



ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO DO TRABALHO

NUEVAS TECNOLOGÍAS: CONFLICTOS ENTRE EL INTERÉS DE LA EMPRESA Y LA VIDA PRIVADA DEL TRABAJADOR

de Juan Raso Delgue*

Cuando el hombre aterrizó en la luna, fantaseó con la idea de poder un día colonizar el satélite natural de la tierra. Han pasado más de cuatro décadas desde aquel día y en realidad la hipótesis de colonizar la luna es aún remota y despierta pocas emociones.

Lo que no podíamos imaginar en el lejano mes de julio de 1969 es que ese ambicioso proyecto de la “conquista del espacio”, tendría como resultado principal avances inimaginables en el mundo de las comunicaciones. En efecto en el marco de ese plan se lanzaron al espacio centenares de satélites artificiales que levantaron una red global de telecomunicaciones, la misma red que constituye hoy el principal sistema de control sobre la tierra. Sin ese desarrollo extraordinario de las informaciones y comunicaciones, no podríamos hoy imaginar Internet, las tecnologías GPS, las computadoras cada vez más potentes y menos costosas, los blackberry, las redes sociales y tantas nuevas expresiones de este descomunal avance, que confluyen en esa telaraña global que alcanza todos los aspectos de nuestra vida. Queríamos colonizar la luna y terminamos colonizándonos a nosotros mismos. Orwell lo había imaginado unas décadas antes: hoy vivimos y trabajamos controlados.

Las nuevas tecnologías han tenido un impacto profundo en todos los aspectos de la vida cotidiana. En particular, han marcado su presencia en las diversas formas de organización del trabajo y en la propia actividad y vida privada de los trabajadores.

Un nuevo campo de batalla se ha abierto entre los derechos del empleador y las tutelas de los trabajadores. Por un lado ha cambiado la morfología de la subordinación (hablamos de *teledependencia*), por el otro existen nuevos espacios donde es difícil establecer el límite entre las obligaciones de la empresa y las que debe observar el trabajador¹.

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y de Relaciones Laborales de la Universidad de la República – Montevideo, Uruguay.

¹ Pérez de los Cobos Orihuel F., *La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica en AA.VV. La Subordinación o dependencia en el contrato de trabajo en el proceso de transformación de la empresa*, Editorial Lixis Nexis, Santiago de Chile, julio 2005, p. 170.



Internet, correo electrónico y derechos a la intimidad/privacidad.

En la cuestión de las tecnologías informáticas y el contrato de trabajo (que especialmente en el dominio del correo electrónico e Internet ponen en crisis el derecho a la intimidad del trabajador) comprobamos que existe una “mezcla explosiva entre la vida profesional y la vida privada”². La problemática actual de control en la red (¿cuáles serán las futuras?) alcanzan los correos electrónicos, las páginas web, el chat, internet e intranet, el Facebook (donde el empleador puede revisar lo que sus empleados voluntariamente anotan en la red e ir creando un perfil de cada uno), el LinkedIn, los Blogs, etc³.

Podemos definir "al correo electrónico como un servicio de mensajería electrónica, que tiene por objeto la comunicación no interactiva de textos, datos, imágenes o mensajes de voz entre un "originador" y los destinatarios designados y que se desarrolla en sistemas que utilizan equipos informáticos y enlaces de telecomunicaciones"⁴.

La principal cuestión laboral que plantea hoy el uso del correo electrónico es la delimitación entre los derechos de la empresa de monitorear y disciplinar ese uso y el derecho a la intimidad del trabajador para oponerse a que el empleador ingrese en el espacio privado, representado por que es el uso personal de su casilla.

La jurisprudencia uruguaya ha sido a comienzos de los años 2000 severa sobre el uso de Internet por parte del trabajador en el lugar de trabajo y a través de las máquinas o el servidor de la empresa. Algunos criterios que se han señalado en las sentencias son:

a) Innecesariedad de advertir a los trabajadores sobre el no uso de computadoras, porque el computador al igual que las diferentes herramientas que se proveen al trabajador son para uso de la empresa, no para el uso personal de los distintos operarios o empleados.

b) El uso reiterado de las herramientas informáticas para fines particulares en el centro de trabajo y en horario laboral implica un incumplimiento grave y culpable del contrato de trabajo.

