

“El límite del monitoreo eletrônico en ámbito laboral - causas y efectos”

Universidad Nacional de Córdoba

Noviembre/2007

Associação Grupo de Estudos e Investigação Acadêmica em
Direito, Economia e Negócios na Sociedade da Informação do Brasil



Homenaje – Día Mundial de la Usabilidad

“Casal descubre ser amante um do outro na Internet e se divorcia”

Um casal bósnio está se divorciando judicialmente, depois de descobrir que um traía o outro em chats na Internet. Eles começaram o relacionamento virtual usando pseudônimos, e só descobriram a verdade quando combinaram um encontro real com os “novos parceiros”.

Sana, 27 anos, e seu marido Adnan, 32, usavam os codinomes de “Sweetie” e “Prince of Joy”, em salas de bate-papo. Conheceram-se e iniciaram uma relação, confidenciando-se mutuamente os problemas que tinham em seus casamentos. Os dois estavam convencidos de terem finalmente encontrado sua alma gêmea. Então, marcaram um encontro real para se conhecerem e descobriram a verdade. Agora, o par está em processos de divórcio litigioso, e um acusa o outro de ter sido infiel.

“De repente, ela estava apaixonada, era maravilhoso, parecia que ambos estavam amarrados no mesmo tipo de expectativas”, relata a petição da mulher. Já o homem continua sem poder acreditar no que aconteceu. “É difícil pensar que Sweetie, que escreveu coisas tão maravilhosas, é na verdade a mesma mulher que, por anos, ao longo do casamento, não foi capaz de dizer uma única palavra agradável” - diz a sua petição.

O juiz da cidade de Sarajevo - onde tramitam as duas ações - designou para a próxima semana uma audiência, na tentativa de reconciliar o casal - ou, pelo menos de uma conciliação que permita que Sana e Adnan se separem consensualmente, sem discutir a culpa.

Fonte: Espaço Vital (16/10/2007)



Introducción

- En un mercado competitivo las nuevas tecnologías son empleadas, como forma de resistir eficientemente en la competencia
- Existencia de nuevos riesgos
- Responsabilidad del empleador (laboral, civil y penal)
- Reflejo directo en la calidad y producción del trabajo
- Necesidad de utilización de medidas jurídicas para protección del patrimonio



Los derechos fundamentales y las garantías constitucionales

- **Derecho fundamental es un derecho humano positivado, indispensables a la persona humana, elementares para asegurar a todos una existencia digna, libre e igual.**
- Derechos individuales son limitaciones impuestas.
- **Los derechos fundamentales son históricos, universales, irrenunciables y adicionales por excelencia.**
- Declaración Universal de Derechos Humanos – art. 12 (ONU, 1948), se refiere al derecho a la privacidad y al derecho a la intimidad.
- **Estos derechos no son ilimitados y absolutos.**
- La constitucionalidad de cualquier medida que restrinja los derechos fundamentales del hombre viene determinada por la estricta observancia de los principios de la buena fe y racionalidad o proporcionalidad (utilizado en España), actuando como delimitadores al ejercicio de estos derechos.



El derecho de privacidad, intimidad e inviolabilidad de la correspondencia

- Son especies de derecho de la personalidad
- **El derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad tienen el mismo significado, que es la prerrogativa que la persona tiene ante todos los demás, incluso el Estado, de mantenerse en paz en su rincón . Este derecho es un derecho personalísimo.**
- **Dentro de esta esfera de vida privada podemos considerar las** relaciones personales y familiares, afectivas y de filiación, las creencias y preferencias religiosas, convicciones personales, inclinaciones políticas, condiciones personales de salud, identidad y personalidad psicológica, inclinaciones sexuales, **comunicaciones personales privadas por cualquier medio**, incluso algunos llegan a incluir la situación financiera personal y familiar.
- **El derecho de inviolabilidad de correspondencia o secreto de las correspondencias, es un derecho de naturaleza constitucional y penal**, para garantizar el respeto de secreto de las correspondencias, **para que no sea divulgado el contenido de las cartas, telegrama**, dependiendo del medio adoptado por la legislación del Estado, muchas veces sob pena de una sanción. Esta generalmente es a través de detención o multa.



Estudio constitucional comparado del derecho a la privacidad y del derecho a la inviolabilidad de la correspondencia

- **ARGENTINA:** La Constitución Nacional de la República Argentina, con la nueva reforma de 1994, incluye preceptos reconocedores del derecho de la intimidad en los artículos 18,

-“(...) El domicilio es inviolable como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en que casos y con que justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. (...)”;

-**y artículo 19** - “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ello no prohíbe”.

