AAS2232

TESIS
DT2010
A3

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO

Límites de las Potestades Jerárquicas del Patrono en el uso de las Nuevas Tecnologías asignadas al Trabajador

Trabajo Especial de Grado, para optar al Grado de Especialista, en Derecho del Trabajo

Autor: Yanet C. Aguiar Da Silva
Asesor: Eirys Mata Marcano

Caracas, abril 2010

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada **Yanet C. Aguiar Da Silva**, para optar al Grado de Especialista en Derecho del Trabajo, cuyo título tentativo es: **Límites de las Potestades Jerárquicas del Patrono en el uso de las Nuevas Tecnologías asignadas al Trabajador**; Considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, al quinto (5°) día del mes de abril de 2010.

Eirys Mata Marcano
CI. 12.645.739

ÍNDICE GENERAL

Introducción..... 1

I. Libertad Económica y Poder de Dirección y Vigilancia Del Patrono 8

1. Contenido del Derecho Constitucional a la Libertad Económica del Patrono. 15

2. Potestades Jerárquicas del Patrono. Contenido de la Potestad Disciplinaria del Patrono. El *Jus Variandi* del Patrono. 22

II. El Derecho Constitucional a la Intimidad de los Trabajadores e Inviolabilidad del contenido de sus Comunicaciones 28

1. Nociones generales del Derecho Constitucional a la Intimidad de los Trabajadores. 29

2. Nociones generales del Derecho Constitucional a la Inviolabilidad de las Comunicaciones de los Trabajadores. 34

3. Obligaciones de los Trabajadores en la Prestación de sus Servicios. Principio de Buena Fe contractual. 47

III. Las Nuevas Tecnologías como Herramientas de Trabajo..... 57

1. Nociones generales del correo electrónico..... 58

2. Nociones generales de la Internet..... 63

3. Incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones obrero-patronales. 65

IV. Limitaciones a la Potestad Disciplinaria del Patrono frente al Derecho Constitucional a la Intimidad de los Trabajadores y el Secreto de las Comunicaciones 68

1. La Potestad Disciplinaria del Patrono vs Derecho a la intimidad del Trabajador y el Secreto de las Comunicaciones. 69

2. La Modificación de las Condiciones de Trabajo por la Regulación de las Nuevas Tecnologías en el sitio del Trabajo. 88

V. **Mecanismos de Regulación de las Nuevas Tecnologías** 95

1. Mecanismos de Regulación de las Nuevas Tecnologías en el Sitio del Trabajo. 95

Conclusiones 106

Referencias Bibliográficas 112

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO

LÍMITES DE LAS POTESTADES JERÁRQUICAS DEL PATRONO EN EL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS ASIGNADAS AL TRABAJADOR

Autor: Yanet C. Aguiar
Asesor: Eirys Mata Marcano
Fecha: 5 de abril de 2010

RESUMEN

La naturaleza de la presente investigación es de tipo documental, a nivel descriptiva la cual tendrá como objetivo general determinar los límites de las potestades jerárquicas del patrono derivadas de su derecho constitucional a la libertad económica frente al derecho constitucional a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores en relación con el uso de las nuevas tecnologías. Es un tema relevante y de gran importancia por cuanto se tratará de estudiar cómo se derivan las potestades jerárquicas del patrono del derecho constitucional a la libertad económica, las nuevas tecnologías en el sitio de trabajo, la manifestación del derecho constitucional a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores en la utilización de dichas tecnologías, las limitaciones de las potestades jerárquicas del patrono frente al derecho constitucional a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores y las posibilidades de regulación de dicha situación de acuerdo con la legislación laboral venezolana vigente. En vista de ello, se analizarán tanto las normas internacionales, como las constitucionales, las legales y las reglamentarias, como las distintas posiciones nacionales y extranjeras aplicables para delimitar el objeto del trabajo de investigación, así como las decisiones dictadas por los Tribunales de la República en casos análogos. Para la recolección de la información se utilizarán técnicas propias de la investigación documental tales como presentación resumida de textos, resumen analítico, análisis crítico, tales como la técnica del análisis de contenido, mediante la aplicación del modelo de matriz de análisis correspondiente. Del análisis progresivo de la información surgirán las conclusiones, con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de la institución en estudio.

Descriptores: Derecho del Trabajo, Libertad Económica, Potestades Jerárquicas, Intimidad, Nuevas Tecnologías, Correo Electrónico, Internet.

INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo es un área jurídica que esta sometida a un proceso de cambio constante, a merced de un conjunto de factores económicos, políticos, sociológicos, etc. que tienen una relevancia inmediata en la adecuación de las instituciones que disciplinan las relaciones laborales objeto de ellas.

Las nuevas tecnologías, su amplio desarrollo e innovación, suponen para las empresas como para los usuarios un campo novedoso donde fomentar nuevas ideas. Así, los tradicionales sistemas de comunicación (i.e. la palabra, el teléfono, la carta, el fax) han ido cediendo terreno a nuevas formas de comunicación. El correo electrónico, el acceso a Internet, intranet, extranet, videoconferencias, entre otras, son nuevas manifestaciones de tecnología que han ido conquistando espacios.

En efecto, no puede ser de otra forma cuando la revolución digital representa una transformación en la organización del trabajo en la empresa y, en consecuencia, en las relaciones laborales, porque no es sólo que la información cada vez es mayor gracias a *Internet*, sino que circula con mayor facilidad y de forma constante. Así los cambios organizacionales a manos de

las nuevas tecnologías modifican de forma creciente sus recursos humanos pues se encuentran ya insertos en el proceso productivo de las empresas.

Lo anterior en consecuencia, representa la interacción entre las nuevas tecnologías, las relaciones laborales y el ordenamiento jurídico. Estos grandes cambios en la sociedad plantean nuevas situaciones jurídicas de carácter laboral que el derecho, un vez más, debe regular y dar una respuesta a las nuevas interrogantes que se plantean en el ámbito jurídico. En efecto, estas nuevas formas de comunicación han ocasionado, no en sí mismas, sino por su utilización, algunos puntos de conflicto en el lugar de trabajo, a saber:

1. La utilización de las nuevas tecnologías por los trabajadores para fines distintos a la prestación de sus servicios;
2. Las medidas que puede adoptar el patrono en el ejercicio de sus potestades jerárquicas; y
3. El poder de dirección del patrono y sus límites que pudieran resultar lesivos para los derechos fundamentales del trabajador, tales como, el derecho a la intimidad y a la protección de sus comunicaciones.

A medida que las nuevas tecnologías se han ido implantando en las empresas, ha sido inevitable la aparición de nuevos inconvenientes en las

relaciones obreros-patronales, que exigen del Estado la creación de marcos jurídicos que las regulen.

El uso del correo electrónico es un fenómeno ya generalizado en la sociedad, cambiando con su incorporación en la vida cotidiana los modos de comunicación interpersonal. Asimismo, se ha generalizando el uso del correo electrónico en las empresas, como herramienta de comunicación tanto a nivel interno como externo, siendo ya en muchos ámbitos la principal vía de transmisión de información.

El debate sobre este controvertido asunto, que afecta derechos fundamentales -la libertad económica del patrono y el derecho a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador- se basa en el manejo de información confidencial del trabajador por parte del patrono y la utilización para fines personales de herramientas de trabajo propiedad del patrono por parte de los trabajadores. Establecer a *priori* la legalidad de la vigilancia indiscriminada por parte del patrono de los correos electrónicos de sus trabajadores o el computador para fines personales, o monitorear las páginas *web* a las que accede por el sólo hecho de ser el titular de dichos medios, significaría la desaparición de los derechos constitucionales de los trabajadores en sus puestos de trabajo, más aún cuando la situación de

desigualdad real entre las partes del contrato de trabajo continua actualmente siendo tan real como hace más de un siglo.

Pese a que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones está adecuadamente regulado en nuestro ordenamiento jurídico, en los últimos años se ha producido un interesante debate respecto a si dicho derecho es esgrimible en el seno de la empresa. La jurisprudencia venezolana no ha resuelto hasta ahora ningún conflicto centrado directamente en el secreto de las comunicaciones electrónicas en el ámbito laboral.

El debate tiene una trascendencia más allá de la polémica del correo electrónico y el uso de *Internet*. De lo que se trata en definitiva es de determinar si el poder de dirección del patrono que deviene del derecho a la libertad económica puede menoscabar por la subordinación propia del contrato de trabajo, los derechos de los que todo trabajador, como ciudadano, es titular. En efecto, al pasar la tarjeta de ingreso al centro de trabajo, el trabajador no deja su condición de ciudadano en la puerta.

Ahora bien, existe actualmente en el ordenamiento jurídico laboral venezolano un vacío legal y jurisprudencial en este sentido, toda vez que no se encuentra regulado el marco jurídico que discipline las relaciones que se derivan del uso personal por parte de los trabajadores de los medios

tecnológicos que le proporciona el patrono, específicamente, y con especial atención para el presente trabajo, el uso del correo electrónico y la *Internet*. En virtud de la naturaleza de dichas herramientas de trabajo se podría originar para los trabajadores una violación en su derecho a la intimidad y del secreto de las comunicaciones (i.e. acceso a páginas web, utilización de correos electrónicos) si no les es advertida la existencia de restricciones y el monitoreo por parte del patrono. Asimismo, la inexistencia de un marco legal en este sentido, podría originar eventuales perjuicios para el patrono que se materializan en la disminución de la productividad por parte de los trabajadores, bien por el uso personal de los instrumentos de trabajo (computador, *Internet*), o a través de infecciones de virus en las referidas herramientas, así como responsabilidad patronal por el hecho ilícito de sus dependientes, entre otros.

Lo anterior, viene originando un constante cambio en las relaciones laborales, debido a que, por una parte, la legitimidad de los controles impuestos por el patrono no podría ser lesiva del derecho a la dignidad del trabajador. Sin embargo, por otra parte, las actividades del trabajador en violación del principio de buena fe que debe privar en el desarrollo del contrato de trabajo y, por ende, en la utilización de las nuevas tecnologías, podrían causar graves perjuicios económicos al patrono, pues los instrumentos de trabajo que utilizan los trabajadores para comunicarse

(correo electrónico, *Internet*), son propiedad del patrono, instrumentos éstos que deben mantener y cuidar para precaver un eventual perjuicio para la actividad económica de este último.

Aunque a través de la normativa de carácter general vigente en nuestro país podemos acercarnos a posibles soluciones o alternativas de solución a los conflictos que las nuevas tecnologías generan en las relaciones obreros-patronales, existe un cierto nivel de inseguridad jurídica, en lo referente al tema de la utilización de las nuevas tecnologías en las empresas, con especial referencia al uso para fines personales del correo electrónico y la *Internet* por parte de los trabajadores, lo cual replantea el debate sobre la vida privada del trabajador en el seno de la empresa.

Por las consideraciones antes expuestas, se hace necesaria la realización del presente trabajo de investigación sobre el tema indicado, con el objeto de contribuir con la doctrina, encontrar una posible solución al problema de los límites de las potestades jerárquicas del patrono en el monitoreo del correo electrónico asignado al trabajador y el uso indiscriminado del *Internet* propiedad del patrono por parte del trabajador, para lo cual se pretende revisar la legislación laboral venezolana, la doctrina nacional y extranjera y los precedentes judiciales que han sido establecidos en otras jurisdicciones.

Así, el presente trabajo de investigación esta conformado de cinco capítulos. El primer Capítulo nos permitirá conocer los contenidos del derecho constitucional a la libertad de empresa y sus derivaciones en la potestad de dirección y vigilancia del patrono. El segundo Capítulo, analizará el contenido de los derechos fundamentales a la privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores, así como la obligación de buena fe contractual de los trabajadores en el uso de los medios tecnológicos que le proporciona su patrono. En el Capítulo tercero, conoceremos un poco sobre los medios informáticos que el patrono pone a disposición del trabajador para la prestación de sus servicios, como son el correo electrónico y la *Internet*. El Capítulo cuarto analiza en detalle la confrontación de los derechos constitucionales del patrono y los trabajadores antes explicados en relación con el uso de los medos informáticos asignados al trabajador. Finalmente en el Capítulo cinco, se analizan las posibles alternativas que podrían implementarse para la regulación de esta materia.

CAPÍTULO I

LIBERTAD ECONÓMICA Y PODER DE DIRECCIÓN Y VIGILANCIA DEL PATRONO

La libertad de empresa o libertad económica es definida por Hernández (2004, 37) "como el derecho de rango constitucional en virtud del cual todos los particulares pueden dedicarse a desarrollar las actividades económicas de su preferencia".

En este sentido, el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Constitución) establece que todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y las leyes.

En efecto, considera Hernández (2004, 157) que "el principio que rige en la mayoría de las Constituciones Económicas -incluyendo en España y Venezuela- es precisamente el de libertad: todos podrán dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia. Pero esa libertad puede ser -y de hecho es- progresivamente limitada, facultándose a la Administración para ordenar, controlar y disciplinar su ejercicio. La libertad

para desarrollar actividades económicas (libertad de empresa o libertad económica) es sometida a distintos y variados condicionamientos...".

Para el mencionado autor, en Venezuela la libertad económica se refiere al "derecho de los operadores privados de explotar la actividad económica conforme a la política comercial por ellos diseñada" (p. 220).

En relación con el derecho a la libertad económica contenido en el artículo 112 de la Constitución, en Sentencia N° 462 del 6 de abril de 2001, recaída en el caso *Manuel Quevedo (GN) vs. Decisión del Tribunal Superior 5° Contencioso-Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas que declaró con ligar la acción de amparo presentada por la empresa Only One Import, C.A.*; la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), señaló que se trata de un derecho de contenido esencial cuyo fin no es la dedicación de los particulares a actividades de su preferencia que fueren más favorables a sus intereses personales, sino *"una garantía institucional frente a la cual los poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos"*. Asimismo, el mencionado fallo expresó que no toda infracción de normas que regulen el ejercicio de actividades económicas

entraña una violación al orden constitucional o ameritan la tutela de amparo constitucional.

De otra parte, en sentencia N° 184 de la SC del TSJ de fecha 16 de febrero de 2006, recaída en el caso *B.P. Exploración de Venezuela, S.A. en amparo constitucional contra la decisión dictada el 1º de junio de 2000, por el Juzgado Segundo de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda*, se dejó establecido el derecho a la privacidad en las comunicaciones de las personas jurídicas, como contenido del derecho constitucional a la libertad de empresa previsto en el artículo 112 de la Constitución, en los siguientes términos:

> El derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, surgió como un corolario del propio respeto a la dignidad humana y, por tanto, como una manifestación –claramente iusnaturalista- de la protección de los derechos al honor, la intimidad, vida privada y propia imagen, como atributos exclusivos de la persona humana (cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Sexta Edición. Ed. Tecnos. Madrid, 1999; p.p. 317-344). Lo indicado, sin embargo, no quiere significar que la dimensión analizada carezca de cobertura constitucional en lo que atañe a los entes morales. Ciertamente, éstos gozan también del derecho a la privacidad de las comunicaciones, pero ella no tiene su inmediato sustento en los señalados caracteres, sino en la protección que nuestro orden normativo fundamental brinda al libre ejercicio de la actividad económica. Es con este derecho en particular, recogido en nuestro artículo 112 constitucional, que encuentra una clara conexión: esa garantía de privacidad (que engloba el denominado secreto comercial, mercantil o industrial) protege directamente el cabal desarrollo de la actividad empresarial y aún puede abarcar un contenido del

> derecho a la propiedad, en caso de que tales secretos posean además carácter patrimonial.
> Es dentro de este marco que diversas disposiciones de nuestra legislación tutelan el secreto comercial como elemento inmanente –aunque muchas veces desapercibido- del derecho a la libertad económica, como uno de sus contenidos. Así, a modo de ejemplo, conviene referirse al artículo 41 del Código de Comercio, que prohíbe –salvo supuestos excepcionales- la exposición general de los libros de comercio; o los artículos 240 y siguientes de la Decisión n° 486 sobre el Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comunidad Andina de Naciones, que regulan in extenso los secretos empresariales. Con la misma voluntad tuitiva, los artículos 28 (a) de la Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública, 22.3 de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación y 17 (3º) de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, apuntan a proscribir la revelación de tales secretos, lo que da cuenta del alto interés público que tutela el correcto funcionamiento del tráfico económico y del mercado.
> Bajo esta óptica, la prueba de inspección sobre los mensajes de datos que fluyeron entre las distintas dependencias operativas de la empresa agraviada, colocó en evidente riesgo de exposición –atendiendo al principio de publicidad del proceso- información confidencial de la misma atinente a las actividades comerciales que despliega y su estrategia de negocios, amenazando así su derecho a la libertad de empresa. Así se declara.

Sin embargo, a los fines de determinar el alcance del derecho de la libertad económica dentro del ámbito laboral se hace necesario delimitar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.

En este sentido, tenemos que señalar que el Derecho del Trabajo, así como lógicamente su ámbito de aplicación, ha reposado tradicionalmente sobre la distinción entre el trabajo asalariado o por cuenta ajena, que integra el

territorio propio de esta disciplina, y el trabajo autónomo o independiente, generalmente relegado o limitado de su ámbito de protección.

Para Carballo (2002, 227), el Derecho del Trabajo, en su fase actual de evolución, puede ser definido "como el conjunto de normas jurídicas tendente a regular las relaciones (en clave individual o colectivas) que derivan de la prestación personal de servicios que con carácter productivo, se ejecutan por cuenta ajena y bajo dependencia de otro".

En suma, el trabajo objeto del Derecho del Trabajo se ha definido habitualmente como la actividad laboral que se presta en el seno de una relación contractual, en régimen de ajenidad, de dependencia, sin perjuicio de cómo se manifieste ésta en el aspecto técnico y de libertad.

Entonces, en razón de la subordinación propia de la relación de trabajo, el patrono queda investido del poder de dirección dentro de la relación de trabajo, el cual, abarca las facultades de dirigir, organizar, vigilar y disciplinar el desarrollo de la actividad contratada.

En efecto, como lo señala Alfonzo-Guzmán (1985, 293 Tomo I) en el contrato de trabajo "como sucede en general en el campo de toda relación sinalagmática, los derechos o facultades de una de las partes son aspectos

de obligaciones determinadas a cargo de la otra; y, todavía más ampliamente, el ejercicio de tales facultades o derechos está íntimamente ligado al ejercicio de facultades y derechos que puedan, en un momento dado, ser jurídicamente contrapuestos. Así los derechos del patrono, terminan donde comienzan los del trabajador".