² Ray J.-E., *„ Droit du travail et TIC (I)*, en rev. Droit Social, V. 70, N° 2, Paris, 2007, p. 142 (trad. del autor).

³ cfr. Spiwak Lew P., *Videovigilancia laboral: ¿El derecho laboral bajo control?* (ined).

⁴ Sentencia N° 312/2004 de 26 de agosto de 2004 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo uruguayo de 1er Turno.



c) El uso del ordenador, en cuanto que instrumento de trabajo inherente a la actividad y organización empresarial, debe ser tratado desde la perspectiva de la buena fe contractual debida a todo contratante. Si el trabajador utiliza el correo para asuntos personales, como por ejemplo para enviar chistes, mensajes religiosos, noticias, enlaces de Internet o cualquier otra actuación ajena a su trabajo, está utilizando para asuntos personales una mensajería laboral que no le pertenece y ello determina una clara violación de los deberes de buena fe y lealtad propios de toda relación laboral⁵.

La doctrina nacional en cambio fue más prudente, valorando el derecho a la intimidad de los trabajadores. Así Spiwak expresa que el correo electrónico “crea una potencial disyuntiva entre el derecho a la intimidad del trabajador y la facultad del empleador de organizar y dirigir su empresa” y concluye afirmando que “el empleador no está habilitado – en principio a monitorear el contenido del correo electrónico en tanto el derecho a la intimidad es un derecho que no admite renuncia previa ni genérica. De hacerlo, estaría infringiendo el derecho a la intimidad del trabajador – que subsiste en el ámbito laboral -, contraviniendo el artículo 28 de la Constitución Nacional⁶. Por su parte y en forma coincidente Becerra y Casalás expresan que el correo electrónico es asimilado a un servicio de correo postal y por tanto su reserva debe ser protegida⁷. Afirman que los poderes de vigilancia y control derivados del derecho de propiedad, tienen como límite la dignidad humana del trabajador y la intimidad, por lo que siendo el correo electrónico un mensaje de persona a persona, su interceptación encarta en las previsiones del artículo 28 de la Constitución y además es un delito penal⁸.

La posición de la doctrina ha sido recogida a partir del año 2011 por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er Turno. El primer caso refiere a una empresa que despide por notoria mala conducta a una trabajadora reingresada al trabajo luego haber dado a luz a su hijo. El despido fue motivado en el uso del correo electrónico de propiedad de la empresa “en forma indebida durante el horario de labor, por dilatado tiempo, con móviles personales y particulares, incluso ofensivos y agraviantes para con la empleadora y compañeros de trabajo, a sabiendas de

⁵ Ver sentencia citada en nota 4 y Sentencia Nº 103/2007 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo uruguayo de 1er Turno en La Justicia Uruguaya, T. 138, caso 15.707, Montevideo 2008.

⁶ Spiwak Lew, P., *El correo electrónico en el ámbito laboral*, en Rev. Der. Laboral, T. XLVIII, Nº 220, Montevideo Octubre – Diciembre 2015.

⁷ Becerra Barreiro R. y Casalás Viera C., *El impacto de las nuevas tecnologías...* cit., p. 7.



que solo podía ser utilizado para tareas inherentes a la labor”. El Tribunal observa que esas comunicaciones no se realizaron por emails, sino a través del chat y considera que la deferencia importa. Citando Wikipedia – el Tribunal expresa: “el chat (término proveniente del inglés que en español equivale a charla) también conocido como cibercharla designa una comunicación escrita realizada de manera instantánea a través de Internet entre dos o mas personas, ya sea de manera pública a través de los llamados chats públicos (mediante los cuales cualquier usuario puede tener acceso a la conversación) o privada, en las que se comunican solo dos personas a la vez”. En cambio el correo electrónico es “el servicio de mensajería electrónica que tiene por objeto la común ilación no interactiva de texto, datos, imágenes o mensajes de voz entre un originador y los destinatarios designados y que se desarrolla en sistemas que utilizan equipos informáticos y enlaces de telecomunicaciones”. El Tribunal considera que “al momento de encontrar una equivalencia con los métodos de comunicación humana, puede considerarse que el “chateo” es asimilable a una conversación, mientras que la comunicación a través de correo electrónico es un intercambio de correspondencia. “Si nos preguntáramos si constituye notoria mala conducta que dos empleados hablen durante su horario de trabajo sin que nadie supiera el contenido de su conversación y sin que nadie los escuchara, tal vez sería mas fácil darse cuenta de la solución del problema, puesto que la pregunta a contestar sería ¿en qué medida esa actitud determina consecuencias en la realización del trabajo?, puesto que si al cabo del día el rendimiento no varía, sería muy difícil considerar que se había configurado la eximente”. El Tribunal concluye que no existió notoria mala conducta porque la demandada no demostró que haber dedicado tiempo a chatear hubiera implicado una disminución del rendimiento de la actora..., no se demostró una consecuencia lesiva con respecto al rendimiento de la actora”⁹.

