

LA FACULTAD FISCALIZADORA DEL EMPRESARIO SOBRE EL USO DEL CORREO ELECTRÓNICO EN LA EMPRESA: SU LIMITACIÓN EN BASE AL DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

INMACULADA MARÍN ALONSO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

El derecho al secreto de las comunicaciones adquiere una reciente relevancia para el Derecho del Trabajo en la medida que la utilización de nuevos medios técnicos de comunicación en la empresa puede provocar, mediante el establecimiento de medidas incisivas de control de la actividad laboral, la vulneración de aquél derecho fundamental. No obstante, el difícil equilibrio entre el derecho a la libertad de empresa y los derechos fundamentales del trabajador se salda, en el caso del derecho reconocido en el art. 18.3 CE, a favor de este último pues, su configuración tradicional y la doctrina del TC al respecto, le confieren la cualidad de ser un derecho formal y oponible *erga omnes*, a salvo de la autorización judicial que, reuniendo determinados requisitos, pueda violentar el secreto de la comunicación.

INDICE

1. PRELIMINARES
2. BREVE REFERENCIA A LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES
3. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES COMO DERECHO AUTÓNOMO RESPECTO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD CONTENIDOS EN EL ART. 18.1 CE
 - 3.1. La eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares
 - 3.2. Los derechos fundamentales inespecíficos recogidos en el art. 18.1 CE y la libertad de empresa en el plano constitucional y contractual
 - 3.3. El impacto de las nuevas tecnologías en la empresa y en la relación laboral
4. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES
5. EL CORREO ELECTRÓNICO COMO MANIFESTACIÓN DEL ART. 18.3 CE EN LA EMPRESA Y LA EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN LA MISMA
6. EL ALCANCE DE LA FACULTAD CONTROLADORA DEL EMPRESARIO SOBRE EL USO DEL CORREO ELECTRÓNICO
7. TUTELA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN EL ÁMBITO LABORAL
8. LA LIBERTAD DE LAS COMUNICACIONES EN LA EMPRESA
9. LA UTILIZACIÓN DEL CORREO ELECTRÓNICO POR LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

1. PRELIMINARES

El objeto de este estudio consiste en determinar la naturaleza y alcance de un concreto, y aparentemente renovado, derecho fundamental en el ámbito empresarial, el cual resurge con fuerza en base a la «reciente» invasión tecnológica que padece y disfruta la sociedad en general y la empresa en particular. Este derecho es el recogido en el art. 18.3 CE bajo la denominación de «secreto de las comunicaciones», derecho que ha sido objeto de algunos estudios significativos desde la perspectiva constitucionalista¹ pero que en el ámbito laboral ha sido, por distintos motivos, relegado a un segundo plano e, incluso, abandonado al olvido. Las nuevas manifestaciones del derecho al secreto de las comunicaciones² pero, en particular, la que tiene lugar por el uso del correo electrónico en la empresa obliga a replan-

¹ Entre otros, JIMÉNEZ CAMPO, J.: «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *REDC* núm. 20, 1987, págs. 35 y ss; MARTÍN MORALES, R.: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995; RODRÍGUEZ RUIZ, B.: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, McGraw Hill, Madrid, 1998.

² A título de ejemplo, puede mencionarse el servicio de mensajería instantánea que consiste en un sistema similar al correo electrónico pero sin que se registre su utilización en los sistemas de la empresa suministradora del servicio —conocido también como *chat room*—, o las plataformas B2E que son portales de páginas web diseñadas por las empresas para los empleados o, también, los tableros de mensajes electrónicos o páginas webbs ajenas a los que pueden acceder los empleados anónimamente —*electronic message boards*—.



tear un complejo tema ya tratado por la doctrina constitucional: el equilibrio entre los derechos fundamentales contemplados en la Sección 1.^a, Capítulo II del Título I de la Constitución Española y el también derecho constitucional a la libertad de empresa, o más en concreto, con el poder de control del empresario sobre la actividad laboral de los trabajadores —utilicen éstos o no las nuevas tecnologías para llevar a efecto su prestación—.

Se pretende insistir, en definitiva, en que la utilización de esta extendida herramienta de trabajo en la empresa no sólo ha de ser vista como un medio utilizado con fines productivos y sobre el que el empresario puede ejercer su legítima potestad controladora sino también, y sobre todo, como un medio de comunicación protegido por la Constitución susceptible de un evidente uso social y merecedor de algún tipo de reconocimiento, así como de la obtención legal de determinados efectos jurídicos en el ámbito empresarial. Esta última necesidad se manifiesta, por ejemplo, en la polémica que producirán, en breve, la validez de actos como la comunicación de sanciones o la formalización del despido de trabajadores mediante correo electrónico o la manifestación de voluntad del trabajador de dimitir a través de este mismo medio³ o, incluso, la posible validez de la firma electrónica en un contrato de trabajo⁴, sin olvidar la problemática que surge con la utilización de dicho medio de comunicación por los representantes de los trabajadores para transmitir noticias de interés laboral. No obstante, las cuestiones mencionadas, a excepción de la referida al uso del correo electrónico por los representantes de los trabajadores no serán analizadas en este estudio ya que el mismo se limita a valorar el uso del correo electrónico en la empresa desde un punto de vista constitucional.

2. BREVE REFERENCIA A LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Paradójico es, sin duda, que el derecho al secreto de las comunicaciones es uno de los derechos más antiguos recogidos por las Constituciones decimonónicas españolas y europeas, remontándose, incluso, a la época de la Revolución francesa donde un Decreto de la Asamblea Nacional de 1790 configuró a la «correspondencia» como «inviolable» suprimiendo los conocidos *cabinets noirs* u oficinas habilitadas para investigar y controlar

³ Véase la STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2001 en la que se entiende que se produce la dimisión del trabajador y no despido al quedar patente la voluntad de aquél de dimitir tras el envío a la empresa de un e-mail conteniendo tal manifestación.

⁴ La validez de la firma electrónica en los contratos de trabajo celebrados en Francia puede consultarse en la Loi núm. 2000-230 du 13 mars 2000.

sistemáticamente la correspondencia, catalogada como práctica habitual en la Francia de Luis XIII y el Cardenal Richelieu⁵.

El constitucionalismo liberal español del S. XIX, iniciado con la Constitución de 1812 y seguida por las de 1837, 1869 y 1876 concibió el derecho a la correspondencia como un «derecho de defensa» frente al Estado⁶, considerándose además como un «derecho inviolable» del individuo en la Constitución republicana de 1931 (art. 32), circunstancias que le dotan de una arraigada configuración tradicional y de la que se extrae, en principio, una clara definición conceptual y dogmática.

Por su parte, la Constitución española de 1978, señala expresamente en su art. 18.3 que «se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial». Nuestra Carta Magna no sólo mantiene en esencia la originaria concepción del derecho sino que, además, le otorga una doble condición: primero, lo concibe con la cualidad de ser un derecho fundamental de cualquier ciudadano oponible, además, *erga omnes*, y, en segundo lugar, lo considera, por obra del Tribunal Constitucional⁷, como un derecho de la personalidad, junto al derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen, aunque estos últimos tengan, conforme al propio texto constitucional, una configuración distinta a la de aquél.

3. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES COMO DERECHO AUTÓNOMO RESPECTO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD CONTENIDOS EN EL ART. 18.1 CE

Apreciar la distinta configuración entre los derechos reconocidos en el art. 18.3 y el art. 18.1 CE es esencial desde un punto de vista jurídico estricto, pues los derechos contenidos en el último precepto mencionado (el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen) se muestran, aunque con ciertos requisitos señalados por el Tribunal Constitucional, más favorables a tolerar comportamientos invasivos por parte de terceros; el derecho

⁵ Véase, DANAN, I.: «Histoire postal et libertés publiques. Le droit de libre communication des idées et opinions pour voie de correspondance», *LGDJ*, París, 1965.

⁶ Expresamente, sin embargo, no se recogió hasta la Constitución de 1869, cuyo art. 7 establecía que «en ningún caso podrá detenerse ni abrirse por la Autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo, ni tampoco detenerse la telegráfica. Pero en virtud de auto de juez competente podrá detenerse una y otra correspondencia, y también abrirse en presencia del procesado la que se le dirija por correo».

⁷ Entre otras, SSTC 73/1982, de 2 de diciembre y 22/1984, de 17 de febrero; más recientemente, SSTC 186/2000, de 10 de julio y 156/2001, de 2 de julio.



contemplado en el art. 18.3 CE (el derecho al secreto de las comunicaciones) no admite, sin embargo, intromisión ilegítima alguna ya que para poder interceptar lícitamente la comunicación entablada entre los interlocutores (el emisor y el receptor de la misma) es necesario la obtención previa de una autorización judicial.

La confusión entre el art. 18.3 CE y el art. 18.1 CE —en particular en lo referente al derecho a la intimidad— ha venido propiciada por el expreso reconocimiento de este último derecho en la relación laboral por el TC⁸ así como por la existencia de normativa de desarrollo del mismo entre particulares⁹. El derecho al secreto de las comunicaciones, en cambio, no disfruta de normativa específica de desarrollo en las relaciones *inter* privados ni ha sido frecuentemente analizado por el TC en el ámbito de la empresa¹⁰, siendo por tanto los Tribunales ordinarios los encargados de resolver las posibles cuestiones sobre el mismo. Esto último provoca que los tribunales resuelvan atendiendo a la doctrina ya asentada en nuestro ordenamiento sobre otros derechos de la personalidad en la empresa, y, en particular, respecto del derecho a la intimidad¹¹ en tanto éste disfruta, por un lado, de las ventajas ya mencionadas y, por otro, se presenta, además, como un límite —aunque no absoluto— al poder de dirección del empresario¹².

