

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

DESPIDO Y DERECHO A LA INTIMIDAD INFORMÁTICA ¿UN SISTEMA DE GARANTÍAS PENDIENTE DE CONSTRUCCIÓN?

Sentencia del TEDH, de 12 de enero de 2016 (Caso Barbulescu V Rumantia)

ESTHER CARRIZOSA PRIETO*

SUPUESTO DE HECHO: El pronunciamiento analiza la legitimidad del despido efectuado a un trabajador por haber utilizado herramientas de mensajería instantánea (Yahoo Messenger) para fines personales durante el tiempo de trabajo. Las cuentas para utilizar tales servicios se habían creado por el demandante; una de ellas tenía fines profesionales mientras que la otra era de uso exclusivamente personal.

El trabajador prestaba sus servicios desde 2006 para una empresa privada como encargado de las ventas. A petición de la empresa, creó una cuenta de Yahoo Messenger con el objeto de gestionar y responder a las consultas de los clientes. En julio de 2007, la empresa le comunica que ha efectuado un control de sus comunicaciones a través de Yahoo Messenger desde el día 5 al 13 julio y que dicho control había evidenciado el uso de Internet para fines personales en contra de las instrucciones existentes. El demandante alegó por escrito que sólo había utilizado la aplicación para fines profesionales, alegación a la que responde la empresa mostrando una transcripción de las comunicaciones del trabajador (45 páginas) en las que se reflejaban todos los mensajes que el solicitante había intercambiado con su pareja y su hermano durante el período de control a través de la cuenta profesional y de cinco mensajes que el solicitante había intercambiado con su pareja el 12 de julio 2007 utilizando la cuenta personal de Yahoo Messenger. La empresa despidió al trabajador por desobedecer las instrucciones empresariales basándose en que *“está estrictamente prohibido perturbar el orden y la disciplina dentro de las instalaciones de la empresa y... usar los ordenadores, fotocopiadoras, teléfonos y fax para fines personales”*.

El demandante impugnó el despido ante la Corte de Bucarest, alegando la

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Acreditada como Profesora Titular de Derecho del Trabajo desde Mayo 2013).

nulidad de las actuaciones pues se habían realizado lesionando sus derechos a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones, protegidos ambos por la Constitución de Rumanía (La Constitución rumana garantiza el derecho a la protección de la vida íntima, privada y familiar en su artículo 26 y el secreto a las comunicaciones en el art. 28). En virtud de Sentencia de 7 de diciembre de 2007, la Corte desestimó su reclamación basándose en que el empleador había observado el procedimiento de despido previsto por el Código de Trabajo e informado de la existencia de instrucciones o directrices empresariales que prohibían el uso de las herramientas informáticas de la empresa para fines personales. Los argumentos principales para desestimar la lesión son: a) que dentro de las facultades empresariales de control de la actividad laboral se incluye la capacidad para supervisar el uso que de los ordenadores hacen los empleados; b) que antes de que sucedieran estos hechos ya se había despedido a otro trabajador por utilizar Internet, el teléfono y las fotocopidora para fines personales; c) que la empresa había dejado claro que el uso de internet debía tener un uso exclusivamente profesional, medida que se consideró necesaria para preservar los sistemas informáticos, evitar que la empresa se viese afectada por actividades ilícitas realizadas por los trabajadores e impedir la revelación de secretos comerciales.

Frente a esta sentencia, el demandante interpuso recurso, alegando infracción del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que fue desestimado el 17 de junio de 2008 por la Corte de Apelación de Bucarest al considerar que la conducta del empleador había sido razonable y que la vigilancia de las comunicaciones del demandante fue el único medio para determinar si se había producido una infracción disciplinaria. Ante esta nueva sentencia desestimatoria, el trabajador presentó demanda de tutela ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), argumentando que la decisión de rescindir su contrato se produjo lesionando su derecho al respeto de su vida privada y a la privacidad de su correspondencia y que los tribunales nacionales no habían protegido estos derechos. Se alega, en consecuencia, el art. 8 del CEDH que establece: *“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*.

RESUMEN: El Tribunal admite el recurso y declara que el despido producido no lesionó el derecho a la intimidad del trabajador puesto que existía una

prohibición específica de utilizar los medios de la empresa (ordenadores, teléfono, correo e internet) para uso personal por parte de los trabajadores. Existiendo una prohibición de estas características, la utilización con esa finalidad no queda protegida y amparada por el ejercicio del derecho a la privacidad que consagra el art. 8 CEDH. El pronunciamiento contiene un importante voto particular que disiente de la opinión mayoritaria.