Palomeque y Álvarez (2003, 729) consideran que el poder de dirección del patrono, bajo el cual el trabajador se obliga a cumplir con los deberes que le impone la relación de trabajo, deviene del derecho constitucional de libertad de empresa, en los siguientes términos:

> Trabajar dentro del ámbito de organización y dirección del empleador (art. 1.1. LET) supone, sin duda, obligarse a realizar el trabajo convenido «bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue» (art. 20.1 LET). Esta realidad normativa es complemento obligado de un orden económico fundado en la libertad de empresa (art. 38 CE) que no tendría sentido si sus propietarios no pudieran organizarla. 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 decido 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 relación de trabajo, recibe el nombre de poder de dirección («dirección y control de la actividad laboral» lo titula el art. 20 LET). (Resaltado agregado)

Al respecto, Sempere (2005, 70) sostiene que la potestad de dirección del patrono se deriva del contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa, en los siguientes términos: "El art. 38 CE reconoce «la

libertad de empresa en el marco de la economía del mercado», lo que en términos jurídicos-laborales significa que el empresario es titular de un «ámbito de organización y dirección» (art. 1.1 ET)..." Es importante mencionar que el artículo 38 de la Constitución Española (CE) representa para los ciudadanos españoles, lo que el artículo 112 de la Constitución representa para los venezolanos.

En efecto el artículo 38 de la CE establece el derecho constitucional a la libertad de empresa cuyos contenidos coinciden con los contenidos antes explicados que se derivan en términos generales del artículo 112 de la Constitución.

En suma, los poderes de dirección del patrono en el contexto de la relación laboral devienen del reconocimiento de un poder general, de organización y de dirección, fundado en el artículo 112 Constitucional.

En este sentido, señala Montoya (2005,135) que "el poder de dirección del empresario, aspecto activo de la situación jurídica del trabajador en el contrato de trabajo, es factor definidor de las relaciones laborales y, con ellas del Derecho del Trabajo". Lo anterior, toda vez que sin dirección del trabajo no hay producción posible.

Con base en todo lo antes expuesto, es menester analizar cuáles son los contenidos laborales de dicho derecho constitucional de la libertad económica previsto en el artículo 112 de la Constitución.

A. Contenido del Derecho Constitucional a la Libertad Económica del Patrono

Podríamos sostener que la libertad económica, tal como lo ha señalado Durán López (2005, 57) se concreta en la libertad de entrar en el mercado, en la libertad de organizar y desarrollar los recursos productivos y en la libertad de abandonar dicho mercado. Sin embargo debe entenderse que es un derecho con limitaciones, no sólo porque así lo dispone el propio artículo 112 Constitucional, sino porque así lo exigen otros preceptos constitucionales que puedan en determinado momento entrar en conflicto.

Obviamente, las actividades a emprender deben ser lícitas según el ordenamiento jurídico, y dependiendo de su naturaleza y circunstancias, pueden estar sujetas a control o autorización administrativa, pero desde el punto de vista laboral lo relevante es que la libertad económica supone a la hora de entrar en el mercado, que quien tiene tal iniciativa y la ejerce, decide cuántos trabajadores necesita y quienes serán contratados y bajo cuáles modalidades.

En efecto, la libertad de entrar en el mercado que se concreta en la posibilidad de adoptar la decisión de iniciar la actividad empresarial, decidiendo, simultáneamente, en función de las previsiones de dichas actividades, la manera en la que se va a producir, la cantidad de la producción y en consecuencia, la determinación de la nómina de trabajadores a utilizar, para lo cual el derecho fundamental de la libertad económica se encontrará limitado con el derecho fundamental de no discriminación por parte del patrono al elegir a los miembros de su nómina.

Tanto la Constitución como el artículo 26 de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT) y el artículo 9 de su Reglamento, prohíben toda discriminación en las condiciones de trabajo basadas en edad, sexo, raza, estado civil, credo religioso, filiación política o condición social de trabajo. El principio de no discriminación comprenderá también las discriminaciones que pudieran suscitarse con antelación al nacimiento de la relación laboral, tales como, entre otros supuestos, imponer como condición en la empresa el abstenerse del ejercicio de actividades sindicales o el someterse a exámenes de embarazo.

Adicionalmente, en el caso de la legislación venezolana deberán respetarse los límites de contratación de personal extranjero y los límites de

remuneración de éstos últimos. En este sentido, el artículo 27 de la LOT establece una obligación para los patronos de contratar trabajadores venezolanos hasta por lo menos el noventa por ciento (90%) de la totalidad de sus trabajadores, quedando así el porcentaje permisible de personal extranjero reducido a un diez por ciento (10%). Asimismo, establece la mencionada norma que las remuneraciones de los trabajadores extranjeros, tanto de los obreros como de los empleados, no podrán exceder del veinte por ciento (20%) del total de remuneraciones pagado a los trabajadores venezolanos de una u otra categoría. Por lo tanto, la distribución total de los salarios en una empresa sería el 80% correspondiente al personal venezolano y 20% al personal extranjero.

Asimismo, el contenido de desarrollar los recursos productivos se encuentra limitado con un derecho de orden público como son las condiciones de trabajo previstas en la legislación laboral (i.e. jornada, salario mínimo), las cuales, constituyen un suelo normativo de aplicación obligatoria para el patrono.

Al respecto, Montoya (2005, 147) considera que "el fin perseguido por el Derecho al reconocer un poder de mando al empresario es, en definitiva, la ordenación de las prestaciones laborales y la consecución de la organización

del trabajo en la empresa". Para el mencionado autor, las facultades jerárquicas del patrono se clasifican en general y singular.

El poder de dirección general está referido a cómo organizar laboralmente la empresa y abarca decisiones globales tales como la determinación del volumen de la nómina, la contratación del trabajo de modo directo o a través de procedimientos de externalización del trabajo, los sistemas de selección y clasificación del personal, de compensación y tiempos de trabajo, la reducción del número de trabajadores de la empresa.

En contraposición, al poder directivo singular pertenecen las órdenes e instrucciones que el patrono o sus representantes imparten a los trabajadores para que éstos den cumplimiento a las obligaciones propias del contrato de trabajo. Entonces, este poder directivo ordena el trabajo convenido entre el trabajador y el patrono, fijando la diligencia y colaboración debidas en el trabajo y adoptando las medidas de control del cumplimiento de las obligaciones del trabajador.

En la legislación laboral venezolana, el poder de dirección singular tiene su basamento en el artículo 18 del Reglamento de la LOT, cuyo contenido es del tenor siguiente:

> "Artículo 18: El trabajador o trabajadora observará, entre otros, los siguientes deberes fundamentales:
> a) Prestar el servicio en las condiciones y términos pactados o que se desprendieren de la naturaleza de la actividad productiva.
> b) Observas las órdenes e instrucciones que, sobre el modo de ejecución del trabajo, dictare el patrono o patraña; y,
> c) Prestar fielmente sus servicios, con ánimo de colaboración, y abstenerse de ejecutar prácticas desleales o divulgar información sobre la actividad productiva que pudieren ocasionar perjuicios la patrono o patrona".

No obstante lo anterior, el mencionado deber de obediencia del trabajador tiene como límite el derecho a no acatar instrucciones establecido en el artículo 19 del Reglamento de la LOT, conforme al cual, el trabajador podrá abstenerse de ejecutar las labores ordenadas cuando fueran manifiestamente improcedentes, es decir, incompatibles con su dignidad, o que pusieren en peligro inmediato su vida, salud o la preservación en la empresa.

Para el ejercicio del mencionado derecho de no acatar instrucciones, el trabajador debe manifestar al patrono su disconformidad con las labores ordenadas, a la brevedad posible, y presentar un escrito a la Inspectoría del Trabajo de la jurisdicción y, si fuera en materia de salud y seguridad del trabajo, al delegado de prevención y al supervisor inmediato. En todo caso, el patrono debe brindar respuesta explicativa al trabajador y a las instancias involucradas dentro de los cinco (5) días siguientes. La falta de respuesta

oportuna, equivaldrá a una aceptación de las circunstancias expuestas por el trabajador.

En otro orden de ideas, los medios informáticos que se encuentran en las facilidades de la empresa son generalmente propiedad del patrono, por lo que en principio éste tendría pleno derecho y poder de disposición sobre los mismos. Así, con base en el poder de dirección singular al que se refiere Montoya, el patrono debe indicar detalladamente al trabajador las condiciones y límites de uso de los medios tecnológicos puestos a su disposición. En tal sentido, Roqueta Buj (2005, 13) considera que el patrono tendría algunas opciones en relación con las condiciones de uso de los mismos, a saber:

> En primer lugar, puede restringir el uso de tales medios a fines estrictamente profesionales o comerciales y prohibir el uso con fines personales. No es seguramente la política mas recomendable, en la vista de que, en la utilización de los sistemas de comunicación de la empresa (teléfono, fax, correo electrónico) se impone cierta política de tolerancia, dada la particular implicación de la persona en el trabajo que difícilmente puede abandonar sus "propias necesidades cotidianas". No obstante, (...) encuentra fundamento en la necesidad de evitar los tiempos de inactividad del trabajador u otros problemas de seguridad del sistema y de responsabilidad imputables al empresario, (...) garantizar la posibilidad de que las comunicaciones sean examinables. (...)
> En segundo lugar, puede permitir que los medios tecnológicos de información y comunicación que se emplean para los asuntos profesionales sean utilizados también por los trabajadores para fines extraprofesionales, por ejemplo, con duración limitada y fuera del horario del trabajo o en los tiempos de descanso. (...)

> En tercer lugar, puede suceder que la empresa no haya previsto nada a propósito de las condiciones de empleo de los instrumentos tecnológicos de información y comunicación. En tal caso, y teniendo en cuenta los importantes costes y cargas que para el empresario pueden derivarse del uso extraproductivo de tales instrumentos, cabria negar la existencia de un derecho a su uso social en el trabajo. (...) otras resoluciones judiciales, ponderando la necesidad de este uso social, entienden que, si no consta prohibición expresa en este sentido, los trabajadores podrían llevar a cabo un uso moderado y no abusivo de los mismos (...)

De lo antes expuesto se observa que el patrono tiene la potestad de indicar a sus trabajadores sobre la restricción absoluta o parcial de los medios tecnológicos puestos a disposición de éstos, así como las condiciones y limitantes aplicables.

Por otra parte, la libertad económica, entendida en los contenidos antes mencionados, no puede sin embargo centrarse en la única tarea de fijar la forma en que se va a prestar el servicio, sino que incluye asimismo la posibilidad de vigilar el cumplimiento de la prestación del servicio e introducir modificaciones a las funciones y tareas de los trabajadores, más aún en virtud del cambio continuo al que la empresa se ve expuesta con el desarrollo de la tecnología. Así, Montoya (2005, 157) ha considerado lo siguiente:

> "Debe advertirse asimismo que el poder de dirección del empresario no sólo lleva a cabo la tarea de especificar a lo largo del tiempo el contenido de la prestación pactada... sino que además le compete la posibilidad de introducir modificaciones no sustanciales en la prestación; modificaciones en las funciones o tareas... que entran en esa faceta del poder

> directivo que es el llamado *jus variandi*... Más allá del *jus variandi* el empresario puede tomar la iniciativa de introducir variaciones sustanciales en las condiciones de trabajo; figura ésta que ha sido objeto reiterado de atención doctrinal."

Entonces, manifestaciones, unas veces individuales y otras colectivas del poder la libertad económica en el ámbito laboral son también el *jus variandi* en su distintos grados y manifestaciones, tales como la facultad de decidir traslados, desplazamientos y modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, así como extinciones y suspensiones por causas económicas o tecnológicas.

B. Potestades Jerárquicas del Patrono. Potestad Disciplinaria del Patrono. El *Jus Variandi*.

El poder de ordenar y organizar del patrono, conforme a su derecho constitucional de libertad de empresa, supone lógicamente la posibilidad de controlar y vigilar su cumplimiento y la de alterar las condiciones de trabajo. Así, es consecuencia directa de las facultades directivas del patrono, el poder incidir en todos los aspectos de la ejecución del contrato desde la determinación del trabajo debido por la remuneración, incluyendo el lugar y el tiempo de la prestación, hasta la forma de cómo debe prestarse.

En efecto, ese poder general previsto en el articulo 112 Constitucional, se diversifica en numerosos poderes que van desde el poder de organización productiva, hasta el poder de dirección, pasando por los más específicos poderes de variación, modificación y extinción y finalizando en los poderes de vigilancia y control de la actividad productiva.

Entonces, el poder de dirección, incluye el poder disciplinario, siendo su función principal corregir la mala conducta del trabajador, materializada en faltas o incumplimientos de sus obligaciones contractuales. Por tanto, el patrono que en uso de sus potestades de vigilancia y disciplinarias advierte que un trabajador utiliza los medios tecnológicos para asuntos no relacionados con la prestación de sus servicios, podría aplicar las respectivas sanciones, que pueden ir desde el llamado de atención, hasta el despido justificado.

Como dispone Alfonzo-Guzmán (2000, 156) "aunque la obligación a cargo del trabajador no puede ser alterada unilateral y arbitrariamente por el patrono, éste posee ciertas facultades de variar discrecionalmente, de modo permanente o transitorio, la ocupación del trabajador, su cargo en la empresa, el horario y el lugar donde la labor se ejecuta, bajo determinadas reglas".

Esa facultad de poder alterar discrecionalmente las condiciones de trabajo, se denomina *jus variandi*. Dicha facultad deriva del derecho del empleador de organizar y dirigir el trabajo de sus trabajadores. Sin embargo, el derecho del empleador debe estar enmarcado en criterios de: (i) razonabilidad, es decir, que no sea arbitrario; (ii) funcionalidad, en el sentido que obedezca a un motivo elemental de la organización; e, (iii) indemnidad del trabajador, esto es, que no provoque un menoscabo patrimonial o moral al trabajador que no le sea debidamente compensado.

En efecto, dicho poder discrecional que se caracteriza por adaptar la empresa a los cambios exigidos por la tecnología, la producción o la misma ley, pero no puede realizarse en contradicción con la libertad y dignidad de la persona humana.

Sobre el cambio de condiciones, considera Longa (1999, 347) que "en el contrato de trabajo se ha debido especificar con claridad cuáles van a ser las funciones específicas que va a cumplir el trabajador; de no haberse hecho así, la Ley dispone que el trabajador deberá desempeñar los servicios que sean compatibles con sus fuerzas, aptitudes, estado o condición, y dichas tareas deben ser del mismo género de los que formen el objeto de la actividad a que se dedique el patrono. (...) a menos que, **ab initio** se hubiera

pactado las condiciones de trabajo sin tomar en cuenta la preparación formal y profesional de éste (...)".

Por otra parte, Deveali (1983, 389) comenta que "el contrato de trabajo sufre durante su vigencia continuas modificaciones: cambio de tareas, de calificación, del lugar de trabajo, modificaciones del horario y de la forma o monto de la remuneración. Sólo excepcionalmente esas modificaciones son instrumentadas por escrito, sino que normalmente se perfeccionan mediante el consentimiento tácito de las partes, y no siempre tales modificaciones son favorables para el trabajador, el cual sin embargo las acepta a menudo, con el deseo de conservar el empleo".

Por su parte, la Sala de Casación Social (SCS) del TSJ en un caso en el cual existió un traslado del trabajador de un cargo a otro distinto, con funciones distintas, en virtud de las modificaciones en el sistema organizativo de la empresa, consideró que el patrono no hizo uso abusivo del *jus variandi*. En efecto, la SCS en sentencia N° 887 del 1° de junio de 2006, recaída en el caso de *Fredy José Montes De Oca Rojas vs. Sincrudos de Oriente, C.A. (SINCOR)*, estableció lo siguiente:

> "Con relación al segundo punto de la controversia, ha quedado demostrado y así fue manifestado por las partes, que en virtud del proyecto que venía desempeñado la empresa Sincrudos de Oriente, C.A. (SINCOR) en el Complejo Criogénico José Antonio Anzoátegui, se produjo en marzo del año 2003 hasta

> el mes de abril del año 2004 un cambio en sistema organizativo de la empresa, por lo tanto el traslado del trabajador Fredy Montes De Oca, de la coordinación de contratos a la coordinación de procura no constituía un ascenso o promoción con la consecuencia inmediata de un aumento salarial.
> No constató la Sala, que haya habido desmejora en las condiciones laborales, ni que el patrono hizo uso abusivo del ius variandi. Por consiguiente, se declara improcedente el aumento salarial solicitado por el actor en su libelo. Así se decide."

Lo anterior no quiere decir que no existan límites externos a ese control y poder de alteración de las condiciones de trabajo. Por ejemplo, el *jus variandi*, en palabras de Alfonzo-Guzmán (2000, 156) demarca un lindero entre las potestades lícitas del empleador y las ilícitas, que acarrean el despido indirecto del trabajador, cuyas consecuencias serán explicadas más adelante. Así, debe tenerse presente que el poder de dirección en sus diferentes contenidos (i.e. ordenar, vigilar y alterar las condiciones de trabajo) no es ilimitado sino, por el contrario, limitado por la constitución, las leyes, los convenios colectivos y los contratos de trabajo. En palabras de Palomeque y Álvarez (2003, 731) "el límite del poder empresarial directivo son los derechos del trabajador, en cuanto persona y en cuanto asalariado".

En efecto, el poder de dirección de vigilancia y el *jus variandi* del patrono, encuentran sus límites en los derechos constitucionales de los trabajadores al respeto de su la dignidad, libertad religiosa, a la no discriminación, a la

protección de datos y, por su puesto a su derecho a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones.

Por lo tanto, la introducción de las nuevas tecnologías en la empresa no altera la esencia de los poderes enunciados, pero si es trascendente en lo que respecta a su utilización como instrumentos de control y vigilancia de la prestación de trabajo, pues tiene una incidencia directa en cómo conviven y hasta dónde se limita el derecho constitucional de libertad de empresa del patrono de donde se deriva su poder de dirección, vigilancia y alteración de las condiciones de trabajos por un lado, y los derechos constitucionales de los trabajadores a la intimidad, secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, cuando utilizan con fines personales medios tecnológicos de su patrono.