El mismo Tribunal, en otra sentencia dictada el mes de la anterior, juzga la situación de una trabajadora despedida por notoria mala conducta porque – en un período de suspensión disciplinaria - ingresa a “Skype”, con la clave personal que le dio la empresa para realizar tareas de trabajo y mantiene conversaciones con otra funcionaria en términos negativos para la empresa. El Tribunal entiende que la empresa al haber revisado la correspondencia de la actora vía “Skype” sin su autorización o presencia, excedió en el ejercicio de su poder de dirección...

⁸ *idem*

⁹ TAT 1º, Sent. Nº 71 de 9.3.1011.



el empleador conculcó un derecho inespecífico y de rango constitucional de la trabajadora: a pesar de su clave de acceso restringida, violentó la comunicación interna de la trabajadora con otra dependiente”. El Tribunal concluye que “el uso de la tecnología no constituye ni más ni menos que una herramienta de trabajo cuyas virtudes, de ningún modo autorizan a arrasar con derechos fundamentales del trabajador”¹⁰, por lo que considera que no puede la empresa alegar la notoria mala conducta de la trabajadora.

La nueva jurisprudencia que hemos citado no permite afirmar que existe un cambio de orientación de la jurisprudencia uruguaya, pero de todos modos profundiza aspectos nuevos vinculados a los derechos del trabajador, que con anterioridad no se tomaban en consideración.

También en el conflicto entre intereses objetivos de la empresa y la privacidad del trabajador importará examinar cuestiones como la buena fe y lealtad de los contratantes; los contenidos de los mensajes, cuando estos impliquen discriminación, acoso, desvalorización política, étnica o religiosa, etc.; el tiempo utilizado en horario de trabajo para el uso de internet con fines particulares.

Opinamos que no es posible invocar los derechos de la intimidad y/o privacidad del trabajador, cuando el accionar de éste persigue designios, planes, intenciones delictivas. En estos casos se justifica una actitud invasiva de la empresa en la privacidad del trabajador, porque ella obedece al derecho/deber del empleador de organizar y asegurar un ambiente laboral sano para todas las personas que ahí trabajan.

El desarrollo de instrumentos tecnológicos de control del trabajador.

Las posibilidades de control del empleador sobre el trabajador han sido potenciadas por las nuevas tecnologías aplicada a viejos o nuevos sistemas de monitoreo. Entre los instrumentos de control más conocidos, podemos enumerar cámaras filmadoras, cámaras fotográficas, micrófonos, teléfonos celulares, localizadores GPS del personal (como pulseras), además de GPS en los vehículos, registros de huellas digitales o de la manos, sistemas cerrados de

¹⁰ TAT 1º, Sent. Nº 119 de 27.4.2011 en AJL 2011, c. 449.



televisión, software para medir presión arterial mientras se trabaja en la computadora, pantallazos desde la computadora para vigilar al que la utiliza, etc.¹¹.