ÍNDICE

1. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD INFORMÁTICA DE LOS TRABAJADORES.
2. LAS INQUIETANTES COINCIDENCIAS CON LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.
3. LAS CONSIDERACIONES EFECTUADAS EN EL VOTO PARTICULAR. UN SISTEMA DE GARANTÍAS PENDIENTE DE CONSTRUCCIÓN.

1. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD INFORMÁTICA DE LOS TRABAJADORES

La sentencia objeto de comentario, aun pudiendo parecer reiterativa, especialmente para aquellas personas que se hayan aproximado en los últimos años a la doctrina del Tribunal Constitucional Español sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores, presenta un importancia inusitada al ser un claro ejemplo del error que supone mezclar en un mismo pronunciamiento técnicas interpretativas de los derechos fundamentales que debieran resultar alternativas: la delimitación y la limitación de los derechos fundamentales. Efectivamente, una visión más amplia que considere los pronunciamientos recaídos en aplicación del art. 8 del CEDH en los últimos diez años, debe apreciar una importante alteración, cuando no un giro, en la doctrina del TEDH sobre la vigencia y eficacia de este derecho en el ámbito de la relación laboral. Y precisamente este cambio de rumbo llama la atención sobre el pronunciamiento puesto que, como veremos en nuestro análisis, viene a coincidir, tenemos que también a consolidar, las últimas interpretaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional Español y la jurisprudencia más reciente de nuestro Tribunal Supremo¹.

¹ Respecto del Tribunal Supremo, la STS de 6 octubre 2011 (RJ 2011\7699) representa el punto de ruptura con la línea jurisprudencial mantenida hasta ese momento, circunstancia que motiva un voto particular al que se adhieren cuatro magistrados. Un análisis en Carrizosa Prieto,

Efectivamente, aunque son numerosas las Sentencias en las que el TEDH se ha pronunciado sobre el control efectuado por el empresario para conocer el uso que los trabajadores dan a las herramientas informáticas (teléfono, equipos informáticos o correo electrónico), la más importante es la Sentencia de 3 de abril de 2007, Caso Copland contra Reino Unido (TEDH\2007\23). El pronunciamiento analiza, por todos es conocido, la legitimidad, de acuerdo con el art. 8 del CEDH, de los controles empresariales efectuados a una trabajadora respecto del uso del teléfono, la navegación en Internet y del correo electrónico con objeto de constatar su uso personal durante el tiempo de trabajo (además de profesional). El pronunciamiento constituye la referencia jurisprudencial fundamental en materia de intimidad informática de trabajadores por establecer una doctrina clara y contundente sobre este aspecto. De acuerdo con sus declaraciones y argumentos, la eficacia del derecho a la intimidad de los trabajadores en el ámbito laboral quedaría definido por las siguientes reglas:

a) A pesar de existir diferencia entre vida privada y profesional, las llamadas telefónicas que proceden del ámbito laboral (también los correos electrónicos y la información que deriva del uso personal de internet) forman parte de la “vida privada” y “correspondencia” a que alude el art. 8.1 del CEDH².

b) No obstante, y puesto que los derechos no son absolutos, pueden existir casos en que el control o seguimiento del uso que hace el trabajador del teléfono, del correo electrónico e internet pueda considerarse necesario y, por tanto, lícito en ciertas situaciones que persigan un fin legítimo³.

c) Estas medidas de control y seguimiento constituyen intervenciones en el contenido de un derecho garantizado por el Convenio. Su protección exige que la intervención esté garantizada a través de una ley, que contemple expresamente, de forma clara, los distintos supuestos en que se pueden producir estas injerencias y la finalidad que se persigue con cada una de ellas, posibilitando que los ciudadanos conozcan las circunstancias y condiciones de la limitación. La existencia de una regulación clara es especialmente exigible en aquellos ámbitos en que no existe vigilancia pública y hay, en consecuencia, un mayor riesgo de abuso de autoridad.

E., “El control empresarial sobre el uso de los equipos informáticos y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores”, *Temas Laborales*, núm 116/2012, pp. 251-267.

² STEDH de 3 de abril de 2007. Caso Copland contra Reino Unido (TEDH\2007\23), párr. 41; STEDH de 25 de junio de 1997. Caso Halford contra Reino Unido (TEDH\1997\37), párrs. 42 y ss.

