

Nºs 231-232

Año LXXX

Enero-Junio, Julio-Diciembre 2012

Fundada en 1933

ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCIÓN^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

LA PROBLEMÁTICA DE LA PRIVACIDAD AL INTERIOR DE LA EMPRESA: ASPECTOS DEL ANTAGONISMO ENTRE PRIVACIDAD Y CIBERVIGILANCIA

CLAUDIO E. THOMAS VELOSO*

Profesor de Derecho Nuevas Tecnologías
Universidad San Sebastián Sede Puerto Montt

ALGUNAS CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Para quienes asumimos la tarea de explicar estas materias en salas de clases, es bastante frecuente que se nos consulte sobre estos asuntos mediante la pregunta ¿el empleador puede leer los correos electrónicos de los trabajadores? En esta consulta se resume una de las manifestaciones más cotidianas de la preocupación sobre estos temas, sin embargo no es la única problemática sobre privacidad que se presenta en el ámbito laboral.

El uso de cámaras de vigilancia en sectores de trabajo, la investigación sobre los sitios web visitados por los trabajadores, el uso de sus datos de carácter personal¹ para fines diversos a los directamente relacionados con el trabajo y su tarificación, etc., son todos aspectos en los que la privacidad de los trabajadores queda en entredicho al aplicar medidas de cibervigilancia.

La consulta sobre los sistemas de comunicación escrita, y en especial el correo electrónico, vincula, además de la privacidad y la propiedad o el poder de control, la prerrogativa constitucional de la privacidad de las comunicaciones, contenida en el artículo 19 N° 5 de la CPR.

* Máster y DEA en Derecho de las Nuevas Tecnologías por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Candidato al Grado de Máster en Derecho por la Universidad de Concepción.

¹ Más allá de los simplemente nominativos, los datos personales con los que mayormente se puede afectar la intimidad del trabajador son los relacionados con sus preferencias, intereses o los referidos a su salud, situación financiera o a su información genética (ADN).

La temática sobre las cámaras de seguridad implementadas en sitios de trabajo dice relación con un aspecto que en Chile no se ha desarrollado suficientemente aún como derecho, pero que ha sido protegido por medio de una interpretación amplia de la privacidad, como es el derecho a la propia imagen², reconocido en forma directa e independiente en otras constituciones. Con todo, existen numerosos dictámenes de la dirección del trabajo sobre esta materia³.

La dinámica del control y verificación de los sitios web visitados por los trabajadores en su horario de trabajo, o bien desde su lugar de trabajo, en un criterio distinto, puede afectar, una vez sobrepasado los aspectos propios de la privacidad o intimidad del trabajador, a aquellos otros principios a los que ella sirve de escudo: libertad de conciencia, libertad de opinión, derecho de reunión⁴ y asociación, derecho a sindicarse⁵, etc.

Por último, los aspectos propios de la protección de los datos de carácter personal exceden la simple visión de protección que pueda entregar el concepto de privacidad y entregan, a través de las normativas de protección de datos de carácter personal⁶, herramientas para que el titular de los datos personales ejerza activamente su derecho a la autodeterminación

² Sirva de ejemplo la Constitución Española de 1978 que en su artículo 18.1 indica: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", comparable con el 19 N° 4 de nuestra Constitución que indica: "La Constitución asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia", sin hacer mención alguna a la propia imagen como un derecho de la personalidad.

³ Los principales: 195/8 de 17 de enero de 2002, 363/21 de 25 de enero de 2002, 2328/130 de 19 de julio de 2002, 2852/158 de 30 de agosto de 2002, 3276/173 de 7 de octubre de 2002, 2875/72 de 22 de julio de 2003, 4822/207 de 11 de noviembre de 2003. De ellos, el que de mejor forma resume las exigencias particulares que se le hacen a las grabaciones de seguridad para ser válidas, es el 2328/130 de 19 de julio de 2002, en el que se hace una enumeración de condicionantes que se reitera en los dictámenes posteriores.

⁴ Ya que sitios del tipo Blog o aquellos denominados genéricamente como "redes sociales" en que se comparten opiniones, pueden utilizarse para lícitas finalidades sindicales, que pudieran verse afectadas por el control intrusivo del empleador.

⁵ Sobre el particular se ha generado importante literatura sobre los denominados "Derechos Online", que son aquellos derechos de carácter laboral que protegen al trabajador de las tecnologías que afectan sus legítimos derechos e intereses sindicales. Barba Ramos F. y Rodríguez-Piñero Royo M. "Alternativas de regulación de los derechos on-line en el ordenamiento laboral español" en *Derecho y conocimiento*, Vol. 1, Universidad de Huelva. Pág. 13; Rodríguez-Piñero Royo M. y Lázaro Sánchez J. en "Los derechos on-line en el ordenamiento laboral español: estado de la cuestión" en *Derecho y conocimiento*, Vol. 2, Universidad de Huelva, págs. 151.

⁶ En Chile la Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada.

informativa⁷, no sólo evitando las intromisiones de terceros, en este caso el empleador, sino que asumiendo activa y positivamente una labor de protección y resguardo de sus datos de carácter personal, propios de su intimidad.

