

Colaboraciones especiales:

USO POR EL TRABAJADOR DEL CORREO ELECTRÓNICO DE LA EMPRESA PARA FINES EXTRAPRODUCTIVOS Y COMPETENCIAS DE CONTROL DEL EMPLEADOR

Miquel Àngel Falguera i Baró

Abogado y profesor asociado de la Universitat Pompeu Fabra

Introducción. Los instrumentos de comunicación social y el Derecho: una siempre difícil relación

La generalización del uso de Internet y del correo electrónico como mecanismos de comunicación activa entre las personas está comportando -es conocido- cambios de gran calado social, significando, además, indudables ahorros de tiempo y costes, con un general incremento de la productividad. Esas modificaciones están afectando no únicamente a la propia relación entre las gentes, sino también a sus formas de pensar, a sus valores y a sus propias necesidades sociales[1]. Hace tiempo que sabemos que ello es inevitable respecto a cualquier cambio tecnológico.

Y, asimismo, esa novación - lo que es más importante de cara a las presentes líneas- conlleva un cambio en las estructuras jurídicas reguladoras de la comunicación y sus instrumentos de materialización[2]; cambio éste último que, como es perfectamente conocido, aún se haya hoy en sus albores por lo que hace a la adecuación de aquéllas y de la doctrina legal al emergente avance de la informática: la realidad - como siempre- va por delante del Derecho (aunque sea ésta una constatación que los juristas tendemos, inevitablemente, a olvidar siempre).

La comunicación entre personas - en definitiva, la transmisión de información- ha tenido siempre un difícil encaje jurídico: precisamente porque se trata de un hecho innato a la condición humana y porque cuando más simple, más natural, resulta cualquier necesidad social más ardua, más compleja, resulta su traslación a un mundo, por definición, tan artificioso como el del Derecho. Por ello (y por la inevitable tendencia hacia el conservadurismo de nuestra disciplina) cualquier cambio sustantivo en los instrumentos comunicacionales comporta que, durante lapsos de tiempo más o menos amplios - los necesarios para readaptar las instituciones jurídicas a las nuevas situaciones- el discurso jurídico caiga en un profundo desconcierto ante lo nuevo, cuando no en la simple animadversión declarada. Así, por ejemplo, ha ocurrido a lo largo del presente siglo con la implementación social de todos los avances tecnológicos de comunicación audiovisual: durante años esos instrumentos, en su día novedosos, carecieron de un marco regulador más o menos armónico con las correspondientes instituciones del Derecho. Aún hoy, en buena medida, ese marco se halla en discusión. Así, también, está ocurriendo con Internet y el correo electrónico: con el agravante de que - como característica esencial de la llamada revolución virtual- esa innovación, que no ha hecho más que empezar, no es puntual como hasta ahora: se está extendiendo en la sociedad como una mancha de aceite, en progresión geométrica, en una espiral que parece no tener fin, creando nuevas necesidades y conllevando nuevos avances técnicos al socaire de ese avance. No resultan, pues, extrañas las dudas que el uso del correo electrónico, como en general la propia Red, significan para la reflexión jurídica.

Esas dudas son más palpables, aparecen incluso con mayor crudeza, en el terreno de las relaciones laborales, del iuslaboralismo. Y ello es así, entre otras cosas, porque, a grandes trazos, ese vacío regulador de lo nuevo se ve potenciado, en nuestra disciplina, con el incipiente y aún balbuciente reconocimiento del ejercicio de los derechos fundamentales en el centro de trabajo;

es ésa una tendencia - la de la plena plasmación del ejercicio de ciudadanía también en el seno de las relaciones de dependencia inherentes al Derecho del Trabajo- aún en clara discusión: hasta no hace mucho los lugares de producción constituían (aún lo siguen siendo) piélagos aislados en el mar del ejercicio de los derechos constitucionales, todo ello imbricado en la secular discusión sobre la aplicación de los valores constitucionales a las relaciones interprivatus. A qué ocultarlo: era ésa - la desconexión de la empresa respecto a lo societario- una de las cláusulas no escritas del pacto social que parió el welfare.

En la medida en que uso de esos nuevos instrumentos de comunicación y su regulación específica deben forzosamente incardinarse -Kelsen en mano- en el marco superior normativo de los principios y bienes constitucionalmente protegidos[3], y, lo que es más importante, en relación de complementariedad con todos los principios regulados en el acerbo común de la Carta Magna de cualquier ordenamiento democrático, el mentado déficit del sistema de relaciones laborales hace más compleja la tarea de ponderar los mecanismos propios de la indicada disciplina ante los fenómenos emergentes.

Y, sin embargo, pese a dicha dificultad, tanto la Red como el correo electrónico constituyen, cada vez más, instrumentos vinculados con la producción, imbricándose en las relaciones entre personas en el centro de trabajo, incardinándose como un elemento más en las formas y modos de producir, en las relaciones entre trabajadores y empresarios[4]. Por ello urge la serena reflexión, desde nuestra disciplina jurídica, en la materia.

El debate entre el poder de dirección empresarial y el ejercicio de derechos fundamentales por parte del trabajador. Su traslación a la materia analizada.

El impacto del uso de esos nuevos instrumentos en el seno de las relaciones laborales y las dificultades de aplicación del marco jurídico hasta ahora imperante en el mentado panorama hace ya tiempo que viene situándose en el debate iuslaboralista. Esa controversia, a nadie se escapa, tiene una multiplicidad de aspectos relacionados con el ejercicio del trabajo: las facetas de la misma abarcan, en efecto, muchas situaciones distintas y variadas instituciones jurídicas están con ella afectadas (quizás el paradigma de todo ello se sitúe en el fenómeno del teletrabajo[5] y la readecuación del mismo al marco del Derecho del Trabajo[6]).

Queremos, sin embargo, limitar nuestro análisis puntual al enunciado de estas páginas: es decir, hasta qué punto un instrumento técnico como el correo electrónico[7] sito en el centro de trabajo (y dependiente de la empresa, en consecuencia) y utilizable, en principio, para fines estrictamente relacionados con la producción, puede ser usado con objeto extraproductivo por el trabajador o por terceros para ponerse en comunicación con éste; y, en paralelo, las atribuciones del empleador de control en esa materia. Nuestra intención no es, en modo alguno, sentar una doctrina definitiva al respecto - nada más lejos de nuestras capacidades -; el objeto de estas páginas es mucho más modesto: intentar plasmar sobre el papel algunas ideas sobre dicha cuestión, como elemento de coadyuvancia a un debate creciente.

En efecto, no es el tema aquí apuntado un mero divertimento dogmatista: en realidad ese enunciado está comportando, en la práctica, una multiplicidad de dudas aplicativas, como por ejemplo, las referentes a la capacidad de un sindicato o de un organismo unitario de representación de poder informar a un asalariado a través de su e-mail laboral; o, por seguir con la ejemplificación, las competencias del empleador de controlar el correo electrónico de sus trabajadores en el centro de trabajo[8].

Pues bien, entrando ya en materia, valga como punto de partida una contundente afirmación inicial: sin duda que, prima facie, en la medida es que es el empleador el titular del hardware y el software necesario, en la medida en que ello puede significarle unos determinados gastos, en su

caso, y en la medida en que el uso para dicho fines del mentado instrumento tecnológico puede tener repercusiones negativas sobre la prestación laboral de sus asalariados - al incidir en forma directa o indirecta en la producción o la prestación de servicios -, aquél ostenta un amplio campo de decisión inserto dentro de sus inherentes capacidades de dirección y organización del trabajo (ex art. 5 y 20 TRLET).

Esa constatación constituye un forzoso inicio en nuestro análisis, sin duda; mas cabe preguntarse si dichas atribuciones son discrecionales u omnímodas; es decir, si la titularidad de dicho instrumento - y, en consecuencia de sus cargas- y los inherentes poderes de dirección y la dependencia contractual propia del Derecho del Trabajo son elementos suficientes per se para interdecir en la práctica el derecho de libre comunicación, activa o pasiva, de los asalariados, en función de esa conjugación de derechos constitucionales a la que hacíamos anteriormente referencia, a través del correo electrónico.

La respuesta al interrogante formulado debe ser, forzosamente en nuestro ordenamiento, matizada: el ejercicio de las mentadas prerrogativas no puede ostentar una caracterización feudal, se halla limitado, también, por la incidencia de otros bienes y derechos constitucionales (los propios, en definitiva, del asalariado)[9]. En definitiva, aquel incipiente ejercicio de la plena ciudadanía en el centro de trabajo al que más arriba hacíamos referencia.

En nuestra experiencia jurídica, en efecto, ha sido - como es perfectamente conocido- el Tribunal Constitucional el motor de esa aplicación de los derechos fundamentales al marco del ejercicio del derecho a la libre empresa (y por extensión a la ya indicada relación interprivatus), a través de la conocida técnica conocida como finta prusiana. Ha sido ése el marco fundamental de plasmación del incipiente debate al respecto al que anteriormente hacíamos referencia. De la doctrina de dicho organismo se dimana, en forma reiterada, «la eficacia mediata» de esos otros derechos constitucionalmente protegidos en el marco de las relaciones laborales entre particulares, singularmente en el campo del contrato de trabajo[10]: en definitiva, la necesidad de una ajustada ponderación de los bienes y valores constitucionales en cada caso concreto, de tal manera que ni el ejercicio de los mentados derechos fundamentales por el trabajador puede ser ilimitado, al chocar también con otros derechos constitucional (el de libre empresa) y hallarse afectado también el mentado ejercicio por las relaciones de dependencia contractuales iuslaboralistas, ni los poderes de dirección del empleador puede impedir - si bien sí limitar, en determinados casos y siempre bajo los principios de buena fe e interdicción de la arbitrariedad- el ejercicio de aquellos privilegiados derechos por parte del aquél[11].

De la indicada doctrina se desprende, pues, que aquella primera conclusión que antes se invocaba (la competencia inicial del empresario para limitar el uso del correo electrónico, en forma activa o pasiva, para fines extraproductivos y la consiguiente capacidad de control) no puede ser omnímoda: se halla constreñida por el posible ejercicio en cada supuesto de los derechos fundamentales del trabajador en el seno de la relación laboral[12]; y viceversa: ese ejercicio está también modulado por la propia relación de dependencia. En efecto, los derechos constitucionales se encuentran sometidos, entre sí, a relaciones de coordinación, no de subordinación[13].

Y, a este respecto, cabe indicar, pues, que el propio derecho del empresario, en sus poderes de dirección y organización dimanantes del art. 38 de nuestro texto constitucional, es susceptible de colisionar con otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Entre otros, deben invocarse aquí, por lo que hace al tema específicamente analizado, el derecho fundamental a la libre comunicación entre personas[14], el derecho fundamental de secreto de comunicaciones (art. 18.3 CE), el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE)[15], con el quantum observado a este respecto en el apartado 4 del indicado artículo respecto a la informática, el derecho fundamental a la libertad sindical (art. 28.1), cuando es la organización colectiva la que

hace uso, dentro de sus comunicaciones internas o respecto a los trabajadores, de la Red y, finalmente, el derecho a la participación en la empresa (art. 129.2 CE), cuando son los organismos unitarios de representación lo que utilizan el mentado canal[16]. Evidentemente todo ese conglomerado de derechos que acaban de reseñarse deben ser aplicados a cada supuesto concreto, en función de las condiciones concurrentes.

Mas, en todo caso, queremos resaltar aquí, ya de entrada (es éste un elemento interpretativo sobre el que volveremos en páginas sucesivas) que no debe olvidarse que el correo electrónico no es sólo un instrumento productivo: es también, en nuestra realidad social, un mecanismo de comunicación entre las personas... incluso en el centro de trabajo.

Resulta a todos luces evidente que sería del todo aconsejable que el marco del ejercicio de los poderes de dirección empresarial y sus concretas competencias respecto a los supuestos de posible colisión con dichos derechos por parte de los trabajadores, fuese regulado a través de una Ley. Ello sería, desde todo punto de vista, lo deseable: mas como quiera que la misma no existe, hoy por hoy, en nuestro ordenamiento jurídico, parece necesario arbitrar algún tipo de reglas generales a la hora de abordar los posibles problemas que pueden aparecer en dichas situaciones de confluencia entre los indicados derechos o bienes constitucionalmente protegidos a partir del actual sistema jurídico.

Desde ese punto de vista creemos necesario establecer, al menos, cuatro reglas aplicativas, que coadyuven a la interpretación del problema reseñado:

a) La primera de dichas reglas pasa por la necesaria ponderación ad casum de cada supuesto específico, en función de los elementos fácticos concurrentes en él. No existen, ante el indicado vacío normativo, reglas ecuménicas determinadas, debiéndose hacer una valoración ad hoc en cada caso en función de las características productivas de la empresa[17], la contraparte en la comunicación[18], el concreto contenido de la misma[19] o la tipología específica de los asalariados afectados[20], entre otros factores.

b) Otro elemento hermeneúutico a valorar, inserto en la lógica más arriba apuntada, lo constituye las posibles cargas y costes para el empresario de esa comunicación extraproductiva, de ese posible, en definitiva, ejercicio de un derecho fundamental. Siendo el titular de la empresa el pagador de los gastos inherentes (hoy por hoy elevados en la realidad de las telecomunicaciones españolas) al uso del correo electrónico, no se le puede, de entrada, exigir que vaya a su costa la utilización del mismo para fines personales del asalariado[21] o no relacionados directamente con la propia producción o la prestación del servicio de que se trate[22]: se trataría de un enriquecimiento injusto, cuando no, en determinados casos, de un abuso de derecho o una deslealtad contractual[23]. Ciertamente, pues, el ejercicio de aquellos derechos constitucionales más arriba apuntados no puede imputarse en el deber del marco de obligaciones contractuales del empleador: una cosa es que éste, en el ejercicio de sus capacidades de organización y dirección (que también ostentan, como se ha indicado, un específico amparo constitucional) tenga ciertas servidumbres respecto al ejercicio de concretos derechos fundamentales por parte de sus asalariados y otra, muy distinta, que sea él quien deba sufragar el dispendio inherente a dicho ejercicio[24].