Cierto es que la intimidad condensa la libertad del individuo y el valor de su personalidad, adquiriendo por ello la función de garantía y presupuesto de ejercicio de otros derechos y libertades, pero ello no implica que la intimidad, en sentido genérico, sea un término equivalente al de secreto de las comunicaciones. La autonomía del derecho al secreto de las comunicaciones respecto del derecho a la intimidad es una cuestión clara para el TC aunque la jurisprudencia ordinaria —y algún pronunciamiento puntual del TC¹³— insiste en continuar señalando que el art. 18.3 CE es un aspecto

⁸ Entre otras, SSTC 57/1994, de 28 de febrero, 143/1994, de 9 de mayo, 207/1996, de 16 de diciembre y 186/2000, de 10 de julio.

⁹ Al respecto véase la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Honor, Intimidad familiar y personal y a la propia imagen.

¹⁰ A excepción de la importante STC 114/1984, de 29 de noviembre.

¹¹ Téngase en cuenta que el art. 7 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, establece la ilicitud de la utilización de aparatos de escucha o cualquier otro mecanismo para conocer la vida íntima de terceros o sus cartas privadas, intencionalidad que, sin embargo, no se exige en el derecho al secreto de las comunicaciones y en el que, como señala el TC, no importa el carácter íntimo o no de lo comunicado entre los interlocutores de un mensaje.

¹² Sobre la violación del derecho a la intimidad y no del secreto de las comunicaciones cuando se registra irregularmente el correo electrónico de un trabajador por parte del empresario pueden verse, entre otras, la STSJ de Andalucía de 25 de febrero de 2000 —La Ley 7443— y la STSJ de Cataluña de 5 de julio de 2000 —AS 3452—.

¹³ Véase STC 34/1996, de 11 de marzo.

más del art. 18.1 CE ¹⁴, circunstancia que en el fondo no es más que el resultado de confundir el ámbito de la comunicación considerada secreta y el ámbito de la intimidad.

Es más, el derecho a la intimidad, impreciso y flexible, adolece de un alto componente de inseguridad jurídica pues con él se pretende alcanzar un cierto nivel de justicia material que, en base a una supuesta conciencia social —o más bien personal—, deben valorar los Jueces y Tribunales conforme a criterios como la idoneidad, la necesidad, la justificación o la proporcionalidad (STC 186/2000, de 10 de julio) ¹⁵. El derecho al secreto de las comunicaciones, en cambio, no se orienta hacia la consecución de justicia material alguna, respondiendo su definición conceptual a cánones estrictos, favorecedores de la seguridad jurídica en su aplicación. Esto último se debe, sobre todo, al carácter formal del derecho recogido en el art. 18.3 CE ya que el mismo «se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado» ¹⁶.

Es por ello que, a mi juicio, el uso del correo electrónico en la empresa no ha tenido hasta el momento la protección adecuada conforme al texto constitucional, ya que la utilización de dicho instrumento en la empresa en tanto medio de comunicación también ha de disfrutar de la especial protección que otorga la Constitución al art. 18.3 pues en él concurren, como se analizará, todos los elementos configuradores del derecho al secreto de las comunicaciones. No obstante, antes de analizar los aspectos jurídicos de la utilización del correo electrónico como una manifestación del derecho al secreto de las comunicaciones en la empresa considero adecuado intentar despejar algunas premisas. En primer lugar, la posibilidad de reclamar de modo inmediato frente a cualquier tercero —y, por tanto, también frente al empresario— el respeto de los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores en la empresa; en segundo lugar, que los derechos fundamentales inespecíficos han de encontrar un equilibrio con el derecho a la libertad de empresa pero teniendo en cuenta que, en sede constitucional, ha de distinguirse la postura que mantiene el TC en relación con algunos derechos de la personalidad —en particular con los reconocidos en el art. 18.1— del de-

¹⁴ SSTS de 18 de abril de 1994 —La Ley 475— y de 28 de noviembre de 1997 —La Ley 1998, 1057—. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reafirma —aunque no identifica— la relación entre la protección de las conversaciones telefónicas y el derecho a la protección de la vida privada: SSTEDH de 24 de abril de 1990, caso *Kruslin*, A 176-A, núm. 33 y 36 y de la misma fecha, caso *Huving*, A 176-B, núm. 25 y 32.

¹⁵ En la jurisdicción ordinaria, véase la reciente STS (Sala 4.ª) de 5 de diciembre de 2003 —El Derecho 2003/196140—.

¹⁶ STC 114/1984, de 29 de noviembre.



recho al secreto de las comunicaciones recogido en el art. 18.3 CE o, en otros términos, que la postura mantenida por el TC en torno al equilibrio entre la libertad de empresa y el derecho a la intimidad no es trasladable sin más a otros derechos de la personalidad, en particular, respecto al derecho al secreto de las comunicaciones; y, por último, señalar que los avances tecnológicos aplicados a la empresa no son siempre positivos para los derechos fundamentales de los trabajadores, sobre todo, teniendo en cuenta que éstos, en general, se hacen más vulnerables ante la extraordinaria ampliación de la facultad de vigilancia y control empresarial.

3.1. La eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares

El reconocimiento actual de la «eficacia horizontal» de los derechos fundamentales entre particulares —y no sólo frente al Estado en lo que se denomina «eficacia vertical»— conlleva la posibilidad de exigir el respeto de los mismos en cualquier ámbito y lugar, constituyendo, según la doctrina asentada por el mencionado Tribunal Constitucional, un paso adelante en la denominada «ciudadanalización» de la empresa¹⁷ en tanto se permite que todos los particulares reclamen el ejercicio de los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución frente a terceros, ya sean éstos poderes públicos o privados¹⁸; en concreto, la aplicación de la teoría de la «*drittwirkung*» o eficacia directa de los derechos fundamentales en el marco de la empresa conlleva que los trabajadores también pueden reclamar ante su empleador, o cualquier otro particular que no esté investido de la consideración de poder público —ej., sindicatos, compañeros de trabajo, clientes de la empresa...—, el respeto a los derechos fundamentales de la persona¹⁹. Pero esta eficacia ya no se predica únicamente de derechos específicamente laborales como la libertad sindical o la huelga sino que, por el contrario, también abarca a los derechos inespecíficos de los que el trabajador es titular en cuanto ciudadano, condición que éste no pierde por su

¹⁷ Entre otras, SSTC 2/1982, de 29 de enero, 78/1982, de 20 de diciembre, 55/1983, de 22 de junio, 118/1984, de 7 de febrero, 47/1985, de 27 de marzo, 88/1985, de 19 de julio, 170/1987, de 30 de octubre, 6/1988, de 21 de enero.

¹⁸ Entre otras, SSTC 88/1985, de 19 de julio, 170/1987, de 30 de octubre y 6/1988, de 21 de enero.

¹⁹ Sobre este tipo de eficacia véase, BILBAO UBILLOS, JM.: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; también, GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986.

mera inserción en una organización empresarial, y sin que ningún trabajador deba, por tal circunstancia, «soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de los derechos fundamentales»²⁰.

3.2. Los derechos fundamentales inespecíficos recogidos en el art. 18.1 CE y la libertad de empresa en el plano constitucional y contractual

El asentamiento de los derechos fundamentales inespecíficos en la empresa ha provocado numerosas fricciones en el ámbito empresarial que aún no han sido resueltas definitivamente en el plano constitucional. Me refiero, lógicamente, a que los derechos fundamentales inespecíficos ejercidos en el ámbito de la empresa han de encontrar un equilibrio con otro derecho constitucional: el derecho a la libertad de empresa reconocido en el art. 38 CE y, por tanto, con la potestad empresarial de crear y organizar su empresa como el empresario estime conveniente. En los inevitables supuestos de colisión entre algún derecho fundamental de la persona y la libertad de empresa en cualquiera de sus facetas, el intérprete auténtico de la Constitución ha de proceder, en puridad, a resolver el conflicto en sede constitucional, siendo evidente que tras una primera lectura de la Constitución nada habría que objetar al dato de que la especial ubicación y protección de los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I de la CE permiten, en principio, pronosticar una prevalencia de éstos sobre aquél en caso de colisión o conflicto.

No obstante, los pronunciamientos del TC en esta sede son ambiguos e imprecisos, conduciendo esta situación a que los derechos fundamentales ocupen una extraña posición «preeminente» pero «condicionada» que, en la práctica, para la mayoría de los derechos fundamentales inespecíficos, se traduce en una notable inseguridad jurídica²¹. Pese a ello, la falta de un pronunciamiento inequívoco en tal sentido sobre este particular no debe llevar a olvidar que según el mismo Tribunal, las libertades, derechos y demás principios constitucionales establecidos en un modelo pluralista y democrático de relaciones laborales como el nuestro devienen referente ineludible para

²⁰ Entre otras, SSTC 88/1985, de 19 de junio, 6/1988, de 21 de enero y 98/2000, de 10 de abril.