Por su parte, el empleador debe ejercer su poder de control⁸ en el ambiente laboral. Es él quien debe dirigir la forma en que se realiza la labor productiva y, en tal sentido, vigilar que sus órdenes sean cumplidas a cabalidad por quienes deben hacerlo. Esta función hoy se puede ejercer mediante nuevas herramientas técnicas e informáticas y, en tal sentido, se da origen a una vigilancia de modalidad y carácter técnico que se ha denominado *cibervigilancia*⁹. A partir de esta oportunidad que abre la técnica, aparece una manifestación importantísima del derecho de control del empleador: su derecho a elegir el medio de control que empleará y que, según él, le permita cumplir de mejor forma su derecho-deber de dirección, dentro de los parámetros legales, en particular el mandato del inciso final del 154 CdT: “Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador”.

⁷ Sobre la *autodeterminación informativa* es muy interesante el artículo de Herrera Bravo R. “La protección de datos personales como garantía básica de los derechos fundamentales”, se refiere a la autodeterminación informativa citando el fallo del Tribunal Constitucional Alemán sobre la ley de Censo de 1983: “Sin la ley de censo de 1983 impediría que el ciudadano pudiese obtener conocimiento de quién dispone de sus datos de referencia personal, dónde, sobre cuáles de ellos, de qué modo y con qué fines, su protección jurídica sería constitucionalmente insuficiente”, en línea www.adi.cl consultada el 14/09/2007 19:48 Suñé Llinás E. “Tratado ...” pág. 59.

⁸ En efecto, el empleador tiene una obligación relacionada con la dirección de la labor realizada por sus dependientes, por cuanto él es el principal responsable de lograr los objetivos de la entidad productiva. Al respecto Viñales E. “Argentina: Derechos de los empleadores”. Pág. 16. En recopilación *Derecho de los empleadores. Estudio de países*. Oficina Internacional del Trabajo (OIT), Santiago 2002.

⁹ Control a través de medios audiovisuales, electrónicos e informáticos ejercido por parte del empleador sobre los trabajadores, de forma que nos encontramos frente a una facultad reconocida por el ordenamiento jurídico, esto es el poder de control empresarial, ejercido a través de nuevas tecnologías. Al respecto: Martínez Fons D. “El poder de control del empresario en la relación laboral”, Ed. Consejo Económico y Social España 2002. Pág. 67; Thibault Aranda J. “El teletrabajo”, Ed. Consejo Económico y Social, España 2000. Pág. 121; Thibault Aranda J. “Control multimedia de la actividad laboral” en línea: www.tirantonline.com consultado el 04/05/2007 19:05; González Ortega S. “La Informática en el Seno de la Empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo” en *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del trabajo*, Coordinadores: Alarcón Caracuel M. y Esteban Legarreta R. Ed. Bomarzo, Madrid 2004, pág. 19.

Por tanto, la cibervigilancia no es en sí intrusiva, sin embargo debe obedecer los límites que le imponen los derechos esenciales de los trabajadores que tiene a su cargo.

De esta forma, el presente trabajo busca mostrar y describir estas antagonías y contraposiciones entre derechos fundamentales, de forma de poder analizar en detalle las opciones que entran en juego a la hora de buscar las soluciones más idóneas.

CIUDADANÍA EN LA EMPRESA COMO ELEMENTO PREVIO EXPLICATIVO Y JUSTIFICANTE DE LA ANTAGONÍA ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES

La concepción de la *Ciudadanía en la Empresa*, como concepto jurídico propio del derecho del trabajo es más bien reciente y se origina en Alemania a partir de las sentencias de la Cámara Primera del Tribunal Federal del Trabajo y del trabajo del jurista H.C. Nipperdey, quienes aplican directamente las normas constitucionales en las relaciones entre particulares¹⁰. Ello ha dado paso a que, si antiguamente se consideraba que el trabajador dejaba sus prerrogativas ciudadanas fuera del umbral de su empresa, hoy ellas se puedan ejercer válidamente en su interior, para dirigir su acción directamente contra el empleador que pudiera vulnerarlas a partir de la relación laboral¹¹.

Es, entonces, al interior de la empresa que estas prerrogativas asumen una nueva dimensión en su aplicación ya no sólo frente al Estado, quien justificó en tiempos pretéritos el nacimiento de los derechos fundamentales (dimensión vertical), sino que hoy asumen una dimensión horizontal¹², propia de la amenaza que para esas prerrogativas implican los otros ciudadanos que, en situaciones de mayor o menor poder, pueden llegar a afectar el recto cumplimiento de los mandatos constitucionales.

¹⁰ Gamonal Contreras S. *Ciudadanía en la empresa, o los derechos fundamentales inespecíficos*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, pág. 9.

¹¹ Gamonal Contreras S. *Ibidem* Pág. 10.

¹² Horizontalidad de los derechos: "Horizontalwirkung" o "Drittwirkung der Grundrechte". Pérez Luño A. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid 2001, págs. 312 a 314. García Torres J. y Jiménez-Blanco A. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares, la drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid 1986. Bilbao Ubillos J. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid 1997.

Así, la justificación *ius* filosófica del derecho del trabajo asume un apoyo importante en los derechos esenciales, superior a una pura justificación *ius* civilista, en el sentido que es tan importante la regulación, cuidado y limitación del vínculo contractual entre los particulares, como su fundamentación y función de resguardo de las prerrogativas esenciales del trabajador y el empleador en cuanto sujetos de la relación laboral.

De esta forma, descubrimos al interior de la empresa dos ámbitos de derechos laborales esenciales, los específicos tales como el derecho al trabajo y a la sindicalización; y aquéllos inespecíficos, que surgen de su calidad de individuo y que asumen en la empresa una visual novedosa.