³ STEDH de 3 de abril de 2007, párr. 48.

d) No puede darse por válida una alegación genérica para que distintos poderes, públicos o privados, adopten las medidas necesarias y oportunas para efectuar el mencionado control⁴.

Una síntesis de esta doctrina nos llevaría a concluir: a) que los trabajadores conservan su derecho a la intimidad aun cuando los dispositivos utilizados para realizar las actuaciones que lo canalicen sean de propiedad del empresario y su uso se produzca durante el horario de trabajo; b) que las injerencias empresariales que se produzcan sobre este derecho, o bien deben contar con el consentimiento del titular o bien deben estar previstas expresamente en una ley que las justifique. Siendo estas las directrices generales del asunto Copland, el pronunciamiento que ahora analizamos, como mínimo, vendría a contrariar algunos de los aspectos que se concretaron en aquel en cuanto otorga plena validez a una orden empresarial que prohíbe absolutamente el uso privado de las herramientas informáticas durante el tiempo de trabajo.

Efectivamente, advierte el Tribunal que el supuesto analizado en el caso Copland es completamente distinto al que se presenta en el Caso Barbulescu puesto que en este, al contrario que en aquel, existe una instrucción empresarial que prohíbe el uso con fines privados de las herramientas informáticas. En consecuencia, existiendo una prohibición de ese tenor, la cuestión de si el empresario vulnera o no el derecho a la intimidad depende de que el demandante cuente con una expectativa razonable de privacidad. Además de esta orientación, que ya es sumamente preocupante en cuanto implica que el empresario decide si el derecho a la intimidad de los trabajadores rige o no en el ámbito laboral, el problema se encuentra en que los argumentos utilizados en el caso Barbulescu ni se dirigen a constatar la legitimidad de la limitación, como se disponía en el caso Copland, ni se restringen a comprobar, al menos no de forma ordenada y adecuada, si efectivamente existió o no tal expectativa de privacidad, cuestión que parece obviarse por completo. El asunto se resuelve acudiendo a los siguientes argumentos:

En primer lugar, que los tribunales nacionales determinaron que el solicitante había utilizado Yahoo Messenger para fines privados en el ordenador de la empresa y durante las horas de trabajo, cometiendo con ello una falta disciplinaria (desobediencia a las ordenes empresariales) sancionada con el despido de acuerdo con la regulación de las facultades disciplinarias previstas en la legisla-

⁴ STEDH de 3 de abril de 2007, párrs. 45-47.

ción laboral. En segundo lugar, que el acceso del empleador a la cuenta de Yahoo Messenger del demandante se produjo en base a la creencia (articulada sobre declaraciones expresas del propio demandante) de que solo contenía mensajes de carácter profesional. Siendo así, el empleador actuó dentro de sus facultades disciplinarias y bajo la creencia de que los mensajes tenían carácter profesional. En tercer lugar, que aun cuando se utilizó la transcripción literal de las comunicaciones del demandante como prueba de la indisciplina ante los tribunales internos, no se dio relevancia (ni se consideró a efectos sancionadores) el contenido de dichas comunicaciones, transcripción que únicamente se utilizó para demostrar el uso privado de los medios informáticos. En cuarto lugar, que aunque no se ha ocasionado un daño real a la empresa, no es irrazonable que esta controle de forma efectiva cómo se realiza la prestación de servicios durante el tiempo de trabajo. A ello se une que el trabajador no había explicado de forma convincente por qué había utilizado la cuenta de mensajería de Yahoo para fines personales. En quinto y último lugar, que el empresario únicamente examinó las comunicaciones que el trabajador había efectuado a través de sus cuentas en Yahoo Messenger, obviando el resto de datos y documentos almacenados en el ordenador por lo que la supervisión fue, en último término, limitada y proporcionada. Por todas estas razones, el TEDH concluye que no hay nada que indique que las autoridades nacionales no encontraron un equilibrio justo entre el derecho del demandante al respeto de su vida privada y los intereses de su empleador, por lo que no se produjo violación del art. 8 de la Convención⁵.

Sorprende una argumentación de estas características en tanto articula una forma de resolver el supuesto que no se ajusta adecuadamente a las técnicas de interpretación aplicables cuando se trata de determinar el punto de equilibrio deseable en la confrontación entre derechos consagrados en el Convenio: la limitación o la delimitación; de hecho, el razonamiento contiene elementos de una y otra técnica interpretativa pero tan mezclados y desordenados que es sumamente difícil deslindar los distintos argumentos.