Pues bien, desde la indicada premisa resulta evidente que los indicados costos y cargas pueden ser muy variables, tanto en función de si se es receptor o emisor del e-mail[25], como del tipo de conexión electrónica utilizado en la empresa[26].

c) En íntima conexión con el elemento interpretativo que acaba de apuntarse cabe indicar la necesidad de que, en principio, el ejercicio de esos derechos fundamentales por parte del asalariado en el centro de trabajo no interfiera en el propio desarrollo del proceso productivo o de

prestación de servicios. Las razones justificativas de la indicada corrección limitadora son, *mutatis mutandis*, las expuestas en el caso anterior, con el añadido aquí, de que ésta es una exigencia más o menos generalizada en nuestro ordenamiento respecto a los actos de comunicación y/o información en el seno de la empresa[27].

d) Por último, como elemento hermenéutico a valorar en cada caso concreto, debe tenerse en cuenta la existencia o no de un marco jurídico positivo regulador del ejercicio de los derechos de información y/o comunicación. Es verdad, como ya antes se ha apuntado, que los nuevos sistemas de comunicación carecen, en el campo del Derecho del Trabajo, de una regulación específica. Mas no debe olvidarse, en este sentido, que la vigente regulación heterónoma observa una serie de supuestos en los cuales se recoge el ejercicio de específicos derechos de comunicación, más allá, incluso, de la propia voluntad del empleador. Y lo hace, en muchos casos, en forma indeterminada: sin especificar los instrumentos de comunicación. Así, y al margen de los derechos constitucionales ya indicados, hallaremos una serie de normas dispersas en nuestra ordenación al respecto[28]. En concreto, en el apartado 12º del artículo 64 TRLET, reconociendo como competencia de los organismos unitarios de representación la de informar a sus representados respecto a concretos aspectos laborales, derecho que, además, se ve reforzado en el artículo 81 TRLET tanto por lo que hace a la obligatoria existencia de un tablón de anuncios, como a la necesidad de tener un local sindical para, entre otros fines, “comunicarse con los trabajadores”; es ése, también, el supuesto contemplado en el ya indicado, en nota a pie de página preanterior, art. 8.1.b) LOLS por lo que hace a las capacidades de repartición de propaganda en el seno de la empresa por parte de los afiliados a un sindicato en ejercicio de sus competencias en materia de acción sindical, el derecho pasivo de recepción de información sindical por parte del afiliado (art. 8.1.c) LOLS) y las competencias de las secciones sindicales con presencia en la representación unitaria y, en todo caso, de los sindicatos más representativos de difundir avisos a través de un tablón de anuncios, en un lugar de “adecuado acceso” para el conjunto de asalariados (art. 8.2.a) LOLS); o las más genéricas de los organismos correspondientes en materia de prevención de riesgos laborales y salud laboral reseñadas en la Ley 31/1995 (art. 18 y 31.3).

Desde nuestro punto de vista la ponderación, en cada supuesto concreto, de las reglas hermenéuticas que acaban de señalarse es un instrumento imprescindible para fijar, caso a caso, las siempre difíciles fronteras entre el ejercicio de los derechos constitucionales ya indicados por parte del trabajador y de las competencias empresariales en materia de organización y dirección de la producción.

Por supuesto que el vacío regulador heterónomo indicado puede ser cubierto por una acción normativa específica por parte de la negociación colectiva: ello (la suplencia del silencio del legislador, en definitiva) es, sin duda, lo deseable. De producirse esa normativización en sede de autonomía colectiva deberá estarse, lógicamente y siempre que se respete el principio de norma mínima - tan precaria en el caso analizado -, a aquello convenido, de tal forma que las reglas interpretativas que acaban de apuntarse devendrían, ciertamente, inútiles en la realidad o se convertirían en meros instrumentos hermenéuticos de lo pactado. Debe denotarse, empero, que, en general, la práctica concreta de esa fuente del derecho es, hoy por hoy, claramente reacia a cubrir esa ausencia reguladora[29].

Y, a la vez, es apreciable que, frente a la ausencia de normativización específica, aparece un terreno singularmente propicio para el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la materia. Ello es postulable, sin duda, por lo que hace a la posibilidad de pactos contractuales individuales sobre la cuestión aquí analizada. Como también lo es - y ello es especialmente importante en nuestro análisis- de la probabilidad de que el empleador, en función de las competencias y cargas propias que más arriba se han reseñado y que configuran sus poderes inherentes de organización

del trabajo y de dirección de la actividad productiva, delimite en forma expresa reglas específicas que, sin afectación de otros derechos constitucionales, limiten o no el acceso de los trabajadores al sistema de comunicación aquí analizado[30]. O, en sentido contrario, se establezcan a través de esa fuente del Derecho reglas tácitas de utilización del correo electrónico para fines extraproductivos, cuando nada diga el empresario al respecto[31] o, especialmente, cuando se permitan dichas conductas por omisión[32].

En todo caso aparece como obvio que, en el marco del Derecho del Trabajo, tanto las posibles limitaciones que el empresario (en concordancia con otros derechos constitucionales, como se ha indicado) pueda interponer al uso de los nuevos sistemas de comunicación, de un lado, y, de otro, el ejercicio del derecho a la comunicación por parte de los trabajadores a través de los instrumentos del empleador, ambos derechos, se hayan sometidos al principio jurídico de buena fe contractual (ex art. 5.a) y 20.2 TRLET).

La traslación de las reglas aplicativas referidas a las posibles situaciones prácticas

Sentadas las anteriores consideraciones respecto a la difícil ponderación de las distintas instituciones jurídicas en juego en cada caso concreto, tal vez estamos ya en condiciones de reflexionar en cuanto a la posibilidad de establecer, a partir de las premisas ya efectuadas, alguna transposición efectiva de esas reglas generales a las diferentes situaciones que pueden dimanarse del uso del correo electrónico con fines extraproductivos.

Y, desde nuestro punto de vista, esa reflexión debe partir de la diferenciación efectiva entre tres posibles supuestos, a saber: a) cuando la utilización, con ese objeto del mentado instrumento sea realizada por el trabajador como sujeto activo, es decir, cuando es emisor de mensajes a terceros; b) la situación inversa, o, en otras palabras, aquellos casos en que el asalariado es receptor de una notificación por parte de un tercero en su buzón de e-mail laboral, significativamente cuando esa emisión es efectuada por un organismo de tutela del interés colectivo; y c) finalmente, las capacidades de control empresarial respecto al uso del correo electrónico por parte de sus empleados, al hilo de las dos posibilidades de comunicación - activa o pasiva- que acaban de reseñarse. Analizaremos en este epígrafe las dos primeras cuestiones, substanciando en forma específica posteriormente el supuesto enunciado como c), el referido a las competencias de control del empleador.

A) Así, en cuanto al primero de los supuestos planteados (la utilización activa del correo electrónico por parte del trabajador) cabe partir de una consideración inicial que nos parece del todo trascendente: los efectos del uso del instrumento de comunicación aquí analizado en nada difieren, desde nuestro punto de vista, del de otros similares hasta ahora más o menos generalizados (a saber, desde el correo ordinario hasta el teléfono, el fax, etc.). En efecto, estas herramientas antiguas (o, si se prefiere, menos nuevas) son también, en general, de propiedad empresarial, comportando unos costos para el empleador y con posibles efectos respecto al proceso productivo. El problema de fondo del uso de todos esos mecanismos con el objeto aquí planteado es el mismo: la colisión entre los ya indicados derechos empresariales con el ejercicio por parte del trabajador de derechos constitucionalmente consagrados[33].

Pues bien, desde esa perspectiva resulta evidente que esos instrumentos de comunicación tecnológica - entre los que se encuentra, por supuesto, el correo electrónico- son algo más que meras herramientas de la producción o la prestación de servicios: constituyen, asimismo, sistemas de relación oral o escrita entre las personas[34]. Por tanto no cabe aducir, de entrada, que la conducta del asalariado que aquí estamos analizando sea ilegítima per se: creemos que siempre que la misma se ejerza bajo el principio de la buena fe contractual, sin excesivos costos para la empresa y sin una manifiesta afectación al proceso productivo, en determinados supuestos (si se quiere, extraordinarios o no habituales), aquélla es admisible[35]. No cabe

olvidar que esos medios de comunicación tienen también un uso social[36]. Es claro, empero, que, de faltar esos requisitos constitutivos, de existir un uso fraudulento o abusivo de los mismos, nos hallaremos ante un claro ilícito contractual[37].

Mas, sentado lo anterior, aparece como obvia la existencia de claras limitaciones, salvo en los supuestos puntuales ya analizados, para la utilización de e-mail laboral por parte del trabajador para fines extraproductivos, salvo, por supuesto, en aquellos casos en que el empresario permita esos usos, en forma expresa o tácita. Las causas de esa limitación han sido ya apuntadas en páginas anteriores.

Respuesta distinta debe darse respecto a los casos en que el uso activo no relacionado con la producción del correo electrónico se halla vinculado a fines laborales, singularmente en aquellos casos en que el asalariado se dirige a organismos tutelares de sus derechos (léase, aquí, la representación unitaria en la empresa, el sindicato o la sección sindical o los mecanismos internos de prevención). Ciertamente, es conocido, nuestro marco legal contempla el ejercicio de esos derechos de comunicación -a los que ya anteriormente nos hemos referidos al analizar lo que hemos calificado de reglas aplicativas - desde la vertiente de su ejercicio a través de los organismos colectivos, sin el correspondiente efecto reflejo de su concreción individual[38]. Mas, desde nuestro punto de vista, esa visión legislativa no debe empecer la consideración que las mentadas atribuciones tienen también sede en el marco del conglomerado de derechos individuales de los trabajadores, aún y pese el silencio del legislador[39]. Los mentados derechos comunicacionales, en efecto, no tutelan sólo los intereses colectivos, también lo hacen respecto a los individuales[40]. De ahí que, salvo supuestos de uso ilegítimo o abusivo del correo electrónico, no parece que pueda existir impedimento alguno para las mentadas y específicas emisiones de e-mail con dicho objeto. En todo caso es ésa una cuestión que abordaremos a continuación desde la vertiente colectiva, es decir, en el análisis de los supuestos pasivos reseñados.

B) Esta última consideración nos da paso al estudio del segundo de los supuestos enunciados, es decir, cuando el trabajador es receptor de un mensaje electrónico a través de su buzón laboral. Si bien la lógica contractual aquí operante es similar a la anunciada en el previo apartado, creemos que existen diferencias notables entre ambos supuestos: aquí, en los casos de recepción del correo electrónico, no sólo existen - en la mayoría de supuestos, mas no siempre- menores gastos para el empresario y menor afectación del proceso productivo, sino que aparece un elemento nada desdeñable a efectos de este estudio: la actitud pasiva del trabajador. Éste, en efecto, se limita a leer un mensaje que figura ya en su correo particular.

El domicilio informático del empleado en el lugar de prestación de servicios es, también, una dirección del mismo, es decir, un lugar utilizable por terceros, ajenos a la producción o a los servicios de la empresa, para ponerse en contacto - para comunicarse- con aquél. ¿No ocurre lo mismo, por poner un ejemplo, con el correo - así, para una citación judicial- o el teléfono?. Cierto: es una dirección accesoria o secundaria en la vida personal del asalariado, más susceptible de ser conocida por personas ajenas a la empresa y utilizada a efectos de comunicaciones. Nos hallamos aquí, de nuevo, con lo que antes hemos cualificado como uso social de esos instrumentos de comunicación.

Y ello nos sitúa, de entrada, ante una reflexión necesaria, aunque tangencial, en nuestro análisis: ¿está afectada la dirección electrónica del trabajador en su puesto de trabajo por el derecho a la intimidad?. ¿Puede, en consecuencia, cualquier persona tener acceso al mismo a fin y efecto de remitirle alguna comunicación y/o información?.

Es ésa una cuestión de muy difícil respuesta, especialmente por la conocida indeterminación de qué debe entenderse por derecho a la intimidad[41]. No somos especialistas en la materia, mas,

en todo caso, restan en nuestro ordenamiento claras dudas respecto a si el mentado derecho es también postulable respecto a los datos personales (domicilio, teléfono, etc.) de las personas físicas[42]. Parece evidente, sin embargo, que el derecho a la privacidad no es equivalente al de anonimato[43] y que lo que el conglomerado de principios constitucionales consagrado en el artículo 18 protege es la invasión por terceros de los ámbitos reservados de la vida personal y familiar de los ciudadanos. Y ello es especialmente significativo en el terreno de la privacidad[44] (o de la autodeterminación informativa) y la informática del apartado cuarto de dicha norma, supuesto en el cual lo que nuestra Carta Magna está tutelando es la capacidad de controlar el uso de los datos personales informáticamente tratados[45] (el habeas data, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional[46]), de ahí el específico desarrollo del mentado precepto en la Ley Orgánica 5/1992[47]. Pues bien, esta última norma no consagra como datos especialmente protegidos[48] los relativos al domicilio o la dirección informática - u otros datos de carácter personal- de las personas, si bien los mismos son susceptibles de hallarse protegidos en la indicada Ley Orgánica[49], con las garantías de registro público y consentimiento de los afectados.

Cabe inferir, en consecuencia, que si los datos referidos al domicilio, en sentido amplio, de los ciudadanos y el tratamiento informático de los mismos tienen, en nuestra ordenación, sólo las mentadas garantías (lo repetimos: nuestro sistema constitucional no consagra el derecho al anonimato[50]) no resultan intocables, sino todo lo contrario, mayores tutelas de privacidad por lo que hace al lugar de prestación del trabajo y los datos de correo electrónico en el mismo, al ser aquél un espacio que podríamos calificar como más público que el domicilio[51]. Todo ello, por supuesto, como regla general y al albur de supuestos concretos en que esa consideración pueda, en atención a los hechos concurrentes, decaer.

La dirección electrónica en el puesto de trabajo, pues, no parece estar cubierta por el derecho a la privacidad: otra cosa, sin duda distinta, es que, en el supuesto de registro informático de esa circunstancia, la base de datos correspondiente deba someterse, lógicamente, a los dictados y tutelas de la Ley Orgánica 5/1992 (LORTAD) y, en sentido más amplio, al art. 18.4 CE[52].

En la medida de lo expuesto, pues, el buzón de correo electrónico del trabajador en la empresa es susceptible de recibir cualquier tipo de comunicación - con las reservas efectuadas -. Y parece lógico pensar que, salvo supuestos de ilicitud o abuso de derecho, el asalariado puede abrir y leer los mensajes recibidos[53], salvo que el empleador haya puesto los medios técnicos necesarios que impidan la mentada recepción[54].

Mas, sentado lo anterior, aparece en esa consideración un ámbito que la práctica nos está demostrando especialmente conflictivo: la posibilidad de que el correo electrónico sea usado por un sujeto representante del interés colectivo para ponerse en contacto, en el trabajo, con el asalariado. Es ésa una cuestión que, desde la vertiente activa de la comunicación, ha sido ya tratada anteriormente y sobre la cual debemos profundizar en este punto de nuestro análisis.

Desde nuestro punto de vista no parece existir problema legal alguno - con la actual legislación en la mano- para que la mentada comunicación con los trabajadores a través de dicho instrumento informático se realice efectivamente cuando el emisor sea la representación unitaria de los asalariados. En efecto, no cabe olvidar que, como ya se ha indicado, el art. 64.1, apartado 12º, TRLET contempla como competencia de los organismos que ejercen esas funciones la de información a sus representados[55], derecho posteriormente refrendado en el artículo 81 de la indicada norma al obligar al empresario a poner a su disposición tanto un local (entre cuyos fines consta en forma expresa la comunicación con los trabajadores), como un tablón de anuncios.

Nos hallamos, pues, respecto a los organismos de participación en la empresa referidos, con la existencia de un cauce legal más o menos contemplado en nuestro ordenamiento. Ciertamente el

mentado artículo 81 nada dice del correo electrónico (no cabe olvidar que su redactado es muy anterior a la utilización social de la propia Red), más el ya indicado art. 64 contempla claramente el derecho de comunicación, como ya hemos indicado. Esa lógica, de otra parte, se refuerza por el propio contenido del Convenio 98[56] y la Recomendación 135 de la O.I.T[57].