Debe existir en nuestra opinión criterios de proporcionalidad para determinar si es legítimo el control del trabajador. Dicha *proporcionalidad* podrá estar perfilada por los siguientes requisitos:

a) *idoneidad*: la medida de control debe ser susceptible de corregir el objetivo propuesto;

b) *necesidad*: la medida debe ser además necesaria, en el sentido que no deben existir otras medidas más moderadas, menos perjudiciales o lesivas para el trabajador, para la consecución del mismo propósito con igual eficacia;

c) *transparencia*: el empleador debe indicar en forma clara y abierta con qué elemento realizará su control;

d) *legitimidad*: el tratamiento de datos de un trabajador debe tener en cuenta los derechos fundamentales de los trabajadores, como el derecho a la intimidad, con lo cual solo se justifica la utilización o denuncia de estos datos, cuando la decisión de la empresa responda a un interés objetivo y refiera a cuestiones que atentan contra un ambiente sano de trabajo;

e) *conservación de datos*: los datos almacenados por el empleador no deben guardarse más del tiempo necesario;

f) *seguridad*: el empleador debe utilizar medidas técnicas y organizativas adecuadas para proteger los datos personales.¹²

El tratamiento de datos personales de los trabajadores.

Las nuevas tecnologías de la información y comunicación aportan precisión al registro de datos, los que pueden conservarse indefinidamente con escasas posibilidades de resistencia por parte del titular de esos datos. Pensemos tan solo en las terribles consecuencias de quedar

¹¹ Spiwak Lew P., *Videovigilancia laboral ... cit.*

¹² ver Sentencia del TJS de Madrid de 12.6.2001, referida por Romeo Casabona C. M, *La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de la red*, en Revista da Faculdade Mineira de Direito, V. 8, Nº 15, Belo Horizonte, 2005, p. 48, Sentencia del Tribunal Constitucional de España No. 37/1998 de 17 de Febrero de 1998 y Sentencia No. 186/2000 de 10 de Julio de 2000.



“atrapado” en una página web por haber realizado algún acto de notoriedad y quedar perjudicado en el futuro *sine die*.

La moderna doctrina considera que la protección de los datos personales es un derecho fundamental, que incluso se ha calificado como un derecho humano de cuarta generación¹³. Dentro de los datos tienen particular relevancia los denominados *datos sensibles*, es decir aquellos datos que refieren a aspectos íntimos de la vida de las personas y de su familia, como – entre otros - la religión, el origen racial, la afiliación sindical, la ideología, la vida sexual, la salud, la gravidez, los test VIH, el consumo de alcohol o sustancias estupefacientes, la orientación sexual, etc.¹⁴. Como expresa Brian Nougères “todo tratamiento de estos datos se deberá realizar con respeto a la dignidad de la persona, a la autonomía de la voluntad, y a la intimidad, en todo lo que refiere obtención, utilización, archivo, custodia y transmisión de la información y la documentación en que consten datos personales”¹⁵.

Debemos recordar que los problemas pueden plantearse aún antes del contrato de trabajo, es decir en la etapa de selección del trabajador. El acopio de datos que realiza la empresa de selección de personal o el mismo empleador puede ir desde el legítimo pedido de un *curriculum* a la realización de *test* psicológicos, hasta prácticas apoyadas en modernas tecnologías, que comienzan a difundirse cada vez más como grabar, filmar o tomar fotos en distintos planos del solicitante de un empleo en el difícil y estresante momento de la entrevista personal.

Obviamente es durante la propia relación de trabajo que el trabajador está sometido a un constante proceso de registro, acentuado por las nuevas tecnologías. De ellos el trabajador muchas veces no tiene clara conciencia, y en esa tarea de averiguación y registro aparecen nuevos sujetos dedicados a la tarea de reunir información, como el Estado (organismos fiscales o de seguridad social) y otras entidades (bancos, agencias de cobranza, instituciones médica, registros de morosos). Las bases de datos se vuelven un nuevo producto que tiene precio en el mercado).

¹³ Brian Nougères A., *La protección de los datos concernientes a la salud de las personas*, en rev. Derecho Informático, Montevideo, 2007, p. 191.

¹⁴ *idem*

¹⁵ *idem*



Las preguntas sobre esta realidad, que ha desbordado los controles, son muchas: ¿Quién está autorizado a realizar el registro y el almacenamiento de datos? ¿Donde deberán estar depositados esos datos y por cuanto tiempo? ¿En qué medida es posible la utilización y difusión de los datos con relación a terceros o en un proceso judicial? Y finalmente, ¿qué datos es pertinente recabar y cuáles estarán vedados a toda solicitud de información?