Con todo, es importante hacer presente que esta dimensión horizontal funciona bilateralmente, en el sentido que otorga derechos y obligaciones a ambas partes de la relación laboral. Esta bilateralidad se manifiesta no sólo en la función de proteger al trabajador como parte más débil, sino que también como justificante de la protección de las prerrogativas fundamentales del empleador y que surgen a partir del respeto a su patrimonio, protección del emprendimiento y derecho a la libre empresa, todo lo cual ejerce a través de su poder de control sobre la función realizada por el primero¹³. De esta forma, el ámbito de aplicación de la horizontalidad de los derechos fundamentales excede la justificación social del Derecho del Trabajo y asume una segunda dimensión horizontal, en la medida que afecta todas las áreas del derecho. Es una herramienta social destinada a regular la convivencia de particulares en sociedad.

Ahora bien, esta perspectiva de la ciudadanía en la empresa, que en nuestro país fue traspasada al Código del Trabajo (CdT) a partir de la Ley 19.759 de 5/10/2001¹⁴, asume una novedosa utilidad desde la visual propia de los que se han llamado derechos fundamentales de tercera generación.

¹³ Marín Alonso I. *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2005. Pág. 58. Martínez Fons D. "El poder..." *op. cit.* pág. 52, quien hace ver que este poder de control no lesiona la dignidad de la persona, pero sí pueden hacerlo determinadas formas de control, al igual que la acentuación exagerada de la subordinación más allá de lo necesario para la organización del trabajo.

¹⁴ Dictamen 2328/130 de 19 de julio de 2002 se refiere a la ley indicada diciendo que a través suyo "se ha materializado el reconocimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa, lo que se ha denominado por la doctrina como 'ciudadanía en la empresa'; reconocimiento que está llamado a constituirse en la idea matriz que ha de conformar y determinar, de forma ineludible, la interpretación del conjunto de las normas que regulan las relaciones al interior de la empresa".

Estos, surgen como respuesta a lo que Pérez Luño ha descrito como la “contaminación de las libertades en el seno de las sociedades tecnológicamente avanzadas”¹⁵, de forma que las prerrogativas que los ciudadanos han ganado durante siglos, y que se han plasmado en los derechos fundamentales de primera y segunda generación, hoy requieren un paso más para enfrentar la amenaza que las nuevas tecnologías implican frente a ellas¹⁶.

Así, las modernas tecnologías exigen una nueva respuesta del derecho a todo nivel, haciéndose necesaria una reformulación del catálogo de garantías fundamentales que aún está pendiente en nuestro país¹⁷. Esta inactividad del constituyente obliga a seguir buscando respuesta a las modernas exigencias que implican las tecnologías, o derechos de la sociedad tecnológica, en derechos de formulación pretérita que obligan a una función hermenéutica que asume caracteres casi creativos, totalmente innecesarios en países que asumen su Constitución como una herramienta de efectivo ordenamiento social y no como salvaguarda de criterios propios de su origen y que hoy, cada vez más, parecen ajenos a nuestra realidad como sociedad.

A partir de esta falencia, la sociedad tecnológica que vivimos cotidianamente sigue mirándose a partir de criterios que no se han actualizado. De entre ellos, la ciudadanía en la empresa aparece como uno de los más nuevos y que otorga respuestas más directas y prácticas a sus exigencias. Un ejemplo de ello es el artículo 154 bis introducido por la Ley 19.759 en el CdT: “El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos

¹⁵ Pérez Luño A. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Ed. Tecnos, Madrid 2001. Págs. 345-349. Tascón López R. *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Ed. Thompson Civitas, Navarra 2005, pág. 35. Sánchez Bravo Á. *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Ed. Univ. Sevilla Secretariado de Publicaciones, Sevilla 1998. Pág. 30. Campuzano Laguillo Mª. “Algunas consideraciones sobre la libertad informática y el derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia constitucional” en *Revista Avanzada de Derecho y Nuevas Tecnologías* N°1-2003. Pág. 99.

¹⁶ Herrera Bravo R. “La protección de datos personales como garantía básica de los derechos fundamentales” en línea www.adi.cl consultada 18 septiembre 2006 12:34. Explica que “la primera generación se refiere a las libertades y sus derechos de defensa a través de la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada; y el segundo catálogo –surgido tras el desarrollo de las luchas sociales–, representa derechos de participación que requieren de políticas activas de los poderes públicos encaminadas a garantizar su ejercicio, es decir, son derechos de tipo económico, social y cultural”.

¹⁷ Importante oportunidad perdió el poder constituyente en la reforma de la CPR, número 20.050 de 26 de agosto de 2005, en el que se sustituyó el 19 N°4 relativo a la vida privada y la honra de la persona y su familia, pero sin referirse a la variante activa que implica el derecho a la autodeterminación informativa (también denominada *libertad informática*), principal manifestación de esta tercera generación de derechos fundamentales.

privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”. Esta precaución informática de la que el CdT hace responsable al trabajador se asemeja a la prevención del 18.4 de la Constitución española, en la que indica: “La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. En efecto esta norma laboral, sin hacer mención a la técnica informática, se refiere directamente (aunque no únicamente) a ella y la reconoce como una amenaza a la intimidad, vida privada o la honra del trabajador, en los términos del artículo 5º inc. 1º del CdT, también introducido por la Ley 19.759. Quizás estos criterios estén dando lugar a una “ciudadanía informática en la empresa”, de la cual tenemos que asumir más conciencia como sociedad.

Habiendo dejado sentado el antecedente lógico y jurídico de donde nace la perspectiva con la que analizaré cada arista de la problemática, puedo pasar a describir los principales ámbitos en los que la privacidad y la cibervigilancia surgen como antagonistas: la imagen personal, los datos de carácter personal y las comunicaciones privadas.