Cuestión distinta es la relativa a los posibles costos de ese envío de información a sus representados por parte del comité de empresa o delegados de personal. Nos hallamos aquí, empero, con un problema de aplicación de la normativa vigente que, por su calado, sobrepasa el objeto de las presentes líneas: la omisión en nuestra legislación positiva de la regulación de las cargas del empresario respecto a los gastos de representación. No cabe olvidar, sin embargo, que las normas de la OIT que acaban de citarse contemplan, si bien con las generalidades propias de los convenios internacionales, dicha garantía; y que, además, desde nuestro punto de vista, resulta aquí invocable la aplicación analógica del artículo 19.5 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, de Comités de Empresa Europeos que, por mor de la transposición de la Directiva 94/45/CEE, ha venido a contemplar dicha obligación empresarial[58], cubriendo, de alguna forma, el indicado vacío legal[59].

Mas, en todo caso, hecha la anterior consideración, aparece como obvio el derecho de comunicación de los representantes de los trabajadores con sus representados a través del correo electrónico. Y ello es así aunque se utilice el Intranet de la empresa, el servidor de la misma o bien un servidor externo - por ejemplo, el de un sindicato- (aunque, lógicamente, en este último supuesto, caso de registrarse los domicilios informáticos, deberá estarse a las previsiones contempladas en la Ley Orgánica 5/1992).

Es más: a los razonamientos hasta ahora expuestos cabría añadir que ese específico desarrollo del derecho a la comunicación sería una clara aplicación del derecho de participación en la empresa (ex. art. 129.2 CE) y/o negociación colectiva (art. 37.1 respecto al 28.1, en su caso, en el supuesto de que la mentada comunicación se produjese en ejercicio de la misma), normas en la que hallaríamos el correspondiente amparo constitucional.

Por supuesto que, en el caso analizado, no se produciría ante dicha emisión ninguna intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de los trabajadores afectados: ello sería así, amén de por los razonamientos genéricos antes efectuados, al existir un marco legal de referencia - no tachado de inconstitucional - y una terminante doctrina de nuestro Tribunal Constitucional respecto a la colisión de dicho derecho fundamental con el ejercicio de las funciones de representación en la empresa[60].

Un razonamiento similar cabría efectuar, mutatis mutandis, a los supuestos en que la comunicación fuese referida a supuestos vinculados con la salud laboral o la protección de riesgos profesionales, bien siendo el organismo emisor la representación unitaria de los trabajadores - dentro de sus competencias -, bien el organismo específico en la materia. Hallaríamos aquí como norma aplicativa el art. 18 de la Ley 31/1995, así como también resultaría invocable el específico derecho a la salud e integridad física consagrado en el artículo 15 de nuestro texto constitucional y la tutela por parte de los poderes públicos de la salud en el trabajo, ex art. 40.2 CE.

¿Qué ocurre, sin embargo, cuando quien hace la emisión es el sindicato o la sección sindical?.

La respuesta aquí es más compleja: Hallaremos, en el tema planteado, distintos principios legales de referencia contemplados en el artículo 8, en diversos apartados, de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. En efecto, del mentado conglomerado normativo se dimanan los siguientes

derechos específicos de ejercicio del derecho de libertad sindical en relación con la comunicación y la información en la empresa respecto a los trabajadores:

- 1) El derecho pasivo y en el plano individual del trabajador afiliado a recibir la información que le remita su sindicato, en el ámbito de la empresa o el centro de trabajo (apartado c) del art. 8.1).
- 2) El derecho activo en la vertiente individual del trabajador afiliado a distribuir información sindical, en el ámbito de la empresa o el centro de trabajo, fuera de las horas de trabajo y sin perjuicio de la actividad normal de la empresa (apartado b) del art. 8.1).
- 3) La disponibilidad de un tablón de anuncios en el centro de trabajo y con accesibilidad de la plantilla, como contenido colectivo, propio de las secciones sindicales de las organizaciones con presencia en los organismos de representación unitaria y/o, en todo caso, las que ostenten la condición de más representativas (apartado a) del art. 8.2).

El reseñado marco legal comporta que el tema deba ser analizado desde una perspectiva diversa, en función de dos parámetros: a) el organismo sindical emisor del e-mail (bien el Sindicato - como estructura externa a la empresa -, bien la sección sindical o el delegado sindical[61], como organismos internos de aquél en el centro de trabajo[62], bien el trabajador afiliado) y b) la consideración de si el trabajador receptor del correo electrónico se halla o no afiliado.

Así, en el caso de que exista vínculo afiliativo resulta aquí plenamente aplicable el contenido del ya indicado art. 8.1 c) LOLS, que consagra, como contenido individual del derecho de libertad sindical, el derecho del trabajador afiliado a “recibir la información que le remita su sindicato”, sin que - de la misma forma que se ha indicado respecto a la representación unitaria- exista aquí limitación de ningún tipo - desde nuestro punto de vista- por lo que hace al instrumento material de dicha comunicación: se incluye, en consecuencia, dentro de dicho redactado, el correo electrónico[63]. En todo caso, parece evidente que la mentada referencia al sindicato debe entenderse en un sentido amplio, englobándose en la misma tanto su organización externa como interna a la empresa.

Mas en el supuesto del trabajador no afiliado no existe ese derecho subjetivo conformador del contenido de la libertad sindical: el texto de la LOLS únicamente contempla el derecho, ya indicado y de configuración colectiva, de los sindicatos más representativos y los que ostenten representación en el seno de la empresa al acceso a un tablón de anuncios “con la finalidad de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general” (apartado a) del art. 8.2) y la distribución “de información sindical, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa” (art. 8.1.b) como derecho de los trabajadores afiliados en desarrollo de su acción sindical, en el plano de ejercicio individual del art. 28.1 CE.

En ese caso, pues, no existe - salvo interpretación excesivamente forzada - una de las reglas aplicativas o de interpretación que más arriba se indicaban: la existencia de un marco legal que permita, aún en forma indirecta, amparar el pretendido derecho de comunicación. ¿Significa ello que el sindicato, en sus variadas instancias, no puede ponerse en comunicación -activa- con los trabajadores de la empresa no afiliados a través del correo electrónico?. No creemos que ello sea así: sin duda sí puede hacerlo el sindicato como estructura ajena a la empresa respecto a dichos asalariados, siempre y cuando, obviamente, se conozca la dirección informática y, caso de registro de ese dato, se cumpla con los requisitos ya indicados contemplados en la Ley Orgánica 5/1992. Y ello por los razonamientos expuestos en el encabezamiento de este apartado: no parece existir impedimento legal de ningún tipo para que cualquiera (con más razón un sindicato) dirija una comunicación a la dirección electrónica de un asalariado, salvo que el mismo ejerza, de conformidad con lo previsto legalmente, su derecho a la autodeterminación informática. Resulta

evidente, en todo caso, que los gastos dimanantes de ese envío electrónico correrán por cuenta de la organización emisora.

¿Qué ocurre, sin embargo, cuando quién remite el comunicado ad hoc es, el ámbito de la empresa, la sección sindical, el delegado sindical o, incluso, el trabajador afiliado en defecto de aquéllos, y lo hace respecto a los asalariados que carecen de dicho vínculo de afectación sindical?. No hallaremos aquí un específico cobijo legal clarificado, más allá de una interpretación de actualización o puesta al día de la previsión del tablón de anuncios contemplado en el art. 8.2.a) LOLS), por lo que hace al plano colectivo. En cuanto al derecho individual de comunicación contemplado en el apartado 1 b) de la norma indicada, es decir, el derecho del asalariado afiliado a distribuir información sindical, no cabe olvidar las limitaciones allí contempladas: la no perturbación del proceso productivo, de un lado, y la extralaboralidad (fuera de las horas de trabajo) de esa distribución. Debería, en este caso, forzarse en demasía la norma para dimanar de lo expuesto que existe una estricta observancia legal de dichas conductas. Ahora bien, una cosa es que dicho derecho - con las correspondientes cargas, en su caso para el empleador- no se halla contemplado strictu sensu en nuestro marco normativo heterónimo y otra, muy distinta, que su realización sea ilícita o ilegal. Desde nuestro punto de vista dichos sujetos podrán ejercer su derecho de comunicación pasiva respecto a los trabajadores no afiliados también desde fuera de la empresa (por ejemplo, a través del servidor de su sindicato), corriendo la organización emisora con los costos que ese envío telemático comporte. Las razones que hemos aducido, en páginas anteriores, respecto a los derechos del asalariado a la comunicación pasiva - como receptor- parecen también aquí postulables[64].

Si nada empece - salvo el ejercicio de los derechos de autodeterminación informática contemplados en la LORTAD- que cualquier individuo u organización (el sindicato, en este caso, aunque no exista vínculo afiliativo) dirija comunicaciones a la dirección privada de cualquier trabajador, menor impedimento parece existir en el acceso al lugar de prestación de servicios, supuesto éste en el cual la privacidad parece ser menos intensa[65].

Es ésa, desde nuestro punto de vista, una conclusión perfectamente incardinable en el contenido del derecho a la libertad sindical, consagrado constitucionalmente.

Se podrá alegar, en sentido contrario, que si ésa hubiera sido la voluntad del legislador, el artículo 8.1 c) no singularizaría como derecho específico de los afiliados la recepción de la información sindical, como quantum añadido respecto al resto de asalariados. Ello es cierto, mas desde nuestro punto de vista - y en atención a los motivos expuestos- la mentada norma debe analizarse a la luz del nuevo instrumento de comunicación aquí analizado. Y de ello debe dimanarse que mientras que el Sindicato conoce, en su caso, el e-mail laboral del trabajador del que ostenta el vínculo de la representación simple - y, en consecuencia, podrá ponerse en contacto con el mismo por mor aplicativa del indicado artículo- no ocurre así en el caso del no afiliado: la organización colectiva ignora, en principio, el domicilio electrónico laboral de éste. Y es más, mientras que en este segundo supuesto aparece como obvio que dicho asalariado podrá ejercer su derecho de autodeterminación informática, no parece que el mismo sea postulable en el caso de existencia de vínculo afiliativo.

Somos perfectamente conscientes que, contra la contundencia de nuestra anterior afirmación se nos puede invocar la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1995[66]. No cabe olvidar, sin embargo, a la hora de valorar la incidencia jurisprudencial de la misma, que - al margen de constituir un único pronunciamiento- la mentada Sentencia, amén de las peculiares condiciones del caso, carece - es evidente- de una manifiesta voluntad doctrinalista, de fijación, en definitiva, de una interpretación definitiva del tema aquí analizado. Mas, en todo caso, el supuesto allí contemplado es la exigencia de acceso al correo electrónico por parte de una sección sindical por cuenta de la empresa. Es ese concreto petitum el que se

deniega en el mentado pronunciamiento (cosa que no parece contradecir el análisis anterior). Y sin que se aborde, evidentemente, la existencia o no del derecho del sindicato o la sección sindical a emitir comunicados, desde servidores externos, a través del e-mail, que tengan como destinatarios a los trabajadores de una empresa o centro de trabajo, estén los mismos o no afiliados.

No podemos negar, sin embargo, las dudas aplicativas que puede comportar la tesis expansiva del derecho del sindicato, en cualquier ámbito, a emitir correos electrónicos con destino a trabajadores no afiliados que aquí se ha postulado[67]. La solución de los interrogantes aquí planteados será, sin duda, aclarada por la doctrina y la jurisprudencia - de no hacerlo el legislador, como sería deseable- en tiempos futuros. Mas, salvando esos interrogantes, y más allá de dicho supuesto, aparece como obvio que, en todo caso, con la vigente legislación en mano, todos los trabajadores ostentan el derecho de recibir la información correspondiente por parte de la representación unitaria, como también la tiene el trabajador afiliado respecto a la que emita su sindicato, en ambos supuestos, a través del correo electrónico.

buena medida la tesis que hemos calificado como expansiva puede ser trasladada, también, a supuestos extraordinarios en que terceros, ajenos a la realidad productiva, se dirijan al trabajador a través de su e-mail laboral. Si bien aquí, por supuesto, no nos hallaríamos ante un ejercicio del artículo 28.1 CE, sino, en su caso, ante posibles conexiones con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

Las capacidades de control del empresario en la materia: su posible colisión con los derechos fundamentales del trabajador

Mucho se ha hablado, mas poco se ha escrito, respecto a la cuestión que encabeza este párrafo. Y es verdad que dicho enunciado está comportando graves problemas aplicativos que no hallan en la actual legislación una fácil solución.

Las dificultades que comporta el acercamiento al tema surgen al coincidir, respecto al debate sobre los límites de esas capacidades de control - especialmente por lo que hace a la capacidad de acceso empresarial al correo personal del trabajador- dos consideraciones jurídicas, las cuales parecen ser contradictorias entre sí:

a) En primer lugar, no cabe olvidar que, fundamentalmente, el correo electrónico es un instrumento de producción o prestación de servicios vinculado, lógicamente, a los intereses específicos de la empresa. El correo electrónico, en efecto, es un útil de trabajo más - todo lo tecnificado que se quiera -: no puede postularse del mismo, en consecuencia, un uso y conocimiento que quede constreñido al ámbito reservado del asalariado; negar, en definitiva, que aquél se escape de las capacidades de organización y control del empleador. En nuestro vigente ordenamiento esa posición no es sostenible, máxime cuando el artículo 20.3 TRLET consagra el derecho del empresario a adoptar las medidas convenientes de vigilancia y control a fin de verificar el cumplimiento contractual por parte del empleador.

b) Mas, a la vez y como ya hemos indicado hasta la saciedad, el correo electrónico es también un sistema de comunicación. Y ello significa tanto que el mismo, desde el punto de vista objetivo, es susceptible de un uso social (ya más arriba hemos reflexionado sobre este aspecto), como, desde la vertiente subjetiva, su consideración de punto de contacto con el trabajador por parte de terceros (también se ha indicado, a este respecto, que el e-mail es, asimismo, una dirección del asalariado). Por tanto, resulta del todo posible, bajo las reglas generales y con la casuística antes estudiada, que en dicho buzón laboral se reciban mensajes no vinculados con los fines propios de la producción o, incluso, que en determinados casos, se utilice ese instrumento por parte del trabajador como emisor de información y/o comunicación para fines ajenos a la misma. Si ello es

así, como hemos intentado demostrar con anterioridad, aparece como obvio que esas misivas atípicas o extralaborales (singularmente, las que tienen al trabajador por destinatario) deben sustraerse, de entrada, del conocimiento del empleador, al no hallarse incurso ese discernimiento entre las competencias propias de su condición como tal. De otra parte, debe ponderarse que el ya citado art. 20.3, al regular las competencias de control empresarial, contempla un límite específico (e indeterminado): la reserva de la consideración debida a la dignidad humana del trabajador[68]; a lo que debe añadirse la genérica redacción de respeto al derecho de la intimidad de los asalariados del art. 4.2.c) TRLET[69].

Todo ello, por supuesto, no es más que la plasmación del vivo debate respecto a la implementación de los derechos y bienes constitucionalmente protegidos en el marco de la relación de dependencia del contrato de trabajo. Volvemos a encontrarnos aquí, otra vez, con aquella vieja y conocida controversia a la que ya hemos hecho repetida referencia: la colisión entre el derecho a la libre empresa (en la interpretación dada al mismo por el TC) y el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador[70].

En el tema ahora analizado es posible que la función de control empresarial pueda chocar con diversos derechos fundamentales cuya titularidad corresponde al trabajador. Nos interesa ahora, sin embargo, destacar aquí, en forma específica, dos en concreto: el derecho fundamental a la intimidad y el derecho fundamental al secreto de comunicaciones[71].