En Uruguay, la Ley 18.331 expresa que “ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles. Estos sólo podrán ser objeto de tratamiento con el consentimiento expreso y escrito del titular. Los datos sensibles sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley, o cuando el organismo solicitante tenga mandato legal para hacerlo. También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando se disocien de sus titulares” (art. 18).

La norma en realidad no ofrece garantías al trabajador, porque sabemos que el vínculo laboral le priva de cierta libertad de decisión por el interés que tiene en conseguir o conservar el trabajo, lo que lo predispone a otorgar su consentimiento. Por lo tanto compartimos – aún en presencia del art. 18 de la Ley 18.331 - lo expresado por Bronstein, en el sentido que el empleador no debe recabar datos personales que contengan información sensible, a menos que guarden una relación directa con una decisión legítima y no discriminatoria en materia de empleo y se cumplan las disposiciones de legislación nacional¹⁶. Siguiendo esta línea de razonamiento, podrían ser legítimas informaciones sobre alcoholismo para la contratación de un chofer de bus o un piloto de aviones, mientras sería manifiestamente ilegítima toda averiguación – aún con el consentimiento del trabajador – de la condición de gravidez de una trabajadora postulante a un empleo o de las condiciones de morbilidad de cualquier trabajador para un empleo tradicional¹⁷. En la misma línea consideramos ilegítimos los exámenes

¹⁶ Bronstein A. S., *La protección de la vida privada en el lugar de trabajo*, en Anales del II Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Isla Margarita (Venezuela), abril-mayo 2008, pp.76, quien recuerda la decisión de la Corte Constitucional de Sudáfrica en fallo del año 2000, condenando la empresa South African Airways por haber rechazado el empleo a un auxiliar de cabina, por el hecho de haber dado positivo en un test de VIH. La demandada argumentó sobre los riesgos potenciales de ese trabajador que trabajaba en estrecho contacto con los pasajeros, pero la sentencia rebatió el punto afirmando que se pueden enfrentar esos riesgos con un buen consejo profesional, seguimiento y administración de la adecuada medicación. Añadió la Corte que estaba en juego el interés superior de la sociedad que exige que se reconozca ante todo la dignidad inherente de cada ser humano y se eliminen todas las formas de discriminación.

¹⁷ *idem* p. 78.



genéticos o averiguaciones sobre la vida sexual, las ideas políticas, religiosas o gremiales y los antecedentes penales de un potencial trabajador. La actitud del empleador sería aún más censurable si las averiguaciones se realizaran a través de polígrafos, detectores u otros medios similares de comprobación de la realidad.

La dependencia a distancia o teledisponibilidad

Las nuevas tecnologías han desarrollado nuevas formas de trabajo que permiten integrarse a la actividad de la empresa a la distancia, lo que en general se conoce como teletrabajo. El hecho que el teletrabajador realice su actividad lejos de la empresa no significa necesariamente que organice en forma autónoma su trabajo, sino que muchas veces sigue ligado a la empresa para la que trabaja a través de formas de dirección y control tan o más intensas, que si trabajara en el mismo lugar físico de aquella¹⁸.

Pero al hablar de dependencia a distancia o teledisponibilidad no nos referimos solo al teletrabajo, sino también a la práctica cada vez más generalizada del trabajo de retén o “de guardia o “a disposición”. Esta práctica comenzó a difundirse a fines de la década de los '80 – con la aparición primero de los *bip-bip* y luego de los celulares – en determinadas áreas: médicos, viajantes, seguridad. En la actualidad el trabajo de retén se ha multiplicado y alcanza de modo transversal todas las actividades y categorías laborales. En ello han influido dos cuestiones: la difusión masiva de los celulares y de internet, y la exposición cada vez más abierta a un mercado global que opera durante las 24 horas.

En algunos casos – especialmente en las planas gerenciales de las empresas – se exhiben con orgullosa ostentaciones los novedosos *blackberry*, celulares que permiten a su titular ingresar en Internet y recibir y enviar la correspondencia e-mail: los mismos son en definitiva instrumentos de subordinación *on-line* dentro y fuera de las horas de trabajo. Esto nos plantea la licitud de una obligación contractual de *teledisponibilidad*, es decir, de la obligación de estar localizable y dispuesto para incorporarse al trabajo, cuando ello sea requerido por el empleador¹⁹.

