

## ¿El control y vigilancia empresarial del correo electrónico institucional tiene límites?

### *Does the business control and surveillance have limits over the institutional email?*

Jessenia Bonilla Olivas

jesseniabonilla@hotmail.es

Maestría en Derecho de Empresa. Universidad Centroamericana, Nicaragua

<https://doi.org/10.5377/derecho.v0i28.10145>

Fecha de recibido: mayo de 2020 / Fecha de aprobación: junio de 2020

#### Resumen

Los derechos humanos y fundamentales representan un límite al poder, pero al mismo tiempo éstos pueden ser limitados o limitables, según lo establecido en la Constitución Política o por el judicial cuando se encuentran ante una colisión de derechos fundamentales inespecíficos. Ante esta situación, según decisión del judicial podría aplicar, ya sea, el principio de proporcionalidad, la jerarquización de los derechos o “*preferred liberties*” o la *ius fundamentalidad* en atención, éste último, de conectar un derecho fundamental como es la propiedad privada con la libertad de empresa. En este artículo, se plantea que el empleador establezca de forma previa las reglas claras sobre el uso del correo electrónico institucional, la forma en que va a realizar el control, las medidas disciplinarias, proporcionadas a la infracción, que tomará ante el incumplimiento de lo estatuido y por supuesto que previamente los trabajadores conozcan las reglas. En este supuesto, a ambas partes de la relación laboral se les limitan sus derechos en aplicación del principio de proporcionalidad. La libertad de empresa, en Nicaragua, no es un derecho fundamental ni un derecho humano, solamente es un derecho constitucional. El correo electrónico institucional es un bien inmaterial de la empresa y un recurso o herramienta de trabajo tecnológico. La Constitución Política, estableció una reserva de ley absoluta tanto para la libertad de empresa como para el derecho de propiedad privada.

#### Palabras Clave

Derechos laborales inespecíficos / dirección empresarial / libertad de empresa / correo electrónico institucional

#### Abstract

Human and fundamental rights represent a limit to power, but at the same time these can be limited or limited, as established in the Political Constitution or by the judicial system when faced with a collision of nonspecific fundamental rights. In this situation, according to the court's decision, it could apply either the principle of proportionality, the hierarchy of rights or “*preferred liberties*” or the *ius fundamentalidad* in attention, the latter, to connect a fundamental right such as private property with the freedom of company. In this article, it is proposed that the employer establish in advance the clear rules on the use of institutional email, the way in which it will carry out the control, the disciplinary measures, proportionate to the infraction, that it will take in the event of non-compliance with the established and of course that previously the workers know the rules. In this case, both parties to the employment relationship have their rights limited pursuant to the principle of proportionality. Freedom of business in Nicaragua is not a fundamental right or a human right, it is only a constitutional right. Institutional email is an intangible asset of the company and a resource or tool for technological work. The power of management of the employer arises from the Political Constitution and the Labor Code and it is these that limit its performance. The same Political Constitution, established an absolute law reserve both for the freedom of business and the right of private property.

#### Key words

Nonspecific labor rights / business address / freedom of business / institutional email.



## Tabla de contenido

**Introducción. 1. Aspectos introductorios.** 1.1. Acotaciones sobre los derechos humanos y derechos fundamentales 1.2. Derechos laborales inespecíficos 1.3. La dignidad humana como fundamento de la privacidad 1.4. Colisión entre el derecho de dirección y propiedad privada del empresario y el derecho a la privacidad y secreto de las comunicaciones del trabajador **2. Derecho de vigilancia y control empresarial.** 2.1. La libertad de empresa. 2.2. Tipos de controles empresariales sobre el correo electrónico. **3. Límites al control y vigilancia empresarial del correo electrónico institucional.** 3.1. Límites constitucionales. 3.2. Límites contemplados en el Código del Trabajo. **4. Conclusiones. Lista de referencias.**

### Introducción

El avance tecnológico es una realidad que no se puede negar ni pasar por desapercibido y más aún cuando se trata del correo electrónico, el cual actualmente es un medio de comunicación indispensable, utilizado por los trabajadores en los diferentes centros de trabajo.