²¹ Las carencias argumentales de la jurisprudencia constitucional las ponen de manifiesto MOLINA NAVARRETE, C. y OLARTE ENCABO, S.: «Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Relaciones Laborales* núm. 17, 1999. Que los derechos fundamentales pueden ceder, en determinadas circunstancias, ante intereses constitucionalmente relevantes puede comprobarse en las SSTC 57/1994, de 28 de febrero y 143/1994, de 9 de mayo.

el establecimiento de límites a los distintos poderes de dirección del empresario, aunque aquéllos, obviamente, tampoco sean absolutos o ilimitados²².

Descendiendo a un nivel más cómodo donde moverse, el TC también señala, pese a la afirmación anterior, que la existencia de un contrato de trabajo en el que el trabajador se somete voluntariamente al poder de dirección de un tercero a cambio de una retribución, permite modular, en cierta medida, el ejercicio de determinados derechos en el marco de la empresa, aunque, insiste, ello no debe conducir, en ningún caso, a la anulación de los derechos fundamentales de los trabajadores en la organización empresarial ni tampoco a la dejación de los mismos al poder de dirección del empresario. Si el contrato de trabajo aporta a la relación laboral derechos que no provienen de la legislación laboral, obvio resulta que cuando se trata de derechos fundamentales, éstos sólo podrán limitarse «en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva»²³, imponiendo al juez que conozca de los posibles conflictos, la ponderación adecuada entre el derecho fundamental en juego y las obligaciones laborales que pudieran modularlo²⁴.

Tan evanescentes parámetros y la ausencia de concreción legal provoca —también en sede contractual— una tendencia reduccionista de los derechos fundamentales en la empresa, debiendo ser, en última instancia, el principio indeterminado de la buena fe en la actuación de las partes el que, en último término, concrete la aplicación preferente de uno u otro derecho. Dicha situación, que abona en todo momento la crítica, lleva a un sector doctrinal a realizar un esfuerzo de sinceridad y admitir que, al no existir pautas predeterminadas para solucionar este conflicto, nos encontramos ante un problema de solución casuística, y que debe ser resuelto una vez atendidas las circunstancias concurrentes en cada supuesto²⁵. En tal sentido, se observa recientemente en los pronunciamientos judiciales que para la admisión de medidas fiscalizadoras hipotéticamente agresoras de derechos fundamentales del trabajador se arguyen criterios como el de la justificación, razonabilidad y proporcionalidad de la medida de control empresarial, tolerando así, en definitiva, la invasión de determinados derechos inespecíficos del trabajador en virtud del predominio del «interés» empresarial²⁶. Ello,

²² Entre otras, SSTC 292/1993, de 18 de octubre y, 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio.

²³ STC 99/1994, de 11 de abril.

²⁴ Entre otras, SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, 240/1992, de 21 de diciembre y STC 106/1996, de 12 de junio.

²⁵ MOLERO MANGLANO, C.: «El derecho al honor y a la intimidad del trabajador», *Actualidad Laboral* núm. 21, 2001, pág. 496.

²⁶ Interés que, en cuanto concepto jurídico indeterminado, puede ser el «normal», el «adecuado», el «seguro», el «rentable»... Al respecto, véase, MOLERO MANGLANO, C.: «El de-

no obstante, también parece tener límites no delimitados expresamente: que el sacrificio que sufra el trabajador en sus derechos fundamentales sea proporcional con el beneficio obtenido por el empresario a través de la imposición de tal medida; que, además, no pueda adoptarse algún otro mecanismo de control menos gravoso para los derechos del trabajador —juicio de necesidad— y que, además, la medida sea idónea para conseguir el objetivo propuesto —juicio de idoneidad—²⁷.

La vertiente menos negativa es que, aunque el abandono de los derechos fundamentales a la lógica contractual ocasione resultados insatisfactorios, al menos, permite entrar en valoraciones ponderadas sobre los derechos en juego ya que ambas partes se encuentran sometidas al principio de la buena fe y su existencia siempre ha de presumirse. En todo caso, considero necesario recalcar que lo que no ha de olvidarse en ningún caso es que los derechos vinculados a la personalidad del trabajador representan la existencia del debido respeto a la dignidad de las personas que la Carta Magna deja entrever como valor irrenunciable del individuo, circunstancia que no ha de permitir la interpretación de tales derechos a su mínima expresión.

El problema continúa centrándose, pues, en conocer los límites que los mencionados derechos fundamentales inespecíficos suponen al poder de dirección del empresario o, más en concreto, a una de las manifestaciones de dicho poder: la facultad de vigilancia y control regulada generosamente en el art. 20.3 ET, ya que, como se aprecia en las últimas reformas legislativas y en recientes pronunciamientos de los Tribunales, esta potestad es la que viene experimentando un significativo cambio en su campo de actuación gracias, sobre todo, a la implantación empresarial de novedosas tecnologías de la información y comunicación que llegan incluso a reintroducir el principio de autoridad en el desarrollo de las relaciones de trabajo, dando lugar a que la tutela de derechos de la persona del trabajador como la intimidad (art. 18.1 CE) u otros derechos fundamentales como la libertad informática (art. 18.4 CE) o el secreto de sus comunicaciones (art. 18.3 CE), entre otros, ad-

recho al honor...», ob. cit., pág. 496. Distintas interpretaciones de este «interés» pueden verse en la STSJ de Asturias (Sala Contencioso-Administrativo) de 20 de julio de 2000 y en la STSJ de Murcia de 11 de mayo de 1999 ya que, como señala el TC, la mera invocación del interés no es suficiente para recortar derechos fundamentales siendo necesario la justificación de la medida de control agresiva de tales derechos así como una argumentación razonable para la adopción de la medida (SSTC 99/1994, de 11 de abril y 186/2000, de 10 de julio).

²⁷ Véase, entre otras, SSTC 186/2000, de 10 de julio; 37/1998, de 17 de febrero; 207/1996, de 16 de diciembre; 66/1995, de 8 de mayo y 77/1996, de 28 de marzo. En la jurisprudencia ordinaria, véase, SSTS de 7 de noviembre de 1997 —La Ley 1998, 80—, de 20 de enero de 1998 —La Ley 1858— y de 5 de diciembre de 2003 —El Derecho 2003/196140—.



quieran renovada actualidad ante su continua exposición y posible vulneración por tales medios²⁸.

3.3. El impacto de las nuevas tecnologías en la empresa y en la relación laboral

Es el elemento tecnológico aplicado a la empresa el que contribuye a que ésta adquiera rasgos innovadores e insospechados en los sistemas de organización y gestión del trabajo, sobre todo, en materia informática pero, también, en robótica y telecomunicaciones, las cuales nos insertan en un mundo de transición donde se altera la percepción del tiempo y del espacio. La digitalización de la información —de la que son claros exponentes el teletrabajo, Internet, el correo electrónico, la criptografía, el *World Wide Web* (WWW), etc.— proporciona a la sociedad en general, y a la empresa en particular, una nueva visión del tiempo, la distancia y el volumen mereciendo la era digital, sin duda, la calificación otorgada por algunos autores de «revolución cultural», concretamente, la más importante desde que Gutenberg inventara la imprenta en el siglo XV²⁹.

Reputados analistas en sistemas de comunicación advierten, incluso, que «probablemente no se conozca la verdadera contribución de los ordenadores a la productividad del trabajo humano hasta que haya pasado un siglo y el mundo haya descubierto con detalle hasta qué punto las máquinas ayudan u obstaculizan nuestro trabajo»³⁰. La actual generalización de los avances técnicos ofrecen así insospechadas posibilidades tanto a los ciudadanos de a pie como a las empresas, permitiendo la rápida transmisión de información en tiempo real, y su constitución en instrumento esencial para actividades políticas, económicas, culturales o empresariales. Asimismo, el impacto de aquéllas en el mundo laboral se amplía, según puso de manifiesto

²⁸ Véase, ORTIZ LALLANA, C.: «Innovación tecnológica y mutaciones en el empleo. Una aproximación al tema», *Revista Gallega de Empleo* núm. 1, 2000, pág. 154; CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «Prólogo», en AA.VV., *Trabajo y empleo. Transformaciones del Trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa* (Coord. Alain Supiot), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 15 y ss.

²⁹ En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ESTEBAN, ML.: *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, ob. cit., pág. XIX. Señala además la doctrina que la innovación tecnológica es el origen de la denominada «tercera revolución industrial». Al respecto, PÉREZ PÉREZ, M.: «Formación profesional y nuevos sistemas tecnológicos», AA.VV. *V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, MTSS, 1987, págs. 313 y ss.

³⁰ Palabras de Michael DERTOUZOS, director del laboratorio de Informática del MIT norteamericano en *El País Semanal* núm. 714 de 1 de julio de 2001, pág. 44.

la Comisión Europea en 1997, a causa del gran potencial que la tecnología de la información y de la comunicación ofrece a las empresas para incrementar la productividad, la competitividad y la prosperidad a través de nuevas formas de organización laboral³¹. Desde un punto de vista sociológico se advierte, además, que el debate político y de ideas que tiene lugar en los nuevos mecanismos de comunicación introducidos por la tecnología convierte a los mismos en una fuente enriquecedora de la democracia, otorgando una nueva dimensión a la libertad de expresión favorecedora del pluralismo y la multiplicación de la información. Los esquemas tradicionales de los derechos de comunicación basados en relaciones unidireccionales entre emisores y receptores pasivos de información se han quedado anquilosados en un pasado no muy lejano, abriendo la puerta a nuevos modos de comunicación y multidifusión³², entre los que el correo electrónico e Internet, gracias a su sincronía pura, ocupan por ahora un lugar privilegiado³³.