PRIMERA DIMENSIÓN DE LA PROBLEMÁTICA PRIVACIDAD V/S CIBERVIGILANCIA: EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LAS CÁMARAS DE VIDEO-VIGILANCIA

Bajo este epígrafe pretendo describir la problemática subyacente en el respeto de la imagen del trabajador y de la vigilancia por medios electrónicos, toda vez que una primera dimensión de la personalidad que se puede ver afectada por las tecnologías es la de su imagen.

No me refiero aquí a la *imagen* del trabajador como una manifestación de su honra (la imagen psicológica que los terceros se forman de su identidad, integridad u otras características¹⁸), sino de la representación visual del trabajador en el sentido de la “figura, representación, semejanza y apariencia de algo”, en este caso del trabajador, en los términos descritos por la RAE.

Esta concepción nos hace relacionarla con la idea de retrato, concepto propio de la técnica fotográfica que, sin embargo, nos muestra una vinculación importante: la imagen en relación a una identidad, esto es, la imagen como medio de identificación de un individuo, lo que nos llevará posteriormente a la discusión de si la imagen es o no un dato de carácter personal.

¹⁸ RAE: “Imagen pública: Conjunto de rasgos que caracterizan ante la sociedad a una persona o entidad”.

En la actualidad, las posibilidades de la técnica permiten un tratamiento casi ilimitado de la imagen por terceras personas que, con o sin el consentimiento del individuo, capturan, utilizan, modifican y/o publican una representación de esa imagen, sin que haya mayor limitación.

Desde la perspectiva jurídica, la normativa que se refiere más directamente a la imagen, en el entendido de que la Constitución no lo hace¹⁹, es aquella relacionada con la propiedad intelectual número 17.336 de 2/10/1970, que en su artículo 3° N°7 indica proteger las fotografías y en su N°8 las obras cinematográficas. Sin embargo lo hace desde la perspectiva de quien quiere proteger una obra fruto del intelecto de un particular. Así, lo protegido es la captura de la imagen, pero no a quien es titular de una imagen.

La vinculación entre la imagen personal y la personalidad de la que surge ha sido protegida en Chile, no a través de la privacidad, sino de la propiedad; en específico a través del artículo 19 N°24 de la CPR que indica: “La Constitución asegura a todas las personas, N°24, El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales”. Esta solución parece llamativa.

En efecto, la Corte Suprema se ha referido al derecho a la propia imagen, en relación a un recurso de protección, diciendo: “La imagen corporal es un atributo de la persona y, como tal compete a la persona el uso de su reproducción por cualquier medio con fines publicitarios o lucrativos; conforma, en consecuencia, un derecho incorporal protegido por la norma constitucional señalada. Cabe precisar, además, que la persona de que se trata es ampliamente conocida, y su fama y prestigio han sido laboriosamente conseguidos a través de su propio esfuerzo individual, en este caso, en el terreno deportivo-tenístico y por consiguiente el uso de ilustraciones en que ella aparezca tendrá ciertamente una decisiva influencia en el público consumidor, en favor del anunciante, quien de esta manera usufructúa del beneficio económico que de tal difusión se deriva, en perjuicio del recurrente. De aquí entonces, que la empresa recurrida, para poder utilizar la referida imagen, ha debido contar, necesariamente, con la autorización de la persona en cuyo favor se recurre, cuya es la facultad de otorgarla o no, y si lo hace

¹⁹ Sirva de ejemplo la Constitución Española de 1978 que en su artículo 18.1 indica: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, comparable con el 19 N°4 de nuestra constitución que indica “La Constitución asegura a todas las personas N°4 El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”, sin hacer mención alguna a la propia imagen como un derecho de la personalidad.

es a él a quien compete fijar las condiciones en que se realice, o acordar los términos pertinentes con quien desea difundirla como base para implementar alguna campaña publicitaria. En la especie, está claro que ello no ocurrió y en consecuencia, la difusión denunciada constituye una conducta ilegal que transgrede la garantía señalada”²⁰.

Así, se da protección a la propia imagen a través del derecho de propiedad sobre el bien incorporal que de ella surge: el derecho a la propia imagen, que es “la facultad de la persona para disponer de su imagen, pudiendo autorizar a terceros a captarla, reproducirla y publicarla con fines comerciales, publicitarios u otros similares, como asimismo, a revocar tales autorizaciones”²¹.

Por último, es importante aquí hacer referencia a la imagen personal como dato de carácter personal, en la medida en que coincide, o no, con la definición que al efecto entrega el artículo 2º letra f) de la Ley 19.628 sobre “Protección de la vida privada”: “Datos de carácter personal o datos personales, los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”.

No existiendo en nuestro país un organismo administrativo llamado a dilucidar la correcta interpretación del concepto mencionado, creo interesante analizar la solución que ha dado al respecto la Agencia Española de Protección de Datos (AGPD), a partir del concepto similar que entrega la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD): “Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”²².

La interpretación que ha hecho la AGPD en torno a este concepto, en relación a las imágenes de personas obtenidas por cualquier medio, es bastante amplia en el entendido que asume que toda imagen de una persona

²⁰ Corte Suprema “González Ramírez Fernando c/ VTR Banda Ancha S.A. y otros” Rol 3479-2003 de veintinueve de septiembre del año dos mil tres. Considerando 7º, en que se analizó disputa entre el conocido tenista Fernando González y la empresa de telecomunicaciones VTR.