- **Esto último artículo demuestra fuerte inspiración religiosa influenciada por la lección de Sto. Tomás de Aquino acerca del Derecho Natural .**



Estudio constitucional comparado del derecho a la privacidad y del derecho a la inviolabilidad de la correspondencia

- **BRASIL:** La Constitución de la Republica Federativa de Brasil de 1988, en el artículo 5º dispone los derechos y garantías fundamentales,

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

- **Declara inviolable el secreto de las correspondencias y comunicaciones telegráficas, excepto por orden judicial.**



Estudio constitucional comparado del derecho a la privacidad y del derecho a la inviolabilidad de la correspondencia

- **VENEZUELA:** La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, garantiza como derecho civiles en el artículo 48:

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

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

Interesante el análisis de este artículo cuanto a la posible limitación del uso de la informática por la ley en detrimento de la garantía de la intimidad.



Estudio constitucional comparado del derecho a la privacidad y del derecho a la inviolabilidad de la correspondencia

En la América

Rechazan la posibilidad de utilización del documento violado o subtraído como prueba:

BOLIVIA, COSTA RICA, EL SALVADOR, GUATEMALA, HONDURAS, NICARÁGUA, PARAGUAY y PERU.

Prohíben la interceptación considerando inviolables las comunicaciones:

ARGENTINA, BOLIVIA, BRASIL, CHILE, COLÔMBIA, COSTA RICA, CUBA, ECUADOR, EL SALVADOR, ESTADOS UNIDOS, GUATEMALA, HONDURAS, MÉXICO, NICARÁGUA, PANAMÁ, PARAGUAY, PERU, REPÚBLICA DOMINICANA, URUGUAY, VENEZUELA.

NO garantizan en la Constitución el derecho de a la privacidad:

CUBA, MÉXICO, PANAMÁ, REPÚBLICA DOMINICANA y URUGUAY(*).



Los límites jurídicos, contractuales y legales de la práctica del monitoreo

- Principios generales del derecho

1) El principio de la buena fe contractual

(regla de conducta/confianza recíproca)

2) El principio de razonabilidad

(un filtro en la aplicación de interpretaciones disvaliosas de determinadas situaciones o aún de una norma)

Son aplicados como fuentes del derecho.



El límite del monitoreo por el empleador ante la protección del empleado al derecho a la intimidad

- Derechos fundamentales no son absolutos, nin limitados y pueden ser restringidos ante intereses constitucionales relevantes, hasta mismo para buscar justicia, pero esta restricción nunca será total.
- Con todo, en un contrato de trabajo o políticas y reglamento internos pueden haver cláusulas restritivas de derechos fundamentales . **El límite de la restricción de un derecho fundamental estará en la interpretación de todos los hechos de embate, utilizando de los principios generales del derecho, en especial la razonabilidad y la buena fe.**
- Los principios son considerados **delimitadores de la actuación del empleador**, que abriga el derecho fundamental y constitucional de la intimidad -privacidad- del trabajador, **hacendo esto ser respetado y reconocido cuando necesario.**
- **La medida restrictiva debe ser justificada por el empleador**, alejando así eventual conveniencia empresarial arbitraria o caprichosa, obrando con la debida buena fe.



El límite del monitoreo por el empleador ante la protección del empleado al derecho a la intimidad

- El empleador en el ejercicio de su **potestad empresaria**, de dirección y organización, así como de sus facultades reconocidas por ley **puede restringir la amplitud de los derechos fundamentales** a través de efectivos cambios en la forma y manera de ejecución de las tareas laborales o mismo para garantizar la seguridad de su patrimonio.
- *ius variandi* (el derecho de cambiar o ajustar las condiciones generales de trabajo por su voluntad). **Debe respetar el principio de razonabilidad.**
- La legislación general de los Estados limitan esta potestad patronal, que debe ser invocada por razones sustanciais válidas para justificar el cambio. **El límite de la *ius variandi* esta hasta el momento donde pueda afectar los derechos y garantías fundamentales del trabajador.**
- El empleador cuando a través de su derecho-poder excede más allá de lo razonable, generando daño y lesiones al empleado, acomete un “**abuso del derecho**” . La prueba del abuso es argumento suficiente para el trabajador considerarse injuriado y despedido, configurando el despido indirecto.