Vale la pena, en consecuencia, un estudio más pormenorizado de la afectación de los dos derechos reseñados en el ámbito de las relaciones laborales, a la luz de la doctrina constitucional y jurisdiccional ordinaria.

Así, en cuanto al derecho a la intimidad, debe observarse la existencia de una multiplicidad de pronunciamientos que han abordado el tema desde la muy variada casuística posible que dimana de la plasmación de ese derecho en el ámbito de las relaciones laborales[72].

Debe tener en cuenta, por otra parte, y ello es perfectamente conocido, que ese específico derecho tiene una concreta norma de desarrollo, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del Honor, la Intimidación Personal y Familiar y la Propia Imagen. En la misma (con todas las limitaciones que la doctrina ha señalado[73]) se establece, entre otras varias tutelas, la general ilegalidad de las conductas intromisivas por terceros en ese conglomerado de tutelas constitucionales, regulándose, como excepción, una reserva de Ley específica en la autorización de conductas que puedan limitar el mentado derecho[74], amén de la autorización por el interesado.

Es cierto, como ya antes hemos indicado, que la regulación del indicado derecho en nuestro marco heterónimo es insuficiente, y ello es especialmente postulable respecto al terreno del Derecho del Trabajo[75]. Esto obliga, como indica unánimemente la doctrina, a que en cada caso el juzgador deba realizar una función quasi-legislativa.

Trasladando esos postulados al terreno propio del iuslaboralismo es apreciable una cierta lógica de fondo en la mayoría de acercamientos de los distintos tribunales infraconstitucionales del orden social respecto a la implementación del marco de tutelas reconocido en dicha norma de desarrollo del art. 18.1 CE; lógica de fondo que nos atreveríamos a calificar, con todos los matices que se quiera, como poco sensible a esas nuevas situaciones. O, en otras palabras, podríamos afirmar que dichos pronunciamientos - como regla general- tienden a valorar más las competencias de organización empresarial que el ejercicio de esos derechos fundamentales. En definitiva, en ese ámbito infraconstitucional [76] pesan más las argumentaciones económicas o productivas que las relativas a la tutela del concreto derecho a la intimidad[77].

Así, se llegan a justificar las mentadas limitaciones al considerarse que «el centro de trabajo no constituye por definición un espacio en el que se ejerza el referido derecho [a la intimidad] por parte de los trabajadores»[78], excluyéndose, de un plumazo, no sólo la traslación del contenido de la Ley Orgánica 1/1982, sino, incluso, una posible generalización en el ámbito de las relaciones laborales del específico art. 18.1 CE[79].

Con todo, otro argumento doctrinalmente consagrado, (éste en forma más generalizada y con mayor solidez jurídica) por lo que hace al apaciguamiento o la limitación del derecho a la intimidad en el ámbito del contrato de trabajo, es el consistente en considerar que la reserva de ley observado en la Ley Orgánica 1/1982 para romper la regla general de no intromisión por terceros en la privacidad de los individuos, tiene en el ámbito laboral cobijo en el art. 20.3 TRLET. Es decir, que por lo que hace a las capacidades de vigilancia y control de las obligaciones de los asalariados, el mentado precepto legal viene, con rango suficiente, a contemplar capacidades de intervención expresas, finalistas (vinculadas con la producción) y legítimas por parte del dador de trabajo. Esta línea doctrinal la hallaremos, singularmente, en los casos analizados doctrinalmente de colocación de aparatos de grabación sonora o de imágenes en el centro de trabajo[80]. Una reflexión similar cabría hacer respecto a las previsiones del art. 18 TRLET y las posibilidades de registro en la persona, pertenencias o taquillas de los trabajadores[81].

No parece, en consecuencia, que en los actuales momentos del debate doctrinal respecto al ejercicio de del derecho a la privacidad en el seno del contrato de trabajo, pueda dimanarse una impermeabilización o blindaje de las comunicaciones de los asalariados respecto al uso del correo electrónico frente a las capacidades de control empresarial en la materia por lo que hace a la tutela del mentado derecho a la intimidad de aquellos; al menos, como regla general[82]. Nótese, en ese sentido, que estamos hablando de capacidades de control del trabajo o de la producción: no cabe incluir en esa consideración, por supuestos, los actos de indagación empresarial, a través de dicho instrumento informático, respecto a los aspectos propios de la vida íntima del asalariado[83]: los mismos son, en principio, claramente ilícitos .

Cuestión distinta es - desde un punto de vista de política del Derecho, si se quiere- la necesidad de, ante los avances tecnológicos, ir avanzando en una concreción más efectiva de esos espacios reservados de reserva del derecho a la intimidad (también frente al empresario), como conquista ineludible de civilidad[84]. O, si se prefiere, en otras palabras, cómo adecuar una lógica de organización del trabajo, heterónomamente regulada en clave taylor-fordista, a las nuevas realidades productivas que superan ese paradigma (lo que ha venido, en definitiva, a denominarse como flexibilidad[85]).

Mas la posible colisión de dichas capacidades de control empresarial no acaba en el tan zarandeado derecho a la intimidad: ya hemos apuntado antes que en este caso es susceptible de colisión otro específico derecho, conexo con aquel, contemplado en nuestro marco constitucional también como fundamental: el secreto de comunicaciones.

En efecto, el art. 18.3 CE consagra ese principio esencial en nuestro ordenamiento[86]. Mas, como es sabido, a diferencia de otros derechos fundamentales el ahora aquí analizado carece de una ley orgánica de desarrollo[87], excepto las observancias contempladas en la materia en el vigente Código Penal[88].

Resulta sintomático, en este sentido, que la aproximación doctrinal y jurisprudencial en el terreno de las relaciones laborales al mismo se haya producido, especialmente, en el campo procesal, singularmente respecto al extenso debate sobre la utilización como medio de prueba lícito de grabaciones de conversaciones entre privados.

Son abundantes, así, las Sentencias que abordan dicha cuestión[89]. Nos interesa analizar con detenimiento aquí, sin embargo, un conocido y específico pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional: la Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre.

El tema allí tratado es ampliamente conocido: la admisión como prueba en el procedimiento laboral de una grabación fonográfica de una conversación en que las partes intervinientes lo son también en dicho pleito. No deja de ser significativo que el mentado pronunciamiento haya levantado siempre más tensión doctrinal en el ámbito penal[90] y constitucional[91], que en el propio iuslaboralismo. Pues bien, a los efectos aquí tratados, deben destacárselos siguientes aspectos del mismo:

a) La doble condición de la tutela contenida en el citado artículo 18.3 CE: dicha norma no sólo protege el secreto en las comunicaciones, también lo hace, en forma implícita, respecto a propia libertad de esas comunicaciones[92]. Aquella facultad inherente a la condición de humana, a la que hacíamos referencia al principio, respecto a la necesidad social de ponerse en contacto con los otros (de intercambiar información), la libertad de comunicación, pues, haya cobijo constitucional, según el TC, en dicha norma.

b) En segundo lugar destaca el TC que las conductas ilegítimas, vulneradoras de dicho derecho, son tanto la interceptación de comunicaciones ajenas, como su conocimiento antijurídico[93].

c) Asimismo, se proclama que la tutela del mentado derecho no se refiere sólo al proceso de comunicación, también lo hace respecto al mensaje, en el caso de que éste se materialice en algún soporte físico[94].

d) Es apreciable, de otra parte, que el concepto de “secreto” del art. 18.3 «no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales»[95].

e) Y, por último, se afirma en ese pronunciamiento: «Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de “comunicación”, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia “erga omnes”) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado»

Importante y crucial Sentencia respecto a los fines perseguidos en estas páginas, especialmente por la inhabitual contundencia de sus contenidos. Ciertamente se nos puede alegar que lo que el TC está analizando en la misma es la utilización procesal como prueba de la interceptación de las comunicaciones. Mas obsérvese que, en definitiva, lo que se desarrolla en dicha argumentación es la concreción doctrinal del contenido del art. 18.3 CE. Paradójicamente, ya lo hemos dicho con anterioridad, prácticamente todas las aproximaciones judiciales a dicho derecho fundamental se han dado, hasta ahora, en correlación con el debate sobre la validez de las pruebas en que existe publicidad en juicio de comunicaciones entre privados. Pero no cabe, por supuesto, colegir de dicha dinámica que el mentado derecho se haya conexo siempre con el contenido del art. 24.1 CE. Aquél tiene una propia autonomía en el marco constitucional. Es por ello que, al margen del supuesto concreto analizado en dicha Sentencia, la doctrina sentada en la misma por el TC respecto al contenido del derecho al secreto de comunicaciones es trasladable a otros ámbitos no procesales, como el ahora aquí analizado.

Pues bien, sentado lo anterior, creemos hallarnos en condiciones para abordar la cuestión señalada. Es decir, ¿cómo afecta la doctrina indicada al tema que estamos estudiando en el marco de las peculiares condiciones de ejercicio del contrato de trabajo?. En dicho sentido, creemos

que, de entrada, son observables tres aspectos jurídicos, a saber:

è En primer lugar: Desde nuestro punto de vista aparece como evidente que el derecho constitucional de los trabajadores en el supuesto analizado, susceptible de colisionar con el ejercicio de las actividades de control empresarial del e-mail laboral, es el contemplado en el art. 18.3 CE, en los términos que acaban de definirse en la doctrina constitucional (con independencia, por supuestos, de que, en determinados casos, el conflicto pueda afectar a otros derechos fundamentales, singularmente, el ya apuntado a la intimidad). Y ello es así en la doble perspectiva tuitiva de esa norma constitucional, referida tanto a la preservación del secreto de la comunicación, como a la propia libertad de ejercicio de la misma.

è Una segunda consideración a hacer, respecto a la afectación de dicha doctrina constitucional al tema, pasa por la consideración que, de entrada, las relaciones de dependencia contractual no enervan en modo alguno el ejercicio del mentado derecho, al ser el mismo una garantía invocable también frente a privados y tener, en palabras del TC como se ha indicado, una eficacia «erga omnes». No puede el empresario, en consecuencia, prima facie, invocar sus legítimos derechos de organización, dirección y control para limitar el ejercicio de dicho derecho constitucional[96].

è En tercer lugar, aparece como evidente la tutela del mentado artículo no sólo afecta a la transmisión, sino también a su registro en soporte físico o, si se prefiere, virtual. Por tanto, restan inaccesibles al empleador los mensajes personales del trabajador no sólo en el momento de su emisión, sino también en su registro como archivo en el ordenador.

Somos perfectamente conscientes que en la Sentencia TC 114/1984 aparecen otras dos consideraciones a valorar.

La primer de ellas es la mentada interdicción de intromisión por terceros no sólo en el propio contenido del mensaje, sino también en la identidad subjetiva de los interlocutores o corresponsales. Debe reseñarse a este respecto, sin embargo, que difícilmente, por las características técnicas actuales propias del correo electrónico, esos datos pueden ser, hoy por hoy, salvaguardados: no se trata sólo de su constancia en el buzón personal, los mismos figuran en los archivos log del servidor, tienen, en consecuencia, una alta dosis de publicidad[97].

La segunda de las cuestiones sobre la que no nos hemos atrevido a proclamar concluyentes elementos jurídicos (en la valoración de la indicada Sentencia al supuesto tratado) es la referente a la determinación de qué debe entenderse por conocimiento antijurídico de las mentadas comunicaciones. En buena medida podría alegarse que la indicada antijuridicidad desaparecería en el caso analizado, al existir una reserva de ley (la ya contemplada en el art. 20.3 TRLET) que autorizaría las intromisiones empresariales en los ficheros de correo electrónico personales de los trabajadores. No creemos, sin embargo, que esa interpretación, a la luz de la doctrina constitucional y por aplicación de los motivos hasta ahora expuestos sea factible en nuestro ordenamiento. En todo caso, ello puede ser así en determinados supuestos prácticos, mas no como regla general.

Y ello nos obliga, una vez más, a bajar al terreno concreto: a una determinación causal de las posibles situaciones en que puede ejercerse ese control del empleador y sus límites. Aún a riesgo de llegar a conclusiones precipitadas nos atreveríamos, así, a formular las siguientes deducciones:

a) En ningún caso son admisibles la instauración de sistemas de control directo e interceptación (“escuchas”) en el sistema de comunicaciones electrónicas que permitan un conocimiento empresarial de las comunicaciones de sus empleados en tiempo real. O, en otro caso, el establecimiento de mecanismos de copia de los mensajes enviados y recibidos por parte de los

asalariados[98]. Dicha actitud podría ser susceptible, incluso, de hallarse incurso en el ilícito penal tipificado en el art. 197 CP.

b) Por el contrario, el empresario sí puede instaurar sistemas de control del correo electrónico que le permitan conocer elementos accesorios de uso del mismo (tiempo, frecuencias, etc.), siempre y cuando a través de los mismos no pueda tener conocimiento de los contenidos[99].

c) Asimismo, y en su caso, el empleador podrá tener acceso a los archivos log, especialmente cuando la empresa ostenta un servidor propio. Ciertamente en aquéllos figurará la identificación de los corresponsales virtuales. Ya hemos reflexionado, sin embargo, en nota a pié de página anterior respecto a las dificultades actuales de articulación del secreto de comunicaciones con dichos archivos (en una problemática, lo repetimos, inserta en el propio respeto al derecho a la privacidad en seno de Internet).

d) De existir en la empresa una cuenta buzón común, sin individualización para cada trabajador, y aunque en este caso ciertamente se difumina la privacidad, no podrá en principio ningún tercero -ni el empresario, ni otros compañeros de centro- acceder a correos personales, especialmente cuando del enunciado o tema previo pueda dimanarse su afectación a temas enmarcados en la intimidad de aquél. Caso de que dicho hecho se produjera, al margen de posibles acciones de tutela de derechos fundamentales en determinados supuestos, el documento así obtenido no podría ser usado en juicio como prueba.

e) En el supuesto (más habitual) de existir una cuenta individual del trabajador, generalmente protegida con password, la misma resulta inaccesible para el empleador, salvo autorización del afectado o resolución judicial.

Somos perfectamente conscientes de la precariedad (y ciertas estridencias) de estas conclusiones. Mas, en todo caso, las mismas nos parecen como las más armónicas con nuestro ordenamiento y la doctrina del Tribunal Constitucional que hemos indicado.

Es obvia y urgente la necesidad de empezar ya a debatir en profundidad esos aspectos jurídicos, en forma serena y sin apriorismos, especialmente entre los agentes sociales y por la propia doctrina. De ese debate debería salir, algún día - y si ello es posible- una regulación heterónoma específica, que sirviera para solucionar los cada vez más acuciantes problemas que plantea el tema que hemos tratado en estas páginas.

Mientras tanto, lo reiteramos, parece necesario empezar a desarrollar mecanismos tuitivos (y también de regulación del control empresarial[100]) del ejercicio del derecho a la comunicación informática en las empresas a través de la negociación colectiva.

El objeto de estas reflexiones ha sido coadyuvar a ello.

Barcelona, marzo de 2000

MIQUEL ÀNGEL FALGUERA i BARÓ

[1].- Vid. ALBARRAN LOZANO, I, DE PABLOS HEREDERO C. y MONTERO NAVARRO, A., “Uso del correo electrónico: Un análisis empírico de la UCM”, Documentos de Trabajo de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Complutense de Madrid (<http://www.ucm.es/BUCM/cee/dc/9909/9909.htm>). Y, también, SÁNCHEZ BLANCO, A., “Internet. Sociedad, empresa y poderes públicos”, Comares, Granada, 2000.