La participación de todas las parcelas sociales anteriormente mencionadas en la era tecnológica presenta sin embargo, para determinados derechos fundamentales, una cara menos amable. En concreto, para el derecho reconocido en el art. 18.3 CE se plantea el aumento de posibles amenazas al secreto de las comunicaciones en tanto aumentan las posibilidades técnicas de interceptación. Ello se debe, básicamente, a que la «comunicación» no se concibe ya vulnerable únicamente por el Estado, sino que implica, además, a sujetos y organizaciones que no son caracterizados como «poder público» y que dificultan la identificación y la sanción de las conductas que lesionen el secreto de las comunicaciones³⁴.

En consecuencia, si las insospechadas posibilidades que en materia de comunicaciones aportan las tecnologías provocan admiración y desconcierto ante su vertiginosa mutación, se ha de ser consciente, también, de que no todas las perspectivas que ofrecen son necesariamente positivas pues, en ocasiones, como advertía Claude-Albert Colliard, el progreso actúa en contra

³¹ Comisión Europea. *Communication on the Social and Labour Market of the Information Society. People First-The Next Steps*. 17 de julio de 1997 V/B/4. En la misma dirección, Comisión Europea, Green Paper, *Living and Working in the Information Society: People first*, de 24 de julio de 1996 [Com, 1996, 389 final].

³² FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.^a L.: *Nuevas tecnologías, Internet...*, ob. cit., págs. 110-112.

³³ En España se tiene noticia por primera vez de Internet desde que, en 1993, la empresa «Goya, Servicios Telemáticos» se creara por ingenieros de la Escuela Superior de Ingenieros de Telecomunicaciones de Madrid. Sobre ello, véase, DSS de 2 de marzo de 1999, núm. 396, pág. 2, intervención del Director General de Off Campus y Presidente de la Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica (ASIMELEC).

³⁴ BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Prólogo al libro de Ricardo Martín Morales titulado El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, 1995., pág. 12.

de la libertad³⁵. La voluptuosa entrega de nuestra época al «demonio de la velocidad técnica» nos aleja definitivamente de nuestro pasado, pudiendo transformar incluso al innovador aliado en enemigo hostil³⁶.

El carácter invasivo de las tecnologías alcanza claramente a derechos fundamentales como, por ejemplo, a la vida privada de los ciudadanos³⁷, convirtiendo a ésta, en ocasiones, en una mercancía muy valiosa sujeta a transacciones comerciales³⁸. En tal dirección, se apunta que la aplicación de las innovaciones tecnológicas al ámbito empresarial constituyen «poderosos medios de vigilancia, de memorización, de análisis y de intrusión en esferas que antes permanecían preservadas»³⁹, haciendo palpable el riesgo

³⁵ COLLIARD, CA.: *Libertés publiques*, Dalloz, 1972, pág. 309; también puede verse a JONAS, H.: «Une éthique pour la civilisation technologique», *Édition du Cerf*, 1990, quien señala que «todo lo que es técnicamente posible no es obligatoriamente deseable».

³⁶ Advierte la doctrina que la aplicación de la informática al ámbito laboral —en lo referente a la organización técnica del trabajo—, puede llegar al «control total» del trabajador en la empresa. Así, DAÜBLER, W.: *Das Arbeitsrecht*, T. 2, Colonia, Roohlt, 1991, pág. 263, cit. por DEL REY GUANTER, S.: «Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la «intimidad informática» del trabajador», *Relaciones Laborales* 1993-II, pág. 137. La capacidad de acumulación, combinación y transmisión de información sobre trabajadores a consecuencia del empleo de tecnología en la empresa ha sido objeto de pronunciamiento del TC en su Sentencia 202/1999, de 8 de noviembre. Se advierte, incluso, de lo que se ha denominado «banalización de las manifestaciones de la tecnología cuyo peligro consiste en que las personas no son realmente conscientes de todas las consecuencias que el desarrollo tecnológico tiene sobre la vida privada. Sobre ello, SARZANA, C.: «Evoluzione tecnologica e diritti dell'individuo», *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica* núm. 2, 1992, pág. 395.

³⁷ Un caso significativo puede verse en el caso no resuelto del todo por la Sentencia del Tribunal de Grande Instancia de París de 18 de enero de 1996 que ordenó el secuestro judicial del libro publicado sobre los últimos momentos de la vida del Presidente de la República Francesa (F. Mitterrand) por el doctor que le atendió durante años, si bien ya se habían vendido del mismo más de cuarenta mil copias y uno de los compradores, dueño de un cibercafé, introdujo en su servidor de Internet una copia del libro. Al respecto, véase «Internet contourne la censure du livre du docteur Gubler», *Le Monde* du 25 janvier de 1996.

³⁸ En ello consiste la era del *direct-marketing*: RODOTÀ, S.: *Tecnologie e Diritti*, *Il Mulino*, 1994, pág. 13; Van der MANSBRUGGHE, P.: «Flujos transfronterizos de datos en la Directiva 95/46 de las Comunidades Europeas», *Actualidad Informática Aranzadi*, julio de 1996. Téngase en cuenta que el valor económico que alcanzan los datos sobre las personas para compañías de seguros, bancos, prensa, etc. ha llevado a proponer a los autores mencionados el reconocimiento de un nuevo derecho de propiedad sobre los datos de carácter personal. Al respecto, véase también el estudio realizado por el Consejo de Europa: *Les Nouvelles technologies: un défi pour la protection de la vie privée?*, Strasbourg, 1989. También, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Employment and privacy electronic interaction in the workplace. The role of Labour Law & Industrial Relations», en <http://ceveal.com/pinero.htm>, págs. 1 y ss.

³⁹ CARDONA RUBERT, M.^a B.: «Control del correo electrónico de los empleados. Transgresión de la buena fe contractual», *Aranzadi Social* núm. 17, 2001, pág. 31. También, CARRILLO, M.: «Internet: algunas cuestiones jurídicas», <http://www.ceveal.com/marc.htm>, pág. 1; GAETA, L.: *La dignità del lavoratore e i «turbamenti» dell'innovazione*, *Lavoro e Diritto*, núm. 2, 1990.

de que tales instrumentos, bien o mal empleados, puedan convertir en realidad el «ojo universal» o «Panopticum» ideado por Bentham para las instituciones penitenciarias⁴⁰.

En tan perversa vertiente de la tecnología se constata lo indicado por Borrajo Dacruz hace más de tres décadas respecto a que «el precio de la computerización no es otro que el trabajador ha llegado a ser vulnerable en grado impredecible»⁴¹, llegando a insertarlo, incluso, en un insólito «clima psico-sociológico de control y transparencia»⁴². Este palpable y creciente riesgo de obtener lo que Bellavista denominó un «trabajador transparente»⁴³ ha obligado incluso a que una pequeña parcela de esta amenaza provocada por las tecnologías se regule normativamente en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 18.4 de la Constitución española⁴⁴. Puede observarse así el intento —aunque algo tardío⁴⁵— de proteger el tratamiento informático de datos personales de los ciudadanos y, por ende, de los trabajadores, primero, mediante la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del

⁴⁰ Símil empleado por MONTOYA MELGAR, A.: «Dirección de la actividad laboral (art. 20 ET)», en *Comentarios a las leyes laborales*, Edersa Madrid, Tomo V, 1985, pág. 34.

⁴¹ BORRAJO DACRUZ, E.: «El impacto de tecnologías y medios de información en el Derecho del Trabajo», AA.VV. *Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información*, Madrid, 1971, pág. 71. Sobre las implicaciones que la informática puede tener en el ámbito laboral, véase DARMAISIN, S.: «L'ordinateur, l'employeur et le salarié», *Droit Social* núm. 6, 2000, págs. 580 y ss; MOLE, A.: «Informatique et libertés du travail: les nouveaux enjeux», *Droit Social* núm. 1, 1990, págs. 59 y ss.

⁴² Entendido como «conciencia en los trabajadores de poder ser conocidos en todos sus aspectos»: DEL REY GUANTER, S.: «Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la intimidad informática del trabajador», *Relaciones Laborales* 1993-II, pág. 146, citando a ZOLLNER, W.: *Daten-und Informationsschutz im Arbeitsverhältnis*, Colonia, C. Heymanns V, 1982, pág. 8.

⁴³ BELLAVISTA, A.: *Il controllo sui lavoratori*, Giapichelli, Torino, 1995, pág. 57 y ss.

⁴⁴ Téngase en cuenta que, con anterioridad, la protección del bien jurídico contemplado en el art. 18.4 CE se producía, provisionalmente, mediante la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la cual resultaba de aplicación en virtud de su disposición transitoria quinta para resolver los problemas de intromisión ilegítima derivados de la informática en tanto no se dictara una Ley en desarrollo del art. 18.4 CE. Ahora, no obstante, los tribunales empiezan a distinguir claramente entre el art. 18.1 y el 18.4 CE: SAN (Sala 3.ª) de 24 de enero de 2003 —Rec. 400/2001—.