CAPÍTULO II

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA INTIMIDAD E INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES DE LOS TRABAJADORES

La Constitución establece en su artículo 60 el derecho a la vida privada y a la intimidad, y en su artículo 48 garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. Estos derechos fundamentales han sido no obstante mucho más desarrollados y resguardados a través de instrumentos legales como lo son el Código Penal venezolano (CP), el cual a través de su artículo 186 protege la inviolabilidad de las comunicaciones; la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LT) garantiza en su artículo 12, numeral 2, el derecho a la privacidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas; la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (LMDFE) que confirma la garantía prevista en el artículo 48 constitucional; la Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones (LPPC) cuyo objeto es proteger la privacidad, confidencialidad, inviolabilidad y secreto de las comunicaciones que se produzcan entre dos o más personas; y finalmente, la Ley Especial contra Delitos Informáticos (LEDI), que tiene por objeto la protección integral de los sistemas que utilicen tecnologías de información, así como la prevención y sanción de los delitos cometidos contra tales sistemas.

A. Nociones Generales del Derecho Constitucional a la Intimidad de los Trabajadores

El artículo 60 de la Constitución prevé que todas las personas tienen el derecho a la protección contra daños en su honor, reputación o vida privada. En Venezuela no existe normativa legal o reglamentaria que aclare de forma expresa qué constituye "vida privada" o "privacidad".

En efecto, la Constitución resguarda el derecho a la vida privada en lo siguientes términos:

> Artículo 60:
> Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.
> La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos.

En este respecto, las sentencias de tribunales venezolanos que han someramente tocado el tema del derecho a la privacidad no han analizado en detalle cuáles son las características que debe contener un tipo de información o dato para que sea considerado como perteneciente a la vida privada y, por lo tanto protegido, constitucionalmente. En efecto, una decisión de la extinta Corte Suprema de Justicia (CSJ) en Sala Político-Administrativa

de fecha 8 de agosto de 1994, recaída en el caso *Oscar García Mendoza y otros v. Ley de Emergencia Financiera*, consideró como protegido por el derecho a la intimidad y la vida privada, la información relativa a la situación patrimonial de los directivos de instituciones bancarias a quienes la Ley de Emergencia Financiera exigió la presentación de una declaración jurada de patrimonio. Sin embargo, la CSJ no proporcionó un estándar que permitiese identificar, en cada caso, cuándo un determinado tipo de dato pertenece a la vida privada de las personas y cuándo no.

El articulo 8 de a Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales protege no solamente a la persona de acciones que interfieran con su vida privada de las autoridades públicas, sino también de las acciones que interrumpan el desenvolvimiento de su vida privada ejercida por particulares e instituciones.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su articulo 12 dispone que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques...". Asimismo, el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos de 1966, en su articulo 17 establece que "1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada, su

familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

Según el Diccionario de la Real Academia Española (Vól. II, p.1295), intimidad es la "zona espiritual intima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia".

Al respecto, Oviedo (2003, 151) comenta que "el derecho a la intimidad fue elaborado originariamente en el derecho jurisprudencial de Estados Unidos en 1873, cuando el juez Thomas A. Cooley, en su obra *The elements of the torts*, lo definió como «*the right to be let alone*», es decir, el derecho a ser dejado en paz, o a ser dejado solo".

En opinión de Brewer y Ayala (1995, 23) la intimidad "es lo que pertenece exclusivamente, como secreto o reservado y que se manifiesta incluso, en un derecho a la soledad o a ser dejado tranquilo".

Sempere y San Martín (2002, 23) por su parte consideran que la intimidad "se refiere a la parcela que cada individuo reserva de su vida, vinculada con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o particulares".

Para Roqueta Buj (2005, 18) el derecho a la intimidad "se trata, por consiguiente, de que ese ámbito propio de la vida personal y familiar debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones exteriores de los demás, salvo autorización del interesado, por lo que de algún modo se introduce un concepto subjetivo de intimidad, al depender del sujeto la determinación de esa esfera".

Asimismo, en palabras de Pró-Rísquez y Glass (2004, 228) "el derecho a la vida privada y a la privacidad contemplados en el artículo 60 ejusdem, se refieren al derecho de cada individuo de proteger de los demás su vida privada. Se entiende que el derecho a la privacidad es violado cuando un extraño se entera de cualquier aspecto de la vida privada de una persona, que incluye, por ejemplo, el estado patrimonial de la persona, su correspondencia, sus costumbres, su modo de vida o si ha sufrido accidentes personales, entre otros".

En palabras de Castillo Marcano (1997, 261) el derecho a la intimidad tiene algunos rasgos característicos, a saber:

> "- Es un derecho referido a la dignidad de la persona, y en ese sentido está desvinculado de la óptica patrimonial (...)
> - También se ha afirmado que es un bien que pertenece al ámbito de la vida privada y que hay que salvaguardar de las intromisiones extrañas, y por ello es necesario protegerla frente

> al crecimiento de los medios de captación y difusión de datos pertenecientes a la intimidad (...)
> - Es un derecho ligado directamente a la existencia del individuo. En ese sentido al fallecer su titular, sus derechos personalísimos se extinguen, desaparece el ámbito vital reservado a la protección constitucional.
> - Lo más estrechamente vinculado a la intimidad es la corporeidad. Tiene que ver con la posibilidad de controlar el acceso a nuestro cuerpo del mismo modo que puede limitarse también la divulgación de datos o hechos relevantes de la vida privada."

Por tanto, el derecho a la intimidad se configura como un derecho vinculado a la protección de la propia personalidad, derivado de la dignidad de la persona. En nuestros días una de las cuestiones más importantes del derecho a la intimidad y de esa exigencia de calidad mínima de la vida humana, se centra en la información que sobre los ámbitos más reservados e íntimos de cada persona, pueda disponerse o utilizarse por terceros. La protección de ese derecho se manifiesta a través del control del interesado en relación con el acceso de otros a la información más personal.

En efecto, de acuerdo con el numeral 8 del artículo 56 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, el patrono tiene el deber de tomar todas las medidas adecuadas para asegurar la privacidad de la correspondencia y comunicaciones de los trabajadores y el libre acceso a todos los datos e informaciones referidos a su persona.

En tal sentido, cuando el trabajador utiliza el correo electrónico y la *Internet* propiedad de su patrono para actividades personales, más allá del conflicto de derechos que pueda generarse, su intimidad (i.e. gustos, creencias políticas o religiosas) puede verse reflejada en dichos medios tecnológicos.

B. Nociones Generales del Derecho Constitucional a la Inviolabilidad de la Comunicaciones de los Trabajadores

Por otra parte, el derecho a la intimidad en el ámbito del presente trabajo, se ve resguardado en el artículo 48 de la Constitución, el cual garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. De acuerdo con el mencionado artículo, el bien constitucionalmente protegido es la libertad de las comunicaciones y la reserva sobre la comunicación emitida, con independencia del contenido de la misma.

Así, el artículo 48 de la Constitución dispone lo siguiente:

> Artículo 48
> Se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. No podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso.

El artículo 12 de la LT establece: "En su condición de usuario de un servicio de telecomunicaciones, toda persona tiene derecho a: (...) 2. La privacidad e

inviolabilidad de sus telecomunicaciones, salvo en aquellos casos expresamente autorizados por la Constitución o que, por su naturaleza tengan carácter público". El artículo 190 *eiusdem* establece que la interceptación, interferencia, copia o divulgación ilegales del contenido de las transmisiones y comunicaciones, será castigada con arreglo a las previsiones de la Ley especial de la materia.

Por su parte, el artículo 5 de la LMDFE dispone que los mensajes de datos –correos electrónicos- están sometidos a las disposiciones constitucionales y legales que garantizan los derechos a la privacidad de las comunicaciones y de acceso a la información personal.

Asimismo, el artículo 48 constitucional encuentra su desarrollo legal en la LPPC cuyo objeto es proteger la privacidad, confidencialidad, inviolabilidad y secreto de las comunicaciones que se produzcan entre dos o más personas.

A los efectos del presente trabajo es importante revisar el contenido de los artículos 2 y 3 de la LPPC, según los cuales se sanciona a aquél que se imponga de la comunicación entre personas de forma arbitraria.

En efecto el artículo 2 de la LPPC sanciona con pena de prisión a aquél que de forma arbitraria se imponga de la comunicación de otro y el que la revele, en los siguientes términos:

> Artículo 2
> El que arbitraria, clandestina o fraudulentamente grabe o se imponga de una comunicación entre personas, la interrumpa o impida, será castigado con prisión de tres (3) a cinco (5) años.
>
> En la misma pena incurrirá, salvo que el hecho constituya un delito grave, quien revele, en todo o en parte, mediante cualquier medio de información, el contenido de las comunicaciones indicadas en la primera parte de este artículo.

Por su parte, el artículo 3 *eiusdem*, establece igualmente penas de prisión para aquél que instale equipos que graben o impidan las comunicaciones entre las personas, en los siguientes términos:

> Artículo 3
> El que, sin estar autorizado, conforme a la presente Ley, instale aparatos o instrumentos con el fin de grabar o impedir las comunicaciones entre otras personas, será castigado con prisión de tres (3) a cinco (5) años.

El hecho que perfecciona el delito se concreta en las conductas de grabar, imponerse, interrumpir o impedir una comunicación ajena de manera arbitraria, o de manera clandestina o fraudulenta. Según Arteaga Sánchez (1995, 51) grabar una comunicación supone fijarla, registrarla o copiarla; imponerse significa tomar conocimiento de su contenido, lo cual equivale a intervenir la comunicación; interrumpirla significa hacer cesar una comunicación ya iniciada; y impedirla significa no permitir su inicio. Tales

conductas deben llevarse a cabo de manera arbitraria, clandestina o de forma fraudulenta.

Según Tamayo Rodríguez (1999) la LPPC protege el derecho de las personas de comunicarse libremente con otros, a través del lenguaje hablado, esto es, oralmente o de viva voz, o a través del lenguaje mímico, en cualquier forma, privada, confidencial y secretamente, libre de intromisiones extrañas, quedando excluido del ámbito de aplicación de la LPPC las comunicaciones privadas escritas (cartas, faxes, telegramas, etc.) cuya confidencialidad esta protegida por el Código Penal. La jurisprudencia no se ha manifestado sobre el ámbito del término "comunicaciones" previsto en la LPPC pero se despende de la Exposición de Motivos de la Ley que la intención del legislador era proteger cualquier tipo de comunicación y que no se entendiera de manera restrictiva.

Más específicamente, la legislación venezolana protege los contenidos del derecho constitucional de inviolabilidad de las comunicaciones a través de sistemas tecnológicos a través de la LEDI. El objeto de la LEDI es proteger los sistemas que utilicen tecnologías de información, así como la prevención y sanción de los delitos cometidos contra tales sistemas o cualquiera de sus componentes o los cometidos mediante el uso de dichas tecnologías.

En efecto, a través del artículo 20 la LEDI protege la privacidad de la información privada de las personas que se encuentre almacenada en sistemas de tecnología de información, en los siguientes términos:

> Artículo 20. Violación de la privacidad de la data o información de carácter personal. El que por cualquier medio se apodere, utilice, modifique o elimine, sin el consentimiento de su dueño, la data o información personales de otro o sobre las cuales tenga interés legítimo, que estén incorporadas en un computador o sistema que utilice tecnologías de información, será penado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.
> La pena se incrementará de un tercio a la mitad si como consecuencia de los hechos anteriores resultare un perjuicio para el titular de la data o información o para un tercero.

Por su parte, el artículo 21 *eiusdem* específicamente sanciona a aquél que acceda, sin consentimiento del dueño, a comunicaciones realizadas a través de sistemas tecnológicos de información, en los siguientes términos:

> Artículo 21. Violación de la privacidad de las comunicaciones. El que mediante el uso de tecnologías de información, acceda, capture, intercepte, interfiera, reproduzca, modifique, desvíe o elimine cualquier mensaje de datos o señal de transmisión o comunicación ajena, será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.

Así, el simple monitoreo de comunicaciones transmitidas a través de medios que son propios no pareciera quedar tipificado como delito bajo la LEDI.

Igualmente, tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Artículos 5 y 11), la Declaración Universal de los Derechos

Humanos (Artículo 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 17) y el Pacto de San José de Costa Rica (Artículo 11) consagran el derecho a la vida privada e intimidad de las personas y la inviolabilidad y secreto de la correspondencia. En caso de violación de los derechos previstos en el mismo cabe la posibilidad de presentar una denuncia o queja ante una instancia internacional.

Es de observar que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en cualquiera de sus formas se encuentra debidamente protegido en nuestro país. Sobre la base de dichas disposiciones podemos entonces entender que cuando el patrono registra sistematizadamente y controla el correo electrónico enviado por su trabajador, se está imponiendo de la comunicación de la cual no es parte, razón por la cual debemos intentar responder a la pregunta de si el derecho constitucional del patrono a la libertad de empresa puede violar entonces el derecho fundamental del trabajador al secreto de sus comunicaciones, aunque se encuentre utilizando unos medios tecnológicos propiedad del patrono.

En sentencia N° 264 de la SCS del TSJ de fecha 5 de marzo de 2007, recaída en el caso *Luis A. Navas J. vs. C.A. VENECEMOS*, aunque muy someramente, se examinó el análisis realizado por el Juzgado Superior en relación con un correo electrónico emanado del actor para probar el trabajo

en horas extraordinarias, teniendo en cuenta para su eficacia probatoria, entre otras cosas, la licitud en la obtención del correo electrónico a los fines de evitar la vulneración de los derechos constitucionales sobre la privacidad en las comunicaciones, a saber:

> El uso de las Tecnologías de Información y Comunicaciones (TICs) trae consigo al correo electrónico como una nueva forma de documentar los hechos derivados de las relaciones laborales, que al momento de ser utilizado como medio de prueba influye especialmente en la actividad probatoria del Proceso Laboral; considerando que dentro del proceso será necesario estudiar el contenido del documento, no sólo en cuanto al hecho histórico que representa, sino en cuanto a la licitud en la obtención del correo electrónico que no vulnere los derechos constitucionales sobre la privacidad en las comunicaciones de la parte contra quien se opone, la pertinencia y el soporte material de presentación, a fin de determinar si el mensaje es íntegro, confidencial y auténtico, si se trata de original o copia, si contiene firma electrónica con certificado. (Resaltado agregado)

Así, pareciera que de acuerdo con las normas planteadas y la sentencia de la SCS del TSJ, si el patrono procede a la apertura de los correos electrónicos enviados o recibidos por el trabajador, no siendo destinatario de los mismos, incurriría en una violación de la comunicación del trabajador. Sin embargo, ¿puede entenderse la existencia de "comunicación privada" cuando el trabajador utiliza herramientas propiedad de su patrono durante el tiempo en el que se supone ha enajenado su tiempo para prestar sus servicios a favor de su patrono, por lo que debería estar prestando sus servicios y no utilizando dichas herramientas para fines personales?

Por otra parte, no cabe duda que el correo electrónico representa un medio a través del cual las personas se comunican y que puede ser objeto de violación por terceros. Sin embargo, para algunos doctrinarios españoles, la navegación por *Internet* no podría ser entendida como comunicación. En efecto, según comenta Roqueta Buj (2005, 22), se ha entendido que las comunicaciones tuteladas por el precepto constitucional que garantiza la inviolabilidad de las comunicaciones, "son las realizadas mediante el empleo de 'canales cerrados' de comunicación y sin publicidad, quedando fuera las comunicaciones por radio, Chats o foros accesibles para cualquier interesado y por lo tanto de carácter publico. Interés particular acredita la actividad de 'navegar' a través de la red de Internet. Y es que este supuesto no constituye un proceso de comunicación entre personas como el que se da cuando se utiliza el correo electrónico. (...) Por tanto, en el acceso a Internet no cabe el secreto a las comunicaciones y, por tanto, la navegación no está tutelada por el art. 18.3 de la CE".

Por su parte, Martínez Pons (2005, 217) considera que "la difusión y acceso a la información a través de Internet se integra por la adquisición de conocimientos suministrada por terceros y seleccionada por el receptor de la información. En conclusión, la actividad de navegar a través de los lugares de información accesibles a través de Internet no constituye un proceso de

comunicación y, por ello, no se halla sujeto a la tutela propia del secreto de las comunicaciones (...)".

Pareciera no haber discusión al considerar que si el patrono controla la navegación del trabajador por *Internet*, eso no conculcaría su derecho al secreto de las comunicaciones, como sí pasaría con el correo electrónico. Sin embargo, no puede esconderse que la identificación de los lugares visitados revela aspectos propios de la personalidad del trabajador en sentido amplio (i.e. preferencias políticas, sindicales, gustos culinarios, aficiones). Así, es evidente que la revisión de la navegación histórica del trabajador en *Internet* por parte del patrono entra en conflicto con el derecho fundamental a la intimidad del trabajador.

Los correos electrónicos, por otra parte, deben ser objeto de un estudio diferente en este contexto pues "nos indica la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la tutela del secreto de las comunicaciones ampara no solamente el momento de la transmisión, sino también la aprehensión o revelación de la comunicación registrada en cualquiera de sus formatos. De ahí que el secreto de las comunicaciones se extienda también al soporte físico de registro, en este caso es el archivo contenido en el servidor y en el ordenador de la empresa. Así, pues, son actos de intercepción contrarios a la tutela constitucional dispensada a las

comunicaciones tanto la interceptación de la comunicación, como la aprehensión o acceso antijurídico al contenido de la comunicación o a cualquiera de sus elementos determinantes (identidad del receptor y/o emisor). Quiere decirse con ello que son formas ilegítimas de interceptación del mensaje tanto el establecimiento de mecanismos de copia automática de los mensajes enviados por los trabajadores como el acceso a las copias de los mensajes enviados y archivados, ya sea en el servidor empleado por la empresa, ya sea en el buzón de correo electrónico del trabajador" (Martínez Fons; 20505, 222).

Sin embargo, los derechos constitucionales de los trabajadores analizados no pueden entenderse libres de limitación alguna, toda vez que como se ha mencionado, los derechos constitucionales no son absolutos pues al entrar en conflicto con otros derechos constitucionales, deben ceder y acoplarse unos frente a otros. Es así como cuando hablamos de nuevas tecnologías en la sede de la empresa propiedad del patrono, asignadas a los trabajadores para la prestación de sus servicios, debe tenerse en cuenta las obligaciones que para los trabajadores derivan de la relación de trabajo y que forman parte integrante de su contrato de trabajo.

