente acreditados. No forma parte de las condiciones para derrotar la prohibición el contenido propiamente tal.

En efecto, la propiedad relevante para la protección del derecho o interés constitucional del empleador no puede ser el contenido del correo respectivo, ya que ello supondría el vaciamiento total del derecho a la privacidad y conduciría al absurdo de legitimar jurídicamente un sistema de "tanteo" -salir a pescar- que permitiría al empleador revisar siempre los correos con la expectativa de una justificación ex post: el hallazgo de un contenido determinado.

De ahí, que la propiedad relevante sea no el contenido, sino la existencia de indicios o sospechas acreditadas de la existencia de un uso indebido por parte del trabajador, cualquiera sea el resultado de la pesquisa empresarial.

Y a partir de la combinación de los factores explicado, es posible la construcción de una regla de solución que vaya más allá del particularismo propio de la solución judicial de las diversas tradiciones legales de que se trate.

En ese sentido, la regla jurídica propuesta se traduce en tres subreglas:

1) Se prohíbe cualquier revisión del contenido del correo cerrado e individual salvo que: existan sospechas fundadas y acreditables de la existencia de la comisión de un ilícito de carácter legal por parte del trabajador, y se haya advertido de modo previo y efectivo la existencia de eventuales controles.

21 Como lo ha señalado la jurisprudencia internacional la advertencia del empleador al trabajador sobre el control de los correos es un elemento relevante al momento de efectuar un juicio de proporcionalidad: "el Tribunal es consciente de que la situación está cambiando rápidamente en este ámbito. Sin embargo, considera que la proporcionalidad y las garantías procesales contra el carácter arbitrario son elementos esenciales. En este contexto, las autoridades nacionales deberían tener en cuenta los siguientes factores: i) ¿El empleado ha sido informado de la posibilidad de que el empleador tome medidas para supervisar su correspondencia y otras comunicaciones, así como la aplicación de tales medidas? Si bien en la práctica esta información puede ser comunicada efectivamente al personal de diversas maneras, según las especificidades fácticas de cada caso, el Tribunal considera que, para que las medidas puedan ser consideradas conforme a los requisitos del artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572), la advertencia debe ser, en principio, clara en cuanto a la naturaleza de la supervisión y antes del establecimiento de la misma" (Tribunal Europeo de Derechos Humanos -Gran Sala-, caso Barbulescu contra Rumania. Sentencia de 5 septiembre 2017, párrafo 120). En rigor, como parece obvio, una acción unilateral del empleador como es la advertencia de registro del correo no puede jurídicamente eliminar la expectativa de privacidad del trabajador, pero sí puede rebajarla por el conocimiento del riesgo que significa para el trabajador. Pretender que el empleador pueda cancelar dicha expectativa legítima por su sola declaración, nos coloca en un absurdo: que la vigencia de un derecho fundamental depende de la voluntad unilateral del sujeto pasivo o deudor del mismo derecho.

22 Las sospechas acreditadas que justifiquen la revisión no pueden ser referidas ni a la información sobre cuestiones de la empresa de carácter no secreto, ni a datos e información del trabajador que permitan evaluar su conducta laboral -por ejemplo, su comportamiento con los clientes-. Menos cuestiones que no diga relación con la empresa. No debe considerarse de ninguna importancia para la resolución de estas cuestiones, los datos o la información personal del trabajador que no sirve para evaluar el cumplimiento de sus obligaciones laborales -por ejemplos sus preferencias sexuales o políticas o sus actividades familiares o personales-, no existiendo aquí, en rigor, juicio de ponderación alguna.

2) Se prohíbe la revisión empresarial del contenido del correo abierto e individual o el correo cerrado y colectivo salvo que existan sospechas fundadas y acreditables de la comisión o preparación de la comisión de un acto ilegal y/o de la existencia de transferencia de información estratégica de la empresa.

3) Se prohíbe la revisión empresarial del contenido del correo abierto y colectivo salvo que existan sospechas fundadas y acreditables de la comisión o preparación de la comisión de un acto ilegal, la filtración de información reservada (secreta) y estratégica de aspectos de la empresa, y/o del uso laboralmente indebido del correo electrónico.

En los casos difíciles a que den lugar las reglas 2) y 3), esto es, donde exista una duda límite de cómo debe solucionarse por las particularidades del caso concreto, parece relevante acudir al conocimiento previo por parte de los trabajadores de la existencia del control de los correos electrónicos, tanto para fortalecer la expectativa de privacidad -en caso de ausencia de conocimiento efectivo de la política de control-, como para debilitar su intensidad -en caso de presencia de dicho conocimiento-.

4. Bibliografía

Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Auvergnon, Phillippe. "Poder de dirección y respeto de la persona asalariada". En *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, coordinado por Ricardo Escudero, 33-57. Madrid: La Ley, 2005.

Bernal, Carlos. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Carbonnier, Jean. *Derecho Civil*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1965.

Couso, Jaime. "Relevancia penal de la intromisión del empleador en los correos electrónico de sus trabajadores". *Revista de derecho (Coquimbo)* 25, no. 2 (2018): 29-76.

Deleuze, Gilles. "Posdata sobre las sociedades de control". *El lenguaje literario*, T 2, compilador por Christian Ferrer, 115 - 121. Montevideo: Ediciones Nordan, 1991.

Figueroa, Rodolfo. *Privacidad*. Santiago: Ediciones Diego Portales, 2014.

Martinez, David. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

Mercader, Jesús. "Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías ¿hacia una empresa panóptica?". *Relaciones Laborales*, no. 10 (2001): 11-31.

Mercader, Jesús. *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robotica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

Novoa, Eduardo. *Derecho a la vida privada y libertad de información*. Santiago: Siglo XXI, 1977.

Peña, Carlos. "Informe sobre proyecto de ley de protección al honor y la intimidad de las personas". En *Cuadernos de análisis jurídico. Colección Derecho Privado I*, editado por Carlos Pizarro, 75 - 104. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2004.

Peña, Carlos. "Notas sobre la relación entre privacidad y autonomía". *Revista Derecho y Humanidades*, no. 8 (2001): 217 - 223.

Sewel, Graham y Wilkinson, Barry. "Someone to watch over me: surveillance, discipline and the just-in-time labour process". *Sociology* 26, no. 2 (Mayo 1992): 271-289. <https://doi.org/10.1177/0038038592026002009>.