⁴⁵ En los Estados Unidos de Norteamérica se vienen promulgando normas para la protección de datos de carácter personal desde la década de los sesenta. Así, se han aprobado numerosas leyes de protección de datos personales como, por ejemplo, *The Privacy Act of 1974* (5 U.S.C., 552 a —1974—), *The Privacy Act of 1980* (42 U.S.C., 2000-2000a), *The Freedom of Information Act of 1996* (5 U.S.C., 552) que forma parte de la *Administrative Procedures Act*, *The Fair Credit Reporting Act of 1988* (15 U.S.C., 1681-81t), *The Video Privacy Protection Act of 1988* (18 U.S.C., 2710), *The Electronic Communications Privacy Act of 1986* (18, U.S.C., 2510), *The Telephone Consumer Protection Act of 1991* (47 U.S.C.).

Tratamiento Automatizado de datos de carácter personal⁴⁶, y ahora, mediante la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, vinculadas al derecho a la autodeterminación informativa del individuo que venía siendo agredida cada vez más a medida que se incrementaba la capacidad técnica de acumulación y uso por las empresas de datos de sus trabajadores. La autodeterminación informática se entiende ahora no sólo como el derecho pasivo del trabajador a no sufrir injerencia empresarial en los espacios y tiempos de trabajo puestos a resguardo del poder informático del empleador sino también, y fundamentalmente, como «un derecho de control sobre los datos personales» por parte del propio trabajador⁴⁷, planteándose con ello la consagración de un nuevo derecho de la personalidad —restringido al ámbito informático—, que la doctrina judicial y científica han venido a denominar «libertad informática»⁴⁸ y de la que se espera que,

⁴⁶ Esta norma vino a sustituir, en sus aspectos específicos, a la LO 1/1982, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. No obstante, la LO 5/92, además de tardía, fue objeto de cuatro recursos de inconstitucionalidad presentados por el Defensor del Pueblo, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, el Parlamento Catalán y el Grupo Parlamentario Popular. Recuérdese, asimismo, la existencia del Convenio Europeo dedicado a la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades de 1950, el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa de 1981, sobre tratamiento automatizado de datos de carácter personal y la Directiva comunitaria 95/46/CE de 24 de octubre de 1995, sobre la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento automatizado de datos personales. Un exhaustivo trabajo sobre la intimidad informática puede verse en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Agencia de Protección de Datos, 1997.

⁴⁷ La STC 254/1993, de 20 de julio, especifica que la «libertad informática» es también «el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa de ordenador (*habeas data*)». En el mismo sentido, SSTC 60/1998, de 16 de marzo, 94/1998, de 4 de mayo, 124/1998, de 15 de junio, 125/1995, de 15 de junio, 126/1998, de 15 de junio, 158/1998, de 13 de julio, 198/1998, de 13 de octubre y 45/1999, de 22 de marzo, relacionadas con trabajadores de RENFE a los que, utilizando los datos informáticos de su afiliación sindical, se les realiza el descuento salarial por huelga por el mero hecho de ser afiliados al sindicato convocante. Al respecto, CARDONA RUBERT, M.B.: «Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo», *Revista de Derecho Social* núm. 6, 1999, págs. 27 y ss. Por otro lado, el acceso no autorizado por los denominados *hackers* y *crackers* a información contenida en sistemas informáticos tienen protección en los arts. 264.2, 278 y 197.1 del Código Penal —este último en relación con los delitos contra la intimidad—, mientras que el acceso a datos por personal autorizado que realiza un mal uso de esa información se protege penalmente en los arts. 279 y 280 del Código Penal, en el art. 13 de la Ley de Competencia Desleal, en el art. 127.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y en el art. 12 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

⁴⁸ PÉREZ LUÑO, A.E.: *Manual de Informática y Derecho*, Barcelona, 1996, págs. 43 y ss; SERRA RODRÍGUEZ, A.: «Los derechos de los particulares en la nueva Ley de protección de datos de carácter personal», *Diario La Ley* núm. 5153, 2001, pág. 2; ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, JM.ª: «La libertad informática, un nuevo derecho fundamental en nuestra Constitución», *Diario La Ley* núm. 5230, 2001, págs. 1 y ss; no obstante, cuestiona la presencia de un

en un futuro no muy lejano, puede llegar a convertirse en presupuesto para el desarrollo de un «nuevo humanismo»⁴⁹ que comience a fomentar el derecho al aislamiento y a la desconexión del ciudadano-trabajador.

En definitiva, puede apreciarse que la respuesta de nuestro ordenamiento al fenómeno tecnológico no siempre goza del mismo calado ya que, en unos casos, la compleja y variable realidad técnica obliga a la mera adaptación de conceptos jurídicos preexistentes y, en otros, sin embargo, no queda otra opción que crear *ex novo* tales conceptos, sin olvidar los supuestos en que deben someterse a prueba los propios aspectos estructurales del Derecho que, como indica un cierto sector doctrinal, se minimizan ante el concepto de «Cultura Tecnológica»⁵⁰. Corrobora ello, en definitiva, que nuestro sistema jurídico no puede ignorar al fenómeno tecnológico, encontrándose obligado en un momento o en otro a reaccionar, bien para combatirlo o bien para conferirle legitimidad en un marco jurídico justiciable⁵¹.

4. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Se ha insistido en este estudio que los elementos caracterizadores del derecho reconocido en el art. 18.3 CE concurren en algunos sistemas comunicativos utilizados en la empresa, circunstancia que genera la obligación de proteger dichos sistemas y garantizarles la debida protección en el

nuevo derecho de la personalidad, ORTI VALLEJO, A.: «Cinco años de la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento automatizado de datos de carácter personal», *La Ley* 1997-VI, págs. 1661-1662. Sobre la libertad informática, véanse las SSTC 254/1993, de 20 de julio, y 202/1999, de 8 de noviembre, según las cuales, aquella «es un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, que es en sí mismo un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos».

⁴⁹ ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M.: «La libertad informática, un nuevo derecho fundamental en nuestra Constitución», ob. cit., pág. 5.

⁵⁰ Al respecto, SÁNCHEZ BLANCO, A.: *Internet, Sociedad, empresa...*, ob. cit., págs. 13 y ss. Véase, también, DAUBLER, W.: «Nuove tecnologie: ¿un nuovo Diritto del Lavoro?», *GDLRI* núm. 25, 1985, pág. 65 y ss. Téngase en cuenta que, por ejemplo, en relación con Internet o el resto de redes de telecomunicación de acceso general, desde el punto de vista jurídico, no suponen más que un nuevo medio de comunicación que sólo requieren de leves adaptaciones del Derecho a sus peculiaridades y, además, en ámbitos muy puntuales, ya que, en general, son aplicables el resto de normas del ordenamiento jurídico. En tal sentido, PLAZA PENADÉS, J.: «La responsabilidad civil en Internet: su regulación en el Derecho Comunitario y su previsible incorporación al Derecho español (I)», *Diario La Ley* núm. 5293, 2001, pág. 1.

⁵¹ En el mismo sentido, RADÉ, C.: «Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination», *Droit Social* núm. 1, 2002, pág. 26.



ordenamiento laboral, siempre que, naturalmente, respondan a las exigencias establecidas por el TC al respecto. En concreto, tales elementos son los siguientes:

Respecto de la «comunicación», señala reiteradamente la jurisprudencia del TC que el objeto de protección del art. 18.3 CE es, de modo principal, el mensaje entre emisor y receptor de la comunicación pero, también, el proceso comunicativo iniciado entre los mismos, es decir, la comunicación en sí misma realizada mediante cualquier soporte técnico y a distancia mediante canales cerrados de comunicación, ya que de no concurrir estos últimos requisitos el derecho a aplicar no sería el del secreto de las comunicaciones sino, probablemente, el de la intimidad. Detengámonos algo más en tales elementos.

a) En primer lugar, he de insistirse en que la «comunicación» a que hace referencia el art. 18.3 CE se interpreta por la doctrina y jurisprudencia en sentido amplio, englobando no sólo a «las comunicaciones postales, telefónicas o telegráficas» como señala expresamente el precepto constitucional sino, también, cualquier proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico y cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas. Tal opinión es acorde con la coherencia interna del derecho y con la del propio concepto de «correspondencia» que hace nuestro Tribunal Supremo⁵² y, en cuanto término utilizado por las primeras constituciones europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵³.

Además, en los últimos diez años, debido a la generalizada introducción de tecnologías de la información en todos los ámbitos sociales, ha debido reelaborarse el propio concepto de «comunicación»⁵⁴, no pasando inadvertido para los expertos en la materia el enorme esfuerzo que requiere la reelaboración del mismo, sobre todo, porque éste tiene poco en común con la comunicación de hace doscientos años basada en una sociedad agraria, analfabeta, con un desarrollo industrial incipiente y en el que pocos eran los que podían hacer uso de las comunicaciones y requerir, por tanto, el respeto al secreto de las mismas⁵⁵. En tal sentido, insiste recientemente el TC en una sentencia de 3 de abril de 2002⁵⁶ que «los avances tecnológicos que

⁵² SSTS (Sala de lo Penal) de 5 de febrero de 1997 —RJ 697— y 13 de octubre de 1998 —RJ 8060—.

⁵³ Sentencia *Malone c. Reino Unido* de 2 de agosto de 1984, Serie A, Vol. 82, pág. 30 y Sentencia *Schenk c. Suiza*, Serie A, Vol 140, pág. 31.