²¹ Nogueira Alcalá H.: “Pauta para superar las tensiones entre los Derechos a la Libertad de Opinión e Información y los Derechos a la Honra y la Vida Privada”. En *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XVII, diciembre de 2004, pp. 139-160. Nótese la descripción del autor del derecho a la propia imagen como una disposición activa y positiva para disponer de ella, asimilable a la postura activa y positiva que entrega la autodeterminación informativa (libertad informática) al titular de los datos personales que le conciernen. Es coincidente, además, con la forma en que la Corte Suprema se refiere al derecho a la propia imagen en el fallo reseñado.

²² LOPD Art. 3 a).

es un dato, y será personal en la medida que sea posible reconocer a la persona cuya imagen está siendo reproducida²³, y que será protegida por la LOPD en la medida que conste en un archivo (informatizado o no) estructurado. Ello ha llevado a que toda grabación de imágenes de particulares les debe ser informada mediante sendos carteles que evidencian la presencia de cámaras de video y que, en la infracción de las normas de la LOPD, se apliquen importantes multas.

Con todo, la aplicación de la normativa sobre protección de datos a las imágenes de personas identificadas o identificables puede ser correcta en ciertos casos, pero no en todos, por cuanto la interpretación de la AGPD parece demasiado amplia, ya que no todo dato implicará una *información*, que es lo exigido por la norma jurídica para la aplicación de la normativa. En efecto, desde una perspectiva técnica, un dato por sí mismo no entrega ninguna información si no es a partir de un cruzamiento de datos. Si un cruzamiento de datos que entrega información no incluye una vinculación real o posible con una persona natural, será imposible asimilar ese tratamiento con un tratamiento de carácter personal, por lo que aplicar a toda grabación la normativa de protección de datos parece exagerado²⁴.

En la empresa debe hacerse la siguiente aclaración y es que, siendo el ámbito laboral un ambiente cerrado en el que por la convivencia cotidiana, la identificación de quienes aparezcan en las grabaciones será fácilmente relacionada con una persona (trabajador) determinada, lógicamente que la asimilación con los datos personales aparece como más directa que en otras situaciones. Ello no significa, en mi opinión, que en todas las ocasiones deban regirse estas grabaciones en virtud de la normativa nacional sobre datos de carácter personal.

Pues bien, al interior de la empresa, la propia imagen puede ser captada de diversas formas, siendo la más común la circunstancia de las cámaras de seguridad instaladas en diversos espacios del ámbito laboral.

²³ Aparicio Salom J. "El derecho a la imagen y la protección de datos" en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, año 2005-1, N° 7. Pág. 17.

²⁴ En tal sentido Aparicio Salom J. *Ibidem*. Pág. 27. Quien concluye su análisis indicando "no debería considerarse que las imágenes estén dentro del ámbito de aplicación de la LOPD, por no constituir información, además de no estar personalizadas, salvo cuando se indique positivamente la identidad de la persona captada y no estarán sometidas a tratamiento salvo cuando se hayan incorporado a un fichero (archivo) organizado o se gestione a través de él".

Sobre el particular existen diversas resoluciones de la Dirección del Trabajo²⁵ que no siguen los criterios ni principios de la protección de datos personales, sino que está más bien dirigida a proteger la imagen del trabajador frente a una vigilancia excesiva de sus labores, resguardando las *licencias comportamentales*²⁶ propias del desempeño laboral continuo durante la jornada²⁷ y que surgen como corolario de la dignidad del individuo.

De esta forma, y como veremos²⁸, existen vigilancias mediante herramientas tecnológicas que permiten al empleador resguardar los intereses propios de su propiedad sobre el emprendimiento, sin embargo los límites van a estar puestos a través de los derechos fundamentales, que implica la dignidad de la persona del trabajador.

SEGUNDA DIMENSIÓN DE LA PROBLEMÁTICA PRIVACIDAD V/S CIBERVIGILANCIA: EL TRATAMIENTO DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL Y LA INVESTIGACIÓN DE ASPECTOS PROPIOS DE LA PERSONALIDAD

Ya se han anticipado algunos criterios que son propios de la protección de datos de carácter personal al interior de la empresa, al referirnos a la posibilidad de tratar la imagen individual como tal, sin embargo las situaciones que se analizarán son distintas y en ellos aparece con mayor claridad la aplicación de la Ley N° 19.628²⁹.

Al tenor de la ley, son datos personales “los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”³⁰, de forma

²⁵ Vid. nota 4 de este artículo.

²⁶ Martínez Fons D. “El poder...” *op. cit.* Pág. 75: “licencias comportamentales (por ejemplo las pausas que se toma el trabajador) para acentuar la existencia en el lugar de trabajo de momentos y zonas que responden a la intimidad y autonomía en el desarrollo del trabajo”.

²⁷ Gamonal Contreras S. “Ciudadanía...” *op. cit.* Pág. 51, sobre el Dictamen 2328/130 de 19 de julio de 2002: “La utilización de estos mecanismos de control audiovisual con la única finalidad de vigilar y fiscalizar la actividad del trabajador es ilícita por constituir una forma de control ilimitada, que no reconoce fronteras, que se ejerce sin solución de continuidad y en forma panorámica” indicando además que “provoca en el trabajador, inexorablemente, un estado de tensión o presión incompatible con la dignidad humana”.

²⁸ Vid. Pág. 36 y siguientes correspondientes al Capítulo II en que se analizarán críticamente cada una de las alternativas ideadas.