Sin embargo, es evidente que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones no le puede garantizar al trabajador una impenetrabilidad

total de su actividad comunicativa desarrollada en el seno de la empresa a través del correo electrónico y el computador facilitados por el patrono. Esto significaría de algún modo para el patrono la privación de una de las manifestaciones de la libertad de empresa, también un derecho constitucional, como seria el poder de vigilancia y control de las actividades de los trabajadores y al acceso de bienes de su propiedad, lo cual estaría fuera de toda lógica.

En virtud de lo antes expuesto, se deriva que la violación de las comunicaciones del trabajador utilizando los medios propiedad del patrono se observa sólo en el caso de los correos electrónicos, y no en el caso de la navegación por *Internet*, aunque en relación con este último se podría estar en presencia de una violación al derecho a la intimidad el trabajador. Con base en la legislación revisada, pareciera que la única posibilidad de acceso del patrono a las comunicaciones del correo electrónico del trabajador a través de sus medios tecnológicos sería admisible en principio por orden judicial (tal como se desprende del propio artículo 48 de la Constitución).

Para algunos, otra posibilidad de acceso a las comunicaciones del trabajador en el seno de la empresa, seria por haberlo consentido el propio trabajador. En opinión de Martínez Frons (2005, 223) el consentimiento del trabajador es

necesario, pero no es lo único necesario, por ser una renuncia a un derecho fundamental, en los siguientes términos:

> "Respecto del consentimiento para intervenir la comunicación, debe entenderse otorgado cuando derive de hechos concluyentes por parte del trabajador. Como se habrá advertido, constituye elemento esencial del control del correo electrónico la especificación de la política empresarial acerca del uso de dicho sistema de comunicación en la empresa. De este modo, se ha considerado que se otorga el consentimiento a que el empleador ejerza el control sobre los mensajes electrónicos cuando el trabajador, advertido acerca de la posibilidad de que la comunicación sea controlada, decide iniciarla o mantenerla. Con todo, no debe olvidarse que nos hallamos ante la restricción de un derecho fundamental en la relación de trabajo (...). Quiere decirse con ello que, en primer lugar, el consentimiento del trabajador constituye requisito necesario pero no suficiente para proceder a la fiscalización del contenido de los correos electrónicos laborales. La renuncia voluntaria al secreto de las comunicaciones, al igual que sucede con la renuncia de otros derechos fundamentales en la relación de trabajo, no debe entenderse incondicionada; será precisa la presencia de un interés legítimo en el ejercicio del control por parte del empleador. En segundo lugar, la presencia del secreto de las comunicaciones parece exigir que, en la medida de lo posible, el control se realice preferentemente de manera indirecta a través de programas que filtren o limiten el uso del correo con fines personales. Parece lógico entender que resulta plenamente legítimo el ejercicio de las facultades de controlar la correspondencia electrónica de carácter laboral en las condiciones ahora expuestas." (Resaltado agregado)

En efecto, podría argumentare *mutatis mutandi* en relación con la renuncia por parte del trabajador a la monitorización del correo electrónico, que en Venezuela un trabajador aunque quisiera renunciar a su derecho a la prestación de antigüedad o beneficios laborales, no podría, al ser un derecho fundamental en una relación en la que el trabajador es considerado el débil

jurídico y en la cual los derechos de los trabajadores son irrenunciables, de acuerdo con lo previsto en los artículos 89(2) de la Constitución y 3 de la LOT.

Sin embargo, se insiste ¿cómo podría considerarse "comunicación privada" a aquella que se realiza durante la jornada de trabajo, tiempo durante el cual el trabajador se encuentra a disposición de su patrono, utilizando medios que son propiedad de su patrono y que han sido asignados para la prestación de los servicios?

Efectivamente el trabajador no deja su condición de ciudadano cuando ingresa a su centro de trabajo, y debe existir un nivel de tolerancia por parte del patrono, pues el trabajador puede tener emergencia cotidianas que atender, pero estas condiciones no cambian el hecho que el trabajador está en su puesto de trabajo para prestar un servicio, por lo que las herramientas que se le otorgan (i.e. correo electrónico con dominio corporativo y la *Internet*) deben utilizarse para la prestación de sus servicios, por lo que no sólo no debería existir información privada en dichas comunicaciones, sino que dichas comunicaciones no podrían adicionalmente considerarse como "comunicaciones privadas".

C. Obligaciones de los Trabajadores en la Prestación de sus Servicios. Principio de Buena Fe contractual

La relación de trabajo presupone e impone una serie de deberes y obligaciones al patrono y al trabajador, estando dentro de los deberes del trabajador el cumplir con sus obligaciones de conformidad con las reglas de buena fe.

La buena fe abstraída de cualquier otra consideración simplemente representa una declaración formal sobre la manera de cómo se debe actuar. Sin embargo, jurídicamente el principio de buena fe en el marco de los contratos, constituye un dogma general de derecho dotado de valor jurídico. Así, este principio general, "obliga a todos, a observar una determinada actitud de respeto y lealtad, de honradez en el tráfico jurídico, y esto, tanto cuando nos encontremos ejerciendo un derecho, como cumpliendo un deber" (Escudero *et al*; 1996, 27).

En efecto, la concepción ética de la buena fe, conlleva a la creencia que la asunción de una determinada actitud no sólo no daña, sino que produce un equilibrio. Así, pueden distinguirse "dos cometidos de la buena fe: como reguladora del ejercicio de derechos y del cumplimiento de los deberes; y la

buena fe como presupuesto de la atribución de derechos que sin su concurso, quedan excluidos" (Escudero *et al*, 1996, 32).

El Código Civil (CC) en su artículo 1.160 dispone que "los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley." (Resaltado agregado)

Para Maduro Luyando (1967, 628), el cumplimiento de los contratos de buena fe implica diversos contenidos con una finalidad de convertir a cada uno de los obligados por el contrato en un colaborador del otro, prestándole un apoyo llevado al máximo posible y dentro de los límites estipulados.

En opinión de Rubio de Medina (2003, 10), citando a Sempere y Mazzucconi, la buena fe es "aquel principio que «busca lograr una convivencia pacifica y prospera entre las personas de una comunidad, concretándose en la confianza de una actuación concreta de otro, en la lealtad de los tratos y en la fidelidad de la palabra dada»".

Lógicamente como sostienen Sempere y Mazzuconi (2002, 50) el principio general de la buena fe se traslada a las relaciones laborales individuales, toda vez que, "la celebración de un contrato de trabajo sujeta a las partes

contratantes al mutuo deber de acomodar su comportamiento, a lo largo de toda la vida de la relación laboral e incluso en ocasiones una vez extinguida ésta, a las exigencias que comporta el básico principio de la buena fe, las cuales suponen la obligación de orientar la conducta respectiva con arreglo a pautas de lealtad, honradez y respeto a la confianza que legítimamente el uno deposita en el otro".

En el ámbito del derecho del trabajo, considera Montoya Melgar (2001, 39) que "el trabajador está obligado a observar la buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones laborales. (...) pero la buena fe es regla de conducta no solo para el cumplimiento de las obligaciones del trabajador sino también para el ejercicio de sus derechos".

Ahora bien, el artículo 68 de la LOT dispone que el contrato de trabajo obliga a lo expresamente pactado y a las consecuencias que de él se deriven según la Ley, la costumbre, el uso local y la equidad. Asimismo, el artículo 24 del Reglamento de la LOT incluye la buena fe como una consecuencia del contrato en su literal (g), cuando dispone que el contrato de trabajo obliga expresamente a lo pactado y a las consecuencias que de él deriven según, entre otros, la buena fe.

En efecto, para Jaime Martínez (1999, 57) el principio de buena fe, como principio del derecho del trabajo es una fuente no estatal de la relación de trabajo y considera que "en el campo de las relaciones laborales adquiere especial importancia. La buena fe implica la colaboración entre los dos sujetos de la relación laboral en aras de logar el mayor rendimiento".

En suma, el principio de buena fe, como un principio general de derecho, es aplicable a los contratos de trabajo, por lo que forma parte del contenido de las obligaciones de ambas partes, el patrono y el trabajador. Si nos preguntamos qué debemos entender por las reglas de la buena fe dentro del marco del derecho laboral, tendremos que referirnos, entre otras cosas, a la utilización por parte del trabajador, en el ámbito de su actividad profesional, de la totalidad de los medios puestos a su disposición para los fines previstos por el patrono. Así, es preciso considerar que el trabajador ha incumplido con su obligación de buena fe, cuando utiliza para sus fines personales, con grave perjuicio para la empresa, los instrumentos que se le han asignado para el desarrollo de su actividad profesional. En este supuesto, y en función de la gravedad del incumplimiento por parte del trabajador, podría darse el caso, incluso, de aplicar la máxima sanción, es decir el despido justificado.

En efecto, la buena fe involucra un sentido de probidad en el cumplimiento de las obligaciones, por lo que la actuación del trabajador fuera del ámbito de la

buena fe contractual permitiría al patrono despedir justificadamente al trabajador, de acuerdo con las disposiciones previstas en el artículo 102 de la LOT.

Sin embargo, la transgresión de la buena fe contractual no es el único tipo de incumplimiento contractual que puede alegarse en relación con el uso indebido de los medios tecnológicos propiedad del patrono. Por el contrario, en el derecho laboral venezolano podría encuadrarse la indebida utilización de los medios tecnológicos propiedad del patrono como una falta grave a las obligaciones previstas en el contrato de trabajo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 102(i) de la LOT, en la medida que el patrono haya especificado con claridad en el contrato de trabajo o en los códigos de conducta de la empresa, que las herramientas de trabajo asignadas al trabajador son exclusivamente para su uso en la prestación de los servicios.

Para Alfonzo-Guzmán (2000,148) una de las obligaciones del trabajador frente al patrono es "1° *Prestación del servicio, en la forma y condiciones establecidas en el contrato, o que sean consecuencia de éste según la equidad, el uso o la Ley*. La diligencia y la fidelidad, como expresiones de la buena fe, obligan a la puntualidad, al aviso de daños en los materiales e instrumentos de trabajo (...) 2° *La probidad*. a) Manifestaciones contractuales

(...) abstenerse de daños intencionales o con negligencia grave e los bienes del patrono". (Resaltado agregado)

En opinión de Rosqueta Buj (2005, 83), "cuando el trabajador utiliza los medios tecnológicos de información o comunicación facilitados por la empresa como herramientas de trabajo para asuntos que nada tienen que ver con el desempeño de sus funciones laborales, o cuando, contando con la pertinente autorización empresarial, los emplea de forma abusiva o desmesurada, infringe las reglas de la buena fe, que deben presidir en toda relación laboral, e incurre en un manifiesto abuso de confianza".

La autora en comento, señala que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial española, debe entenderse como causas de transgresión de la buena fe contractual, por parte del trabajador, las siguientes:

> Navegar irregularmente en la red de Internet (descarga y visualización de archivos durante la jornada laboral); instalar por dos veces una contraseña individual de acceso al ordenador limitativa de su uso, cuando esta expresamente prohibido por la empresa, así como dejar el ordenador conectado a Internet vía ADSL para bajarse música y otros archivos de la Red cuando no se esta trabajando en las instalaciones (ya sea a fin de semana o cuando se trabaja fuera de la oficina), provocando en la practica la inutilización de la línea ADSL para el resto de los trabajadores de la empresa; conectarse vía Internet a paginas de ocio o de contenido pornográfico en horas de trabajo; dedicarse a la practica del juego denominado 'solitario' durante la jornada laboral; chatear y navegar por Internet en horario de trabajo; dedicarse a leer periódicos o a resolver crucigramas durante la jornada laboral;

> acceder a las paginas deportivas, prensa ordinaria, juegos y paginas musicales con descarga de archivos en Internet; utilizar el teléfono de la empresa para efectuar llamada particulares sin relación con la actividad laboral; emplear el ordenador y el correo electrónico de la empresa con fines particulares durante la jornada de trabajo; acceder al Servidor de Acceso Remoto de la empresa sin autorización y mediante el sistema de acceso remoto y rellamada desde un teléfono móvil que está a nombre del trabajador; o cargar en la factura de teléfono e la empresa los importes de las líneas telefónicas de las que eran titulares los familiares del trabajador".

Asimismo, podría entenderse como otros incumplimientos que transgreden la buena fe contractual, los daños informáticos, la concurrencia o competencia desleal, la revelación de información confidencial de la empresa a terceros y ofensas (Roqueta; 2005, 85).

Ahora bien, en palabras de Terradillos (2004, 69) "(...) el comportamiento del trabajador, presuntamente legítimo, amparado por un derecho fundamental, pero en el que se reconozca y aprecie la trasgresión de la buena fe, ya no lo será tal; no será legítimo y, por añadidura, discurrirá del mero ejercicio de un derecho amparado por el ordenamiento jurídico a un reprochable incumplimiento contractual".

En efecto, el ejercicio de un derecho fundamental del que resulte haberse violentado la buena fe contractual resulta en un incumplimiento, sancionable incluso con el despido, por lo que resulta importante poder reconocer en que

medida el ejercicio de ese derecho fue desproporcionado (Terradillos; 2004, 69).

Continua Terradillos (2004, 71) indicando que "la buena fe contractual puede alzarse como limite al ejercicio de los derechos fundamentales por efecto de la interpretación ponderada a la que también deben ser sometidos estos últimos. En tanto que la ponderación delimita el ámbito constitucionalmente protegido de los derechos, pero que tampoco descuida el derecho de terceros – en cuanto limite externo de todos los derechos - habrá que constatar con las obligaciones contenidas en el marco jurídico que sustenta esa relación laboral. Además, entiendo que un examen ponderativo y compensador entre derechos solo podría ser llevado a cabo si se demuestra que la exigencia de la buena fe en el caso concreto esta amparado en otro derecho o bien constitucional (...)". En el caso que se analiza, la exigencia de la buena fe por parte del trabajador estaría amparada en el derecho constitucional del patrono a la libertad de empresa, del cual se deriva el poder de dirección, vigilancia y alteración de las condiciones de trabajo.

Así, el deber de buena fe de los trabajadores, incluye la utilización de los medios o herramientas puestas a su disposición para los fines previstos por el patrono. Por lo que, a los fines de evitar la vulneración del derecho a la intimidad del trabajador por el control que el patrono efectúa sobre las

comunicaciones, debe establecerse desde el inicio de la relación de trabajo políticas de la empresa en la que se otorgue la autorización del trabajador para el acceso a tales medios limitando su uso, de ser el caso. En efecto, aunque los contenidos de las comunicaciones que realizan los trabajadores no son medios propiedad del patrono, los medios que utilizan dichos trabajadores para comunicarse si lo son, razón por la cual el patrono tiene el derecho de limitar su utilización.

De lo antes comentado se desprende que los derechos fundamentales del trabajador a la privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones en el seno de la empresa estarían limitados por su obligación de prestar el servicio de buena fe, pues de otra forma su comportamiento devendría en abuso de derecho, pues "el ejercicio de los derechos fundamentales no sólo está sujeto a las limitaciones genéricas de los derechos, sino también al límite adicional de la buena fe o la especial confianza recíproca que les une" (Terradillos, 2004, 101). Sin embargo, también debemos concluir, que la sanción aplicable al comportamiento del trabajador que ha extralimitado su derecho, debe ser proporcional y pareciera depender de los daños efectivamente causados.

En tal sentido, debe establecerse previamente al inicio de la relación de trabajo tanto la prohibición del uso personal de las herramientas de trabajo

propiedad del patrono, como la posibilidad de monitoreo de los medios tecnológicos por parte del patrono y la forma en que ésta deba realizarse.

CAPÍTULO III

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO HERRAMIENTAS DE TRABAJO

En las últimas décadas han surgido por los cambios en la economía internacional, formas de trabajo que no regula el clásico Derecho del Trabajo, y que han creado la necesidad de establecer nuevas modalidades de protección para quienes intervengan en éstas.

Estas transformaciones o readaptación del Derecho del Trabajo, deben traducirse en la posibilidad de dar respuesta jurídica de acuerdo a las nuevas realidades, de extender la tutela del derecho actual a otras o nuevas formas de trabajo delimitando su ámbito de actuación, donde la autonomía o independencia en relación con la subordinación, en nada afecte a la dependencia económica.

Entonces, los cambios tecnológicos en materia de comunicaciones, entre otros muchos factores, están produciendo cambios trascendentales a los que debemos enfrentarnos y que exigen una definición para afirmar la existencia, importancia y vigencia del Derecho del Trabajo.

En definitiva, las formas tradicionales de trabajo han venido cambiando y

también han venido cambiando las relaciones jurídicas que se generan entre los sujetos vinculados al trabajo debido a la creciente globalización y al uso de las nuevas tecnologías, haciendo necesario un marco legal que contemple y proteja la actividad desarrollada bajo estás nuevas formas de prestación de servicios.

A. Nociones Generales del Correo Electrónico

El correo electrónico ha sido definido por el Diccionario de la Real Academia Española (Vól. I, p. 665) como "un sistema de comunicación personal por ordenador a través de redes informáticas".

Por su parte, la LMDFE en su artículo 2, define a los mensajes de datos - el correo electrónico – como "toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio".

En sentencia N° 264 de la SCS del TSJ de fecha 5 de marzo de 2007, recaída en el caso *Luis A. Navas J. vs. C.A. VENECEMOS*, la Sala analizó la noción del correo electrónico en los siguientes términos:

> El uso de las Tecnologías de Información y Comunicaciones (TICs) trae consigo al correo electrónico como una nueva forma de documentar los hechos

derivados de las relaciones laborales, que al momento de ser utilizado como medio de prueba influye especialmente en la actividad probatoria del Proceso Laboral; considerando que dentro del proceso será necesario estudiar el contenido del documento, no sólo en cuanto al hecho histórico que representa, sino en cuanto a la licitud en la obtención del correo electrónico que no vulnere los derechos constitucionales sobre la privacidad en las comunicaciones de la parte contra quien se opone, la pertinencia y el soporte material de presentación, a fin de determinar si el mensaje es íntegro, confidencial y auténtico, si se trata de original o copia, si contiene firma electrónica con certificado.

(...) Para la Ley venezolana, los documentos electrónicos se denominan mensajes de datos así, que el correo electrónico es una información inteligible (mensaje de datos electrónico) elaborada en lenguaje binario compuesta por combinación de dígitos, que al ser traducidos por un computador, pueden ser perfectamente leídos por el ser humano.

(...)