La legislación en Argentina

- **La Ley de Contrato de Trabajo (LCT), Ley 20.744 de 1974**, no menciona explícitamente el derecho a la intimidad, pero asegura por todas sus letras la protección al trabajador, respetando los derechos personales, buscando evitar cualquier tipo de daño, sea físico o moral, todo lo cual abre una vía para que la doctrina y jurisprudencia argentina admita el derecho concerniente a la privacidad o intimidad del trabajador.
- **Derechos y deberes mutuos entre las partes (empleador y empleado)**, la ley vincula, así como el contrato de trabajo, a comportamientos apreciados con criterio de colaboración y solidaridad, **obrando la buena fe**, facultando al empleador el ejercicio de dirección en atención a los fines de la empresa, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del empleado (**arts. 62, 63 y conchs., LCT**). Una de las partes obrando en contrario, caracterizase el incumplimiento contractual, pudiendo aún resultar daños a la otra parte.
- El art. 63, LCT y el art. 1198 del Código Civil versa explícitamente el principio de la buena fe contractual.



La legislación en Argentina

- **El artículo 11 de la LCT** dispone que **el juez deberá recurrir a los principios** de la justicia social, los generales del derecho del trabajo, **la equidad y la buena fe**, cuando no pueda resolver el litigio por medio de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas.
- *ius variandi*, **la LCT prohíbe cambios en la forma y modalidades del trabajo que importen “un ejercicio irrazonable de esa facultad**, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador” **(art. 66, LCT)**.
- Considerandose injuriado en empleado, debe intimar el empleador constituyéndolo en mora y planteando los perjuicios sufridos por las alteraciones dispuestas antes de reputar despedido por dicho hecho - **despido indirecto (art. 246, LCT), derecho a indemnizaciones de la ley**.
- El empleador, en el ejercicio de sus facultades debe observar “a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de **abuso del derecho” (art. 68, LCT)**.



La legislación en Argentina

- **Permite que el empleador adopte “sistemas de controles personales”** ajustados a las pautas de **razonabilidad** y de indemnidad del empleado (**arts. 70/72, LCT**).
- Al empleado, le toca obrar con diligencia y colaboración, con fidelidad y con el deber de confidencialidad y preservación de secretos (art. 85, LCT), con subordinación y cumplimiento de órdenes e instrucciones (art. 86, LCT), con la custodia de instrumentos y útiles de trabajo (art. 86 in fine, LCT), con la responsabilidad a los daños causados (art. 87, LCT), y con el deber de no concurrencia (art. 88, LCT).
- Para ocurrir la extinción del contrato de trabajo con justa causa, debe el trabajador tener incurrido en una injuria de tal importancia que impida la continuidad del mismo (art. 242, LCT).
- **En los casos que la intimidad del empleado es afectada puede utilizar las vías procesales optando por el camino del Derecho Civil o del Derecho Laboral.**



La legislación en Brasil

- El art. 7º de la Constitución de la República Federativa de Brasil prevé los derechos dos trabajadores, entre ellos la protección contra el despido arbitrario (art. 7, I, CF) y la reducción de riesgos inherentes al trabajo (art. 7, XXII, CF).
- El empleador en uso de su poder directivo esta impedido de alterar unilateralmente las condiciones del contrato de trabajo. Solamente es posible con mutuo consentimiento y así desde que no tenga perjuicio directo o indirecto al empleado sob pena de nulidad, conforme disposición del artículo 468, de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (Decreto-Lei 5.452 de 1943).
- Despido indirecto (art. 483, CLT).
- Despido directo - art. 482, CLT, en caso de incontinencia de conducta o malo procedimiento (art. 482, “b”, CLT), cuando constituir acto de concurrencia a la empresa para que trabaja (art. 482, “c”, CLT), desidia en el desenpeño de las respectivas funciones (art. 482, “e”, CLT), violación de secreto de la empresa (art. 482, “g”, CLT), y acto de indisciplina o de insubordinación (art. 482, “h”, CLT).



La legislación en Brasil

- Poder de dirección del empleador, art. 2º, CLT.
- Art. 21 del Código Civil, que "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma".
- **La empresa es responsable por los actos de los empleados practicados en los establecimientos aún que no autorizados por escrito (art. 1.521, III, CC), posibilitando así la responsabilización personal del empleador por actos ilícitos practicados a través de sus sistemas.**
- **El sistema pertenece a la empresa (derecho de propiedad), la compañía es responsable por los actos de sus empleados (1.521, III, CC) y el poder de dirección del empleador (organización, control, y disciplina, todos previstos en la CLT) .**