²⁹ Cerda Silva A. “Relaciones laborales y nuevas tecnologías” en *Revista Chilena de Derecho Informático*. N°1, año 2002.

³⁰ Art 2° letra f) de la ley 19.628 sobre “Protección de la vida privada”.

que los tratamientos de datos que tienen lugar al interior de la empresa³¹ deben regirse por la normativa de la Ley 19.628. Adicionalmente existe un mandato directo al empleador en el artículo 154 bis del CdT “el empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”, normativa que si bien es posterior a la Ley 19.628 de 28 de agosto de 1999, ya que fue incluida en el código por la Ley 19.759 de 5 de octubre de 2001, se inserta en título III del libro I, referido al Reglamento Interno, posicionamiento que pudiera dar para considerar que sólo las empresas obligadas a generar este documento deben respetar esta normativa, interpretación absolutamente descartable a la luz del artículo 5º del CdT en que hace especialmente responsable al empleador por el respeto a la intimidad, vida privada y honra del trabajador.

Pues bien, al amparo de la relación laboral y en el ejercicio continuo de las funciones que se le encomiendan, el trabajador deja ver constantemente aspectos privados propios de su personalidad: gustos, preferencias, intereses, problemáticas, enfermedades, relaciones personales, actividades, antecedentes familiares, etc. De ellos algunos son necesarios para configuración y funcionamiento de la relación laboral: por ejemplo, el nombre, RUT, domicilio y datos de contacto fuera del ámbito de la empresa. Sin ellos no se podría firmar el contrato de trabajo, pagar correctamente sus imposiciones, contabilizar el trabajo realizado, etc. Así, éstos, que son necesarios para la configuración y funcionamiento de la relación laboral, deben entregarse al empleador para su correcto uso³², mismo que está autorizado por el legislador³³. Este correcto uso es el que debe realizarse a partir de la normativa laboral sumada a aquella normativa específica de protección de datos personales.

³¹ Al interior de una empresa asumen tratamiento datos de carácter personal y datos que no lo son, pero dentro de los primeros podemos distinguir los datos propios de los ajenos, siendo propios los relativos al empresario sus intereses y preferencias. Entre los datos personales ajenos toman relevancia los de sus trabajadores, a los que nos referiremos y aquéllos de sus clientes y proveedores en cuanto sean personas naturales. Respecto de estos terceros relacionados a su actividad empresarial asume una importante responsabilidad que no se encuadra en la normativa del derecho del trabajo.

³² Ley 19.628 Art 4º inc. final : “Tampoco requerirá de esta autorización el tratamiento de datos personales que realicen personas jurídicas privadas para el uso exclusivo suyo, de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de aquéllos”.

³³ 10º N° 2 del CdT que exige la “individualización de las partes” como estipulación mínima del contrato de trabajo.

Sin embargo, existen tratamientos que exceden esta necesidad propia de la relación laboral y que se pueden recolectar a partir de las interacciones desarrolladas por el trabajador en su lugar de trabajo. Entre ellas, y sólo a modo de ejemplo:

- a) Opiniones o preferencias políticas;
- b) Datos de salud, entre ellos la información genética³⁴;
- c) Orientaciones o preferencias sexuales;
- d) Antecedentes financieros y de endeudamiento comercial³⁵;
- e) Participaciones sindicales o gremiales;
- f) Calificaciones escolares o universitarias;
- g) Ideologías o creencias religiosas, etc.

Todos estos tratamientos, en mayor o menor medida, pueden dar lugar a discriminaciones que afecten el desarrollo y desenvolvimiento del sujeto en la sociedad, configurando los denominados “datos sensibles” que son “aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”³⁶.

Estos tratamientos están prohibidos por el legislador, salvo en aquellos casos en que él los permite o el titular ha dado su consentimiento en forma previa, expresa y formal (por escrito)³⁷.

Pero la forma en que el empleador llega a enterarse de estas informaciones personales puede asumir diversas modalidades. Algunas de ellas pueden ser intrusivas y basarse en una verdadera “investigación” sobre la personalidad del trabajador.

Así, en la medida que afecten su intimidad, deberán evitarse las revisiones de los sitios web (incluyendo redes sociales) visitados por el

³⁴ Fernández Domínguez J. *Pruebas genéticas en el derecho del trabajo* Ed. Civitas, Madrid 1999. Pág. 107, construye los derechos genéticos a partir del derecho a la intimidad, el respeto a la dignidad de la persona y el derecho a la integridad física y a la autodeterminación informativa.

³⁵ Ley 19.628 Art. 17 y sgts.

³⁶ Ley 19.628 Art. 2º letra g).

³⁷ Ley 19.628 Art. 10 en relación al Art. 4º inc. 3.

trabajador desde su puesto de trabajo o mientras esté vigente su sesión de usuario en un computador determinado y, para el caso que el empleador estime necesario realizarlas, deberá incluirlas en un documento de políticas de uso de herramientas informáticas que forme parte del reglamento interno, a partir del mandato legal del artículo 154 N° 5. Todo en consideración a que mediante sus opciones y búsquedas en Internet el trabajador muestra perfiles³⁸ de intereses y preferencias que pudieran ser analizadas por el empleador desde una perspectiva errada y algunas veces, discriminatoria.

Del mismo modo, pero con mucha mayor claridad, debe evitarse todo tipo de escucha telefónica ya que la interceptación de estas comunicaciones no sólo afecta la privacidad de la comunicación³⁹, sino que constituye un delito en conformidad al artículo 161 A inc. 1° del CP⁴⁰.