El sofware (sic) del sistema de correo genera automáticamente fechas y horas, nombres completos, todos los datos personales que el remitente haya incluido en su fichero de firma, distribuye copias, y realiza otras muchas funciones bajo control del usuario: clasificación de los mensajes, retransmisión, distribución a cualquier número de receptores, archivado, recuperación, creación de originales y copias, y un sin número de aplicaciones, especificaciones que siempre van a estar presentes en un correo electrónico generando una noción mas amplia de los hechos.

El correo electrónico es esencialmente un medio asincrónico, es decir, no necesita sincronía de envío y recepción. Garantiza la intercomunicación siempre que el destinatario quiera contestar. El correo electrónico consiste en un buzón de mensajes que puede ser revisado por el receptor en cualquier momento, por lo que si al actor se le enviaba un mensaje de datos fuera de la jornada de trabajo habitual, ello no significa que lo pudo leer de inmediato, ya que ello dependerá de si está conectada a su computadora en ese momento.

> Las nuevas tecnologías y la comunicación inciden en el ámbito laboral desde los siguientes puntos de vista: A) El uso del correo electrónico en la empresa como medio de comunicación interna y B) Control de las comunicaciones a través de medios informáticos, pero en el presente caso, se está en presencia del primer supuesto.

Entre los caracteres del correo electrónico, Oviedo (2003, 45) distingue los siguientes: "es un *medio electrónico*, porque utiliza medios electrónicos de gestión y transporte; *asíncrono*: no necesita sincronía de envío y recepción; *ubicuo*: permite su acceso a diferentes lugares; *digital*: utiliza información digitalizada; e *informático*: esta en relación con las tecnologías de la información".

Igualmente, Oviedo (2003, 46) explica el funcionamiento de los correos electrónicos de la siguiente manera: "los ordenadores de 'clientes' se conectan mediante la red entre ellos, y obtienen las aplicaciones necesarias de servidores de ficheros, se conectan a Internet mediante un router, usan servicios web mediante el servidor y se protegen con diversos firewalls. Un ordenador cliente envía el correo electrónico desde su máquina y pasa al servidor, para enlazar, mediante el *router*, con la red de redes. Además, los correos mandados siempre dejan rastros, en forma de archivos 'logs' que se pueden encontrar en los ordenadores clientes y en le servidor".

Puede decirse que actualmente casi todo trabajador en cada empresa posee una dirección de correo electrónico. Dicha dirección esta compuesta la mayoría de las veces por el nombre del usuario, que incluye las iniciales o el nombre del trabajador, seguido del *arroba* (@) y las iniciales o el nombre de la empresa para la que presta servicios.

El correo electrónico es un medio de comunicación que brinda un rápido envío y recepción a través de *Internet*, no solo por los mensajes escritos, sino también por la posibilidad de enviar archivos. Razones por las cuales la utilización de esta herramienta se ha ido expandiendo masivamente (Oviedo; 2005, 23).

El uso del correo electrónico sin duda alguna ha traído innumerables ventajas, evita tener que viajar, llamadas telefónicas y faxes. Todo se puede hacer desde el puesto de trabajo y a un costo muy reducido para el empleador, en comparación si se tuviera que utilizar el teléfono o viajar.

Informa Oviedo (2003, 40) que "según una encuesta de PwC e IESE entre 91 empresas españolas, una de cada tres grandes compañías prohíbe el uso privado del correo electrónico. Cuatro de cada cinco grandes firmas tienen alguna política sobre el uso de la red, pero

menos de la mitad aplica códigos que la definan. El correo esta menos controlado (24%) que la navegación por Internet. solo el 12% permite usar libremente Internet y un 14% aplica esta política al correo digital. Un 17% asegura supervisar a todos su trabajadores".

Falguera Baró (2004, 297) considera que "la Red ofrece varias posibilidades de uso, como la navegación en el *World Wide Web*, el uso del chat o el messenger, los grupos de noticias, etc. Con todo, debe observarse que la mayor problemática aplicativa y las mayores dudas jurídicas aparecen en los supuestos de utilización del correo electrónico. Es aquí donde se observa tanto una más notoria casuística práctica, como una mayor tensión doctrinal en los distintos pronunciamientos que se han acercado a la materia. La causa de dicha singularidad respecto del correo electrónico es múltiple. Así, no cabe olvidar que es en esta materia donde en realidad aparecen normalmente mayores afectaciones al ámbito de privacidad del trabajador. Por otra parte, también es aquí donde surge con mayor significación el ejercicio del derecho a la libre comunicación (...)".

En efecto, aunque es una herramienta que puede aumentar la productividad en la empresa, su uso indebido puede ocasionar a la empresa una serie de perjuicios. Por ejemplo, la disminución en el

rendimiento de los trabajadores, la recepción y difusión de virus en los sistemas de la empresa, la filtración de información confidencial, la perdida de calidad en la red de comunicaciones, practicas de acoso a otros compañeros o subordinados, entre otros. Igualmente, debe tenerse en cuenta, tal y como se desprende del artículo 1.191 del CC, el patrono responde por los perjuicios ocasionados a terceros por sus dependientes en la prestación de sus servicios, por lo que resulta importante delimitar el uso adecuado del correo electrónico en el ámbito de la empresa.

B. Nociones Generales de la *Internet*

Según Martínez Fons (2005, 211), "la Internet esta compuesta por un conjunto de redes de ordenadores, que permiten el intercambio de información entre millones de usuarios a través de los protocolos TCP/IT".

El citado autor explica que los servicios que brinda la *Internet* pueden diferenciarse en dos: (i) Servicios de comunicación; y (ii) Servicios de utilización conjunta de información, y los explica de la siguiente manera:

> Entre los primeros se encuentran el correo electrónico, los grupos de noticias y la comunicación en tiempo real entre distintos usuarios (los chats, foros o charlas interactivas). Por su parte, los servicios de utilización conjunta de información son básicamente dos: el empleo remoto de ordenadores (telnet) y la transferencia, difusión, obtención de información, fundamentalmente a través de Word Wide Web (www)". (p. 211)

Pareciera entonces que el *Internet* desde el punto de vista físico no es más que un conjunto de redes acopladas unas a otras mediante un protocolo. Sin embargo, actualmente la *Internet* es un fenómeno social que tiende a modificar muchos de los conceptos que afectan a la sociedad, no solo en materia de comunicación, sino en las relaciones entre los individuos, comunidades, empresas, etc. lo cual afecta el mundo del derecho.

La doctrina judicial española en este sentido, en palabras de Falguera Baró (2004, 297), ha considerado la utilización de *Internet* para usos personales por parte de los trabajadores "como ilícito, en la medida en que supera –especialmente si es abusivo- del principio de buena fe y del marco prestacional laboral." Por ejemplo, Falguera Baró señala que la doctrina judicial laboral española ha determinado algunos casos en los que los trabajadores han sido despedidos justificadamente: (i) un técnico que conectó el *reuter biridеccional* que conectaba el sistema de informática de su patrono con el de la competencia; (ii) un trabajador

que borró información del sistema informático de la empresa que produjo graves perjuicios a la misma; (iii) un trabajador que descargó ficheros de Internet durante varios días a las horas en que se encontraba sólo en el centro de trabajo, utilizando entre 13 a 15 horas; (iv) un trabajador que utilizaba el navegador de su patrono para realizar sus propios negocios en otra empresa (2004, 298).

C. Incidencia de las Nuevas Tecnologías en las Relaciones Obreros-Patronales

En palabras de Thibault Aranda, "según un reciente estudio realizado por la empresa de correo electrónico y marketing www.domeus.es, casi el 75% de los empleados que disponen de correo electrónico en sus empresas lo utilizan para fines personales. Más de la mitad (53%) dedica al menos 30 minutos a gestionar sus mensajes particulares. Un 77% de los trabajadores utiliza el correo electrónico en cualquier momento de su jornada laboral, un 10,2% cuando nadie le rodea y el 7,3% en los descansos. La media de mensajes que recibe un empleado a la semana es de 12, envía una media de ocho, y un alto porcentaje, el 56% de los mensajes que le llegan, son de amigos". (2001, http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0109040/thibault.html)

Señala el mencionado autor que "el uso de Internet para asuntos personales disminuye respecto al correo electrónico. El 42% de los empleados se conecta a la Red con fines particulares y emplean 30 minutos semanales en navegar por Internet por motivos que no tienen que ver con su trabajo. A diferencia del uso del correo electrónico, la mayoría de los empleados utiliza Internet cuando nadie les rodea o en su tiempo de descanso. El 33,7% del tiempo de navegación se dedica a consultar cuentas personales de correo, el 23% navega para buscar información de actualidad, el 10% busca información sobre productos y servicios, el 7% consulta sitios de entretenimiento, el 6,7% busca en Internet viajes y lugares de vacaciones, el 6,3% visita páginas de contenido sexual (el 91,3% de los empleados que acceden a páginas de este tipo son hombres), el 3% demanda trabajo en la Red y el 2,3% se informa sobre marketing e inversión". (2001, http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0109040/thibault.html)

De acuerdo con un Informe de la Organización de las Nacionales Unidas (ONU) en el año 2001, en el mundo laboral ha aumentado la ansiedad de los trabajadores por la posible invasión a su privacidad y por la revisión que sus jefes hacen de sus cuentas de correo electrónico o por apuntar cuáles páginas de *Internet* han visitado. (2001, http://www.delitosinformaticos.com/noticias/98034710788629.shtml)

En efecto, como señala Thibault Aranda "el correo electrónico permite filtrar datos personales de empleados, clientes o proveedores (que pueden quedar totalmente desprotegidos a través de Internet), descargar de Internet y copiar en el ordenador un programa sin licencia (con la consiguiente responsabilidad para la empresa), acosar a un compañero de trabajo y otras muchas conductas que pueden comprometer la "imagen" de la empresa, lo que explica el interés del empresario en verificar la correcta utilización de este moderno sistema de comunicación (...)". (2001, http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0109040/thibault.html)

En suma, aunque está evidenciado que la utilización del correo electrónico y la *Internet* en los centro de trabajo durante y para la prestación del servicio aumenta la productividad de la empresa, definitivamente, su uso indebido puede ocasionar serios perjuicios, razón por la cual se hace necesario ponderar los límites del derecho constitucional a la libertad económica del patrono frente a los derechos constitucionales a la intimidad y secreto a las comunicaciones de los trabajadores.

CAPÍTULO IV

LIMITACIONES A LA POTESTAD DISCIPLINARIA DEL PATRONO FRENTE AL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES Y EL SECRETO DE SUS COMUNICACIONES

El problema planteado nos enfrenta a la interrogante de cuál derecho debe privar en relación con el uso personal de los medios tecnológicos en las facilidades de un patrono y puestos de trabajo. Debe privar por una parte, el derecho del trabajador a su privacidad e inviolabilidad de sus comunicaciones aún cuando utiliza los medios de comunicación proporcionados por el patrono para su uso personal; o por el contrario, debe privar el derecho constitucional del patrono a la libertad económica que le permite monitorear si el trabajador está cumpliendo con los deberes que le impone la relación de trabajo al utilizar herramientas propias de la prestación de sus servicios.

Lo que sí podemos determinar en este punto de nuestro análisis es que no existen derechos absolutos, ni el de la libertad de empresa del patrono ni el derecho a la privacidad, secreto e inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador. Adicionalmente, no puede existir un derecho absoluto para el trabajador que causa un perjuicio a su patrono, pues debe privar los

intereses generales de todos los trabajadores sobre el interés particular de uno sólo.

A. La Potestad Disciplinaria del Patrono vs Derecho a la intimidad del Trabajador y Secreto de sus Comunicaciones.

En efecto, no debe entenderse que el derecho fundamental de los trabajadores a la intimidad, secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones es absoluto e ilimitado, pues de otra forma, devendría en arbitrario en relación con el derecho fundamental a la libertad económica del patrono. Así lo ha considerado Sempere (2005, 124), "debe decirse que en el marco de las relaciones de trabajo se produce una limitación al ejercicio de tales derechos; el trabajador, por lo pronto, desenvuelve la actividad comprometida en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 38 y 39 CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptación para el ejercicio de todos ellos... lo cierto es que la relación laboral obliga a moralizar el contenido de los derechos constitucionales y a atender cuantas circunstancias concurren en cada caso".

La problemática se suscita en precisar si el patrono puede o no ejercer algún tipo de control empresarial sobre el contenido de los mensajes personales

que envía o recibe su trabajador desde la computadora que es una herramienta de trabajo, así como, conocer las páginas de *Internet* que son visitadas por el trabajador mientras presta sus servicios al patrono y el tiempo que el trabajador invirtió en ello sin dedicárselo a su trabajo. Dicho de otra forma, si resulta factible que dentro de la jornada de trabajo y utilizando los medios informáticos del patrono, que este último paga, se puede navegar o acceder al correo electrónico para fines estrictamente personales sin que se produzca ninguna consecuencia jurídica.

Pero es que en opinión de quien suscribe la correspondencia transmitida desde la empresa por correo electrónico o la navegación por la red de *Internet* utilizando los medios tecnológicos del patrono, no tienen carácter privado al ser emitida y realizada, respectivamente, con instrumentos propiedad del patrono y durante el tiempo en el que se supone el trabajador está a disposición de su patrono. Sin embargo, el derecho del patrono de controlar la actividad del trabajador tampoco puede ser absoluto, pues las medidas de control y vigilancia que pudiera pretender implementar el patrono para controlar la utilización de dichos medios tecnológicos, deben establecerse teniendo la debida consideración y respeto por la dignidad del trabajador, intimidad, secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, en aquellos casos en que: (i) el patrono no ha prohibido el uso de dichos medios para fines personales; (ii) cuando el trabajador estuviese fuera de la jornada

laboral; y (iii) cuando aún dentro de la jornada ordinaria de trabajo el trabajador utiliza dichos medios de forma excepcional y ponderadamente. De otra forma, pretender que el patrono con base en su poder de dirección que deviene de la libertad de empresa, puede prohibir de forma absoluta el uso de los medios tecnológicos para fines personales por parte de los trabajadores, significaría un abuso de derecho frente a los derechos fundamentales de comunicación y privacidad de los trabajadores.

El tema es de tanta importancia, que ha suscitado posturas doctrinales totalmente antagónicas. Por ejemplo: El Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña en Sala de lo Social, en sentencia de fecha 14 de noviembre de 2000, recaída en el caso *G. Gregorio vs. Deutsche Bank S.A.E.*, declaró procedente el despido justificado de un trabajador que en 42 días había enviado, en horario de trabajo y utilizando los medios tecnológicos propiedad del patrono, la cantidad de 142 correos electrónicos contentivos de chistes, incluso obscenos (Lobato de Paiva, 2001).

Sin embargo, la Corte de Casación de Francia, en Sala Social, en sentencia Nº 99-42, 492 de fecha 2 de octubre de 2001, recaída en el caso *M. Frederic Onof vs. Societe Nikon France, S.A.*, dispuso que el patrono no puede abrir y leer los correos electrónicos de sus trabajadores, aunque sean recibidos y enviados a través de una cuenta puesta a su disposición por el patrono para

fines exclusivamente laborales, porque constituye una violación a su intimidad y su vida privada, incluso aunque el patrono haya prohibido el uso personal de la Internet. (<http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arret_no_1159.html>).

En el seno de la relación laboral, en consecuencia, aunque la celebración de un contrato de trabajo no puede suponer por sí misma la renuncia a los derechos fundamentales, en virtud del poder de dirección y vigilancia que le otorga al patrono su derecho fundamental a la libertad económica y el propio contrato de trabajo, dichos derechos pueden ser objeto de ciertas restricciones por el patrono, con la debida y estricta justificación.

En palabras de Falguera Baró (2004, 309) "entrando en el análisis de la *capacidad de control empresarial*, cabe recordar, en este sentido, que el correo electrónico –como es sabido por cualquier usuario- presenta dos niveles diferenciados: por un parte, los elementos que constan en la bandeja de entrada del buzón (es decir, y en general, el remitente, la fecha y el llamado "asunto"); por otro, el específico contenido del mismo. Por otra parte, el servidor informático –si se trabaja, como es habitual, en red y es corporativo- permite un cabal conocimiento de los llamados "archivos log", es decir y entre otros muchos aspectos, los datos personales de identificación

del usuario, el tiempo de conexión, el administrador de correos, etc. Mayor problemática y dudas presentan los supuestos en que la empresa instala mecanismos de discriminación del correo electrónico entrante y saliente, bien a través de listas blancas o listas negras".

El citado autor considera que lo mencionado puede compararse con la tradicional entrega de un carta (en la que aparece el nombre del remitente), o las llamadas registradas en el teléfono que utiliza el trabajador, que a *prima facie* podría considerarse la violación por parte del patrono del contenido sustancial de las comunicaciones enviadas y/o recibidas por el trabajador.

En este mismo sentido, Oviedo citando a otros autores, considera que hay ciertos controles externos y objetivos (i.e. numero de mensajes, títulos de los asuntos, volumen de los archivos) totalmente permitidos para el patrono, para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva. Ahora bien, el acceso indiscriminado del patrono al correo del trabajador solo estaría justificado de llevarse a cabo dentro de la jornada laboral, con la presencia del trabajador o su representante y previa notificación al trabajador que el uso del correo electrónico es con fines estrictamente laborales y que el patrono se reserva la facultad de controlar su uso (2003, 75).

En opinión de Martínez Fons (2005, 219) "el control sistemático e individualizado por cada trabajador de los lugares visitados significan una intromisión en su intimidad, por lo que la indicada actividad empresarial deberá estarse a los principios esenciales que de ello derivan".

En suma, hasta ahora la doctrina pareciera indicarnos que hay elementos objetivos que el patrono sí podría controlar (i.e. número de mensajes, título del asunto, nombre del destinatario) en la medida en que no se realice de forma sistematizada e individualizada.

Por otra parte, el acceso al contenido sustancial de los mensajes recibidos o enviados por los trabajadores, nos hace preguntarnos nuevamente hasta donde llega el poder de dirección del empleador en este sentido. Comenta Falguera Baró (2004, 318) que "la más reciente doctrina que ha abordado la cuestión en el terreno del Derecho comparado viene considerando que el acceso a esos contenidos es posible, siempre y cuando concurran una serie de garantías y unas situaciones extraordinarias".