¹⁸ Pérez de los Cobos Orihuel F., op. cit., p. 170.

¹⁹ Perez de los Cobos Orhiuel F., op. cit., pp. 176.



El tema es de mucha actualidad y está fundamentalmente ligado a la cuestión de la retribución del trabajo de retén o “a disposición”, sobre el que se plantean diversas soluciones. Una primera posición es la de considerar que la *disponibilidad* forma parte de la propia obligación original del contrato de trabajo y por lo tanto no debe ser retribuida de modo especial o solo debe ser retribuido el tiempo efectivo de trabajo y no el tiempo a la orden (por ejemplo, en el caso de un médico de urgencias a domicilio solo sería retribuable el tiempo efectivo para la realización de la visita al paciente). Una segunda posición – amplia – permite afirmar que todo tiempo a la orden es asimilable al tiempo de trabajo y por lo tanto, cuando supera el límite de la jornada debe ser compensado como trabajo extraordinario o - como afirma nuestra Suprema Corte de Justicia - a tiempo simple, porque existe un mayor tiempo de trabajo a la orden, pero no necesariamente una mayor fatiga. La tercera posición busca criterios razonables y forfaitarios para retribuir este trabajo, pero para ello en nuestra opinión - y mientras no existan normas legales - es necesario la suscripción de convenios colectivos que establezcan una prima o compensación forfaitaria para la teledisponibilidad. Salvo en el sector médico, no conocemos acuerdos de este tipo.

Es evidente que la pluralidad de posiciones es demostrativa de la confusión y oscuridad sobre el punto, por lo que se vuelve necesaria su urgente regulación legal.

AGESIC: la Agencia de Estado que regula y controla el uso de los instrumentos electrónicos.

La regulación del uso de instrumentos electrónicos de control en el ámbito laboral está a cargo de AGESIC – Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información -, organismo que depende de la Presidencia de la República. Su principal objetivo (o por lo menos en teoría) es procurar la mejora de los servicios al ciudadano, utilizando las posibilidades que brindan las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

En realidad esta Agencia regula, controla y decide sobre como deben ser usadas las tecnologías en los diversos sectores de la vida ciudadana y en especial – por lo que nos interesa – en el trabajo.



La opinión de la Agencia se expresa en dictámenes que siguen criterios más bien pro-empresarial, en un gobierno que afirma su rol *pro-labor*. Generalmente la Agencia en sus dictámenes, si bien destaca la importancia de los derechos del trabajador con relación a su privacidad, aceptan prácticas de control desde una perspectiva de amplio reconocimiento de los derechos de la propiedad.

Importan en tal sentido hacer referencia al Dictamen de la Agencia N° 10 de abril de 2010, que si bien refiere a la necesidad de tutelar a las personas físicas, a nuestro juicio legitima ampliamente el uso de videocámaras, micrófonos y otros elementos de control en los lugares de trabajo. Por ejemplo, con relación a la videovigilancia ha expresado que la misma como “toda grabación, captación, transmisión, conservación y almacenamiento de imágenes y en algunos casos de sonidos mediante la utilización de videocámaras u otro medio análogo”, expresa que la misma “tiene como principales finalidades la protección de las personas físicas, del derecho de propiedad, la tutela del orden público, la detección y prevención de delitos, así como otros intereses legítimos”²⁰. Evidentemente las finalidades son diversas y muchas veces en conflicto entre sí como, por ejemplo, la protección de las personas físicas y el derecho de propiedad.

La Agencia – siguiendo las indicaciones del art. 5 de la Ley 18.331 de 11.8.2008 – hace referencia en el Dictamen N° 10 del año 2010 a una serie de principios que refieren en especial a la protección de datos para legitimar la videovigilancia. Ellos son:

a. **Principio de la legalidad**, que indica que el tratamiento debe ser acorde a la normativa vigente, con lo cual las bases de datos deben inscribirse en el Registro de Base de Datos Personales a cargo de la Agencia y no tener finalidades violatorias de derechos humanos o contravengan la moral pública;

b. **Principio de “finalidad”**, que indica que los sistemas de videovigilancia deben tener consignado por escrito u otro medio análogo las finalidades para los que se utiliza. La regla agrega que deberán adoptarse políticas de privacidad y el uso de las videocámaras deberá estar estrictamente limitado a las finalidades expresamente consignadas.