En la presente investigación se pretende recoger a través del estudio de la Constitución Política (2014), el ordenamiento jurídico laboral y no laboral, jurisprudencia laboral, la doctrina e instrumentos internacionales los, posibles, límites al derecho de control y vigilancia ejercido por el empleador frente a los derechos laborales inespecíficos como son la privacidad y secreto de las comunicaciones del trabajador en la utilización del correo electrónico institucional.

El enfoque que se utilizó en esta investigación es el cualitativo de tipo documental, con método de investigación inductivo – deductivo. Para el caso en concreto, la técnica de investigación que se utilizó para recolectar la información fue la revisión y/o análisis de documentos.

### 1. Aspectos introductorios

#### 1.1. *Acotaciones sobre los derechos humanos y derechos fundamentales*

Previo a abordar la temática sobre los derechos laborales inespecíficos se considera necesario dejar sentada la posición sobre lo que la autora concibe, a lo largo de este artículo de investigación, como derechos fundamentales, puesto que posteriormente servirá para sustentar afirmaciones que están relacionadas con el tema objeto de estudio.

Respecto al tema sobre qué se opina por derechos fundamentales, Ampié Vilchez (2006) afirma que:

Contemporáneamente la doctrina constitucional alemana distingue entre derechos humanos y derechos fundamentales. Por los primeros entiende “el conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas”. En tanto, con la noción de derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados

expresamente por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional y suelen gozar de una tutela reforzada. (p. 171)

Ugarte Boluarte (2014), referente al punto se auxilia de Pérez Luño quien señala que "... la noción 'derechos fundamentales' se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en la norma constitucional". (p. 62). En este sentido, Cuadra Núñez (2016) citando a Ampié Vilchez expresa que "Todo derecho fundamental es un derecho humano, en cambio no todo derecho humano debe considerarse derecho fundamental, mientras no sea regulado por la carta magna" (p. 8).

En cuanto a la ubicación específica de los derechos fundamentales, en nuestra Constitución Política (2014) (en adelante Cn), García Palacios (2015, p. 104) al citar a Ampié Vilchez refiere que "en el caso nicaragüense los derechos fundamentales aparecen reconocidos en el Título IV *Derechos, Deberes y Garantías del pueblo nicaragüense*. Arts. 23 al 91 Constitución". El análisis futuro de los temas, tendrán como base esta posición en cuanto a la ubicación en la Constitución Política (2014) de los derechos fundamentales; se entiende entonces que los artículos relativos específicamente a los derechos laborales (del 80 al 88 Cn) son fundamentales.

Teniendo en cuenta lo antes planteado, la posición que se tomará al respecto es que los derechos fundamentales tienen como su origen a los derechos humanos, y que se encuentran positivados en la Constitución Política (2014) con determinadas prerrogativas; por lo que estos actúan como límites o freno (a posibles violaciones de derechos) tanto para los ciudadanos y por supuesto para el Estado en sus diferentes manifestaciones. A efectos del presente trabajo es importante destacar, además, que se realizará una diferenciación entre los derechos fundamentales y los derechos constitucionales que no son en sí derechos fundamentales. Un ejemplo de este caso sería la libertad de empresa, la cual se estima que es un derecho constitucional (se encuentra regulado en la Constitución Política, 2014) pero que no es un derecho fundamental y tampoco un derecho humano. En el caso del derecho a la privacidad y el derecho al secreto de las comunicaciones si se consideran derechos fundamentales y humanos; por lo que la libertad de empresa no se encuentra en el mismo nivel jerárquico que los otros.