⁵⁴ En igual sentido señala la STC de 3 de abril de 2002 —El Derecho 2002/7116— que el uso de la informática hace necesario «un nuevo entendimiento del concepto de comunicación».

⁵⁵ BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Prólogo*, ob.cit., pág. 11.

⁵⁶ El Derecho 2002/7116.

en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del art. 18.3 CE».

b) En segundo lugar, ha de retenerse que si el soporte técnico es imprescindible para que el derecho al secreto surja, también lo es la distancia entre los comunicantes ya que el secreto sólo se garantiza objetivamente desde un punto de vista técnico en las conversaciones o comunicaciones que no se realizan directamente «de persona a persona» ya que, en este caso, las partes no han querido confiar su comunicación a medio técnico alguno y, por tanto, cualquier persona puede presenciarse, oírse o grabarla incurriendo sólo en un atentado al ámbito de la intimidad perseguible a instancia del art. 7.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

c) A ello se añade, además, la exigencia de que la comunicación a que hace referencia el art. 18.3 CE es la que se realiza mediante canales cerrados de comunicación y sin publicidad, no disfrutando de la protección del mencionado precepto las comunicaciones que se realizan por canales abiertos como las transmitidas por radio mediante ondas hertzianas⁵⁷ o la carta abierta publicada en un diario para crear un estado de opinión⁵⁸.

Respecto del «secreto», y conforme al art. 18.3 CE, el derecho que analizamos tiene carácter formal y se predica de todo lo comunicado, es decir, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Afirma así el TC que existe una presunción *iuris et de iure* de que lo comunicado es secreto, pretendiendo así proteger un ámbito de la vida del individuo frente a injerencias de terceros y sin distinguir qué contenido de ese ámbito puede ser afectado.

Aplicando dicho concepto de secreto al ámbito de la empresa, nos encontramos con que, a efectos de la protección del art. 18.3 CE, es indiferente la distinción entre comunicaciones privadas o profesionales de los trabajadores pues, el empresario, pese a poseer la titularidad de las herramientas de trabajo o soportar el coste de un mal uso de las mismas o el tiempo empleado en su manejo, es, según doctrina del TC, un tercero ajeno a la comu-

⁵⁷ Al respecto, RODRÍGUEZ RUIZ, B.: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ob. cit., págs. 66-67.

⁵⁸ MARTÍN MORALES, R.: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob. cit., pág. 52.



nicación ante el que puede oponerse el secreto⁵⁹. El empresario, pues, no tiene derecho a fiscalizar las comunicaciones privadas o profesionales en las que no participa como interlocutor, término éste, entendido de manera estricta por los Tribunales que señalan que la existencia de un contrato no es motivo suficiente para considerar al empresario como un «tercero cualificado» para transgredir el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones⁶⁰. Tampoco goza de dicha cualidad el servidor o proveedor del servicio de correo electrónico que, desde un punto de vista objetivo, desempeña un papel equivalente al del servicio de correos tradicional de la comunicación postal. En tal caso, el conocimiento voluntario o accidental por éste del contenido del mensaje vulnera el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por lo que al servidor puede exigírsele no sólo el respeto al derecho por la vía oportuna sino, también, el establecimiento de los mecanismos técnicos necesarios que preserven la expectativa de secreto de los interlocutores (ej. mediante la exigencia de claves o encriptación de mensajes...).

La expectativa de secreto de los comunicantes en que su mensaje está libre de injerencias de terceros, no cubre, sin embargo, los elementos de la comunicación que sean fácilmente visibles para el tercero según el medio empleado (ej. el domicilio electrónico en los e-mails), aunque en los supuestos en que sea difícil valorar alguno de estos elementos debe atenderse tanto a la capacidad objetiva que tiene el medio utilizado para proporcionar el secreto como a la expectativa de secreto del emisor. En cualquier caso es importante señalar que el secreto al que se refiere el art. 18.3 CE no es aquél que resulta de las garantías técnicas del secreto, sino de la expectativa del emisor de que su comunicación no va a ser interceptada por terceros ajenos a la comunicación⁶¹. Recuérdese, sin embargo, que el secreto no opera frente a los interlocutores del proceso comunicativo ya que, en tal caso, es posible la divulgación del contenido del mismo por alguno de los participantes en la comunicación sin que el art. 18.3 CE se resienta. De existir en la comunicación divulgada aspectos relativos a la intimidad del interlocutor confia-

⁵⁹ SSTS de 23 de diciembre de 1994 —RJ 10266— y de 10 de febrero de 1998 —RJ 948—. Véase, también, la STEDH de 26 de octubre de 1998 —caso *Norris c. Irlanda*—.

⁶⁰ Lo mismo que tampoco lo es, respecto de las conversaciones telefónicas, que el aparato telefónico por el que se efectúa la comunicación pueda ser interceptada por quien ostente la titularidad del aparato o éste se encuentre en un domicilio ajeno. Al respecto, SAP de Barcelona de 31 de julio de 1998. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.ª L.: «Estudio de la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el secreto a las comunicaciones entre particulares...», ob. cit., págs. 34-36.

⁶¹ Lo que sirve, por ejemplo, para proteger las comunicaciones inalámbricas que, como saben, son fácilmente interceptables —STC 34/1996, de 11 de marzo y STS de 8 de febrero de 1999 —RJ 291—.



do en el secreto, éste podría reclamar la violación de su derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 CE y en la LO 1/1982, de Protección civil del honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pero no la violación del derecho al secreto de las comunicaciones.

Por último, en cuanto a la «libertad de las comunicaciones» ha de señalarse que el secreto de las comunicaciones que garantiza el art. 18.3 CE requiere, como paso previo, de libertad para entablar las mismas, es decir, sin sumisión al control u observación de un tercero, resultando aquél lesionado cuando se disponga del medio de comunicación pero se impida su libre ejercicio. Sobre este aspecto se incidirá algo más adelante.

5. EL CORREO ELECTRÓNICO COMO MANIFESTACIÓN DEL ART. 18.3 CE EN LA EMPRESA Y LA EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN LA MISMA

Aplicando la doctrina del TC al uso correo electrónico no cabe duda que el mismo reúne todos los requisitos necesarios para que surja el derecho al secreto de las comunicaciones, ya que, en primer lugar, a través de él se transmiten mensajes mediante soporte técnico; en segundo lugar, no se trata de comunicaciones directas entre personas sino en la distancia, y, por último, se transmite por un canal cerrado de comunicación requiriendo acciones conscientes para su apertura por el destinatario así como para su interceptación por un tercero ⁶².

Pero, ¿hasta donde se extiende la protección del art. 18.3 CE cuando se utiliza el correo electrónico en la empresa? El TC considera en reiterados pronunciamientos que el proceso comunicativo no se agota con la transmisión de ideas o información a distancia entre personas, sino que se extiende, además, a los mensajes recibidos y guardados por el destinatario ⁶³. Esto plantea el problema de saber si los mensajes de correo guardados por el trabajador en la empresa se encuentran protegidos por el art. 18.3 CE o si, por el contrario, pueden considerarse como meros «efectos personales» y sujetarse, por tanto, a los registros que permite el art. 18 ET, limitados únicamente por el respeto a la dignidad e intimidad del trabajador. A mi juicio, ni que decir tiene que no hay motivo de peso alguno para realizar una interpretación reductora del art. 18.3 CE en la empresa, circunstancia que conduce a afirmar que la correspondencia o comunicaciones guardadas por el trabajador en la empresa son secretas para los no intervinientes en la mis-

⁶² En Francia se muestra de la misma opinión la Cour de Cassation (chambre social) en l'arrêt Nikon de 2 de octubre de 2001.

⁶³ STC 84/1984, de 29 de noviembre.



ma, decayendo únicamente la protección que brinda el art. 18.3 CE mediante el mecanismo previsto para ello en el propio texto constitucional, es decir, mediante autorización judicial motivada, o bien, por voluntad de alguno de los intervinientes en el proceso comunicativo —en cuyo caso sí podríamos estar ante la posible vulneración del derecho a la intimidad de alguno de los interlocutores, o, de ambos, si la información extraída se utiliza indebidamente por el empresario).

Similar problemática se plantea respecto de los *attachments* o ficheros de textos, imágenes y sonidos que pueden ser enviados adjuntos a los mensajes de correo electrónico. Sobre éstos también se discute su calificación como correspondencia protegida por el art. 18.3 CE o, de nuevo, su consideración como un efecto personal más protegido por el art. 18.1 CE y el art. 18 ET, ubicación que conforme a los pronunciamientos judiciales más recientes, toleraría su registro. A mi juicio, conforme al mencionado carácter abierto del art. 18.3 CE, los *attachments* forman parte del mensaje por lo que también han de considerarse parte del proceso comunicativo y disfrutar de la expectativa de secreto de la que goza toda comunicación.

6. EL ALCANCE DE LA FACULTAD CONTROLADORA DEL EMPLEADOR SOBRE EL USO DEL CORREO ELECTRÓNICO

A la vista de lo expuesto anteriormente, ¿hasta dónde se extiende, pues, el poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa? Ya se ha dicho que pese al legítimo interés del empleador en controlar el uso de los medios técnicos dispuestos por él en la empresa, éste no podrá en virtud de la titularidad del medio ni de su facultad controladora *ex* art. 20.3 ET, fiscalizar la comunicación contenida en los mensajes o ficheros adjuntos de correo electrónico de sus empleados.