Otra forma de control que puede adoptar caracteres intrusivos, dependiendo de la naturaleza de la información a la que pueda afectar es el registro de los archivos guardados y contenidos en el computador entregado al uso de un trabajador⁴¹, actividad que le deberá estar previamente informada, conforme al debido respeto al principio de buena fe, y prevista en el reglamento interno⁴².

³⁸ Martínez Fons D. "El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa" en *Relaciones Laborales y nuevas Tecnologías* Salvador Del Rey Guanter (director), Ed. Ley, Madrid 2005. Pág. 196: "En definitiva, la verificación del uso de Internet, esencialmente a través del control de los sitios web visitados por el trabajador, puede, eventualmente, plantearse en dos planos jurídicamente diferenciados: el derecho a la intimidad del trabajador y/o el derecho al secreto de las comunicaciones en la relación de trabajo".

³⁹ Sirve de introducción al concepto la opinión de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC), que indica que una comunicación tiene el carácter de privada cuando "el remitente escoge singularizadamente a la persona que la recibe". Actas de la CENC Sesión N° 129, pág. 23. Este carácter, entonces, aparece con mucha mayor claridad en una comunicación telefónica que en una comunicación electrónica de otro tipo y es esa diferencia la que justifica la sanción penal.

⁴⁰ 161 A inc. 1 CP: "Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público".

⁴¹ Martínez Fons D. "El control..." *op. cit.* Pág. 193.

⁴² Art 154 N°5 CdT, e inc. final: "Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador".

Nótese cómo el soporte técnico de la información afecta al significado jurídico de la conducta intrusiva, lo que se verá con mayor claridad al analizar la situación de las comunicaciones mediante correo electrónico y otras en formato electrónico, momento en que se deberá distinguir con cuidado una comunicación de carácter privado de una que no lo es, lo que determinará la aplicación de una importante prohibición legal⁴³.

Debe dejarse en claro, empero, que una cosa es enterarse de cierta información y otra muy distinta es hacer tratamientos informáticos de ella.

En efecto, la forma en que el trabajador da a conocer a terceros determinados aspectos de su personalidad, puede adoptar un sinnúmero de variantes que podríamos indicar como voluntarias: una conversación, una comunicación informal, la recepción de determinados documentos en su oficina, etc. Es normal que, en el transcurso del periodo durante el cual la relación laboral está vigente, en su carácter de contrato de tracto sucesivo, se de un mayor conocimiento entre las personas que forman parte de esta relación. Ese conocimiento funda las confianzas y, en tal sentido, es útil a la mejora de los procesos productivos del emprendimiento. Protegernos de estos conocimientos daría lugar a condiciones psicológicas abiertamente paranoides, reñidas con el normal desempeño laboral y desarrollo del individuo en sociedad.

A este conocimiento entre particulares, formado por la recolección de diversas informaciones personales, se puede aplicar directamente el mandato del artículo 154 bis del CdT, ya que así lo permite su redacción amplia y su interpretación a la luz del artículo 5º del mismo cuerpo normativo.

Para la situación relacionada con el tratamiento de informaciones, y en la medida que correspondan a datos de carácter personal en los términos descritos en la ley, se aplicará además su normativa protectora, independientemente de que se trate de un tratamiento automatizado o no, ya que el artículo 2º letra o) así lo prescribe⁴⁴.

⁴³ La tercera dimensión de esta problemática, que analizaremos a continuación: la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

⁴⁴ Ley 19.628 Art. 2º letra o): "Tratamiento de datos, cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma".

TERCERA DIMENSIÓN DE LA PROBLEMÁTICA PRIVACIDAD VIS CIBERVIGILANCIA: LA PRIVACIDAD DE LAS COMUNICACIONES Y EL CORREO ELECTRÓNICO

El tema de qué está permitido hacer y qué no ante un correo electrónico tiene diversas aristas justificadas en su doble naturaleza de herramienta de trabajo y medio de comunicación⁴⁵.

Desde la perspectiva del trabajador parece lógico que no se puede permitir un uso que vulnere la confianza entre las partes, llegando al nivel de ser desleal. Ello implica, sin duda, un incumplimiento del contrato de trabajo, que debe ser sancionado de alguna manera⁴⁶.

Es más, si este abuso implica una amenaza para el emprendimiento abordado por el empleador, con mayor razón se justifica que el sistema jurídico aplique una sanción a esta conducta ilegítima⁴⁷. Pero no sólo eso, el Derecho debe entregar los mecanismos para poder controlar que el uso de las herramientas informáticas sea el querido por el empleador⁴⁸ y, al mismo tiempo, dar soluciones al problema probatorio de comprobar fehacientemente una conducta de esta índole⁴⁹.

Por su parte, el empleador está limitado en su poder de dirección a partir de diversas prerrogativas de carácter legal y constitucional, ya que el respeto a la privacidad del 19 N° 4 CPR y la inviolabilidad de las comunicaciones del 19 N° 5 CPR, entran en conflicto con su interés de controlar el uso que se hace de las herramientas informáticas que, siendo de su propiedad, entrega para el uso de sus trabajadores.

Como se verá, ellos deben tener pleno conocimiento de las medidas de control que el empleador está utilizando en este sentido, de manera de poder verificar, en forma fehaciente y activa, que sus derechos fundamentales están siendo respetados en todo momento y bajo toda circunstancia.

⁴⁵ Marín Alonso I: "El poder..." *op. cit.* Pág. 21.

⁴⁶ Estudio Jurídico Otero, "Uso del correo electrónico en el marco de la relación laboral" en *Derecho y tecnologías de la información* Coordinador: Iñigo de la Maza G. Ed. Universidad Diego Portales. Santiago, 2002. Pág. 290.