c. **Principio del consentimiento informado**: es necesario contar con el referido consentimiento del titular de los datos, excepto los casos de seguridad pública, que tienen una

²⁰ Dictamen N° 10 de 16 de abril de 2010.



regulación específica y en los cuales del juicio de ponderación debe resultar de mayor relevancia la seguridad pública.

d. **Principio de veracidad:** los sistemas de videovigilancia deben ser subsidiarios y sólo pueden ser utilizados cuando no exista otro medio menos lesivo de la intimidad de las personas.

e. **Principio de seguridad:** los responsables de las Bases de Datos deben garantizar la seguridad de las imágenes y evitar su adulteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado.

El Dictamen también indica que debe garantizarse el derecho de las personas a ser informadas que sus imágenes están siendo captadas. A tales efectos la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales ha diseñado un distintivo que debe ser visible en todo los lugares en que se utilicen sistemas de videovigilancia.

Para confirmar nuestra opinión en el sentido que los criterios administrativos de la AGESIC legitiman un amplio uso de controles digitales sobre los trabajadores, destacamos el Dictamen 19/2012, que se pronuncia sobre un caso muy puntual: las eventuales consecuencias jurídicas que tendría contratar el servicio de videovigilancia ofrecido por ANTEL, a efectos de instalar la cámara en la cocina-comedor del domicilio particular donde realiza sus tareas la niñera contratada para el cuidado de los hijos menores de edad.

En el referido dictamen la Agencia expresa que la evolución producida en materia de derecho a la intimidad y a la privacidad ha llevado a plantear situaciones “donde se entrecruzan varios derechos de raigambre constitucional, desde una perspectiva que enfatice en esta nueva concepción”. En el caso concreto – indica el Dictamen –, no es necesario obtener el consentimiento de la persona afectada por el sistema de videovigilancia, porque el art. 9 de la Ley N° 18.331, Numeral D, indica que no se requiere recabar el consentimiento de una persona, si los datos refieren a una relación contractual y son necesarios para su desarrollo o cumplimiento de la misma: “en el caso analizado, puede considerarse que este tratamiento es necesario para el adecuado desenvolvimiento de la relación laboral referida al cuidado de los niños”. El dictamen concluye indicando que – aunque no se requiere el consentimiento de la trabajadora - de todos modos deberá informarse expresamente y en forma anticipada a la misma, porque la videovigilancia pasará a formar parte de la propia relación laboral y deberán respetarse los espacios privados de la trabajadora (baños, dormitorios o vestuarios), pues la



videovigilancia en estos casos afecta su intimidad y privacidad”. Como expresáramos anteriormente este tipo de dictamen responden en nuestra opinión a una visión que privilegia los derechos de la propiedad y del empleador sobre los derechos del trabajador.

Una reflexión final: la vuelta a los “principios”

Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han impactado fuertemente en la cultura, los usos y prácticas contemporáneas. Sus efectos en las relaciones laborales han ampliado el campo de confrontación entre empresas y trabajadores, produciendo un nuevo debate a partir de la inserción de instrumentos de alta tecnología en la prestación subordinada del trabajo.

Es evidente que toda resistencia al progreso tecnológico esta destinada al fracaso, pero de todos modos es deber del operador de relaciones laborales prestar atención a los vínculos entre tecnología y trabajo, que en muchos casos – en nombre de la innovación – quiebran tutelas consolidadas del trabajador.

Sorprende en nuestro país el aparente desinterés que notamos en las organizaciones sindicales, que aceptan sin resistencia el uso – y a veces el abuso – que los empleadores hacen de las nuevas tecnologías: la posibilidad que el empleador revise el correo electrónico del trabajador o que instale sofisticados sistemas de control en el ámbito laboral (cámaras, micrófonos GPS, etc.) son expresiones de un poder de dirección aceptado por parte de los colectivos de trabajadores.