Ciertamente el punto de partida es la existencia de una prohibición empresarial de uso de los mecanismos informáticos para usos particulares, prohibición que no resulta cuestionada aunque su validez anula por completo la vigencia del derecho a la intimidad en el seno de las organizaciones productivas. El hecho de acudir a la expectativa razonable de privacidad nos indica que estamos ante la delimitación del derecho a la intimidad del trabajador, si bien en el caso concreto

⁵ STEDH de 12 de enero de 2016, párrs. 56-62.

existen serias dudas de que se pueda descartar dicha expectativa dado que, tal como reconoce el pronunciamiento, no queda probado que el trabajador hubiera sido advertido previamente de que se podía efectuar un control de sus comunicaciones, circunstancia que niega el propio trabajador; tampoco se aporta, como hubiese sido deseable, copia de la notificación firmada por el trabajador.

Con respecto a la técnica de limitación del derecho a la intimidad, aún no siendo coherente aplicarla en cuanto el pronunciamiento parece excluir la expectativa de privacidad por la propia existencia de la prohibición de usar los instrumentos informáticos con fines particulares, son varios los criterios del canon de proporcionalidad que se mencionan, aunque de forma desordenada y, en ocasiones, completamente desconectados. Es importante destacar, a estos efectos, que en ningún momento se identifica cual es el bien o derecho que se pretende proteger con la prohibición de usar las herramientas informáticas de titularidad empresarial para fines privados. Ciertamente se mencionan de forma bastante somera finalidades tales como la preservación de los sistemas informáticos, la conveniencia de evitar que la empresa se vea afectada por actos ilícitos de los trabajadores (entendemos que realizados a través de internet) o por la divulgación de secretos comerciales, circunstancias que no parecen tener la suficiente entidad para justificar una limitación tan contundente como la planteada. Con carácter adicional se afirma el carácter limitado y proporcionado de la injerencia empresarial al recaer únicamente sobre las comunicaciones que el trabajador realizó a través de sus cuentas de Yahoo Messenger y obviar el resto de datos y documentos almacenados en el ordenador.

Consideramos que si se tienen en cuenta todas las circunstancias del caso, esto es, a) que el empleador accede a la cuenta del demandante y que utiliza la transcripción de sus comunicaciones como elemento de prueba en los procedimientos laborales nacionales; b) que a través de esta intrusión, y en virtud de las características del sistema de mensajería instantánea, el empresario accedió a conversaciones privadas del empleado en la que se trataban temas íntimos como su salud o su vida sexual; c) que además de a la cuenta creada con perfil profesional, la empresa accedió a las conversaciones que el trabajador mantuvo con su pareja, conversaciones encauzadas a través de una cuenta Yahoo Messenger personal; se debe estimar que la conducta empresarial vulneró el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador de forma completamente desproporcionada, circunstancia que queda completamente en evidencia cuando el Tribunal reconoce que todo este sacrificio (del derecho a la intimidad y del secreto de las comunicaciones) se produce porque es razonable que el empresario compruebe que sus trabajadores realizan adecuadamente la prestación de servicios, pues *“aunque no se ha ocasionado un daño real a la*

empresa, no es irrazonable que esta controle de forma efectiva cómo se realiza la prestación de servicios durante el tiempo de trabajo”.

2. LAS INQUIETANTES COINCIDENCIAS CON LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Los argumentos utilizados en la Sentencia de 12 de enero de 2016 (Caso Barbulescu V Rumania) coinciden, lo hemos dicho ya, con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia. A estos efectos, se ha de tener en cuenta que a pesar de ser un tema bastante conflictivo, el TC no ha emitido muchos pronunciamientos sobre la cuestión, si bien los que se han formulado son relativamente recientes⁶. Efectivamente, desde el año 2012 se han dictado varias sentencias de gran importancia en cuanto, apartándose de pronunciamientos anteriores, apuestan por la delimitación como técnica para determinar el contenido constitucional del derecho fundamental a la intimidad informática en el ámbito de las relaciones laborales.