Sí podrá, en cambio, controlar cuestiones adyacentes a la comunicación tales como el coste de la herramienta de trabajo, el tiempo empleado por los trabajadores en la utilización de los mismos, el acceso a la red informática y su permanencia en ella, etc., pudiendo llegar, incluso, a controlar los denominados datos externos del mensaje tales como la dirección de correo del destinatario, el nombre de la persona que recibe o envía, el *subjeto* o asunto que lo motiva, así como también el número de mensajes enviados o recibidos a la dirección de correo del trabajador en la empresa.... El control de estos aspectos permite al empleador, en su caso, extinguir la relación laboral en base a un uso inadecuado o abusivo de las herramientas de trabajo de la empresa.

Ahora bien, si el empleador estimase mediante indicios suficientes y racionales —no meras sospechas o conjeturas— que el trabajador utiliza los

medios técnicos ofrecidos por él para la comisión de delitos, o bien, para el hostigamiento sexual a compañeros de trabajo a través del correo electrónico, pudiendo tales hechos reportarle algún tipo de responsabilidad, podrá requerir, a lo sumo, la intervención de la policía judicial en su empresa, pero no podrá, por sí mismo, interceptar las comunicaciones de los trabajadores o violentar su secreto pues, para ello, es necesario obtener la autorización judicial que exige la Constitución y que, además, ésta sea específica, razonada y proporcional con el sacrificio que sufrirá el derecho fundamental en cuestión⁶⁴.

El empresario, por tanto, no podrá intervenir las comunicaciones de sus empleados en ningún caso, ya que la utilización del correo electrónico para fines extraproductivos no constituye en sí mismo un delito sino, todo lo más, una posible falta laboral del trabajador que, por otras vías, podría llegar a ser sancionable por el empresario. La responsabilidad que, en su caso, pudiera recaer sobre el empresario por los actos de sus trabajadores a través del correo electrónico no puede variar la configuración del derecho fundamental, sobre todo, cuando existen otros mecanismos para evitar tan nefasto resultado, como por ejemplo, los renovados «Protocolos de conducta» respecto del uso de los medios de comunicación en la empresa⁶⁵. Al respecto, ha de decirse que la relevancia actual de esta última figura evocadora del antiguo reglamento de régimen interno es ciertamente escasa si no se incorpora al contrato de trabajo pero, en cualquier caso, no ha de olvidarse que se integran en las genéricas facultades que componen el poder de dirección empresarial, pudiendo llegar, incluso, a impedir una posible responsabilidad civil del empresario —extracontractual *ex art.* 1903 del Código Civil— por actos del trabajador en la utilización inadecuada de las nuevas herramientas puestas a disposición del trabajador en la empresa.

7. TUTELA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN EL ÁMBITO LABORAL

El trabajador que considere violentado su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ante medidas empresariales de control podrá

⁶⁴ Véase al respecto el art. 563 LECr y la STC 86/1995, de 6 de junio; en la jurisprudencia ordinaria, STS 12 de febrero de 1999 —La Ley 3648—. Téngase en cuenta, no obstante, que si el trabajador afectado por tales comunicaciones informa al empleador del acoso sufrido, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones decae, dando paso, si ha lugar, al derecho a la intimidad que, como se ha dicho, es menos rígido ante las intromisiones de terceros.

⁶⁵ Véanse, por ejemplo, las «Normas de actuación para el uso racional del correo electrónico y fomento del mismo», dadas por la Dirección del Grupo BBVA a sus trabajadores y objeto de análisis en la SAN (Sala de lo Social) de 6 de febrero de 2001 —AS 2001/84—.

plantear una demanda de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito laboral conforme al art. 181 del RD Legislativo 2/1995, de 7 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (TRLPL, en adelante), solicitando no sólo la reposición en las condiciones anteriores a la vulneración del derecho, sino también una indemnización adicional por el perjuicio que se le haya causado. Con tal acción se persigue el cumplimiento de la obligación y no la extinción de la relación laboral.

No obstante, cuando la vulneración del derecho fundamental al secreto se alega por el trabajador tras ser despedido por un uso inadecuado o abusivo del correo electrónico, se producen determinados inconvenientes procesales ya que la acción de despido y la de tutela de derechos fundamentales no son acumulables con otras acciones (art. 27.2 TRLPL), debiendo tramitarse además por la vía de los arts. 103 y ss TRLPL, sin que sea de aplicación el proceso de tutela del derecho de libertad sindical de los arts. 175 y ss. TRLPL en cuya sede se establece la posibilidad de indemnización. Al respecto, sin embargo, entiendo admisible la interpretación efectuada por la STS (ud) de 12 de junio de 2001, según la cual la acción contra un despido con vulneración de derechos fundamentales se ha de tramitar, ciertamente, por la modalidad correspondiente pero con las especificidades y garantías propias del procedimiento regulado en los arts. 175 y ss. TRLPL, incluyendo la inversión de la carga de la prueba en los términos previstos en el art. 179.2 TRLPL y con derecho a la indemnización por daños y perjuicios prevista en el art. 180.1 TRLPL.

En cualquier caso, la vulneración del secreto mediante la interceptación de los correos electrónicos de los trabajadores por parte del empresario o de cualquier otro sujeto que, como resultado, revelase la utilización indebida o inadecuada del instrumento de trabajo por parte del trabajador, no podrá fundamentar un despido procedente en virtud del art. 54.2.d) ET, ya que el mismo deberá ser calificado nulo, procediéndose a la inadmisión en juicio de una prueba ilícitamente obtenida así como, en su caso, a posibles responsabilidades civiles y penales por tales actos. Sobre esta última responsabilidad, señala el actual art. 197 CP que «el que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus [...] mensajes de correo electrónico [...] o intercepte sus comunicaciones o [...] cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses»; la vía civil, por su parte, puede sustanciarse mediante el art. 9 LO 1/1982, de 5 de mayo, de Derecho al Honor, a la Intimidación familiar y personal y a la propia imagen que señala que «la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el art. 53.2 CE. También podrá acudir, cuando proceda, al recur-

so de amparo ante el TC. La tutela judicial comprenderá las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores [...]». Téngase en cuenta, asimismo, que la existencia de perjuicios se presume siempre que se acredite la intromisión ilegítima, extendiéndose la indemnización al daño moral producido y que se sustanciará por el procedimiento ordinario establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (art. 249).

8. LA LIBERTAD DE LAS COMUNICACIONES EN LA EMPRESA

Ha de recordarse que el bien constitucionalmente protegido en el art. 18.3 CE a través de la imposición a todos del secreto es, como señala reiteradamente el TC⁶⁶, «la libertad de las comunicaciones». Es más, señala el mismo Tribunal que cuando se despoja de la necesaria protección a un derecho fundamental a través de la imposición de excesivos límites o condiciones para su ejercicio se puede vulnerar el contenido esencial del derecho reconocido en el art. 18.3 CE⁶⁷. En el ámbito empresarial esta libertad puede coartarse, a mi juicio, no sólo mediante la imposición unilateral de excesivos recortes o prohibiciones al uso de las comunicaciones en la empresa por parte del empresario sino, también, en virtud del contrato de trabajo o, incluso, a través del mecanismo de la negociación colectiva con los representantes de los trabajadores. Veámos brevemente alguno de estos aspectos.

En cuanto al poder de dirección del empresario ya se ha hecho referencia al dato de que el empresario puede dar instrucciones generales o particulares a los trabajadores sobre el uso que éstos han de dar a los instrumentos técnicos de comunicación en la empresa o bien elaborar lo que se denomina «Protocolo de conducta en la empresa» donde especificar el uso del correo electrónico que el empresario estima adecuado y conveniente para la misma, advirtiendo que el incumplimiento de tales instrucciones puede provocar la posible imposición de medidas disciplinarias por parte del empresario e, incluso, el despido por trasgresión de la buena fe contractual⁶⁸. Ahora bien, una vez establecida la política de control empresarial sobre tales me-

⁶⁶ Significativamente, véase la TC 114/1984, de 29 de noviembre (FJ 7), ATS (Sala 2.^a) de 18 de junio de 1992.

⁶⁷ Entre otras, SSTC de 11 de diciembre de 1987 —La Ley 1988-1, 57 (903)— y de 26 de marzo de 1987 —La Ley 1987-3 (781)—.

⁶⁸ Como ya se advirtió, con tal protocolo el empresario podrá, además, salvaguardar su responsabilidad por posibles actos delictivos de los empleados en determinadas circunstancias.



dios⁶⁹, el empresario no podrá alegar la existencia del mencionado Protocolo u órdenes internas para vulnerar el derecho fundamental del trabajador al secreto de sus comunicaciones ya que dicho instrumento no es, en ningún caso, una patente de corso que legitime la interceptación de las comunicaciones por parte del empresario⁷⁰.