[2].- Véase, a este respecto, CARRILLO, M., “Internet: algunas cuestiones jurídicas”; en la página web de CEVEAL (<http://www.ceveal.com>)

[3].- Aunque sea por el simple hecho de que, en nuestro actual desconcierto frente tan impresionantes novedades comunicacionales, ante la inexistencia de un marco normativo regulador más o menos específico, debemos preservar la armonía de nuestro ordenamiento por arriba, por los principios constitucionales

[4].- Resulta sintomático, en este sentido, la utilización empresarial del correo electrónico como mecanismo de comunicación ordinaria con los trabajadores, incluso en supuestos de comunicación de despidos o sanciones. Vid. SAN 3.12.98, SSTSJ Aragón 17.9.99, Cantabria 16.12.98, Cataluña 29.10.98 y 12.9.94, Juzgado de lo Social núm. 1 de Algeciras 19.11.98. O también, desde otra perspectiva, la posibilidad de que las empresas utilicen medios informáticos y telemáticos a efectos de inscripción, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en Seguridad Social (OM 3.4.95, Resoluciones TGSS 23.5.96 y 17.1.96), medida ésta ya tempranamente observada en el art. 20 del R. Decreto 2.317/1993, de 29 de diciembre.

[5].- Véase, respecto al teletrabajo, la STSJ Madrid 30.9.99

[6].- Por supuesto que, al margen de los aspectos puntuales que más adelante se analizan, la implementación de la Red y del correo electrónico en el marco productivo y de las relaciones laborales no se limita sólo al teletrabajo: hemos situado el mismo como paradigma del impacto de las nuevas tecnologías en el marco del Derecho del Trabajo, no con vocación excluyente. Como otros elementos a tener en cuenta, entre muchos más, valga constatar el incipiente debate doctrinal respecto a los efectos de la cuestión enunciada en la clasificación profesional de los asalariados. Véase, en este sentido, las SSTSJ Madrid 28.7.99 y 26.9.95, Cataluña 6.10.95 y 13.6.97 y 19.11.97 - respecto a las funciones de la alta dirección-, Cantabria 1.2.99, Andalucía - Granada- de 26.11.96, Cataluña 6.10.95, etc. Por no hablar, de otra parte, de la cada vez mayor exigencia respecto a la inclusión del conocimiento del correo electrónico en el currículo profesional de los trabajadores. Ese elemento, por ejemplo, se llega a exigir, entre otros muchos supuestos, para certificados profesionales de conductores de vehículos pesados (R.D. 2.001/1996, de 6 de septiembre) o se incluye en las definiciones propias del encuadramiento profesional de determinados grupos o categorías (véase, entre otros muchos ejemplos, el Acuerdo Laboral de ámbito estatal del sector de Hostelería, de sustitución de la Ordenanza ad hoc de 20.2.95). Sin olvidar, evidentemente, las repercusiones que el tema aquí analizado pueda tener en cuanto a la movilidad funcional, la polivalencia y la institución de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo

Tampoco debe olvidarse el impacto de Internet en los procesos de descentralización productiva y “outsourcing”. Vid, al respecto, SANCHEZ BLANCO, op. cit.

Resulta sintomática, de otra parte, la exclusión contenida en el R. Decreto 1906/1999, en desarrollo de la en la Ley 7/1998, en su regulación de la contratación telefónica o electrónica, del contrato de trabajo (art. 1.2).

[7].- Obsérvese que únicamente estamos hablando de uno de los elementos componentes de la Red: el correo electrónico. Respecto a la utilización indebida de Internet para fines

extraproductivos puede verse la STSJ Madrid 29.4.99, singularmente en cuanto a los significativos hechos probados allí contenidos.

[8].- Valga como ejemplo de esa concreción práctica la noticia recientemente aparecida en la prensa («La Vanguardia» de 28.3.00) respecto al uso inapropiado por parte de unos determinados trabajadores del Ayuntamiento de Barcelona del correo electrónico, lo que comportó que dicha Corporación instaurase un determinado código de utilización de aquél entre sus empleados.

[9].- Vid. CASALMIGLIA, A., “Control empresarial y dignidad humana”, en la página web de CEVEAL ([http:// www.ceveal.com](http://www.ceveal.com))

[10].- Vid. el extraordinario trabajo de LUQUE PARRA, M., “Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral”, Bosch, Barcelona, 1999.

[11].- Entre otros muchísimos conocidos pronunciamientos del TC, valga aquí traer a colación la siguiente manifestación extraída de su Sentencia 99/1994: “Debe recordarse que como este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar, el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada (STC 88/1985). Pero que, partiendo de este principio, no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (art. 38 y 33 CE). Es en aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, y en la apreciada razonabilidad de éstos, como se ha afirmado que manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en otro contexto serían legítimos no lo son cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral [SSTC 73/1982; 120/1983); 19/1985); 170/1987; 6/1988; 129/1989 ó 126/1990, entre otras]”.

[12].- Vid. DEL REY GUANTER, S., “Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: Notas para una teoría general”, R.L.1995, CRUZ FERRER, J., “Reflexiones sobre el principio de constitucionalidad y el sistema de fuentes”, Poder Judicial, 6, GARCIA TORRES, J., “Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los Derechos Fundamentales”, Poder Judicial, 10, MOLINA NAVARRETE, C., “Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los Derechos Fundamentales”, RTSS 3/91, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Los derechos laborales en la Constitución española”, RL 93, entre otros.

[13].- STSJ Castilla y León -Valladolid- de 3.2.96.

[14].- Véase, STSJ Galicia 25.1.96. Obviaremos, por obvios motivos, la referencia a la norma de amparo de esa elemental lógica humana. Así, mientras que, prima facie, podría hallarse englobado en el art. 20.1 del texto constitucional, de la doctrina del TC (Sentencias 114/1984 y 34/1996) parece desprenderse que el mismo se sitúa en el ámbito del propio art. 18.3, al ostentar el mismo una doble tutela, a saber: la propia libertad comunicacional, de un lado, y, de otro, su secreto. Vid., en este sentido, MONTAÑÉS PARDO, M.A., “La Intervención de las Comunicaciones. Doctrina jurisprudencial”, Aranzadi, Pamplona, 1999, p.23. En todo caso, por lo que hace a los efectos de la indicada doctrina constitucional, volveremos sobre ello en páginas sucesivas.

[15].- Por lo que hace al marco de ejercicio del derecho a la intimidad en el contrato de trabajo, véase - al margen de otras obras citadas en este estudio- SALA FRANCO, T., “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”, ORTIZ LALLANA,

C., “El derecho del trabajador a la intimidad informática y el respeto a la libertad sindical” y ROMERO DE BUSTILLO, S., “Intimidad e informática en el ámbito de las relaciones laborales”, todos ellos en BORRAJO DACRUZ, E., “Trabajo y libertades públicas”, La Ley, Madrid, 1999. Volveremos sobre este tema en sucesivas páginas. Por lo que hace a otras experiencias jurídicas, en concreto la norteamericana, resulta relevante el estudio de DIXON, R., «Wit Nowhere to Hide: Workers are Scrambling for Privacy in the Digital Age» en «Journal of Technology law & Policy», primavera 99, volumen 4, en <http://cypress.circa.ufl.edu/~techlaw/4>. O, en el caso francés, véase <http://www.cru.fr/droit-deonto/droit/ressources/index.htm> y <http://jaizquibel..argia.fr/lij/eurofum/html>.

[16].- Somos perfectamente conscientes de la posibilidad de que en tema analizado entre en juego otros derechos constitucionales: así, el de libertad de expresión (art. 20.1.a CE), negociación colectiva (37.1) - cuando dicha comunicación se produzca en el marco del ejercicio de dicho derecho-, o el propio artículo 15 CE, cuando la comunicación se refiera a temas de salud laboral, en determinados supuestos, por no hablar de otras posibles casuísticas. Valorar todos esos aspectos, sin embargo y al margen de las reflexiones puntuales que luego se harán, nos alejaría de los limitados fines de estas páginas.

[17].- Parece evidente, por ejemplo, que no puede darse el mismo tratamiento en casos de empresas punteras en I + D industrial que en empresas que no realicen funciones de investigación. Las posibilidades de espionaje industrial son más acusadas, por supuesto, en el primer caso: de ahí también, la lógica necesidad de establecer mayores controles.

[18].- No puede darse el mismo trato, por ejemplo, a supuestos en que el comunicante del trabajador sea un tercero o cuando lo son el sindicato o la representación unitaria de los asalariados.

[19].- Por seguir con la ejemplificación efectuada: no puede ser lo mismo la remisión al e-mail del asalariado de simple propaganda comercial (máxime cuando la misma es masiva o basura - spam-) que de información sindical o de condiciones de trabajo.

[20].- Evidentemente no puede darse la misma aproximación al supuesto de trabajadores en que el uso del correo electrónico sea meramente incidental, que el de aquellos casos en que la utilización del mismo conforme un elemento consustancial de su prestación laboral, por ejemplo, entre otros muchos casos, determinados puestos de alta dirección o teletrabajadores.

[21].- Así, la STSJ Murcia 15.6.99, considera como procedente el despido producido a raíz de que el trabajador utilizase los medios informáticos de la empresa para fines propios - llevar la contabilidad de una tercera empresa-. Se afirma, en la misma, lo siguiente:

«Se trata, por tanto, de valorar lo acaecido con el uso de los medios informáticos de la empresa y lo primero que hay que dejar sentado es que, por razones elementales de orden lógico y de buena fe, un trabajador no puede introducir datos ajenos a la empresa en un ordenador de la misma sin expresa autorización de ésta, pues todos los instrumentos están puestos a su exclusivo servicio, y, tal y como se indica en la Sentencia recurrida, el actor introdujo datos ajenos a la actividad de la empresa, para su impresión en el centro de trabajo usó, por tanto los medios informáticos de la empresa; y, finalmente, utilizó el buzón informático que pertenece a la oficina comercial de la empresa, y confeccionó unas tarjetas con su nombre, dirección, teléfono y su condición de administrativo contable, constando en la parte superior derecha el logotipo de Telefónica, aunque la Sentencia recurrida indica que no hay constancia de que hiciera uso de ellas

A la luz de los hechos probados, es evidente que el actor usó material informático de la empresa sin su autorización, abusando de este modo de la confianza depositada en él, que es causa que

justifica el despido, pues la relación laboral tiene su entorno que, sobrepasado, conduce a confundir lo ajeno con lo propio, disponiendo de medios al margen de su finalidad, lo que, desde el punto de vista laboral tiene la máxima gravedad, configurándose como causa de despido».

[22].- No ocurre así, por supuesto, en aquellos casos en que los gastos dimanantes del uso del instrumento de comunicación son por cargo de los asalariados: véase, en ese sentido, la STS de Madrid 26.10.99.

[23].- Respecto a los supuestos de deslealtad contractual, véase la interesante doctrina sentada en la Sentencia del TSJ de Cantabria de 28.8.96. En el caso allí analizado el Tribunal declara improcedente un despido de un trabajador desplazado por el uso de un teléfono móvil, atendiendo al hecho de las circunstancias concurrentes, especialmente al factor de que la empresa había manifestado previamente la posible utilización para fines particulares de ese instrumento comunicacional. Sin embargo, además, dicho pronunciamiento hace un interesante repaso de la doctrina y la jurisprudencia aplicable a dichos supuestos por lo que hace a las figuras jurídicas de abuso de derecho y deslealtad contractual:

«Cuestiona el recurrente la gravedad y culpabilidad de su conducta, y la consiguiente aplicación del art. 54.2, d) ET al supuesto litigioso. Con relación a dicho precepto debemos efectuar las siguientes consideraciones:

A) «La buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos: el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y la deslealtad implica siempre una conducta totalmente contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa como consecuencia del postulado de fidelidad» (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 enero 1987 con cita de las de 21 enero y 22 mayo 1986,).

B) «La buena fe como moral social, formadora de criterios inspiradores de conductas para el adecuado ejercicio de los derechos y el fiel cumplimiento de los deberes, ha trascendido al ordenamiento jurídico. Así el Título Preliminar del Código Civil precisa que "los derechos deberán ejercitarse conforme a las reglas de la buena fe" (art. 7.1), pone coto al fraude de ley (art. 6.4) y niega amparo al abuso de derecho o al ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2). También el Estatuto de los Trabajadores la ha incluido en sus preceptos: somete las prestaciones recíprocas de empresarios y trabajadores a sus exigencias (art. 20.2) y faculta, para la extinción del contrato, al empleado si se le modifican las condiciones de trabajo sustancialmente y de tal suerte que se perjudique su formación o se menoscabe su dignidad [art. 50.1, a)] y al empleador cuando la conducta de aquél comporte transgresión de la buena fe contractual» (Sentencias de 25 febrero 1984), con cita de la de 10 mayo 1983).

C) «Es requisito básico que ha de concurrir para configurar la deslealtad que el trabajador cometa el acto con plena conciencia de que su conducta afecta al elemento espiritual del contrato, consistiendo dicha deslealtad en la eliminación voluntaria de los valores éticos que deben inspirar al trabajador en el cumplimiento de los deberes básicos que el nexo laboral le impone» (Sentencias de 24 y 25 febrero y 26 septiembre 1984). «También consiste en usar con exceso el empleo de la confianza que ha recibido de la empresa, en razón del cargo que desempeña, rebasando los límites que el cargo ostentado tiene por su propia naturaleza y ello en provecho propio o en el de un tercero, que no sea, naturalmente, acreedor directo de las prestaciones empresariales» (Sentencia de 25 febrero 1984, con cita de la de 30 enero 1981 entre otras).

D) La falta se entiende cometida aunque no se acredite la existencia de lucro personal, ni haber

causado daño a la empresa y con independencia de la mayor o menor cuantía de lo defraudado, pues basta para ello el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral (Sentencias de 26 mayo 1986 y 26 enero 1987), porque, como señala la Sentencia de 30 octubre 1989 y recuerda la de 26 febrero 1991), el daño o perjuicio patrimonial causado a la empresa es uno de los factores a considerar en la ponderación del requisito de gravedad de la misma, requisito exigible en la aplicación del art. 54.2, d) del Estatuto de los Trabajadores, por el juego de la interpretación sistemática que obliga a tener en cuenta en esta causa de despido la cláusula general del art. 54.1, pero no es el único elemento a tener en cuenta para establecer el alcance disciplinario del incumplimiento del trabajador, pues pueden jugar otros criterios como la situación objetiva de riesgo creada, la concurrencia de abuso de confianza en el desempeño del trabajo o el efecto pernicioso para la organización productiva».

Un pronunciamiento muy similar, cuando no idéntico, lo hallaremos en la ya citada STSJ Murcia de 15.6.99.

Véase también, a este respecto, las Sentencias TSJ Madrid 2.11.94, 3.7.95 y 17.9.98 y Comunidad Valenciana 14.1.94, Andalucía -Sevilla- 10.12.93 y Andalucía -Málaga- 18.10.96 (esta última con una interesante reflexión sobre las dificultades de prueba en estos supuestos y la indicación de la misma).