En efecto, algunas Directivas comunitarias han considerado parcialmente aplicable la monitorización y acceso al correo electrónico laboral siempre que se den una serie de garantías, estas son: "a) la necesidad de un propósito específico, explícito y legítimo (elemento de causalidad); b) que la

supervisión sea una respuesta proporcionada sobre un patrón de riesgo (elemento de indispensabilidad); c) la mínima repercusión sobre los derechos de intimidad de los trabajadores afectados (elemento de proporcionalidad) y d) la presencia del trabajador y de sus representantes en el momento de apertura del correo (elemento garantista)." (Falguera Baró; 2004, 318)

En opinión de Roqueta Buj (2005, 49) se pueden clasificar las facultades empresariales de vigilancia y control sobre le uso de los medios informáticos, a saber:

> En primer lugar, hay que distinguir entre el control dirigido a evaluar el cumplimiento de la prestación que integra el objeto del contrato de trabajo y el control del uso inadecuado de los medios tecnológicos de información y comunicación de la empresa por parte del trabajador. (...) la segunda modalidad de control resulta más incisiva, pues se dirige a la supervisión de comportamientos individuales de incumplimiento (...).
> En segundo lugar, hay que distinguir entre el control de los medios informáticos y del acceso a Internet, de un lado, y el control de las llamadas telefónicas y mensajes electrónicos, de otro. (...) la utilización de los medios informáticos en la empresa (...) constituyen sistemas de comunicación entre el trabajador y un tercero.
> En tercer lugar, hay que diferenciar según cuales sean las condiciones de utilización de los medios tecnológicos de información y comunicación de la empresa. Y es que los limites de control empresarial no serán los mismos según la naturaleza o condición otorgada por el empresario a dichos medios, esto es, según que se utilicen para fines exclusivamente profesionales, o cumplen una función mixta, pudiendo ser empleados por el trabajador tanto para fines laborales como de carácter privado. (...)"

Por su parte, Martínez Fons (2005, 219) considera que la monitorización de la navegación del trabajador por *Internet* debe limitarse de acuerdo con los siguientes parámetros: "En primer lugar, la decisión de adopción del registro de información relativa a la navegación en Internet deberá apoyarse en un interés empresarial suficientemente relevante que justifique la restricción de la esfera personal del trabajador. En segundo termino, la medida tendrá la extensión temporal que se infiera del fin que justificó su adopción. Finalmente, en tercer lugar, debe tenerse en cuenta que la naturaleza de la medida de registro quedará asimismo condicionada por su finalidad. Quiere decirse con ello que la información que deba registrarse será la estrictamente necesaria para satisfacer el interés empresarial que se persigue."

Igualmente, Oviedo (2003, 103) es de la opinión que "cuando el mismo empresario decide controlar la gestión de su dependiente y decide hacerlo a través de la monitorización del correo electrónico, respeta la dignidad si cumple con las siguientes condiciones: a) (...) debe comunicar al trabajador las condiciones de uso, exclusivamente laborales, del correo electrónico (...). b) (...) debe comunicarle también su voluntad de efectuar el control, la existencia de medios técnicos dispuestos para ello y la forma en que se efectuara. Entonces, una vez comunicada la política de uso de la herramienta informática, la decisión de control y la forma de hacerlo, el empleador no

puede ver vulnerada su dignidad (...) razón por la cual no puede tener expectativa de privacidad alguna".

Sin embargo, podría argumentarse que otros razonamientos deben tomarse en cuenta para llevar a cabo la monitorización del correo electrónico y uso de la *Internet* por parte de los trabajadores para fines personales, como por ejemplo, que podría resultar viciado el consentimiento acordado por el trabajador cuando renuncia a sus derechos fundamentales en una relación en la que éste se considera el débil jurídico.

Bajo este argumento, es importante tener en cuenta el principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores previsto en el artículo 89(2) de la Constitución, según el cual:

> "Artículo 89. El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:
> (...)
> 2. Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley. (Resaltado agregado)

Sin embargo, cabe destacar que el uso de los medios tecnológicos por parte de los trabajadores para fines personales no podría ser considerado como un

"derecho laboral irrenunciable", pues no representan beneficios económicos ni condiciones de trabajo, es por el contrario, una herramienta que se asigna para la prestación del servicio.

La SC del TSJ en sentencia N° 442 de fecha 23 de mayo de 2000, recaída en el caso *José Agustín Briceño Méndez contra la decisión del Juzgado Primero de Primera Instancia del Trabajo y Estabilidad Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia de fecha 19 de enero de 1998*, dispuso que el principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores se refiere a los derechos mínimos, en los siguientes términos:

> Previo a la posible respuesta, la Sala aclara que la irrenunciabilidad que dispone la primera parte del numeral 2 del artículo 89 se corresponde con la inderogabilidad de las normas que aseguren el disfrute de derechos mínimos a los trabajadores. La segunda parte, en cambio, no consagra una excepción a dicho principio, sino que simplemente permite la disponibilidad de los mismos a través de ciertos modos de composición. Ambas partes pertenecen a situaciones y realidades jurídicas distintas y especializadas, que actúan en la protección de los derechos y en la garantía de la tutela judicial efectiva con reglas distintivas, pero en todo caso igualmente efectivas.

Por tanto, en opinión de quien suscribe, no existe irrenunciabilidad en sentido absoluto pues la Constitución sólo busca garantizar derechos mínimos de los trabajadores, por lo que sí puede existir cierto grado de renuncia en las relaciones laborales.

Por su parte, Martínez Fons (2005, 219) considera que "en relación con lo antedicho debe tenerse en cuenta que únicamente podrá procederse sin informar al trabajador en los supuestos en los que el carácter oculto del control sea condición indispensable para su efectividad, constituyendo la medida en tal caso la *ultima ratio* para obtener el conocimiento de un presunto y presumido abuso por parte del trabajador. De conformidad con ello, únicamente resultará justificada la medida si existen sospechas fundamentadas acerca del incumplimiento. Así, por ejemplo, tiempo invertido en la realización de las tareas en comparación con otro trabajadores".

De acuerdo con la doctrina citada, deben existir suficientes indicios sobre la conducta ilícita del trabajador que permitan "violentar" el secreto a las comunicaciones y, para ello, la medida tomada por el patrono debe ser idónea para alcanzar la finalidad perseguida, no debe existir otra medida mas moderada para satisfacer ese interés legitimo del patrono y que los sacrificios que se impongan al trabajador sean proporcionales a los intereses en conflicto.

Adicionalmente, el control de vigilancia sobre el uso que el trabajador da a los medios informáticos y de comunicación asignados por el patrono, debe siempre cumplir con ciertos principios de justificación, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, a los fines de evitar la intromisión en el derecho a la

intimidad de los trabajadores, pues aunque es cierto que el patrono tiene un interés legitimo de vigilar la forma en como se utilizan los instrumentos de trabajo, no debe tampoco llegar al punto de realizar un uso abusivo de esos controles.

En opinión de Sempere y Mazzucconi (2002, 45) debe observarse el principio de proporcionalidad a los fines de poder apreciar la constitucionalidad de cualquier medida que limite los derechos fundamentales. Para ellos, la medida debe superar un triple test:

> "▪ **Juicio de idoneidad:** se cumple si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto; es decir, si con ella puede alcanzarse la finalidad pretendida. Se trata de que toda restricción de derechos permita satisfacer el interés empresarial alegado para su adopción; generalmente, cuando hablemos de fiscalización relacionada con nuevas tecnologías, se tratará de conocer la conducta laboral de sus empleados.
> ▪ **Juicio de necesidad:** se cumple si la restricción es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia. «Si existen otras posibilidades de satisfacer el interés empresarial menos agresivas y afectantes al derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas». Por tanto, no basta con que la limitación de derechos sea idónea –aunque en cualquier caso debe serlo- sino que además ha de ser la menos agresiva de todas las posibles. En este juicio de necesidad se inscribiría el principio de indispensabilidad a que antes se hacía referencia.
> ▪ **Juicio de proporcionalidad en sentido estricto:** se cumple si la medida es ponderada y equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. La proporcionalidad en sentido estricto exige en cualquier caso el respeto del contenido esencial del derecho fundamental.

> Adicionalmente, se exige también que la medida restrictiva de derechos esté suficientemente **justificada**, lo que significa que su adopción responda a motivaciones objetivas, distintas de la simple y llana conveniencia empresarial, y no a una voluntad arbitraria o caprichosa."

La doctrina judicial española citada por Roqueta Buj (2005, 67) señala que algunos medios de control y vigilancia se consideran legítimos y pueden llevarse a cabo por el patrono, entre ellas se comentan las siguientes:

> "los registros en el ordenador del trabajador y la copia de sus ficheros personales; ante la sospecha de utilización del ordenador para la práctica del juego denominado 'solitario', colocar un directorio de la red, la aplicación de un programa que se activa de forma automática cuando se pone en marcha el ordenador e identifica los programas y ventanas del programa Windows que se acciona en cada momento; acceder a partir del disco duro del ordenador principal de la empresa a los contenidos de las direcciones de Internet visitadas por el trabajador; realizar una copia de seguridad del disco duro desordenador y proceder a verificar su contenido; instalar en el ordenador del trabajador un programa informático denominado 'espía' dedicado a controlar lo que se hace desde el ordenador; ante la aparición en el mismo de paginas de contenido pornográfico, gran parte de las cuales contenían imágenes de pornografía infantil; realizar una copia completa en espejo del disco del ordenador del trabajador; verificar la utilización de Internet por el trabajador a través desordenador central por el programa Boss Everyware, máxime cuando el trabajador acepto en un anexo al contrato de trabajo la supervisión periódica de los listados de las paginas web visitadas con indicación de la dirección, fecha, hora y tiempo de conexión; en un supuesto en que varias ocasiones el ordenador del trabajador permanece en funcionamiento bajando música de la red, bloqueando la línea ADSL e impidiendo el trabajo de sus compañeros, anular la contraseña individual del trabajador –la empresa tenia prohibido instalar 'passwords' o contraseñas individuales- mediante la anulación de la contraseña general del servidor y examinar el disco duro desordenador; o en fin, instalar el programa 'espía' en la Terminal del ordenador que

usa el trabajador, al objeto de registrar, copiando el disco duro, las entradas del trabajador en Internet y las paginas visitadas."

Pareciera entonces que el correo electrónico y la *Internet*, son herramientas de trabajo a las que debe dársele un uso estrictamente profesional, no pudiendo en consecuencia utilizarse para fines particulares. Sin embargo, la facultad de control por parte del patrono debe limitarse a comprobar si realmente se utiliza el correo electrónico para el fin para el que se destinó. Por el sólo hecho que el correo electrónico y la *Internet* constituyan herramientas de trabajo, no obsta a que el patrono intercepte las comunicaciones o monitoree el computador sin la debida justificación, de otra forma, podría considerarse lesiva a los derechos fundamentales del trabajador.

Desde este punto de vista es importante reseñar que el correo electrónico es una herramienta de trabajo propiedad de la empresa, y ello significa que ésta tiene pleno poder de disposición a la hora de concretar las condiciones de uso del mismo. No cabe, a juicio de quien suscribe, entender existente un derecho ilimitado al uso social del e-mail laboral, en la medida en que, no lo olvidemos, ello puede significarle al empleador importantes gastos, baja productividad, además de tener repercusiones negativas sobre la prestación laboral de sus empleados.

Tal como lo invocan Sempere y San Martín (2002, 23), "puesto que la esfera de la intimidad es eminentemente relativa, ha de ser el intérprete (incluido, claro está, el juzgador) quien, en referencia a cada persona y atendiendo a las circunstancias del caso, prudencialmente, delimite el ámbito digno de protección; asimismo, hay que tomar en cuenta que el consentimiento del trabajador puede actuar como legitimador de intromisiones empresariales".

De tal forma que, a falta de regulación en concreto sobre dicha interacción de derechos fundamentales, será el juez quien interprete en definitiva cuándo alguno de dichos derechos ha entrado en el área de la arbitrariedad, sin que ello implique que las partes de mutuo acuerdo puedan establecer parámetros en el ejercicio de sus derechos y deberes.

En efecto, el uso no autorizado o inadecuado por parte del trabajador de los medios informáticos de su patrono pueden derivarse en las siguientes faltas justificadas de despido: (i) falta de probidad en la que se incluye la violación de la buena fe contractual; (ii) falta grave a las obligaciones que impone la relación de trabajo equivalente al bajo rendimiento en el trabajo.

En palabras de Falguera Baró (2004, 296) debe ponderarse en cada caso concreto la utilización personal por parte del trabajador de los medios tecnológicos o informáticos puestos a su disposición para la prestación de

sus servicios por parte del patrono. En su opinión "no existen soluciones *ecuménicas* o *universales*, aplicables a todos los supuestos." Ahora bien, deben diferenciarse las características únicas en cada caso, como por ejemplo:

1. Características productivas de las empresas, pues no debe darse el mismo trato a supuestos en empresas avanzadas de producción de aquellas que no lo son, pues los riesgos de espionaje industrial son más fuertes en las primeras, por lo que se necesitan controles más rigurosos.
2. El trabajador que utiliza los medios informáticos. En efecto, no puede dársele el mismo trato a un trabajador que se comunica con un representante sindical que a aquél que se comunica con un familiar. Como tampoco puede darse el mismo trato a un trabajador que utiliza el correo electrónico incidentalmente que aquél que lo utiliza de forma consustancial, como un técnico, personal de dirección, etc.
3. El contenido de la comunicación. No puede tener el mismo trato la remisión de un correo electrónico con propaganda comercial, especialmente cuando es masiva (*spam*), que una información sindical sobre concretas condiciones de trabajo o sobre el desarrollo de la negociación colectiva. (Falguera Baró; 2004, 297)

Asimismo, también debe valorarse la tolerancia empresarial en relación con la utilización de los medios informáticos o, por el contrario, la previa advertencia del patrono en cuanto a la prohibición de acceso al correo electrónico para fines personales; así como el propio contenido de los mensajes o visitas en *Internet*, si son por ejemplo, imágenes ofensivas o que contengan virus que produzcan daños irreversibles en la empresa.

Así, consideramos que la proporcionalidad es un principio que debe ser tomado muy en cuenta por el patrono o por el juzgador, en caso que el conflicto obrero-patronal se haya iniciado, en relación con el criterio medidor de la posible falta cometida por el trabajador, al hacer uso personal de dichas herramientas de trabajo. En tal sentido Terradillos (2004, 78) dispone lo siguiente:

> Esta última apreciación, en adición a las ya realizadas, resuelve a favor de que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto se torna en canon de valoración de la conducta del trabajador. Efectivamente, la proporcionalidad –en esa vertiente ponderativa- no se relaciona únicamente con una garantía del límite a los derechos fundamentales, sino también como criterio medidor de la "modelización" con que deben ejercitarse los derechos dentro de la esfera empresarial. A partir de ahí se concluiría que dentro de la empresa el principio de proporcionalidad cumplirá un cometido doble: como medidor de la legitimidad de la sanción (medida empresarial, en sentido abierto) en tanto que medida que podría limitar derechos o bienes de los trabajadores, pero también como baremo constitucional del ejercicio de los derechos de los trabajadores en la empresa.

En efecto, en opinión de quien suscribe, el mero uso esporádico y puntual del correo electrónico o de la *Internet* para fines particulares por parte del trabajador, no podría ser considerado como causal de despido justificado, con base en el principio de la proporcionalidad y la ponderación.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial española en este sentido, varios son lo criterios de ponderación para solucionar la colisión de los derechos constitucionales estudiados, a saber:

1. Posibles costos para el patrono de la utilización de los medios informáticos por parte del trabajador para fines personales. En efecto, no se le puede exigir al patrono que se haga cargo de unos costos y gastos que genera el trabajador por el uso personal no relacionado con la prestación de lo servicios.
2. El impacto de dicho uso en los procesos productivos o en la prestación concreta del servicio. Esto, ya que el tiempo utilizado por el trabajador para sus cosas personales durante la jornada ordinaria de trabajo significa un abaja en la producción del patrono.
3. Si el trabajador es el emisor o el receptor de los correos electrónicos. Cuando el trabajador es el emisor, pues deberá ponderarse la cantidad de mensajes, e tiempo en que se realiza, el contenido de los mismos, a quienes van dirigidos. Cuando el trabajador es un simple

receptor, difícilmente se puede considerar aquí que dicha conducta es susceptible de ser considerada como contraria a la buena fe contractual, salvo en supuestos extremos, como que el correo recibido contenga virases que dañan irreversiblemente los sistemas del patrono.

4. La existencia o no de un marco normativo en la empresa en cuanto al derecho de comunicación, así como si ha existido por parte del patrono cierto nivel de tolerancia en el pasado. (Falguera Baró; 2004, 304).

Así, consideramos que la buena fe constituye un deber exigible a cada una de las partes del contrato de trabajo, pero es preciso que frente al derecho constitucional de cada una de ellas se preserve el necesario equilibrio entre dichas obligaciones que emanan del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales.

Es evidente de los antes indicado, que la relación de trabajo presupone e impone una serie de deberes y obligaciones al patrono y al trabajador, por lo que pareciera estar ajustado a derecho el despido justificado de un trabajador con base en su deslealtad frente a la confianza que se le ha depositado y que reiteradamente utiliza las herramientas de trabajo propiedad de su patrono para realizar actividades distintas para las cuales

fue contratado, teniendo presente siempre los principios de proporcionalidad y ponderación aplicados al caso concreto.

En suma, tomando en consideración el análisis planteado, la aparente contradicción entre los derechos constitucionales del patrono y trabajadores que hicieron posible la realización del presente trabajo de investigación, puede solucionarse a *prima facie* aplicando las normas jurídicas vigentes y los principios de derecho, adaptándolas al caso en concreto. En efecto, considera Falguera Baró (2004, 304) que "se trata de una metodología a menudo utilizada por los juristas ante fenómenos emergentes y no normados; su origen no se halla sólo en aquello contemplado en el art. 3.1. del Código Civil (la necesidad de hermenéutica interpretativa conforme al tiempo), si no también de la propia doctrina constitucional y bienes constitucionalmente protegidos".

B. La Modificación de las Condiciones de Trabajo por la Regulación de las Nuevas Tecnologías en el sitio del Trabajo

Otro punto que debe abordarse es la posibilidad latente que una empresa en la que no existe una regulación sobre el uso de los medios tecnológicos propiedad del patrono asignados al trabajador, considere implementar una política en este sentido en la que prohíba absolutamente el uso de dichos

medios tecnológicos para fines distintos a la prestación del servicio con base en el *jus variandi del patrono*.