⁴⁷ Labadía Bonastre J. *Protección de Activos Informáticos* Ed. Mapfre, Madrid 1994. Pág. 155. Indica que los riesgos de origen humano para los sistemas informáticos de una empresa corresponden en un 80% a errores u omisiones del personal, siendo, el 20% restante, propio de operaciones delictivas, sean del personal o de terceros.

⁴⁸ Marín Alonso I: "El poder..." *op. cit.* Pág. 16.

⁴⁹ Importancia adopta en esta materia la Ley 19.799 de 12 de abril de 2002, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma.

Con todo, es importante hacer aquí una precisión fundamental: las comunicaciones protegidas por la Constitución son aquellas caracterizadas como *privadas*, de forma que el hecho de poder encuadrar o no una comunicación determinada en el concepto de privada, es clave para analizar los poderes que el empresario tiene sobre ella.

En efecto, frente a una comunicación no privada (pública), el empleador podrá hacer valer directamente su interés de control fundado en la propiedad de los medios productivos (art. 19 N° 24 CPR) y en la libertad de empresa (19 N° 21 CPR), ya que sus prerrogativas fundamentales no tienen contrapeso, de forma que el acceso al contenido de la comunicación queda permitido.

Por el contrario, el simple hecho de poder configurar esta comunicación como una privada, la blindará constitucionalmente, oponiendo frente al empresario la prerrogativa fundamental de inviolabilidad de las comunicaciones (19 N° 5 CPR) y de protección de la privacidad (19 N° 4 CPR).

Pues bien, ¿cuál es el criterio válido para determinar cuándo estamos frente a una comunicación privada o no? La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC) indicó que una comunicación tiene el carácter de privada cuando “el remitente escoge singularizadamente a la persona que la recibe”⁵⁰, de manera que el criterio es objetivo y no dice relación con lo íntimo o personal que pueda ser el mensaje contenido en la comunicación.

Este criterio es adoptado por la Dirección del Trabajo al indicar que si el envío de correspondencia electrónica se realiza con copia a un tercer interviniente, “la comunicación perderá –en el instante– su condición de comunicación privada”⁵¹, de forma que podemos consolidar esta interpretación como correcta⁵². Ello, sin embargo conlleva un problema importante: deja en manos del emisor del mensaje la decisión de si una comunicación es privada o no, por lo que la aplicación de la protección constitucional queda entregada a su arbitrio, pudiendo utilizarla para fines contrarios a la buena fe.

⁵⁰ Actas de la CENC Sesión N° 129, pág. 23.

⁵¹ Dictamen N° 260/19 de 24 de enero de 2002.

⁵² En el mismo sentido, Álvarez Valenzuela D. “Inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas” en *Revista Chilena de Derecho Informático* N° 5, pág. 191.

Por su parte, podría suponerse que el problema hasta aquí descrito podría solucionarse simplemente mediante una cláusula del contrato de trabajo (en el mejor de los casos, pues también podría suponerse suficiente el reglamento interno u ordenarse a través de una circular interna), en que el trabajador deje establecida su autorización para que todas sus comunicaciones sean consideradas como públicas y, por tanto, declare aceptar la lectura de sus comunicaciones electrónicas. De hecho, este tipo de redacciones se han transformado en cláusulas de estilo en contratos para cargos con acceso a informaciones delicadas de la empresa, o en aquellos giros en los que se requiere un cuidado especialmente dedicado de la información, como es el caso de los bancos.

Pues bien, admitir la validez de estas estipulaciones implicaría una renuncia por parte del trabajador a un derecho que le ha sido reconocido, no sólo por la normativa laboral sino que por una norma superior como es la CPR. Ello, en nuestro derecho, contradice directamente el mandato del inc. 2º del artículo 5º del CdT: “Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo” y no podremos interpretar esta norma sin considerar los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución como “derechos establecidos por la leyes laborales”, toda vez que este inciso es la continuación lógica de aquel que indica: “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”⁵³.

Admitir, entonces, la validez de cláusulas como las recién mencionadas sería conculcar derechamente prerrogativas fundamentales a las que el legislador laboral se ha referido en forma expresa y en el mismo artículo.

Así, la confrontación entre privacidad y cibervigilancia sigue vigente más allá de las estipulaciones que incorporen en los contratos que los vinculen.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La antagonía que he pretendido caracterizar en el presente trabajo, podría simplemente reconocerse como un caso más de colisión de derechos fundamentales y aplicar aquí, como en muchas otras partes,

⁵³ Art. 5º inc 1º CdT.

las consideraciones propias del análisis de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, de modo de limitarlos mutuamente, intentando disminuir sus efectos perniciosos recíprocos.

Pero si incluimos en este análisis las posibilidades que la técnica informática exhibe hoy (y seguirá desarrollando en el futuro), respecto de las modalidades y formas de uso de las herramientas tecnológicas, muy probablemente encontremos soluciones técnicas que permitan evitar la colisión de derechos fundamentales, aun antes de que ellas se manifiesten. El desarrollo de estas soluciones excede el objeto de este trabajo, sin embargo debe considerarse.

Del mismo modo que un semáforo asigna el ejercicio del derecho preferente de paso en la esquina en la que está ubicada, existen herramientas técnicas que permitirán al empleador y trabajador hacer pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, sin la necesidad de mutilar las garantías que implican para sus titulares. De ser posible hacerlo, ésta debe ser la vía a seguir.