En un cierto sentido contrario, resulta invocable la STSJ Madrid 24.2.93, pronunciamiento que no considera suficiente, a efectos de justificar la procedencia del despido, la existencia probada de llamadas diarias a otra empresa por parte del trabajador, «toda vez que no puede calificarse de deslealtad por utilización de medios de la demandada al servicio de otra empresa al no quedar constancia del contenido de la comunicación». Téngase en cuenta, sin embargo, que el motivo del despido en el supuesto de autos era la prestación de servicios para una tercera empresa en el decurso de la propia actividad laboral. Un pronunciamiento similar a este último lo hallaremos en las SSTSJ Cataluña 6.5.98 y 18.12.98.

[24].- Ese elemento hermenéutico es apreciable, ciertamente con carácter obiter dictum, en determinados pronunciamientos del propio Tribunal Constitucional. Así, entre otras, las Sentencias 173/1992, 292/1993 y la más reciente 201/1999. Todas ellas hacen referencia al marco de los derechos de los delegados sindicales en la empresa, bien en supuestos de unidades organizativas intermedias, bien respecto a los llamados delegados “extraLOLS”. Pues bien, la doctrina del TC en la materia tiene muy en cuenta, a la hora de ponderar los derechos y bienes constitucionales en juego, los correspondientes costos y cargas para el empleador.

[25].- En efecto, el tiempo de conexión suele ser muy inferior, como es sabido, para la lectura de un mensaje electrónico que respecto a la remisión de un e-mail.

[26].- Obviamente no es lo mismo que la empresa tenga un buzón de correo propio o que utilice uno ajeno del servidor; o, por seguir con esa ejemplificación, que en la conexión empresarial sea de tarifa plana o no. O si el nodo de conexión se halla en la misma provincia. O, muy especialmente en determinados supuestos, si la empresa utiliza un Intranet o no.

[27].- En efecto, hallaremos dicha restricción, por ejemplo, en el apartado b) del artículo 8.1 LOLS, respecto a las potestades de los trabajadores afiliados a los sindicatos, en ejercicio de su derecho de acción sindical, de celebración de reuniones o repartición de propaganda sindical “sin perturbar la actividad normal de la empresa” o las constantes referencias a los posibles perjuicios a la actividad de la empresa respecto al ejercicio del derecho de reunión contempladas en los artículos 77 y 78 TRLET.

[28].- Vid. GARRIDO PÉREZ, E., “La Información en la Empresa. Análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores”; CES, Madrid, 1995.

[29].- Faltaríamos a la verdad, sin embargo, si no constatásemos la existencia de una serie de pactos y acuerdos de empresa, generalmente en casos de sistemas de producción o dación de servicios muy tecnificados, con referencias, más o menos explícitas al respecto. Resulta sintomático, empero, que esas expresiones de la negociación colectiva chocan, muchas veces, con amplias dudas aplicativas: ello es debido, sin duda, a las carencias del debate iuslaboralista sobre la mentada cuestión, que más arriba se apuntaban.

[30].- Es el caso, por ejemplo, analizado en la STSJ de Madrid de 16.10.98 . En la misma consta el siguiente fundamento jurídico:

«Se alega que el actor fue una mera «cabeza de turco» con la que la empresa de modo ejemplificante decidió combatir una práctica generalizada en la empresa. El motivo ha de rechazarse. La supuesta «práctica» no se desprende del relato histórico de la sentencia. No se puede alegar además tolerancia empresarial cuando la empresa ya había manifestado un año antes su intención de sancionar disciplinariamente las navegaciones irregulares en la red de internet que efectuaron los trabajadores».

También aborda una cuestión similar, si bien referida al uso del teléfono de la empresa, la STSJ Cataluña de 11-3-99, considerando como procedente el despido de una trabajadora que hace un uso abusivo de ese medio de comunicación, habiendo sido antes advertida por parte del empleador.

En este último pronunciamiento, así, se afirma:

«Que sentado lo anterior es evidente que la actuación de la trabajadora incurre en un supuesto que extralimita lo que puede ser un uso normal de un teléfono de la empresa y en cuya cuenta de gastos incide, por lo que, advertida de tal circunstancia y reincidiendo en ella, no puede menos que estimarse el motivo de censura jurídica de la empresa, en aras no sólo de la doctrina del Tribunal Supremo que cita en el motivo, SS., 21?1?1986 y 22?5?1986, sino del propio dictado del art. 54.2 del ET, ya que el uso privado del teléfono de la empresa para cuestiones particulares aparece como una transgresión de la buena fe contractual y un abuso de confianza, constitutivos de una falta muy grave tipificada en el citado precepto sustantivo, quedando patente el incumplimiento de la trabajadora que en el presente supuesto se evidencia con más fuerza dada la existencia de la carta de abril de 1997, que aunque se le dijo que no era de sanción y no se preocupara no es menos cierto que su contenido es claro y diáfano; por todo ello debe estimarse el motivo de referencia y entender que el despido de la actora es procedente»

[31].- Respecto al silencio empresarial en la utilización del teléfono o el fax, véase las SSTSJ Madrid 7.7.95 y Comunidad Valenciana 4.11.98.

[32].- Véase, en ese sentido y por lo que hace al uso del teléfono la STSJ Cataluña de 2.2.99. A sensu contrario, vid. la ya citada STSJ Andalucía -Sevilla- 10.12.93.

[33].- Esa equiparación no es baladí: aunque escasa, existe ya una doctrina -a la que en parte ya se ha hecho referencia anteriormente en notas a pié de página- más o menos consolidada respecto al uso extraproductivo de esos instrumentos antiguos; en la medida en que existe la identidad manifestada, aquella nos puede ayudar, mutatis mutandis, en nuestro actual análisis. Es más, y por lo que hace al uso del correo electrónico y el derecho a la intimidad - respecto a esas otras técnicas de comunicación más arcaicas-, no podemos dejar de citar aquí las consideraciones de DIXON R., op. cit.: «an interesting condition of e-mail is that e-mail seems to promote a certain type of candor in its users. In this respect, e-mail messages tend to be more revealing of a

person's inner feelings than a traditional paper document.».

[34].- ¿Puede hoy afirmarse que los sistemas de comunicación surgidos a lo largo del siglo XX, con el nivel de uso colectivo que han alcanzado, sólo son en el ámbito de la empresa, un instrumento vinculado a la producción?. Quien responda positivamente a dicha cuestión no debe olvidar que nuestro Código civil prevé, ya desde 1889, que las Leyes deben ser interpretadas, entre otros elementos a ponderar, “según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”.... (art. 3.1 CC).

[35].- En un sentido social, ponderando lo que podríamos calificar como el uso social de dichos medios técnicos (en el supuesto de autos referido al teléfono), se decanta la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 4.11.98:

«En el presente caso, si bien la conducta del trabajador puede ser reprobable, como indica el Juez «a quo», lo bien cierto es que la nota de gravedad de la conducta se ve matizada por el hecho de que la antigüedad del trabajador en la empresa y el hecho de que no haya sido apercibido con anterioridad, así como el carácter indispensable que para las comunicaciones sociales y familiares alcanza hoy en día el uso del teléfono, hace pensar que en el ánimo de la actora no hubiera una actitud maliciosa y consciente de causar un daño a la empresa, sino más bien una actitud confiada que en modo alguno puede revestir la gravedad que la empresa pretende deducir de dicha conducta, máxime cuando la buena fe que debe presidir la relación entre empresa y trabajadores se ve sorprendida».

[36].- Valga como ejemplo de dicho uso social, por lo que hace al correo electrónico, la posibilidad legal y reglamentariamente contemplada en nuestro ordenamiento, de que los ciudadanos en su relación con las Administraciones públicas, especialmente en la tramitación de expedientes administrativos, utilicen soportes informáticos. Véase, en ese sentido, los RR. Decretos 263/1996, de 16 de febrero y el más reciente 772/1999 de 7 de mayo y la OM de 14.4.99. Significativamente en dichas normas no parece exigirse que el correo electrónico del ciudadano sea propio.

En efecto, el artículo 7.2 del indicado R. Decreto 263/1996 sólo exige que las comunicaciones y notificaciones efectuadas en los soportes o a través de los medios y aplicaciones cumplan los siguientes requisitos:

« a) Exista constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones.

b) Se identifique fidedignamente al remitente y al destinatario de la comunicación.

c) En los supuestos de comunicaciones y notificaciones dirigidas a particulares, que éstos hayan señalado el soporte, medio o aplicación como preferente para sus comunicaciones con la Administración General del Estado en cualquier momento de la iniciación o tramitación del procedimiento o del desarrollo de la actuación administrativa».

Ciertamente, sin embargo, el artículo 2 de dicha norma contempla que la utilización de dichas técnicas «tendrá las limitaciones establecidas por la Constitución, la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y el resto del ordenamiento jurídico, respetando el pleno ejercicio por los ciudadanos de los derechos que tienen reconocidos. En especial, se garantizará el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos ajustándose, a tal efecto, a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, y en las demás Leyes específicas que regulan el tratamiento de la información así como en sus correspondientes normas de desarrollo».Afirmándose, posteriormente que esa utilización «en ningún caso podrá implicar la

existencia de restricciones o discriminaciones de cualquier naturaleza en el acceso de los ciudadanos a la prestación de servicios públicos o a cualquier actuación o procedimiento administrativo».

¿No podría un trabajador utilizar el correo electrónico empresarial para la tramitación de un expediente administrativo respecto al que ostenta un interés legítimo, cuyos fines sean extraproducidos?. Probablemente, en el supuesto indicado, incluso el empresario podría ahorrarse, en determinados supuestos, la inasistencia al puesto de trabajo de dicho asalariado con permiso retribuido para el cumplimiento de deberes inexcusables de carácter público y personal (art. 37.3., apartado d) TRLET).

Reflexiones similares cabría hacer respecto a otros ámbitos de la vida social en que la actual legislación acepta ya las comunicaciones telemáticas. Así, entre otras, la legalización de libros y cuentas en registros mercantiles (Instrucciones de 31.12.99 y 30.12.99 de la Dirección General de Registros y del Notariado), el Acuerdo de 22.9.99 del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el protocolo de servicio y los formularios de tramitación de quejas y reclamaciones y previa información al ciudadano, la presentación del Impuesto sobre la Renta(OM 18.11.99), los mecanismos de contratación por vía telefónica o electrónica, contemplados en el más arriba indicado R. Decreto 1906/1999, en desarrollo del art. 5.3 de la Ley 7/1998, o la regulación de la firma electrónica observada en el R. Decreto-Ley 14/1999, etc. En ninguna de dichas normas se contempla que el correo electrónico de origen sea de titularidad propia del ciudadano.

[37].- Vid., en ese sentido la STSJ Murcia de 15.6.99, por utilización del correo electrónico en forma indebida para fines propios. En igual sentido, la ya indicada Sentencia del TSJ de Madrid de 16.10.98.

[38].- Salvo por lo que hace al derecho pasivo de recepción de información de los afiliados respecto a su sindicato. Dicha cuestión, sin embargo, se analizará en el siguiente apartado. Debe reseñarse que ese olvido del legislador ha sido ya destacado anteriormente por la doctrina. Ya CASAS BAHAMONDE, M.E., en su obra “Representación unitaria de los trabajadores en la empresa y derechos de comunicación”, AKAL, Madrid, 1984, señalaba el mentado vacío normativo.

[39].- Afirma al respecto MONEREO que el derecho de comunicación de la representación de los trabajadores respecto a estos es una “facultad-deber”, enmarcada la misma la misma dentro de “la protección y defensa de los intereses de los representados y actúan [los mentados órganos] mediante la técnica de la representación”; por tanto debe resituarse, en un marco de democracia individual, los derechos de los trabajadores como representados, “respecto a cualquier forma representativa y participativa que suponga el ejercicio de un poder de representación o de participación realizado en interés y por cuenta de los representados”. MONEREO PEREZ, J.L., “Los derechos de información de los representantes de los trabajadores”, Civitas, Madrid, 1992, p. 436.

[40].- Quizás sea muy forzado, mas no nos retraemos de traer aquí a colación, a fin de reforzar la anterior afirmación, la conocida evolución jurisprudencial y doctrinal respecto a la posibilidad de ejercicio del conflicto colectivo en el caso de divergencias respecto al marco de ejercicio de derechos y garantías de los representantes de los trabajadores, al afectar los mismos no sólo a los propios miembros del comité de empresa o a los delegados de personal, sino también a los propios asalariados representados (véase, en ese sentido, la STS 13.7.93 y 15.2.95, entre otras, o las reflexiones al respecto contenidas en CASAS BAHAMONDE, M.E., “Dimensión transnacional de leyes nacionales, comités de empresa europeos y procesos y sentencias de conflictos colectivos”, R.L.). La indicada evolución significa, en buena medida, el pleno

reconocimiento del plano individual en tutelas que el legislador sólo ha contemplado desde la vertiente colectiva.

[41].- Véase, al respecto, entre otros muchas obras que abordan el tema, HERRERO-TEJEDOR, F., “Honor, Intimidad y Propia Imagen”, Colex, 1994 y MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., “El Derecho a la Intimidad en la Jurisprudencia Constitucional”, Civitas, 1993 y CABEZUELO ARENAS, A.L., “Derecho a la intimidad”, Tirant lo blanch, Valencia, 1998. Resulta significativa, en ese sentido, la STS de 4.11.86: «la delimitación de la esfera de la intimidad es eminentemente relativa y ha de ser el juzgador quien en referencia a cada persona y atento a la circunstancia del caso, prudencialmente, delimite el ámbito de la protección».

O, en sentido similar, la STSJ Castilla y León -Valladolid- de 3.12.96: «Si bien es innegable que los trabajadores como cualquier ciudadano tienen atribuido el derecho fundamental del respeto a su intimidad y dignidad, derecho que no puede quedar excluido por la relación de trabajo, hay que tener presente que tal derecho subjetivo, en cuanto emanación de la libertad individual, imprescindible para una vida en dignidad, queda intrínsecamente delimitado en su contenido por la voluntad de su titular, en cuanto es éste quien con su propia decisión personal acota o decide la esfera de su privacidad personal y familiar que ha de quedar sustraída al conocimiento ajeno; es pues este límite personal el que primariamente decide el contenido esencial del derecho subjetivo, sin perjuicio de otras limitaciones externas posibles, que pueden venir impuestas por razón de la protección de otros bienes o derechos protegidos constitucionalmente»

[42].- HERRERO-TEJEDOR, F., op.cit., pp.198 y ss.

[43].- “El ciudadano en el Estado social de Derecho no tiene un poder absoluto e ilimitado sobre sus datos personales, al ser una persona que se desenvuelve en una comunidad social en la que la información y la comunicación resultan imprescindibles” a pud. GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “La protección de los datos personales en el Derecho español”, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 1999., p. 39

[44].- Respecto a qué debe entenderse por privacidad, especialmente en terreno de la implementación de la informática, resulta clarificador el concepto de la misma contenida en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento informatizado de datos de carácter personal. En la misma se afirma:

«El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo.

Ello es así porque, hasta el presente, las fronteras de la privacidad estaban defendidas por el tiempo y el espacio. El primero procuraba, con su transcurso, que se evanescieran los recuerdos de las actividades ajenas, impidiendo, así, la configuración de una historia lineal e ininterrumpida de la persona; el segundo, con la distancia que imponía, hasta hace poco difícilmente superable,

impedía que tuviésemos conocimiento de los hechos que, protagonizados por los demás, hubieran tenido lugar lejos de donde nos hallábamos. El tiempo y el espacio operaban, así, como salvaguarda de la privacidad de la persona.