Los reclamos de los sindicatos se detienen en la solicitud de preavisos, información y acuerdo en la dirección de las cámaras, pero no discuten el cuestionamiento más grave: la posibilidad que el empleador ingrese – con la excusa de velar por la seguridad y protección de sus bienes – en las esferas más íntimas de la privacidad del trabajador. Así como acontecía en el siglo XIX y en los albores del siglo XX el derecho de propiedad se proyecta como el derecho de vigilar y fiscalizar en todo momento la conducta del trabajador. Aquel gran televisor que el dueño de la fábrica tenía sobre su escritorio para controlar al obrero metalúrgico de Tiempos Modernos interpretado magistralmente por Charlíe Chaplin, hoy es sustituido por la pantalla de



una laptop o de un celular, a través de la cual el empleador puede vigilar a sus dependientes en forma continua o simplemente cuando se le ocurra.

La negociación colectiva debería ser la fuente normativa por excelencia para definir derechos y obligaciones de las partes en el nuevo espacio digital del contrato de trabajo. En tal sentido parece oportuno y necesario que las organizaciones sindicales asuman un rol proactivo en un tema sobre el que han operado poco.

En ausencia de normas, deberá recurrirse (como en el pasado) a los principios del derecho del trabajo, en una interpretación – que sin alterar su lógica y su finalidad – permita adecuar las tutelas del industrialismo mecánico a la dimensión digital de las nuevas relaciones laborales. En el examen de estas nuevas realidades del trabajo sigue conservando especial importancia los principios de la buena fe, de la realidad, de la buena fe y de la razonabilidad, además del principio protector que se expande a todas las zonas del derecho laboral.

En el examen de estas nuevas realidades adquieren especial importancia los principios de la buena fe y de la razonabilidad, además del principio protector que se expande a todas las zonas del derecho laboral.

El principio de la buena fe en la materia que nos ocupa se traduce en la necesidad de informar al trabajador de toda forma de subordinación tecnológica de la cual es objeto. En base a este principio podemos afirmar para legitimar los sistemas de control sobre el trabajador es oportuno prevenirlo, salvo el caso de auditorías específicamente justificadas en razón de la actividad que desarrolla el trabajador: cajero, cobrador, personal gerencial, o situaciones que signifique la violación directa por parte del trabajador de normas que atenten contra otros trabajadores o contra la seguridad de la empresa (ej., prácticas de acoso sexual y los deberes de la empresa de prevenirlo y reprimirlo, comunicación a terceros de información confidencial de la empresa, difusión de información política o pornográfica, a través del servidor corporativo, etc.)

A su vez el principio de la razonabilidad nos permite afirmar que toda medida tecnológica de gestión, que se pretenda imponer al trabajador debe guardar una razonable correspondencia con los intereses objetivos de la empresa y la dignidad del trabajador. Los controles, las preguntas, los monitoreos deben responder siempre a un criterio razonable. Como ha expresado Plà, el poder de dirección debe ser ejercido razonablemente, y ello significa que el



empleador debe poder invocar razones objetivamente válidas para justificar su ejercicio. “Si el trabajador – expresa – puede justificar que la medida dispuesta le causa un perjuicio desproporcionado con la ventaja que ella representa para la empresa, se justifica la oposición o la residencia del trabajador. Con mayor razón aún si se demuestra que está inspirada por móviles persecutorios de represalia, sin responder al legítimo interés de la empresa.”²¹

Otras reglas surgen de los principios generales del derecho también aplicables a la esfera que nos ocupa. Así consideramos que adquieren especial importancia en la definición de los límites y de las reglas de conducta que marcan las situaciones anteriormente apuntadas principios y criterios como: a) la licitud de los motivos y los objetivos de los instrumentos y medidas empleadas; b) la ecuanimidad de las mismas; c) la actitud no discriminatoria; d) la pertinencia objetiva de las medidas de control; e) el respeto de las condiciones de seguridad, salud y protección psicofísica de la persona.

También cabe expresar que adquiere especial importancia en este debate la normativa internacional y el derecho comparado (en especial el Repertorio de Recomendaciones sobre prácticas para la protección de datos personales de los trabajadores adoptado en 1996 en una reunión de expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT)²².

Montevideo (Uruguay), 24 de noviembre de 2013

²¹ Plá Rodríguez A., *Los Principios del Derecho del trabajo*, 3a edición actualizada, Buenos Aires 1998, p. 382.

²² Bronstein A., ob. cit., pp. 91 y ss.



ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO DO TRABALHO