El primer examen constitucional sobre este derecho se contiene en la STC 241/2012, de 17 de diciembre, que analiza la legitimidad de la conducta empresarial consistente en revisar el disco duro de un PC para extraer los correos enviados a través de un sistema de mensajería entre dos trabajadoras de la empresa cuyo contenido se podía considerar ofensivo para la dirección y para determinados compañeros. Los derechos afectados son el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones. Con respecto al derecho a la intimidad, el Tribunal no encontró lesión al considerar que almacenar el contenido de los mensajes en el disco duro de un ordenador compartido, ubicado en una zona común, implicaba una renuncia voluntaria a la privacidad de las comunicaciones. En cuanto al derecho al secreto de las comunicaciones, el razonamiento es similar: el hecho de que el ordenador fuese de uso público es incompatible con los usos personales, por lo que la pretensión de secreto carece de cobertura constitucional⁷.

Otro pronunciamiento de interés lo constituye la STC 170/2013 de 7 de

⁶ Holgado González, M., La protección constitucional de la intimidad de los trabajadores frente al uso de las nuevas tecnologías de la comunicación, en VV.AA., *La protección jurídica de la intimidad y de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 55 y ss.

⁷ STC 241/2012, de 17 de diciembre (F.J. 3º y 4º).

octubre, que analiza la legitimidad del control empresarial de la comunicaciones de un trabajador, concretamente la lectura del contenido de los mensajes SMS y el análisis y copia del disco duro de su ordenador de trabajo, instrumentos que ponen de manifiesto que éste envió documentos relativos a la producción de su empresa a otra empresa del sector. Estos actos, constitutivos de una conducta de deslealtad, provocan un despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual. Al igual que en el caso anterior, se alega la lesión del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), si bien en este caso la empresa no había informado previamente sobre las reglas de uso y control de las herramientas informáticas, circunstancia que no impide excluir la expectativa de confidencialidad, como veremos en seguida.

Con respecto al secreto de las comunicaciones, el Tribunal considera que el derecho solo protege las comunicaciones que se realizan a través de determinados medios o canales cerrados de comunicación. En consecuencia, no estarán protegidas aquellas formas de envío de la correspondencia que se configuran como comunicación abierta, esto es, no secreta, siendo precisamente esta fórmula la que caracteriza el sistema de correo electrónico utilizado por el trabajador⁸. El carácter abierto derivaría, de la existencia de una previsión convencional que indirectamente prohíbe la utilización del correo electrónico para fines personales (existía un CC Sectorial de eficacia general que tipificaba como infracción leve el uso para fines particulares del correo electrónico). Dicha previsión conlleva, a juicio del Tribunal, no sólo la prohibición de usar estos mecanismos en cualquier empresa del sector, sino el reconocimiento genérico de que cualquiera de estas empresas cuenta con “*la facultad de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la adecuación de su prestación a las exigencias de la buena fe contractual*”. De acuerdo con estos argumentos, la remisión de mensajes efectuada por el trabajador se realizó a través de un canal de comunicación que, conforme a las previsiones convencionales indicadas, se hallaba abierto al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario; sometido a su posible fiscalización y, en consecuencia, fuera de la protección constitucional del art. 18.3 CE⁹.

Consideraciones muy parecidas se realizan respecto del derecho a la intimidad, si bien, en este caso, al igual que sucede en el Caso Barbulescu, la técnica

⁸ STC 241/2012, de 17 de diciembre (F.J. 5º).

⁹ STC 241/2012, de 17 de diciembre (F.J. 5º).

de la delimitación se mezcla con la limitación provocando contradicciones importantes entre los distintos argumentos manejados para resolver el supuesto. El Tribunal considera que aunque el derecho a la intimidad es aplicable en el ámbito laboral, su ámbito de protección queda determinado por dos circunstancias distintas: a) por la existencia de una expectativa razonable de privacidad; b) por su propia naturaleza limitada, que le hace ceder ante intereses constitucionalmente relevantes siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele como adecuado, necesario y proporcionado para lograr un fin constitucionalmente legítimo. De acuerdo con ello, el Tribunal estimó que en el caso concreto no existía una expectativa razonable de privacidad con respecto a los correos electrónicos puesto que el hecho de que existiera un Convenio que tipificaba como infracción sancionable el uso de las herramientas informáticas para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral, impedía considerar que su utilización quedara al margen del control empresarial. En consecuencia, es la propia regulación convencional aplicable la que excluye una expectativa razonable de privacidad en el supuesto analizado, por lo que, las actuaciones del trabajador quedan fuera de la esfera de protección del derecho a la intimidad.