Uno y otro límite han desaparecido hoy: Las modernas técnicas de comunicación permiten salvar sin dificultades el espacio, y la informática posibilita almacenar todos los datos que se obtienen a través de las comunicaciones y acceder a ellos en apenas segundos, por distante que fuera el lugar donde transcurrieron los hechos, o remotos que fueran éstos».

El derecho a la privacidad, por tanto, se enmarcaría dentro de los llamados derechos humanos de tercera generación, surgidos ante el impacto de las nuevas tecnologías en ese terreno Vid. PÉREZ LUÑO, A.E., “Intimidad y protección de datos personales: del Habeas Corpus al Habeas Data”, en GARCÍA SAN MIGUEL, E., “Estudios sobre el derecho a la Intimidad”, Tecnos, Madrid, 1992.

[45].- Respecto al debate doctrinal del alcance del art. 18.4 véase GRIMALT CERVERA, P, “La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales”, Comares, Granada, 1999, pp12 y ss. Dicho autor da un contenido más amplio a los supuestos de concurrencia entre intimidad y registro informático, valorando con mayor énfasis la aplicación del apartado primero del citado artículo 18.

[46].- Véanse, entre otras, las SSTC 254/1993 y 202/1999, ambas con referencias al convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter temporal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981.

[47].- Véase, al respecto, GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., op. cit. y GRIMALTS SERVERA, P., op. cit. También, en el ámbito del Derecho del Trabajo, CARDONA RUPERT, M.B., “Tratamiento automatizado de datos personales del trabajador”, RTSS 16/94 y DEL REY GUANTER, S., “Tratamiento informatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la «intimidad informática» del trabajador”, RL, 93-II

[48].- Art. 7 y 8 de dicha Ley Orgánica.

[49].- Art. 3 a) de la norma citada

[50].- Resulta paradigmático, en este sentido, que la principal operadora de telefonía de este país, a través de su página web y el portal del que es titular mayoritaria, proporcione a cualquier usuario de la Red no sólo el número de teléfono de todos sus abonados, sino también su domicilio y la localización sobre mapa del mismo.

[51].- En ese mismo sentido se inclina la conocida Sentencia del TC 142/1993:

«El atributo más importante - afirma el TC- de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusivo, como a la divulgación ilegítima de esos datos. La conexión de la intimidad con la libertad y dignidad de la persona implica que la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no comprende en principio los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada».

En idéntico sentido, STSJ Galicia 21.4.95.

[52].- Afirma el TC en su Sentencia 11/1998, relativa al uso por parte de RENFE de su listado informático de afiliados a CC.OO. para proceder a descontar las participaciones en una huelga convocada por este sindicato -pronunciamiento al que han seguido luego, sobre los mismos hechos, otros muchos-, que el art. 18.4: «incorpora una garantía constitucional para responder a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad de los derechos de la persona. Además de un instituto de garantía de otros derechos (...) es también en sí mismo un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a potenciales agresiones de la dignidad y la libertad de la persona proveniente del uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos. Este no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática (...) sino que además consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona (...) pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos».

[53].- De la misma manera que, por cierto, puede ocurrir con una llamada telefónica.

[54].- Muchas veces -a la experiencia nos remitimos- los e-mail carecen de tema, sin que la dirección informática del emisor sea un dato suficiente de identificación.

[55].- Derecho éste, en todo caso, sometido al deber de sigilo profesional contemplado en el art. 65.2 TRLET. Véase, al respecto, STS 13.12.89.

[56].- En efecto, el artículo 2.1 del indicado convenio (no lo olvidemos: ¡de 1971!) establece 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», si bien ese derecho es posteriormente matizado en el apartado 3 de dicho artículo segundo: «La concesión de dichas facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la empresa interesada»

[57].- El apartado 15. de la indicada Recomendación establece:

« 1) Se debería autorizar a los representantes de los trabajadores que actúen en nombre de un sindicato a que coloquen avisos sindicales en los locales de la empresa en lugar o lugares fijados de acuerdo con la dirección y a los que los trabajadores tengan fácil acceso.

2) La dirección debería permitir a los representantes de los trabajadores que actúen en nombre de un sindicato que distribuyan boletines, folletos, publicaciones y otros documentos del sindicato entre los trabajadores de la empresa.

3) Los avisos y documentos a que se hace referencia en este párrafo deberían relacionarse con las actividades sindicales normales, y su colocación y distribución no deberían perjudicar el normal funcionamiento de la empresa ni el buen aspecto de los locales.

4) Los representantes de los trabajadores que sean representantes electos en el sentido del apartado b) del párrafo 2 de la presente Recomendación deberían gozar de facilidades similares compatibles con sus funciones».

Y, por su parte, el apartado 16 contempla:

«La empresa debería poner a disposición de los representantes de los trabajadores, en las condiciones y en la medida que podrían determinarse por los métodos de aplicación a que se refiere el párrafo 1 de la presente Recomendación, las facilidades materiales y la información que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones»

[58].- En efecto, el mentado artículo establece:

«Los gastos derivados del funcionamiento del comité de empresa europeo y del comité

restringido serán sufragados por la dirección central, que deberá proporcionarles los recursos financieros y materiales necesarios para cumplir sus funciones adecuadamente».

[59].- No podemos olvidar, sin embargo, que los escasos pronunciamientos que han abordado dicha espinosa cuestión no han colegido obligación empresarial al respecto. Así, la STSJ de Castilla-La Mancha -Albacete- de 30.5.90, afirma que los gastos de funcionamiento de la representación de los trabajadores «deberán ser entendidos con cargo a los fondos que los Sindicatos recauden de sus afiliados; sin que la dicción del apartado 1 del artículo 2 del Convenio 135 O.I.T., al establecer 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” pueda inferirse que los empresarios hayan de asumir los referidos gastos». En el mismo sentido, si bien en forma indirecta, STSJ Canarias -Tenerife- de 31.3.97.

[60].- Cabe recordar en este sentido - es ya un tópico recurrente- la ya ad supra citada Sentencia TC 142/1993, respecto a los supuestos de interacción entre el citado derecho de intimidad y el ejercicio de la función representativa en la empresa, al albur de los contenidos contemplados al respecto en la Ley 2/1991, popularmente conocida como “de Control sindical de la contratación”. En dicho pronunciamiento, entre otros extremos se afirmaba:

«Los representantes legales no son estrictamente terceros respecto de los trabajadores. Por el contrario, son una manifestación de la participación de los trabajadores en la empresa a la que alude el art. 129.2 C.E. Desde esta perspectiva corresponde a los representantes legales de los trabajadores velar por el cumplimiento de la normativa laboral en el seno de la empresa. Y desde esta perspectiva también no es irrazonable ni desproporcionado que el legislador acuerde determinados derechos de información, instrumentales al control aludido que permiten llevarlo a cabo en una área de las relaciones laborales particularmente necesitado de él como es el caso de la contratación temporal»

Véase, también, sobre el tema, las SSTSJ Navarra 22-2-95 y 7.6.94, Andalucía -Sevilla- 14-10-94, Madrid 22.6.93 y País Vasco 15.4.92.

[61].- Es reseñable, en este sentido, que por lo que hace a la figura del delegado sindical nada nos dice la LOLS respecto a las competencias del mismo en el terreno analizado. En efecto, el artículo 10.3 de la norma indicada no contempla un régimen de competencias similar al del art. 64 TRLET, salvo las referidas al acceso a la misma documentación e información que la representación unitaria (véase, en ese sentido, la STC 142/1993), sin que sea postulable, en dicho caso, la allí contenida equiparación de garantías, en tanto en cuanto las mismas se refieren, como es pacífica interpretación doctrinal, al contenido del art. 68 TRLET. No cabe olvidar, empero, que el delegado sindical no es más que el representante de la propia Sección Sindical de empresa (art. 10.1 LOLS); en consecuencia, las atribuciones propias de ésta son postulables, en su caso, de aquél.

[62].- Téngase en cuenta que, como ha indicado en forma reiterada el TC las secciones sindicales ostentan una doble naturaleza: de un lado, son "instancias organizativas internas del sindicato" y, de otro, "representaciones externas a las que la ley confiere determinadas ventajas y prerrogativas". Véase, por todas, la STC 173/1992.

[63].- Resulta sintomático, en este sentido, el redactado de los Acuerdos suscritos entre la Dirección General del Organismo Autónomo de Correos y Telecomunicaciones y los sindicatos más representativos, publicado en el BOE de 14.4.97, por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 11.3.97. En los mismos se establece, como medios materiales de las secciones sindicales el siguiente redactado: «Los locales sindicales deberán contar, al menos, con una mesa de despacho, un archivador con llave, un sillón y sillas suficientes, así como una impresora y un

ordenador personal, en el que se estudiará la implantación del correo electrónico, de acuerdo con el nivel de inversiones programado»,

[64].- Otro tema íntimamente vinculado con lo aquí analizado es el relativo a las capacidades empresariales de interponer filtros electrónicos que impidan la recepción en la empresa de comunicados sindicales (véase, a este respecto, la noticia aparecida en «El País» de 9.4.00 sobre un conflicto en la materia en el BBVA). Creemos que, en dicho supuesto, de limitarse el acceso al correo electrónico de los asalariados sólo al sindicato y no a otros terceros ajenos al proceso productivo, dicha conducta puede incardinarse en una obstrucción al derecho de libertad sindical, singularmente por lo que hace a los derechos de recepción de información por parte de su organización de los trabajadores afiliados.

[65].- Téngase, en cuenta, por ejemplo, que el artículo 67 TRLET reconoce a los sindicatos con capacidad de promoción electoral el derecho al acceso a los registros de las Administraciones públicas “que contengan datos relativos a la inscripción de empresas y altas de trabajadores”, si bien, el artículo 3 del R. Decreto 1.844/1994 limita ese acceso, en cuanto a los asalariados, al conocimiento de su número. Asimismo, cabría recordar que - si bien, ciertamente, en un contexto jurídico diferenciado- por lo que hace al personal al servicio de la Administración existe un conocimiento público de los titulares - laborales o administrativos- de las titularidades de los respectivos puestos de trabajo.

[66].- En dicho pronunciamiento, recaído en Casación ordinaria, el TS aborda el recurso planteado ante Sentencia de la Audiencia Nacional previa demanda de conflicto colectivo planteada por la Federación del Metal de Comisiones Obreras contra la empresa “IBM, España, SA”, en demanda, entre varias peticiones, del derecho de los representantes sindicales a acceder al libre uso de los llamados tablón y correo electrónico programas de ordenador sobre información general y correo interno a los fines de comunicación con sus representados. En el recurso se alegaba inaplicación del artículo 28.1 de la Constitución Española, incorrecta interpretación de los artículos 64.1.1 y 11; 68, d) y 81 del Estatuto de los Trabajadores; y 8 puntos 1 y 2, a) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical; e inaplicación del artículo 3.1 del Código Civil. El TS desestima dicha pretensión con la siguiente - y lacónica- argumentación:

«TERCERO. Con referencia al primer motivo, la singularidad que reclama es, tan sólo, la inaplicación que denuncia del artículo 28.1 de la Constitución Española, que la Sala entiende merecedora de respuesta sustantiva. Dicha alegación ya el propio Tribunal Constitucional ha advertido en alguna ocasión sobre ello no cabe entenderla sino como adjetiva e incluso caprichosa; ya que la dicha norma fundamental no contiene mandato alguno que afecte a la cuestión litigiosa relativa al uso de concreto medio de comunicación de los representantes sindicales; por lo que es obvio que en modo alguno, tampoco ha sido infringida.

CUARTO. Amen lo dicho respecto al motivo inicial, éste juntamente con los alegados tercero, cuarto y quinto, son acreedores a común o conjunta consideración. Cuantos argumentos contienen todos ellos hacen abstracción de los hechos que contiene la declaración probatoria de la sentencia recurrida, de la que sobre cada uno de los temas o pretensiones debatidas, a saber: uso del tablón y correo electrónico (motivo primero), aportación al Club IBM (motivo tercero); gastos de locomoción (motivo cuarto) y vale de comida (motivo quinto); obtiene su tratamiento y decisión completamente lógico y ajustado a derecho. Hubiera sido necesario, para obtener el resultado contrario que la parte intenta conseguir, la modificación de los aludidos hechos probados que no se han instado por la misma».

[67].- Es verdad que, en este sentido, que el artículo 8.1.c) LOLS comporta, también, cargas para el empleador.

[68].- Vid CASALMIGLIA, A., op. cit. No cabe olvidar, en este sentido, que como ha indicado nuestro Tribunal Constitucional «la intimidad personal y familiar es, en suma, una bien que tiene la condición de derecho fundamental y sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental» (STC 21/1992). En sentido similar, vinculando el derecho a la dignidad con el de intimidad, vid. STC 214/1991.

[69].- A lo expuesto cabría añadir la tipificación sancionatoria administrativa del art. 96.11 TRLET, que considera como falta muy grave “los actos del empresario que fueren contrarios al respeto a la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”

[70].- Aparecía en «El País» de 15.6.99 que un 45 % de las empresas norteamericanas que utilizan habitualmente Internet y correo electrónico controlan el uso de estos instrumentos por parte de sus empleados, según estudio realizado por la American Management Association (vid. CASALMIGLIA, A., op. cit.). Otras fuentes elevan (¿exageradamente?) dicho porcentaje hasta un 90 % (véase <http://www.intercom.es/noticias/1998/9803/n9803111.htm>). Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que, contra una cierta creencia general en ámbitos jurídicos, en algunos Estados de U.S.A. existen leyes de protección del derecho a la intimidad de los trabajadores en el uso del correo electrónico. Véanse, en este sentido, los informes contenidos en <http://www.legalinformation.net/infomat/employ/privacy.htm>, <http://www.privacyrights.org/fs/fs7/work.htm>, y <http://www.cunfn.com/speaking/9703/14/expert/0314/index/htm>.

[71].- Debe indicarse, de nuevo, que el supuesto analizado puede colisionar con el ejercicio de otros derechos fundamentales: alguna referencia, en efecto, hemos hecho ya antes a aspectos como la libertad sindical (cuando la contraparte comunicacional es el sindicato, en sus variadas estructuras) o el derecho a la integridad física (en materia de salud laboral). Y a ello podrían añadirse otros variados supuestos de bienes y principios constitucionalmente protegidos. Prácticamente todos los derechos fundamentales son susceptibles, en efecto, de coincidencia con las capacidades de control empresarial: el imaginario es ilimitado. Puede pensarse, así en una posible limitación del derecho a la participación (23.1CE) en el caso de que el día de unas votaciones políticas el asalariado trabajase y existiera ya un sistema de votación electrónico (lo que parece, como es sabido, inminente, como ocurre en otros países), con pacto individual entre éste y el empleador de renuncia del derecho a licencia retribuida a dicho fin a cambio de poder ejercer ese derecho desde el ordenador laboral. Parece obvio que, en ese caso, el empresario no podría indagar la orientación del voto de su asalariado. Lo repetimos: la casuística es prácticamente infinita. Mas, en todo caso, aparece como evidente que esa vulneración de tan amplio abanico de derechos fundamentales se hallará generalmente conexa con los derechos a la intimidad y/o al secreto de comunicaciones. De ahí que nuestro énfasis hermenéutico se limite a ambos.