En este sentido, contrario a la opinión de quien suscribe, los trabajadores podrían considerar que habiendo tenido acceso ilimitado al uso del correo electrónico y navegación por *Internet* sin restricción alguna para fines personales, la implementación por parte del patrono de una política que restringa esa condición, podría ser entendida como una desmejora de las condiciones de trabajo y considerada como una causal de retiro justificado de acuerdo con lo previsto en el literal (e) del parágrafo primero del artículo 103 de la LOT.

Dicha alteración de condiciones puede ser entendida como un cambio en las condiciones de trabajo cuya consecuencia inmediata es conocida como el "despido indirecto". El efecto del despido indirecto es análogo al de un retiro justificado y al de un despido injustificado, es decir, que el trabajador afectado tendría derecho a recibir las indemnizaciones por despido que correspondan.

En este sentido, el literal e) del parágrafo primero del artículo 103 de la LOT, establece:

> Parágrafo Primero.- Se considerará despido indirecto: (...)

> e) Otros hechos semejantes que alteren las condiciones existentes de trabajo.

Por su parte, el artículo 101 de la LOT consagra de manera expresa la caducidad de los derechos en materia laboral, en los siguientes términos:

> Cualquiera de las partes podrá dar por terminada la relación de trabajo, sin previo aviso, cuando exista causa justificada para ello. Esta causa no podrá invocarse si hubieren transcurrido treinta (30) días continuos desde aquel en que el patrono o el Trabajador haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que constituya causa justificada para terminar la relación por voluntad unilateral.

De la disposición transcrita, se desprende que la LOT otorga un término perentorio de 30 días continuos para que el patrono o el trabajador invoquen la causa justificada de terminación de la relación de trabajo, es decir, estableció un lapso de caducidad para el uso de la misma, el cual no es susceptible de suspensión ni interrupción, razón por la cual, una vez transcurrido dicho lapso, se entiende que operó el perdón tácito de la falta.

Así, en caso que el trabajador considere que sus condiciones de trabajo se han visto afectadas como para considerarlo un despido indirecto, tendrá dos opciones: (i) aceptar de manera tácita o expresa los cambios de condiciones; o (ii) retirarse justificadamente por considerarse afectado por un despido indirecto dentro de los 30 días siguientes al conocimiento del hecho. Transcurrido dicho lapso, si los trabajadores no alegan la desmejora y se

retiran justificadamente, ocurre la caducidad del derecho del trabajador de invocar la causa justificada de retiro.

En opinión de Alfonzo-Guzmán (1995, 376 Tomo I), la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores tiene excepciones, entre las cuales se encuentra la aceptación expresa o tácita de modificaciones acordadas por el patrono. El citado autor establece:

> No obstante, la regla de la irrenunciabilidad, aun concebida en la forma expresa, no es absoluta y admite excepciones que son consagradas a veces expresamente en las leyes... Una jurisprudencia constante en los órganos administrativos y judiciales del trabajo confirma en el país la pérdida del derecho a reclamar las indemnizaciones y prestaciones correspondientes al despido inmotivado, una vez que el trabajador ha mostrado, en forma expresa o presunta, su conformidad con el cambio sobrevenido.
> (...) a diferencia de lo que sucede en el despido directo, en que la intención es extinguir definitivamente el nexo jurídicamente y desligarse de su trabajador, el despido indirecto presupone una proposición del patrono al trabajador, expresa o tácita, de cambiar el contenido obligacional del contrato a fin de que el empleado u obrero, como parte afectada por el cambio, resuelva aceptarlo o rechazarlo. En caso de aceptación, expresa o tácita, el vínculo jurídico proseguirá su vigencia con las modificaciones convenidas. En caso de rechazo, el contrato de trabajo habrá terminado por efecto del retiro justificado del trabajador. (Destacado nuestro)

Caldera (1972, 370) por su parte afirma que efectivamente el trabajador puede aceptar tácitamente modificaciones decididas por el patrono y lo fundamenta de la siguiente manera:

> El problema no existe, desde luego, cuando las modificaciones propuestas -o decididas- por el patrono son aceptadas por el Trabajador, aceptación que puede ser expresa o tácita, pero en el último caso supone una situación no equívoca y requiere el transcurso de cierto tiempo u otros hechos suficientemente categóricos para que no haya duda en la voluntad de aceptar; siendo de observar que en esta hipótesis de consentimiento, la ley se ve forzadamente obligada a pasar por sobre el argumento de la falta de libertad del Trabajador en la relación de trabajo, quizás porque supone que en la opción entre conservar el empleo o percibir sus prestaciones sociales, el Trabajador tiene argumentos de hecho que equilibran su determinación.
>
> La reducción del salario. Entre nosotros, no hay lugar a distinguir sobre si la reducción es justificada o injustificada: toda reducción de salario no aceptada por el Trabajador constituye casual de retiro.

En España, Rojas Rivero (1994, 125) considera que "el principio de irrenunciabilidad por una parte limita de manera considerable, aunque no absoluta, el juego de la doctrina de los "actos propios" y que, por otra, no impide su decadencia por prescripción o caducidad...". Asimismo, en palabras de Sagarday Bengoechea y otros (1998,479) "el lapso de caducidad es de veinte (20) días para los casos de ... acciones contra las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo".

Vázquez Vialard (1996, 669) indica que en Argentina "se plantea el interrogante sobre cuándo se considera aceptado el cambio por el trabajador. Evidentemente, se requiere un plazo mínimo y prudencial que permita al

trabajador considerar si el cambio significa un ejercicio abusivo del ius variandi, le altera condiciones esenciales del contrato o le causa algún perjuicio material o moral".

Por otra parte, la jurisprudencia venezolana ha sido reiterada al declarar la caducidad del derecho de los trabajadores de invocar un despido indirecto por una desmejora en sus condiciones laborales, una vez que el trabajador ha mostrado, en forma expresa o presunta, su conformidad con el cambio de condiciones.

La SCS del TSJ en sentencia N° 72 de fecha 3 de mayo de 2001, recaída en el caso *Rafael Liy Cusido vs. C.V.G Bauxilum, C.A.*, ratificada en sentencia Nº 1.303 de fecha 13 de junio de 2007, recaída en el caso *Mariela Ramírez Álvarez vs. Meditotal, C.A.*, estableció lo siguiente:

> La posibilidad de introducir cambios, convenidos o impuestos por el patrono, en las condiciones de trabajo, que generalmente se dan mediante el mejoramiento de algunas en desmedro de otras, pudiendo darse el caso de que el conjunto resulte definitivamente desfavorable al trabajador, es una hipótesis prevista y regulada en el ordenamiento laboral, sin que pueda entenderse que la aceptación de los mismos constituya en sí una violación al principio de irrenunciabilidad de las disposiciones y normas que favorecen a los trabajadores, desarrollado en los artículos 3 y 10 de la Ley Orgánica del Trabajo, salvo por supuesto, cuando las nuevas condiciones contraríen disposiciones legales de orden público. En cuanto a esa regulación, el artículo 103 de dicha Ley califica como despido indirecto y como tal, causa justificada del retiro del trabajador, la alteración en las condiciones de trabajo, y el 101

> ejusdem, otorga al trabajador (y al patrono en su caso) el derecho a dar por terminada la relación laboral invocando dentro de los 30 días continuos siguientes esa causa de retiro, con los efectos patrimoniales de un despido injustificado. Conforme a ello, pues, el trabajador tiene la opción, bien de poner fin a la relación, en cuyo caso esos efectos patrimoniales se calcularán con base al régimen anterior a los cambios no aceptados, o bien de continuar prestando servicios bajo las nuevas condiciones, las que en consecuencia determinarán los cálculos respectivos en la oportunidad en que se produzca la finalización de las labores.

Con base en lo expuesto, bajo el supuesto que la implementación de una regulación por parte del patrono en relación con el uso del correo electrónico y la *Internet* que prohíba absolutamente el uso de dichos medios tecnológicos para fines distintos a la prestación del servicio, pudiera alguien considerar como una modificación a las condiciones de trabajo del trabajador, por lo que pasados 30 días contados a partir de la notificación de la modificación de dichas condiciones, no podría alegarse la desmejora, pues de otra forma, ocurriría la caducidad del derecho del trabajador de invocar un despido indirecto.

CAPÍTULO V

MECANISMOS DE REGULACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Luego del análisis planteado, quien suscribe entiende que ninguno de los derechos constitucionales del trabajador estudiados deben privar en relación con el uso de los medios tecnológicos propiedad el patrono, particularmente el correo electrónico y la *Internet*. En efecto, como se ha comentado, no existen derechos absolutos, ni el de la libertad de empresa del patrono ni el derecho a la privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador, ni los intereses particulares de un trabajador deben privar sobre los intereses generales de los demás trabajadores en evitar posibles perjuicios en el lugar en el que prestan sus servicios.

En tal sentido, el derecho comparado adquiere vital importancia cuando estas instituciones han merecido un desarrollo abundante en el extranjero. No es que se propicie la importación directa de soluciones que hasta pueden llegar a no ser acordes con nuestro derecho, sino simplemente el aporte de ideas que deberán pasar por el filtro de nuestro sistema.

En tal sentido, a continuación se presentan algunas alternativas que podrían tomarse en cuenta para la solución de este conflicto de derechos, a saber:

1. Promulgación de un ordenamiento jurídico que resguarde los derechos constitucionales involucrados.

Es necesario que la normativa laboral se adapte a las nuevas tecnologías, a los fines de vitar abusos por parte de los trabajadores a través de medios electrónicos. Sin embargo, esta alternativa está fuera del alcance de los integrantes de la relación de trabajo pues su implementación depende de un tercero, como es la Asamblea Nacional.

2. Adopción de Políticas o Códigos de Conducta por parte del patrono que permitan establecer de forma adecuada el uso de las nuevas tecnologías en las facilidades de la empresa por parte de los trabajadores o su regulación en el contrato colectivo o contratos individuales de manera de establecer claramente la naturaleza y finalidad de las cuentas de correo electrónico y el uso de *Internet*.

Las potestades jerárquicas reconocen al patrono la posibilidad de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a la dignidad humana. Por lo tanto, el patrono podría, dentro del uso de sus facultades y

de la adaptación de los derechos fundamentales del trabajador al ámbito de la organización en la que se inserta, controlar las actividades desarrolladas por el trabajador dentro del centro de trabajo y del horario laboral.

En este sentido, y aplicando dichas consideraciones al control del uso del correo electrónico y en general las nuevas tecnologías, sería conveniente que los trabajadores conocieran, con carácter previo, el posible control por parte del patrono de los medios puestos a su disposición para el desarrollo de las labores encomendadas. Este conocimiento previo y aprobación implícita del trabajador, podría llevarse a cabo mediante la inclusión en el propio contrato laboral de una mención advirtiendo sobre la posible fiscalización, aleatoria, del contenido de los correos electrónicos enviados, y/o recibidos por los trabajadores. Esto, tomando en cuenta que dicho control está limitado a ciertos principios y criterios de proporcionalidad.

En palabras de Thibault Aranda , "cuando en las normas de operativa interna de la empresa se establece que los medios informáticos de la misma se facilitan como herramienta de trabajo, y en cuanto tan sólo pueden ser utilizados para soportar los servicios y tratamientos previstos y autorizados por la dirección, la previsión de adopción con carácter sistemático de medidas de verificación de estos sistemas o su fiscalización puntual y excepcional cuando se haya detectado un uso irregular de los mismos,

puede entenderse incluida, bajo ciertas condiciones (...) Y ello porque lo que se pretende con esta monitorización es verificar única y exclusivamente el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, comprobando que los instrumentos telemáticos puestos a su disposición por la empresa no son utilizados para fines extraempresariales". (2001, http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0109040/thibault.html)

Sin embargo, en opinión de quien suscribe no es realista creer que es posible una prohibición genérica y absoluta de la utilización de los medios tecnológicos del patrono con fines personales, pues aún y encontrándose en horario de trabajo, los trabajadores tienen necesidades cotidianas que atender. Es recomendable en tal sentido, que con base en las políticas de ponderación por las necesidades cotidianas del uso de sistemas de comunicación, incluso en las facilidades de la empresa, que los códigos de conducta que el patrono adopte establezcan la posibilidad de utilización de los medios informáticos por parte de los trabajadores para uso personal, únicamente fuera del horario de trabajo (i.e. hora de almuerzo, antes de iniciarse la jornada de trabajo o después de finalizada la misma), sin perjuicio que el uso no moderado y abusivo se concretaría en una falta grave a las obligaciones que impone la relación de trabajo. De esta forma, el patrono tendría la posibilidad de monitorear el correo electrónico y la navegación de

la *web* durante el horario de trabajo, teniendo en cuenta para ello los límites analizados en los capítulos anteriores.

Así, de incluirse en una política de la empresa el monitoreo de los correos electrónicos del trabajador y uso de *Internet*, debe realizarse bajo determinados criterios que resguarden el derecho constitucional a la privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores:

(i) Ser informado al trabajador. El trabajador tiene el derecho de conocer que las nuevas tecnologías asignadas por su patrono son de uso exclusivo para la prestación de sus servicios, conociendo entonces las consecuencias que para dicho trabajador significará la utilización de dichos medios para actividades distintas o personales. Es recomendable que se indique la finalidad de los controles impuestos por el patrono a los fines de establecer que las razones que fundamentan el control no es el conocer los contenidos de las comunicaciones o invadir la privacidad del trabajador, sino poder constatar que los servicios se prestan de conformidad con lo previsto en el contrato de trabajo. Asimismo, debe informarse con el mayor detalle posible las condiciones del monitoreo y los mecanismos para garantizar la confidencialidad de la información que se obtenga. Debe tenerse en cuenta, no

obstante, que para algunos doctrinarios, la renuncia voluntaria del trabajador al secreto de sus comunicaciones no debe entenderse incondicionada, pues es necesaria la existencia de sospechas o indicios suficientes de la comisión de un ilícito laboral (Roqueta Buj; 2005,73).

(ii) No discriminación. Los criterios de selección de los trabajadores que serán monitoreados no deben ser discriminatorios ni arbitrarios, por lo que deben incluirse criterios de aleatoriedad.

(iii) Que el control a realizarse sea imprescindible para la protección del patrimonio empresarial y del interés público. Es decir, la monitorización de las nuevas tecnologías asignadas a los trabajadores tendría cabida en la medida en que la utilización desproporcionada por parte de un trabajador perjudique el patrimonio empresarial y en consecuencia los intereses de los demás trabajadores.

(iv) Presencia sindical o de otros trabajadores. A los fines de evitar manejos arbitrarios, es recomendable la presencia de representantes de los trabajadores, o de trabajadores de la empresa, teniendo en cuenta no obstante la discreción por lo sensible de la información.

Considera quien suscribe, que podría utilizarse como limitante para el control y vigilancia por parte del patrono, el contenido del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores en España que dispone la posibilidad para el patrono de registrar los lockers asignados a los trabajadores donde guardan sus efectos personales durante la prestación de sus servicios en la empresa. Aunque no existe una identidad exacta entre un *locker* y el computador que utiliza el trabajador o el correo electrónico asignado, consideramos que los registros o controles serían respetuosos de la dignidad del trabajador si:

1. Son necesarios para la protección del patrimonio de la empresa y/o del resto de los trabajadores.
2. Se realizan dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo.
3. En su transcurso se respete, todo lo posible, la dignidad y la intimidad del trabajador registrado.
4. Se cuente con la presencia del trabajador, o de un representante del trabajador (i.e. representante sindical, delegado de prevención).

3. Utilizar la negociación colectiva o los contratos de trabajo para implementar las reglas de utilización de los medios tecnológicos del patrono.

El patrono y los trabajadores podrían intentar delimitar los derechos de los trabajadores en el uso del correo electrónico y erradicar así la inseguridad jurídica de la empresa a través de la contratación colectiva. Igualmente, pueden incluirse cláusulas en los contratos de trabajo que permitan delimitar los derechos de los trabajadores (Rubio de Medina; 2003, 20).

Con este tipo de regulación entre las partes de la relación laboral, se permite cierta flexibilidad en el uso de los medios tecnológicos propiedad del patrono a los trabajadores. Por ejemplo, el uso particular en la hora del almuerzo o descanso, antes de comenzar la jornada de trabajo o luego de terminada la misma, son momentos en los que podría permitirse el uso particular de los medios tecnológicos por parte de los trabajadores. Así, dada la ausencia de regulación legislativa parece razonable considerar que la forma de controlar el cumplimiento de lo pactado en relación con la utilización de los medios tecnológicos por parte de los trabajadores así como controlar la monitorización y vigilancia por parte del patrono, podría regularse a través de las negociaciones colectivas.

En opinión de Sempere y Mazzucconi (2002002, 39) "las ventajas de este cauce regulador son evidentes: sirve para establecer reglas claras sobre el uso y control de los instrumentos tecnológicos, su proximidad a la realidad productiva asegura la adaptación de las disposiciones a las peculiaridades

que existan, el carácter paccionado de sus previsiones las dota de un importante respaldo inicial, la innovación tecnológica no permanece al margen de las deliberaciones de los agentes sociales, se contribuye a disminuir la litigiosidad (...)".

4. Utilizar mecanismos de prevención o medidas de verificación del uso de los medios tecnológicos del patrono.

El patrono podría utilizar dispositivos de control al bloquear el acceso a algunas direcciones de *Internet* o *chats* instalando advertencias automáticas o bloquear de bajar o instalar un software en la computadora del patrono.

En palabras de Roqueta Buj (2005, 62) "estos controles preventivos no han de suponer en ningún caso la intromisión en los contenidos privados sino exclusivamente en los aspectos cuantitativos, limitándose a indagar en el tipo de aplicaciones utilizadas, páginas web consultadas o cantidad de correos enviados. Ademad dichos controles deben ser aleatorios o fundarse en razones objetivas y su existencia debe ser conocida de antemano por los trabajadores".

En opinión de Martínez Fons (2005, 218) "cualquier control de la navegación en Internet debe ser respetuosa con la intimidad de los trabajadores. Ello no

significa otra cosa que inicialmente debe optarse por la adopción de controles indirectos sobre la navegación, puesto que en la mayoría de ocasiones dichos controles serán suficientes para satisfacer el interés empresarial. De este modo, en primer lugar, en caso de prohibirse desde la empresa el acceso a ciertos sitios web, cabe la posibilidad de adoptar filtros que impidan visitar páginas o lugares no autorizados o relacionados con los lugares no autorizados. Igualmente, en caso de que se considere oportuno el control de la utilización del acceso a Internet es posible realizar un control estadístico relativo a la generalidad de los trabajadores en relación con el tiempo de conexión tiempo o con los sitios o páginas más visitadas".