Tal como hemos tenido ocasión de comprobar, en los supuestos analizados se ha utilizado la expectativa de privacidad o confidencialidad para delimitar el derecho a la intimidad del trabajador. Factores como el hecho de que un ordenador sea de uso público o compartido o la propia existencia de un convenio colectivo sectorial que tipifica como falta leve el uso para fines privados de las herramientas informáticas durante el tiempo de trabajo, tienen la virtualidad de excluir las comunicaciones del trabajador del contenido constitucional protegido por el derecho a la intimidad. Si la actuación del trabajador no está amparada por el contenido constitucional del derecho, no hay injerencia ni limitación que analizar. Esta forma de interpretar el derecho a la intimidad informática implica, por mucho que las declaraciones formales digan lo contrario, que en realidad el derecho no rige en el ámbito de las relaciones laborales.

3. LAS CONSIDERACIONES EFECTUADAS EN EL VOTO PARTICULAR. UN SISTEMA DE GARANTÍAS PENDIENTE DE CONSTRUCCIÓN

La importancia de la Sentencia de 12 de enero de 2016 (Caso Barbulescu V Rumania) no solo radica en que pone de manifiesto el déficit de tutela que afecta al derecho a la intimidad cuando en su interpretación se mezclan criterios de distintas técnicas jurídicas; presentan también una importancia capital las

evidencias que manifiesta el voto particular formulado por el Magistrado Pinto De Albuquerque al disentir de la opinión mayoritaria. Las argumentaciones del Magistrado se estructuran en torno a tres afirmaciones fundamentales.

La primera sostiene que el acceso a internet se debe considerar como un derecho o facultad en cuanto posibilita los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información. Desde esta perspectiva, el acceso a internet formaría parte de estos derechos y como tal, los Estados tienen *“la obligación positiva de promover y facilitar el acceso universal a Internet, incluyendo la creación de la infraestructura necesaria para facilitar la conexión. En el ámbito de las comunicaciones privadas en Internet, los Estados asumen la obligación de promover la libertad de expresión, junto con la obligación de proteger el derecho al respeto de la vida privada [...] pues no pueden garantizar que los individuos son capaces de buscar y recibir libremente información o expresarse sin también respetar, proteger y promover su derecho a la privacidad”*. Por otro lado, también se destaca que las comunicaciones a través de internet pueden lesionar otros derechos, especialmente, el derecho a la privacidad y a la libertad de expresión y que el derecho a respeto a la vida privada de las personas involucradas en las comunicaciones de Internet puede entrar en conflicto con los derechos y libertades de los demás, siendo este el supuesto en que nos encontramos.

La segunda advierte que existe un cúmulo importante de disposiciones internacionales que protegen las comunicaciones a través de internet de los empleados, por lo que no se puede sostener que la vigilancia de internet en el lugar de trabajo dependa del poder discrecional del empresario, máxime si consideramos que la tecnología ha difuminado considerablemente la separación entre vida personal y laboral, flexibilizado los horarios de trabajo, los propios lugares en que se realiza la prestación de servicios e incluso los usos que se dan a los instrumentos empresariales y personales (ordenadores, teléfonos, etc.). En consecuencia, el control que puede efectuar el empresario del acceso a internet, aun existiendo razones para justificarlo (desvío de recursos del empleador para fines personales, daños en los sistemas informáticos del empleador, participación en actividades ilícitas o divulgación de secretos comerciales) debe tener carácter limitado y ello con independencia de que el control se efectúe durante el tiempo de trabajo o fuera del tiempo de trabajo pero usando medios e instrumentos de titularidad empresarial. De acuerdo con estas disposiciones, las comunicaciones de internet no están menos protegidas por producirse durante la jornada de trabajo, en el lugar de trabajo o en el contexto de una relación de laboral. Cualquier interferencia por parte del empleador en los derechos del trabajador al respeto de la vida privada y a la libertad de expresión, incluido el

mero almacenamiento de datos personales relacionados con la vida privada del empleado, debe estar justificada en una sociedad democrática por la protección de intereses específicos tutelados por el CEDH.

Del marco internacional aplicable, el Magistrado extrae una serie de principios aplicables a la creación, implementación y aplicación de una política de uso de Internet en el ámbito de las relaciones laborales.