En lo referente a la negociación colectiva qué duda cabe que el medio idóneo para regular o modular el uso de los instrumentos informáticos en la empresa y, por tanto, el correo electrónico es la negociación colectiva a través de cualquiera de sus manifestaciones⁷¹. Mediante la negociación se podrá prohibir o delimitar la utilización profesional o particular del correo electrónico en la empresa y, así, se podrá pactar, por ejemplo, la puesta a disposición de los empleados de una cuenta de correo electrónico donde efectuar las comunicaciones extraproductivas que los trabajadores deseen realizar, o bien, acordar el uso del correo electrónico por los representantes de los trabajadores para fines de representación o acción sindical en la empresa o fuera de ella. No obstante, mediante la negociación colectiva no se podrá acordar la renuncia al secreto de las comunicaciones de los trabajadores que utilicen el correo electrónico en la empresa, pues obvio resulta que nadie puede renunciar a un derecho que no le pertenece. Entiendo, por tanto, que sólo el trabajador, en su cualidad de ciudadano y con ciertos límites, podría renunciar a un derecho fundamental que le corresponde a título individual, permitiendo el ordenamiento su adhesión expresa y voluntaria a los preceptos de los convenios colectivos que prevean dicha posibilidad, en cuyo caso, sí sería admisible el control total del correo electrónico en la empresa sin que lo impida el art. 18.3 CE o el art. 18.1 CE. La intromisión consentida por el trabajador no supone, sin embargo, la renuncia abstracta a un derecho de la personalidad sino, tan sólo, el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que lo integran. Ello no impedirá, sin embargo, que aquél pueda revocar su consentimiento en cualquier momento.

⁶⁹ Recuérdese que el empresario podrá limitar el uso de la herramienta de trabajo e imponer sanciones a los transgresores de su política de control; a título de ejemplo, puede señalar el tiempo máximo de conexión, las direcciones de correo electrónico a quienes puede enviarse mensajes profesionales, la prohibición o permisión de enviar o recibir mensajes privados de los trabajadores mediante el correo electrónico, etc., pero una vez ha fijado la política de su empresa al respecto no podrá limitar la libertad de la comunicación interceptando los mensajes realizados por los trabajadores en la empresa.

⁷⁰ Recuérdese que el bien constitucionalmente protegido es, precisamente, la libertad de las mismas.

⁷¹ Sobre el infobuzón, véanse las SSTs de 28 de marzo de 2003 —RJ 7134— y de 29 de septiembre de 2003 —RJ 7448—, así como la SAN de 5 de abril de 2002 —AS 1684—.

9. LA UTILIZACIÓN DEL CORREO ELECTRÓNICO POR LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

En defecto de negociación colectiva alguna que contemple y delimite la posibilidad de utilizar los medios informáticos y de comunicación por los representantes de los trabajadores en la empresa, ha de plantearse si dicha circunstancia puede imponerse al empresario teniendo en cuenta que la comunicación se efectúa a través de su infraestructura comunicativa —o por una externa pero con las herramientas del mismo— y, por tanto, a su cargo. Al respecto, ha de distinguirse entre la representación unitaria o legal que representa a todos los trabajadores de la empresa y la representación sindical, limitada, en principio, a los trabajadores afiliados a los sindicatos. Para analizar esta cuestión, tampoco podemos olvidar que las normas, conforme al art. 3 del Código Civil, han de interpretarse según la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas.

Así, en cuanto a la utilización del correo electrónico por la representación unitaria en la empresa no hay duda que desde el punto de vista práctico resulta una situación deseable y oportuna la utilización de este medio de comunicación por los representantes legales de los trabajadores siendo, como ya se ha dicho, el mecanismo de la negociación colectiva el instrumento idóneo para regular su uso. Ello se debe a que no existe, en principio, precepto legal alguno que obligue al empresario a consentir su uso con fines de representación aunque, en un esfuerzo interpretativo que avale tal situación, puede acudir tanto al art. 64.12 ET que atribuye a los órganos de representación unitaria la facultad de informar a los trabajadores representados sobre cuestiones laborales de diversa índole, como al art. 81 ET que prevé la existencia de un tablón de anuncios —que, en este caso, será virtual— para informar a los trabajadores de cuestiones laborales.

Problemas adicionales son, por un lado, el sostenimiento económico del mismo y, por otro, el establecimiento de impedimentos a las comunicaciones emitidas o recibidas por la representación unitaria. Respecto del primer problema, y a falta de acuerdo en la negociación colectiva, obvio resulta que el empresario puede negarse a su sostenimiento económico —aunque éste sea no muy elevado—, circunstancia que equivaldría, de hecho, a la no utilización del mismo por los representantes legales de los trabajadores. Es por ello que, continuando con el esfuerzo interpretativo anterior, podría acudir a la analogía y considerar aplicable el art. 19.5 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, de Comités de Empresa Europeos que, tras la transposición interna de la Directiva 94/45/CE, contempla la obligación empresarial de asumir tales costes. Ello vendría apoyado, además, por el Convenio núm. 135 OIT que señala que «los representantes de los trabajadores deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones», siendo evidente que la utiliza-

ción de los nuevos medios técnicos de información y comunicación se insertan hoy día en tal circunstancia y que nuestro derecho interno obliga a interpretar las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 Código Civil). Por otro lado, respecto de la interceptación o disposición de impedimentos a las comunicaciones efectuadas por los representantes, la situación resulta más complicada pues, en tales casos, no sólo se podría vulnerar, tras una valoración ponderada, la libertad de las comunicaciones sino que, además, y en virtud de que las comunicaciones de los representantes deben gozar de particulares garantías por razones inherentes a las tareas representativas, se podría también vulnerar el derecho específico a la libertad sindical.

Cuando la comunicación por correo electrónico se realiza por la representación sindical en la empresa se plantea, además, como cuestión previa, el ámbito subjetivo al que pueden dirigirse tales comunicaciones ya que los trabajadores sin afiliación sindical no tienen, en principio, por qué recibir comunicaciones de las Secciones o Delegados sindicales. Asimismo, también presenta una problemática mayor que en el caso anterior, la asunción empresarial del coste de la herramienta de trabajo pues, si en tal caso se pretendiera ver una lesión a la libertad sindical, ha de acudirse a la doctrina del TC que señala que en los supuestos en que se impone una prestación con cargo al empresario no nos encontramos más que con un «contenido adicional» de la libertad sindical, por lo que, en última instancia, será el empresario quien decida si asume o no este coste. Esta opción, sin embargo, podría hacerse efectiva, a mi juicio, de manera expresa o tácita, así como por la negociación colectiva con los representantes de los trabajadores. En caso contrario, podría plantearse que las organizaciones sindicales a las que pertenecen los representantes sindicales de la empresa sufragaran la utilización del correo electrónico para fines sindicales, aunque esta opción sería ciertamente complicada y podría dar lugar a situaciones desiguales en función del sindicato de que se trate. En lo referente al establecimiento de filtros a las comunicaciones de tales representantes con el fin de evitar la utilización abusiva de los e-mails o que ésta provoque, mediante prácticas similares al *spam*, perjuicios a la actividad productiva de la empresa, resulta claro que tendrá que llegarse a una solución ponderada que compagine el derecho del empresario a lograr la buena marcha de su empresa y el derecho a la libertad de las comunicaciones⁷² pero, en ningún caso, resultará asumible la interceptación de los mensajes de correo electrónico por consti-

⁷² Véase, más detalladamente, MARÍN ALONSO, I.: «La utilización del correo electrónico por los sindicatos o sus secciones sindicales para transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados o trabajadores en general», Comentario a la SAN de 6 de febrero de 2001 (AS 2001, 84), *Aranzadi Social* núm. 1, 2001, págs. 29 y ss.

tuir ello una clara vulneración del derecho constitucional reconocido en el art. 18.3 CE.

Por último, en lo que se refiere a la utilización del correo electrónico por los sindicatos para informar a los trabajadores de cuestiones de interés laboral o sindical, el TS se ha pronunciado recientemente señalando que el sindicato tiene derecho a transmitir información como estime conveniente sin que ello implique el derecho a exigir que tal vía de comunicación le sea forzosamente aceptada⁷³. Al respecto, considero que la imposición unilateral de cualquier tipo de filtros que tenga por objetivo impedir el envío o recepción libre de las comunicaciones atentaría contra el art. 18.3 CE ya que el establecimiento de mecanismos de rechazo de los mensajes de correo electrónico —provenientes de determinadas direcciones— interrumpe claramente el proceso comunicativo que protege el derecho al secreto de las comunicaciones entre el emisor y el receptor. Es por ello que, quizá, la solución aportada por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 6 de febrero de 2001 sea más adecuada que la sostenida en la mencionada resolución del Tribunal Supremo en tanto aquella disfrutaba de un marcado carácter conciliador entre los derechos en juego e intentaba, en la medida de sus posibilidades, ponderar los intereses de ambas partes, considerando así que el envío inocuo y moderado de correos electrónicos a las empresas por parte de los sindicatos y sin coste alguno para el empresario debía ser tolerado por éste.

No obstante, y en cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que en el ordenamiento laboral existe lo que se denomina presunción de probidad en el ejercicio del derecho a la distribución de información y actividad sindical⁷⁴, motivo por el que el empresario no podrá alegar la supuesta utilización abusiva o indebida del correo electrónico por los representantes de los trabajadores para establecer censuras o cualquier tipo de control a las comunicaciones en general y, por tanto, tampoco al correo electrónico.

⁷³ STS 26 de noviembre de 2001 —RJ 2002/3270—.

⁷⁴ Entre otras, véanse, SSTS 15 de noviembre de 1986 (RJ 6348), de 14 de abril de 1987 (RJ 2762), de 2 de octubre de 1989 (RJ 7090), de 2 de noviembre de 1989 (RJ 7987) y de 21 de enero de 1991 (RJ 66).