El consentimiento del empleado acerca del monitoreo y la necesaria comunicación

- Para la legitimidad de la política adoptada deben ser elaborados dos instrumentos importantes, el **Reglamento Interno de Seguridad de la Información (RISI)** y el **Término de Uso de los Sistemas de la Información (TUSI)**.
- Este reglamento atribuye responsabilidades legales, obligaciones, penalidades, derechos y expectativas de acceso a los empleados, por otra parte el término de uso que no solamente describe buenas practicas como **tiene objetivo de legitimar el control de monitoreo**, reforzando la inexistencia de expectativa de privacidad para acciones de protección a seguridad de la información.
- Consentimiento del empleado acerca del adecuado uso de las nuevas tecnologías y posible monitoreo, por medio **cláusulas en el instrumento de contrato de trabajo**, esto alternativamente o conjuntamente con la adopción de las políticas arriba descriptas.
- **El consentimiento pretende alejar eventual expectativa de privacidad por el empleado.**
- Buena fe del empleador
(evitar que el empleado sea inducido a eventual error o falsa creencia).



El uso inadecuado de las nuevas tecnologías por el empleado

- La mala utilización de las nuevas tecnologías como instrumento de trabajo, disponibilizado a los empleados, pueden generar responsabilidades a las empresas de diversas naturalezas (civil, penal, laboral, etc.), esto por que las empresas reponden de forma solidaria a los actos de sus empleados. El malo uso también puede afectar directamente en la producción del empleado y la calidad de trabajo.

- **El desvio de finalidad en la utilización de los instrumentos y herramientas disponibilizadas por el empleador caracteriza desobediencia .**

- El empleador **debe utilizarse en la sanción el criterio de razonabilidad y proporcionalidad** ante la adecuación de la conducta practicada, el grado de la falta cometida, valorándose las circunstancias y personas involucradas en el caso.

- Existen hechos practicados durante la jornada de trabajo que el empleador no puede olvidar, que vá de encuentro con necesidades basilaes del empleado. Razonablemente el empleador podria determinar un periodo y criterios para el empleado poder practicar estos hechos sin perjuicio al desarrollo del trabajo, denominado **“uso social”**.

- El empleado debe usar de manera **racionable** las herramientas laborales.



El monitoreo del empleado por el empleador y las nuevas tecnologías

- Correo electrónico
- Programa de envío de mensaje instantánea (instant messenger)
- Contenido de Internet
- Computadora, ordenador y ayudante personal digital (PDA)
- Teléfono móvil de la empresa
- Tarjeta magnética y etiqueta electrónica
- Videovigilancia
- Grabación Sonora



Conclusiones

- Ambas partes (empleador y empleado), deben observar en todos los momentos el principio de la **buena fe contractual**, respetando los derechos y cumpliendo con las obligaciones derivadas del contrato ante la disponibilización y uso de las nuevas tecnologías como instrumento de trabajo.
- Ausencia de buena fe contractual por parte del empleador - puede admitir el despido indirecto. Ausencia de buena fe por parte del empleado - desobediencia hasta una falta grave y por consecuencia ser despedido con causa.
- Implemento del monitoreo en ámbito laboral, cual sea la herramienta o medio que se presenta (observando sus peculiaridades cuanto la aplicación). **Triple criterio: se los fines buscados satisfaz el interés empresarial; se es necesaria y justificada la implementación; y por fin, la implementación debe ser podenderada y equilibrada.** Todo en estricta observancia al **principio de la razonabilidad (o proporcionalidad)**.
- Deber de informar el empleado acerca del monitoreo del empleado por medios electronicos, para que perca eventual expectativa de privacidad.



Conclusiones

- El **empleado** también tiene que utilizar de manera **razonable y con racionalidad**, sin abusos, las herramientas tecnológicas puestas a su disposición por el empleador para el desarrollo de las actividades empresariales, a fin de evitar una transgresión al principio de la buena fe contractual.
- La mejor manera para prevenir el conflicto entre los derechos del empleador y del empleado es a través de la información y comunicación entre las partes, de forma efectiva sea cual for el medio elegido (políticas, términos de uso, reglamentos, contratos, etc).
- Otra **alternativa** para efectivo consentimiento del empleado puede ser la información del monitoreo por medio de los **sindicatos por convenios colectivos**.
- Las legislaciones de Brasil y Argentina protege y garantiza el derecho de la privacidad del empleado delante a las nuevas tecnologías empleadas, y los principios generales de derecho aplicados en el ámbito laboral traen consigo la correcta interpretación para ser adoptada, mostrando el límite de actuación del empleador a través de la buena fe y razonabilidad.



Muchas Gracias !

la presentación para download está en
www.aislan.adv.br

Aislan Vargas Basilio
avb@densi.com.br
www.densi.com.br

Associação Grupo de Estudos e Investigação Acadêmica em
Direito, Economia e Negócios na Sociedade da Informação do Brasil