Para Ugarte Boluarte (2014, p. 59), el respeto a los derechos fundamentales es una "*condición imprescindible para hablar de Estado de Derecho*"; por lo que el modelo de Estado de Derecho dentro del cual se encuentra el Estado Social se caracteriza por los derechos sociales o prestaciones; y el Estado Democrático, "conlleva el perfeccionamiento de los mecanismos de participación política y por lo tanto de la democracia". (p. 52). La Constitución Política (2014) en su artículo 6 establece que Nicaragua se constituye en un Estado "Democrático y Social de Derecho...". El respeto por los derechos humanos es tan fundamental para el Estado nicaragüense que en el artículo 46 de la misma Constitución (2014) reafirma que "En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos", llegando a citar instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Pero estos derechos fundamentales son limitables producto de que el ser humano interactúa con otras personas que también ejercitan sus diferentes derechos; en este sentido, lo afirma la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), ratificada por Nicaragua, en su artículo 29 numeral 2. Así lo sostiene el artículo 18 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, no ratificado por Nicaragua, y el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

Ahora cabe preguntarnos si los límites que aplican a los derechos fundamentales, contemplados por supuesto en la Constitución Política (2014) nicaragüense, solamente se reservan para la eficacia vertical o a la horizontal o a ambas. Sobre este punto Ugarte Cataldo (2011, p. 10), sostiene que la “eficacia directa o normativa de la constitución no sólo se restringe a la regulación de las relaciones entre el estado y los ciudadanos (eficacia vertical), sino que también, y ahí la gran novedad, afecta las relaciones entre particulares (eficacia horizontal)” y que esta eficacia se construye dogmáticamente con la teoría de la *Drittwirkung*, en la década de los años cincuenta. El mismo autor (2011, p. 19), afirma que la lógica del derecho del trabajo es “frenar los eventuales abusos de una situación de poder que se rotula como de mando y de obediencia, y que es precisamente la misma lógica inscrita en el código genético de los derechos fundamentales”, por lo que se aprecia una clara sintonía entre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales con la del Derecho Laboral.

Ejemplos claros de que nuestra Constitución Política (2014) se decanta por este tipo de eficacia horizontal directa son los artículos 24 párrafo segundo, el artículo 27, el artículo 32, el artículo 46, el artículo 104 y el 130. Nuestro Código del Trabajo (1996), según lo revisado, no hace ninguna referencia o consecución de lo preceptuado por la Constitución Política (2014) en lo atinente a la eficacia directa de los derechos fundamentales y al respeto del estado social de derecho. Vemos que, en el caso del Código del Trabajo de Chile, según Ugarte Cataldo, si hace mención a la eficacia directa de los derechos fundamentales en su artículo 5 “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”. Ugarte Cataldo (2007, p. 59).

En este mismo orden de ideas, se puede manifestar que la eficacia directa de los derechos fundamentales se encuentra ligada con el respeto del estado social de derecho, recogido en el artículo 6 de nuestra Constitución Política (2014), siendo por lo tanto y según lo expresado por Gutiérrez Pérez (2008, p.42) “el principio de arranque de la eficacia directa de los derechos fundamentales en la relación laboral se situará, precisamente, en el principio del Estado Social de Derecho”. Es decir, que el Estado contribuye al fortalecimiento del estado social de derecho a través del fomento del respeto a la vida privada, y por medio del respeto, promoción y protección de los derechos fundamentales. Es pertinente, entonces, abordar el tema relacionado con los derechos fundamentales que no son propiamente laborales, pero que si se ejercen dentro de las relaciones laborales; es decir, se referirá de manera sucinta a los llamados derechos laborales inespecíficos.

## 1.2. *Derechos laborales inespecíficos*

Ugarte Cataldo (2007, p. 51), al citar a Palomeque sobre los derechos laborales inespecíficos considera que son aquellos “otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales que pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores en particular) en el ámbito de las mismas”.

Por su parte, Gutiérrez Pérez (2008) concibe como derechos fundamentales inespecíficos o derechos constitucionales laborales inespecíficos a:

aquellos derechos fundamentales reconocidos a toda persona, a todo ciudadano, que son ejercidos por los trabajadores en el seno de una relación laboral, de ahí que se hable de derechos fundamentales de la persona del trabajador, caracterizados por su universalidad, indisponibilidad y reconocimiento expreso en la norma constitucional. Es decir, son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos, que al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer. (pp. 11-12).