[72].- Para un estudio más pormenorizado del tema, véase SALA FRANCO, T., op. cit.

[73].- Véase CABEZUELO ARENAS, A.L., op. cit., HERRERO TEJERDOR, F., op. cit. y MARTINEZ DE PISÓN CAVERO, J., también citado. En general, es apreciable como toda la doctrina científica que ha abordado esa cuestión hace un especial énfasis en que la mentada Ley tutela, más que el derecho a la intimidad, en el sentido de privacidad, la publicación de datos relativos a la esfera íntima de los ciudadanos (lo cual, ciertamente, forma parte también del derecho a la intimidad, mas sólo es uno de sus aspectos conformadores). Es reseñable, sin embargo, que, al menos en sus dos primeros artículos, esa norma intenta definir qué debe entenderse por derecho a la intimidad, entre otros.

[74].- En efecto, cabe ver, así, que el artículo 2.2 de dicha norma establece que “no se apreciara la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente

autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso”. Y, por su parte, el artículo 7 contempla, como conductas atentatorias a esos derechos fundamentales: “ El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas” y “la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios así como su grabación, registro o reproducción”, sin que, en ningún caso, se contemplen las situaciones de dependencia contractual laboral como excepciones de dichos principios en el art. 8 de esa Ley Orgánica.

[75].- Vid. SALA FRANCO, T., op. cit., p 205.

[76].- Y, en algunos casos, la poca sensibilidad que se reseña en este párrafo es imputable, incluso, a la doctrina del TC. Buen ejemplo de ello lo constituye su Sentencia 170/1987 (la famosa sentencia del derecho a usar barba por parte de un camarero), posteriormente enmendada por la STSJ Madrid 26.3.92.

[77].- Los ejemplos justificativos de tan categórica afirmación son múltiples. Cabría aquí recordar, por ejemplo, el conglomerado de Sentencias del TC (véase nota a pié de página número 52) recaídas en el descuento generalizado a los trabajadores afiliados a un sindicato de días de huelga, convocada por aquél, sin comprobación de su efectiva participación. Contra el criterio de diversos Tribunales Superiores de vulneración del art. 18.3, esa pretensión fue estimada, como es sabido y se ha indicado ya anteriormente, por parte del Tribunal Constitucional en variados pronunciamientos. O la STSJ Cataluña 14.10.96, considerando que no se vulnera idéntico precepto constitucional en el caso de que la empresa tenga un fichero automatizado de datos referidos a la salud laboral de los trabajadores, posteriormente anulada por la STC 202/1998. O el supuesto contemplado en la reciente STC 224/99, respecto a acoso sexual ambiental, en conexión con el mentado art. 18.1, etc.

[78].- STSJ Galicia 25.1.96. Ese pronunciamiento abordaba la decisión de un casino de instalar micrófonos en determinadas áreas de juego por motivos de control y seguridad. El TSJ añade a los motivos expuestos lo siguiente: «la actividad laboral en general, ya se considere en el sentido estricto del desempeño del cometido profesional, como concurriendo en el mismo las relaciones con los clientes, lo que supone abarcar las conversaciones de personal y clientes en el ámbito de dicho cometido profesional y en el lugar de trabajo, no están amparadas por el derecho de intimidad, y no hay razón alguna para que la empresa no pueda conocerlas, ya que en principio el referido derecho se ejercita en el ámbito de la esfera privada del trabajador»: para afirmarse, posteriormente, que el ejercicio de dicho derecho en la empresa «hay que entenderlo limitado a sus lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, servicios y otros análogos, pero no en aquellos lugares en que se desarrolla la actividad laboral», siempre y cuando dicho hecho sea conocido por parte de los trabajadores «a dicho extremo ha de sumarse todavía otro elemento esencial, cual es que la instalación de los micrófonos no se hace de forma indiscriminada con respecto a todos los lugares de trabajo, sino única y exclusivamente en la caja y en la ruleta francesa, proporcionando la empresa al respecto una explicación, que el Tribunal considera perfectamente lógica y que apoya la presunción de que la finalidad de instalación es la de controlar en mayor medida determinados aspectos de la actividad de la que la empresa se dedica, pues efectivamente, existan o no en otros casinos las medidas de seguridad en cuestión, extremo que no resulta acreditado en autos aunque se alegue por la recurrente, es evidente que añade un plus de seguridad para resolver reclamaciones relativas al juego de la ruleta o a las que se puedan producir al efectuar cambios en caja.

En definitiva, si la medida en cuestión añade mayor control y seguridad a la actividad de juego que la empresa desempeña, si su instalación era conocida por los trabajadores y por el Comité de

Empresa antes de entrar en funcionamiento, extremo que al Tribunal no le ofrece duda dada la importancia de las obras llevadas a efecto, como se deduce de la documental aportada, si los micrófonos están a la vista lo que elimina cualquier actitud subrepticia de la empresa y si su instalación se limita a puntos concretos del centro de trabajo y no se produce por ello en forma generalizada que pudiera resultar arbitraria, ha de llegarse a la conclusión que no existe vulneración del derecho fundamental de intimidad personal de los trabajadores»

En sentido similar, si bien en este caso referido, a la obligación del trabajador de identificarse materialmente con nombres y apellidos, es reseñable la STSJ Madrid 8.4.94. Se afirma, en la misma, nuevamente que esa inexistencia «debe deducirse de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 abril 1993, en Recurso de amparo núm. 190/1991, cuando excluye del ámbito de la intimidad, constitucionalmente amparado, a «los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada».

Creemos que dicha doctrina cae en una cierta confusión: una cosa es que, como afirma la Sentencia TC 142/1993 - ya hemos hecho referencia a ello- y, más específicamente la, también citada, STC202/1999, “los hechos [los datos, si se prefiere] referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desarrolla su actividad” no se integren, habitualmente, en la “esfera privada de la persona” y otra, muy distinta, que en el marco de las relaciones laborales no puedan existir conductas vulneradoras del art. 18.1 CE. Una interpretación contraria a la aquí expuesta comportaría la consideración de que, en principio, el derecho a la intimidad no opera en el centro productivo o de prestación de servicios. Si no fuese así, ¿qué sentido tendría el redactado del art. 4.2.c) TRLET?.

[79].- Una doctrina similar parece ser la imperante en Estados Unidos. Véase, a este respecto, <http://www.geocities.com/TimesSquare/Arcade/1230/email.html>, respecto al caso Bonita Bourke vs Nissan Motor Company de USA.

[80].- SSTSJ Galicia 21.4.95, Cataluña 25.4.94, Andalucía -Sevilla-17.1.94, etc. Afirma la primera de las Sentencias indicadas en la nota anterior: «En los términos en que se ha planteado la cuestión, es claro que ésta atañe al derecho de impedir que otros capten o difundan la propia imagen. En este contexto, la captación de la imagen, es admisible, cuando las circunstancias en que se encuentran inmersos los trabajadores justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno. Por ello la relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre los intereses del trabajador y los de la empresa que pueda colisionar con él (STC 99/1994). Y en este contexto, la posición de la empresa viene legitimada por lo dispuesto en el art. 20.3 ET en cuanto establece que «el empresario podrá 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 su dignidad humana». Precepto que indudablemente autoriza a tener una persona en el lugar de la prestación de servicios para la vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales, que puede ser sustituida acudiendo a los medios y adelantos que hoy la técnica ofrece, como puede ser la instalación de una cámara de televisión, pero sólo limitada a estos fines, lo que excluye todo tipo de publicación y de difusión de imágenes captadas, o de conservación de las mismas una vez visualizadas dentro de un tiempo razonable y en las instalaciones de la empresa por la persona encargada del control, salvo que se haya apreciado infracción sancionable en cuyo supuesto podrán ser conservadas durante y a los solos efectos de prueba»

[81].- Véase, entre otras muchas, SSTS 19.7.89 y 11.6.90, del extinto TCT de 13.2.81 y 13.81, etc. En idéntico sentido, la STSJ Cantabria 14.12.94.

[82].- Cuestión distinta, que se escapa de los fines perseguidos por estas páginas, es la posible ilegalidad de la prueba así obtenida a fin de ser presentada en juicio. Vid., en ese sentido, SALA FRANCO, T. y CASALMIGLIA, A., ops. cit.

[83].- Vid. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Nuevas tecnologías y relación de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990. Por supuesto que, en determinados casos, el uso del correo electrónico puede comportar intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad, especialmente en caso de mensajes sexistas o racistas. Véase a este respecto, <http://www.nexs/employment%20%20articles%20%20How%20much%20Privacy%20Does%20an%20Employee%20Have%20in%20the%20job%20?>

[84].- No nos resistimos a citar aquí la reflexión de MARTÍNEZ DE PISÓN, en la obra más arriba indicada, en cuanto a las capacidades de intervención de la informática en el terreno de la privacidad: «El “hombre de cristal”, he aquí al nuevo modelo de ciudadano. Pero, ahora, aparece, como nunca antes, que los nuevos “muros” se levantan contra el vecino, contra quien está al lado, contra el extraño, que puede utilizar los mismos medios que el Estado para fines no muy loables, como muestra del manoseo colectivo que domina las sociedades occidentales. La tensión público-privado se ha transformado en una oposición individuo-individuo, hombre-hombre, privado-privado. El poder privado tiene que resistir, así, en todos sus frentes, y no siempre con garantías de éxito».

[85].- Véase, FALGUERA BARÓ, M.A. y LÓPEZ BULLA, J.L., “Flexibilidad y temporalidad: propuestas para un debate en la izquierda social”, Revista de Derecho Social número 2.

[86].- Ciertamente, el mentado art. 18.3 CE hace específica referencia a las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas. A nadie escapa, empero, que, independientemente de que dicho derecho es más amplio y que esa enumeración específica no parece tener el carácter de *numerus clausus*, que el texto constitucional es muy anterior al uso civil y social de Internet. Resulta sintomático, en este sentido, que el Código Penal, en su último redactado - como se verá a continuación- sí haga, dentro de los delitos específicos contra la intimidad, entre otros bienes y derechos constitucionales, referencia al correo electrónico. Por si esa argumentación resultase insuficiente, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha extendido esa tutela respecto a cualquier medio que permita la comunicación privada (vid., en este sentido, MONTAÑES PARDO, op. cit., p. 24).

[87].- Sí ostenta la debida salvaguarda en normas y tratados internacionales. Así, el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

[88].- Los art. 197 a 201 CP, en efecto, contemplan el ilícito penal de descubrimiento y revelación de secretos, dentro del título correspondiente a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio.

En concreto, el artículo 197 tipifica, en forma expresa, la interceptación ilegítima del correo electrónico:

«1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de

comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años».

Por su parte, los art. 535 y 536, entre los delitos contra la Constitución, establecen la tipología propia de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra las garantías constitucionales.

No entraremos aquí, por obvios motivos, a realizar un análisis pormenorizado de dichos preceptos legales. Téngase, en cuenta, sin embargo, la existencia de diversos pronunciamientos al respecto: así, la Sentencia TS de 24.6.99 (Penal), condenando a un marido por grabar y difundir las conversaciones de su mujer a través del teléfono familiar. O una Sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Sabadell en la que se condena a un empresario por controlar y grabar las llamadas telefónicas de sus asalariados. Este último pronunciamiento es citado por CASALMIGLIA, A. También puede hallarse una referencia más extensa en <http://www.contract-soft.com/0300600.htm>, en la magnífica páginas web de Xavier Ribas sobre aspectos jurídicos de la informática.

[89].- Véanse, entre otras muchas, las SSTSJ Cataluña 1.4.95 y Comunidad Valenciana 12.3.93. En cambio, no se considera como prueba lícita la utilizada cuando en la grabación interviene un tercero: vid. STS 10.3.90 y SSTSJ Cataluña 25.4.94 y 28.6.94.

[90].- Vid. MONTAÑÉS PARDO, M.A., op. cit., pp. 23 y ss. Véase también la amplia bibliografía al respecto en pp 61 y ss.

[91].- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.A., op. cit., pp.127 y ss.

[92].- Afirma el TC: «Rectamente entendido, el derecho fundamental [del 18.3 CE] consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en

este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición a todos del «secreto»- la libertad de comunicaciones» (F.J. 7º de la mentada Sentencia) Esa misma argumentación será posteriormente refrendada por el TC en su Sentencia 34/1996.

[93].- Al margen de lo expuesto en la nota anterior, el TC, en la Sentencia analizada, remacha esa argumentación: «el derecho [de secreto de comunicaciones] puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje - con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)»

[94].- En el mentado F.J. 7º se descarta la argumentación, en sentido contrario, del Abogado del Estado. Es ésta una consideración importante, a efectos del presente estudio: la doctrina norteamericana al respecto - tantas veces citada en el tema aquí analizado- parece proteger sólo el mensaje, no su concreción material. En el caso ya citado "Bonita Bourke vs Nissan Motor Company de USA", el tribunal falló contra la existencia de vulneración del derecho a la intimidad de los actores, al considerar que Nissan no era culpable de espionaje de correo, debido a que no había interceptado los mensajes en la transmisión hacia el buzón de correo de aquéllos, sino que los leyó directamente en sus cuentas.

[95].- Afirma el TC, a continuación, en refuerzo de su tesis: «La muy reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, de 2 de agosto de 1984 -(TEDH 1984,1) caso Malone- reconoce expresamente la posibilidad de que el artículo 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado "comptage" permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma».

[96].- De la misma forma, por cierto, que no puede el empleador abrir la correspondencia de un asalariado, recibida en el centro de trabajo o interceptar sus conversaciones telefónicas (véase, a este respecto, las ya citadas STS 10.3.90 y las SSTS Cataluña 25.4.94 y 28.6.94, así como la referencia a la Sentencia del Juzgado número 2 de lo Penal de Sabadell a las que se ha hecho referencia en nota a pié de página anterior)

[97].- Los archivos log del servidor identifican, en efecto, tanto al emisor como al receptor, la hora de comunicación, el asunto, su extensión, etc., sin que, en principio, sean accesibles los contenidos del mensaje. Independientemente de la necesidad de regular los mismos por lo que hace a la preservación de la intimidad de los usuarios (es ése un debate - el de la privacidad en la Red- que se escapa con mucho del objeto de este sencillo estudio), esa dosis de conocimiento se justifica, desde el punto de la Informática, por la necesidad de control a efectos de intromisión de virus, optimización del servicio, estadísticas, etc. Véase, en este sentido, la noticia aparecida al respecto en <http://www.elmundo.es/navegante/diario/99/julio/14/controlempresas.html>.

[98].- Véase las reflexiones contenidas en la página web <http://jaizquibel.ergia.fr/lij/eurofum/html>, ya citada anteriormente.

[99].- Resulta sintomática, en este sentido, la nota publicada en la Red (<http://www.bcbr.com/seg96/mailcom2.htm>) en la que anuncian sistemas empresariales de control de acceso. Se remarca, en dicha información, que, según encuestas, las páginas de Internet más visitadas desde los puestos de trabajo son las de carácter erótico o pornográfico.

[100].- Por ejemplo, con protecciones similares a las contempladas en el art. 18 TRLET.