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que a través de la utilización de controles en el uso del correo electrónico y la navegación por *Internet*, el patrono podría obtener información relativa a la intimidad o privacidad del trabajador, por lo que la medida de control preventivo ha de ser justificada, por lo que se recomienda realizar registros informáticos cuantitativos, que indaguen el tipo de aplicaciones utilizadas, tipo de paginas web consultadas, la cantidad de paginas consultadas a día, etc., sin perjuicio de lo previsto en el artículo 28 Constitucional (*habeas data*) que no es objeto del presente trabajo de investigación.

Por tanto, dichos controles realizados por el patrono, deben llevarse a cabo cumpliendo con las exigencias constitucionales y legales impuestas por los derechos a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores y sin ser arbitrario. Es de vital importancia tomar en cuenta lo antes mencionado, pues el trabajador podría reclamar daños civiles y penalmente a su patrono, así como también los jueces podrían no tomar en cuenta la prueba traída a los autos para evidenciar la transgresión de la buena fe contractual por parte del trabajador, pues la obtención de la misma fue ilegal al haber actuado el patrono deforma arbitraria o contraria a derecho. Así, la obtención de pruebas que permitan evidenciar la transgresión del principio de buena fe contractual por parte del trabajador, debe realizarse cumpliendo todas las garantías de máximo respeto a la persona del trabajador.

CONCLUSIONES

Como ha quedado previamente establecido, el desarrollo de las nuevas tecnologías, en especial el correo electrónico y la *Internet*, definitivamente están provocando nuevos e interesantes problemas jurídicos en el ámbito de las relaciones obrero-patronales. Evidentemente es arriesgado tomar posición frente al problema planteado, toda vez que es un tema que no ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia venezolana. Sin embargo, es posible afirmar que las facultades de dirección y disciplinarias del patrono pueden tener como consecuencia un resultado lesivo para los derechos fundamentales del trabajador, pero la ausencia de control sobre la prestación de servicios del trabajador puede acarrear al patrono una lesión de sus derechos legítimos también constitucionales.

El problema planteado nos enfrenta a la interrogante de cuál derecho debe privar en relación con el uso personal de los medios tecnológicos en las facilidades de un patrono y puestos de trabajo.

Por una parte, los poderes de dirección del patrono en el contexto de la relación de trabajo, devienen del reconocimiento de un poder general, de organización, supervisión y dirección, basado en el derecho constitucional a la libertad económica y promoción de la iniciativa privada previsto en el

artículo 112 de la Constitución. Así, las facultades del patrono de gerenciar, controlar y supervisar sus empresas, equipos y herramientas, incluyendo aquellas que son asignadas a los trabajadores para la prestación de sus servicios como el correo electrónico y la *Internet*, devienen del artículo 112 de la Constitución.

Sin embargo, ese poder del patrono de establecer los mecanismos de control y protección sobre sus medios tecnológicos, específicamente sobre el correo electrónico y la *Internet*, no puede arbitrariamente infringir o violar derechos constitucionales de los trabajadores, como son el derecho a la intimidad y secreto de sus comunicaciones, establecidos en los artículos 60 y 48 de la Constitución, respectivamente.

Considera quien suscribe que el poder de dirección del patrono y de propiedad sobre sus equipos, en particular aquellos que asigna a sus trabajadores para la prestación de los servicios, permiten resguardar los datos relativos a la actividad productiva empresarial, controlar la disminución en el rendimiento de los trabajadores, la recepción y difusión de virus en los sistemas de la empresa, la filtración de información confidencial, la pérdida de calidad en la red de comunicaciones, practicas de acoso a otros compañeros o subordinados, entre otros, pues adicionalmente, el patrono

responde por los perjuicios ocasionados a terceros por sus dependientes en la prestación de sus servicios.

Así, la primera conclusión a tener en cuenta es que la prestación de servicios subordinados del trabajador equivalen a la enajenación de su tiempo durante la jornada laboral a favor de su patrono, razón por la cual, el trabajador no puede dedicarse a asuntos personales durante la jornada ordinaria de trabajo, salvo que excepcional y razonadamente se amerite. Bajo esta premisa, el trabajador no podría realizar un uso personal sobre las herramientas de trabajo que le asigna su patrono, en este caso, el correo electrónico y la *Internet*.

Si bien los trabajadores no dejan su condición de ciudadanos cuando entran a las facilidades de su patrono, por el hecho de prestar servicios subordinados, los trabajadores sí enajenan su tiempo a favor de dicha prestación de servicios, por lo que durante la jornada ordinaria de trabajo el trabajador se debe a la utilización de los medios tecnológicos exclusivamente para la efectiva prestación de esos servicios. Esto no significa, que el trabajador pueda utilizar dichos medios asignados por su patrono para uso personal, pero de forma razonable y excepcionalmente. Así, el uso desmesurado por parte del trabajador durante la jornada ordinaria de trabajo y para cuestiones personales, debe considerarse como una violación a la

buena fe contractual y un incumplimiento grave a las obligaciones que impone la relación de trabajo.

Sin embargo, tal como comentamos en los anteriores Capítulos del presente trabajo, debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad y ponderación por parte del patrono al momento de tomar la decisión de despedir a un trabajador por justa causa en relación con el uso de las nuevas tecnologías propiedad del patrono durante la jornada laboral para fines personales, de otra forma, en opinión de quien suscribe, el uso del derecho constitucional a la libertad de empresa del patrono previsto en el artículo 112 de la LOT, que se traduce en el poder de dirección, vigilancia y posible alteración de las condiciones de trabajo, se estaría extralimitando.

Entonces, ¿puede válidamente el patrono monitorear las comunicaciones? Desde la perspectiva de quien suscribe, las comunicaciones a través de correos electrónicos con el uso del dominio empresarial, utilizando la computadora de su patrono, durante el tiempo en el que el trabajador está a disposición de su patrono en la jornada ordinaria de trabajo, y en la que existe una prohibición de utilizar las herramientas asignadas para fines personales, se excluyen de la calificación de "comunicación privada", salvo que el patrono permita la utilización de dichos medios para fines personales.

La solución ideal debería basarse en el deber de buena fe del trabajador y el poder de control del patrono, pues pareciera que lo apropiado sería que el patrono registre el computador y las cuentas de correo de su trabajador cuando sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y de los otros trabajadores de la empresa.

Por tanto, en opinión de quien suscribe, para evitar que el control de las comunicaciones suponga una violación del derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones, debe previamente: (i) informarse a los trabajadores sobre el uso exclusivo de los medios tecnológicos para la prestación de servicios, por lo que no pueden utilizarse para fines personales; (ii) obtenerse la autorización por parte del trabajador para monitorear dichos correos electrónicos y el uso de *Internet*, como herramientas de trabajo propiedad del patrono y puestas a disposición del trabajador para la prestación de sus servicios; y (iii), especificarse preferiblemente en un política interna de la empresa al inicio de la relación de trabajo los límites y modos de regulación del uso de dichos medios.

Asimismo, se considera que dicha monitorización debe realizarse sobre la base de elementos objetivos que el patrono puede controlar (i.e. número de mensajes, título del asunto, nombre del destinatario) en la medida en que no se realice de forma sistematizada e individualizada, salvo que se tenga la

sospecha que efectivamente el trabajador está causando un perjuicio a la empresa.

En suma, la problemática del control empresarial sobre el correo electrónico del trabajador es sumamente compleja, por lo que amerita una regulación jurídica que permita el resguardo de los derechos constitucionales confrontados y en los que se ponderen dichos derechos. Dejarlo a la exclusiva interpretación judicial, en opinión de quien suscribe, implicaría una labor creadora, *quasi* legislativa de los tribunales, con sentencias casuísticas según el caso concreto.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Alfonzo-Guzmán, R. (1985). ***Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana.*** Tomo I. Caracas: Contemporánea de Ediciones.

Alfonzo-Guzmán, R. (2000). ***Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo.*** (11° ed.). Caracas: Editorial Melvin.

Arteaga Sánchez, A. (1995). ***La interceptación, interrupción o revelación de comunicaciones privadas ajenas***. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas No. 97, p. 51 y ss.

Brewer Carias, A. R. y Ayala Corao, C. M. (1995). ***El Derecho a la Intimidad y a la Vida Privada y su Protección frente a las Injerencias Abusivas o Arbitrarias del Estado.*** Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Caldera, R. (1960). ***Derecho del Trabajo.*** (2da ed.). Argentina: Librería el Ateneo Editorial.

Carballo Mena, C. (2002). ***Derecho del Trabajo.*** (2da ed.). Argentina: Librería el Ateneo Editorial.

Castillo Marcano, J. L. (1997). ***El Derecho a la Intimidad y la Protección de Datos Personales en el Derecho Español.*** Caracas: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Edición en homenaje al Doctor José Gabriel Sarmiento Núñez. Enero-Diciembre 1997. No. 134.

Deveali Mario, J. I. (1983). ***El Derecho del Trabajo en su Aplicación y sus Tendencias.*** Caracas: Editorial Astrea, Tomo I.

Real Academia Española. ***Diccionario de la Lengua Española.*** (2001).. (22 ed) (2 vols.) Madrid: Rodesa.

Durán López, F. (2005). Contenidos laborales del Derecho Constitucional a la Libertad de Empresa. ***Libertad de Empresa y Relaciones Laborales en España.*** España: Instituto de Estudios Económicos.

Escudero, F., Frigola J. y Corbella, T. (1996) ***El Principio de Buena Fe en el Contrato de Trabajo***. (1ª ed.). Barcelona: BOSCH, Casa Editorial.

Falguera Baró, M. A. (2004) Criterios Doctrinales en relación con el uso por el Trabajador de los Medios Informáticos Empresariales para fines

Extraproductivos. ***Derecho Social y Nuevas Tecnologías.*** Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial.

Hernández González, J. I. (2004). ***La Libertad de Empresa y sus Garantías Jurídicas: Estudio comparado del Derecho español y venezolano.*** Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Ediciones IESA.

Jaime Martínez, H. A. (1999). Normas Fundamentales. ***Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo.*** Caracas.

Longa, J. (1999) ***Ley Orgánica del Trabajo Comentada***. Vol I. Caracas: Distribuidores Jurídicas Santana.

Maduro Luyando, E. (1967). ***Curso de Obligaciones.*** (3era ed.) Caracas: Editorial Sucre.

Martínez Fons, M. (2005). El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa. ***Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías.*** Madrid: La Ley.

Montoya Melgar, A. (2005). Libertad de empresa y poder de dirección del empresario. ***Libertad de Empresa y Relaciones Laborales en España.*** Madrid: Instituto de Estudios Económicos.

Montoya Melgar, A. (2001). ***La Buena Fe en el Derecho del Trabajo.*** (1ª. ed.) Madrid: Tirant Lo Blanch.

Oviedo, M. N. (2005). Control Empresarial sobre los «e-mails» de los dependientes. ***Trabajo y Seguridad Social 3.*** Buenos Aires: Editorial Hammurabi, S.R.L.

Palomeque López, M. y Álvarez de la Rosa, M. (2003). ***Derecho del Trabajo.*** (11ª. ed.). Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, S.A.

Pró-Rísquez, J.C. y Glass, L. H. (2004) Privacidad vs. Monitoreo: ¿pueden los patronos controlar legítimamente las comunicaciones de correo electrónico de sus trabajadores? ***Aspectos Legales del Comercio Electrónico.*** Caracas: Cavecom.

Rodríguez, G. S. (2003). ***Los datos personales en la era digital: perspectiva constitucional.*** *Frónesis, Vol. 10* (N° 1), pg. 9-47.

Rojas Rivero, G. P. (1994). ***El Derecho del Ex-Trabajador al Ejercicio Individual de las Acciones Derivadas del Contrato de Trabajo.*** Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Roqueta Buj, R. (2005). ***Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa.*** Valencia: Tirant Lo Blanch.

Rubio de Medina, M. D. (2003). ***El Despido por utilización personal del correo electrónico.*** Barcelona: Bosch.

Sagardoy Bengoechea, J. A. et al. (1998). ***Prontuario del Derecho del Trabajo.*** (4ª. ed.) Madrid: Editorial Civitas.

Sánchez Ferriz, R. (1995). ***Estudio sobre las Libertades.*** (2° ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Sempere Navarro, A. V. y San Martín Mazzuconi, C. (2002) ***Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales.*** Navarra: Aranzadi.

Sempere Navarro, A. V. (2005). Contratación laboral y libertad de empresa. ***Libertad de Empresa y Relaciones Laborales en España.*** Madrid: Instituto de Estudios Económicos.

Tamayo Rodríguez, J. L. (1999) ***Intervenciones Telefónicas y Grabaciones Ilícitas***. Escritorio Jurídico Tamayo Tamayo, Caracas.

Terradillos Ormaetxea, E. (2004). ***Principio de Proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo***. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) (1997). ***Manual para la elaboración del trabajo especial de grado en el área de derecho.*** Caracas: Dirección General de los estudios de Postgrado Área de Derecho

Vázquez Vialard, A. (1996). ***Tratado del Derecho del Trabajo***. Tomo 3. Buenos Aires: Editorial Astrea.

NORMATIVA JURÍDICA

Código Civil Venezolano. (1982). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela,*** 2.990, Junio 26 de 1982.

Código Penal. (2005). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela,*** 5.768 (Extraordinario), Abril 13 de 2005.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (2000). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela,*** 5.453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.

Constitución Española. (1978). ***Boletín Oficial del Estado,*** Diciembre 29 de 1978.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. (1950). ***Consejo de Europa,*** Disponible: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/SpanishEspagnol.pdf [Consulta: 2010, Febrero 13]

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). ***Conferencia Internacional Americana,*** Disponible: http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm [Consulta: 2010, Febrero 13]

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). ***Asamblea general de las Naciones Unidas,*** Diciembre 10 de 1948. Disponible: http://www.un.org/es/documents/udhr/ [Consulta: 2010, Febrero 13]

Ley Especial contra Delitos Informáticos. (2001). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela,*** 37.313, Octubre 30 de 2001.

Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo. (2005). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela,*** 38.236, Julio 26 de 2005.

Ley Orgánica de Telecomunicaciones. (2000. ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela,*** 36.970, Junio 12 de 2000.

Ley Orgánica del Trabajo. (1997). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela,*** 5.152 (Extraordinario), Junio 19 de 1997.

Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones. (1991). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela,*** 34.863, Diciembre 16 de 1991.

Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. (1966). ***Asamblea General de las Naciones Unidas,*** Diciembre 16 de 1966. Disponible: http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm [Consulta: 2010, Febrero 13]

Pacto de San José de Costa Rica. (1969). ***Convención Americana sobre Derechos Humanos,*** Noviembre 22 de 1969. http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html [Consulta: 2010, Febrero 13]

Reglamento de la Ley del Trabajo. (2006). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela,*** 38.426, Abril 28 de 2006.

SENTENCIAS

Oscar García Mendoza y otros v. Ley de Emergencia Financiera de fecha 8 de agosto de 1994. Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa. *Jurisprudencia Venezolana.* (1994). Caracas: Ramírez & Garay. Tomo CXXXI. p. 672.

José Agustín Briceño Méndez vs. la decisión del Juzgado Primero de Primera Instancia del Trabajo y Estabilidad Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia de fecha 19 de enero de 1998. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 442. 23 de mayo de 2000. Disponible: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/442-23500-00-0269.htm [Consulta: 2010, Febrero 13].

Manuel Quevedo (GN) vs. del Tribunal Superior 5° Contencioso-Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas que declaró con ligar la acción de amparo presentada por la empresa Only One Import, C.A. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 462. 6 de abril de 2001. Disponible: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/462-060401-00-0900%20.htm [Consulta: 2010, Febrero 13].

Rafael Liy Cusido vs. C.V.G Bauxilum, C.A. Sala de casación Social del Tribunal Supremo de Justicia N° 72. 3 de mayo de 2001. Disponible: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/072-030501-00509.htm [Consulta: 2010, Febrero 13].

M. Frederic Onof vs. Societe Nikon France, S.A. Sala Social de la Corte de Casación de Francia N° 99-42, 492. 2 de octubre de 2001. Disponible:

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arret_no_1159.html [Consulta: 2010, Febrero 13].

B.P. Exploración de Venezuela, S.A. en amparo constitucional contra la decisión dictada el 1º de junio de 2000, por el Juzgado Segundo de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 184. 16 de febrero de 2006. Disponible: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/184-160206-00-2254.htm [Consulta: 2010, Febrero 13].

Fredy José Montes De Oca Rojas vs. Sincrudos de Oriente, C.A. (SINCOR). Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia N° 887. 1° de junio de 2006. Disponible: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Junio/0887-010606-051957.htm [Consulta: 2010, Febrero 13].

Luis A. Navas J. vs. C.A. VENECEMOS. Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia N° 264. 5 de marzo de 2007. Disponible: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Marzo/0264-050307-061657.htm [Consulta: 2010, Febrero 13].

Mariela Ramírez Álvarez vs. Meditotal, C.A. Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia N° 1303. 13 de junio de 2007. Disponible: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Junio/1303-130607-062157.htm [Consulta: 2010, Febrero 13].

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Informe de la ONU sobre situación laboral mundial [24-01-01] Disponible: http://www.delitosinformaticos.com/noticias/98034710788629.shtml [Consulta: 2010, Febrero 13]

Lobato de Paiva, M. A. (2001) A informatizaçao da demissao ***Revista de Derecho Informático*** [Revista en línea]. (034). Disponible: http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=676 [Consulta: 2010, Febrero 13]

Thibault Aranda, J. (2001) ***El uso del e-mail por los trabajadores y las facultades de control del empleador***. Seminario "Poder informático e intimidad: límites jurídico-laborales y penales al control empresarial". [Documento en línea]. Disponible:

http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0109040/thibault.html [Consulta: 2010, Febrero 13]

Yanez Díaz, M. (2006) ***El correo electrónico en el puesto de trabajo en Venezuela y España. ¿Libertad de Empresa vs. Intimidad?*** [Documento en línea]. Disponible: http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/idc29/art11.pdf [Consulta: 2010, Febrero 13]