1. Las formas particulares de tratamiento de datos personales, por ejemplo del uso de Internet y las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo de los empleados, requieren de una regulación detallada, incluyendo normas específicas sobre el uso del correo electrónico, mensajería instantánea, redes sociales, blogs y navegación por la web. En todo caso, es necesario que se detalle cómo se puede usar Internet, los casos y el procedimiento a seguir para implementar mecanismo de control y el procedimiento para garantizar el tratamiento de los datos obtenidos. No obstante, y en virtud de las conexiones que se establece entre el acceso a internet y los derechos a la libertad de expresión y a la información, una prohibición general del uso sería inadmisibles, al igual que la implantación de mecanismos de control constantes o continuados.

2. Los trabajadores deben ser conscientes de la existencia de una política de uso de Internet en el lugar y en el tiempo de trabajo, así como fuera del lugar y del tiempo de trabajo. Esta exigencia requiere que todos los empleados deban ser notificados personalmente y que quede constancia de dicha notificación. Así mismo, los trabajadores deberán ser informados con carácter previo de los objetivos, el alcance, los medios técnicos y el tiempo durante el que se realizarán dichos controles. En caso de presunta infracción de la política de uso de Internet por los empleados, se les debe dar la posibilidad de contestar ante esta acusación en el marco de un procedimiento justo que, en todo caso, debe ser objeto de supervisión judicial.

3. La aplicación de una política de uso de Internet en el lugar de trabajo, en cuanto restringe uno o varios derechos fundamentales de los trabajadores, debe responder a las exigencias del principio de necesidad y proporcionalidad, requisitos que son predicables, especialmente la proporcionalidad, de los controles concretos que se pretendan realizar.

4. Las sanciones por el uso indebido de Internet por un empleado deben comenzar con una advertencia verbal, y aumentar gradualmente a una amonestación por escrito, una sanción económica, descenso de categoría y, en caso de reincidencia graves, la extinción de la relación laboral. En los casos en que los

controles efectuados incumplan la política de protección de datos o las previsiones legales o convencionales establecidas al efecto, el trabajador debería tener derecho a resolver el contrato de trabajo y a la reparación de los daños.

La tercera y última de las afirmaciones hace referencia a la ausencia de un política sobre el uso de internet en el supuesto analizado. Considera el Magistrado que aun habiendo una prohibición absoluta de uso de internet para fines privados, no queda claro que los trabajadores hubiesen sido informados sobre la política vigente en la empresa. No estima, en consecuencia, que el sistema aplicado en la empresa fuese acorde a la concepción del acceso a internet como un derecho (o como facultad del derecho a la libertad de expresión) pues no garantizaba un marco transparente de regulación, una política de aplicación coherente y una estrategia de aplicación proporcionada; muy al contrario, la lesión del derecho a la intimidad del demandante obedece a un decisión de vigilancia ad hoc que ocasiona efectos drásticos en su vida social y que conlleva la sanción de despido. Dicha solución, concluye el Magistrado, no es muy acorde con la eficacia horizontal de los derechos reconocidos en el CEDH, dimensión que también debe ser garantizada por los Estados partes en cuanto tienen la obligación de prevenir y remediar las lesiones que los sujetos privados provoquen en los derechos garantizados por el Convenio.

Consideramos que los argumentos del Magistrado, por acertados, son completamente aplicables respecto del art. 8 del CEDH y del art. 18 de la CE. Es evidente que la doctrina y jurisprudencia actual, basada en la delimitación del derecho, no tutela de forma adecuada ni el derecho a la intimidad ni el derecho al secreto de las comunicaciones, por lo que parece más adecuado inclinarse por la técnica de limitación, mucho más garantista, en cuanto requiere aplicar el juicio de proporcionalidad con todas sus exigencias (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Con carácter adicional, debemos considerar que en los conflictos generados por el uso de las herramientas informáticas durante el tiempo de trabajo existen otros derechos del trabajador que se pueden ver conculcados y que han permanecido hasta ahora en un segundo plano: el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información. Estamos, en consecuencia, muy lejos de garantizar la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, pues su efectividad ha quedado relegada, de acuerdo con la doctrina actualmente en vigor, a que el empresario autorice su aplicación. En estas circunstancias, es de vital importancia construir un sistema que proteja de forma efectiva el ejercicio de estos derechos y para ello es necesario partir, tal como sostiene el voto particular, de que el acceso a internet se debe considerar un derecho fundamental y de que cualquier injerencia en su contenido debe estar justificada de acuerdo con las exigencias de una sociedad democrática.