Zelaya (2013), cita a Caamaño Rojo (2006) quien a la vez referencia a Pedrajas, en el sentido que:

la nueva concepción en el Derecho del Trabajo no se construye en torno a los derechos ya contemplados en la Constitución con el carácter de fundamentales respecto del trabajador, sino que en base a los derechos anteriores a su condición de contraparte de una relación laboral, es decir, aquellos que le corresponden como persona y ciudadano... (p. 165).

Para cerrar este punto, se considera por derechos laborales inespecíficos aquellos derechos que son fundamentales, no específicamente en materia laboral, pero que perfectamente pueden ser citados para que se proteja determinado derecho de los trabajadores; en el entendido de que éstos no pierden sus derechos fundamentales por el hecho de estar inmersos en una relación laboral. Se opina que este tema es de actualidad, pero sobre todo de rompimiento de esquemas en materia doctrinaria y legislativa. Además, ante la falta de regulación sobre los derechos laborales inespecíficos de los trabajadores, una de las maneras o formas de poder compensar de alguna manera este vacío es a través de la jurisprudencia; lo cual implica que es conforme a cada caso (si es que llega al aparato judicial o si es que éste analiza el caso bajo esta perspectiva) y con el pasar del tiempo que se podrá tener una idea más clara sobre este tema pues dependerá de la posición y lineamientos que se asuman en la jurisprudencia. Lo que si se tiene claro en este momento es que producto de los avances tecnológicos, determinadas obligaciones asumidas por las partes en el contrato de trabajo o el convenio colectivo (que pueden contener renuncia de derechos) y el poder empresarial en sus diferentes manifestaciones han originado nuevas incompatibilidades o colisiones de derechos entre los trabajadores y los empleadores. Algunos de estos temas serán abordados con mayor profundidad más adelante.

### **1.3. La dignidad humana como fundamento de la privacidad**

Solano González y Somarribas Tijerino (2005, p. 18), al abordar el tema relacionado con la dignidad humana opinan que:

supone el valor básico, fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral. Este es el principio legitimador de los “derechos de la personalidad”, y por supuesto, del derecho a la intimidad.

En la misma línea, Moreno Castillo (2002) cree que “respecto al fundamento del derecho a la vida privada como derecho fundamental, la doctrina suele señalar de forma casi unánime la estricta vinculación de este derecho con la “dignidad humana” que representa un principio rector del ordenamiento jurídico indispensable para el libre desarrollo de la personalidad y requisito necesario para la libertad personal” (pp. 184 – 185).

Sobre la temática de la privacidad Solano González y Somarribas Tijerino (2005) esgrimen, al referenciar a Werner Maihofer, que:

En un primer momento, se consideró a la intimidad dentro de la teoría jurídica tradicional como una manifestación de los derechos de la personalidad, y en el sistema actual de los derechos fundamentales como expresiones del valor de la dignidad humana. Aquella dignidad humana como principio-guía de todo Estado de Derecho. La dignidad constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. (p. 18).

Por su parte nuestra Constitución Política (2014), es clara al señalar en su artículo 5 que es un principio de la Nación el respeto a la dignidad de la persona, lo reafirman el artículo 33 numeral 2.1 y el artículo 34. Así mismo, la Constitución (2014) se refiere a la dignidad humana en cuanto a la educación en los artículos 116 y 120 y en materia específica de derechos laborales en su artículo 82 numeral 1. Como vemos nuestra Constitución Política (2014) deja sentada la posición sobre la dignidad humana declarándola inherente al ser humano y que debe ser respetada de conformidad con la ley, pero, sobre todo, en materia laboral se debe asegurar el bienestar de los trabajadores compatible con esa dignidad. Lo anterior, deja claro que para el constituyente la dignidad humana es esencial para el desarrollo de la persona puesto que la ha elevado a rango constitucional junto con el derecho a la privacidad; pero no solo se han integrado estos derechos a la Constitución (2014), sino que se encuentran ubicados en la parte específica de los derechos fundamentales.

### **1.4. Colisión entre el derecho de dirección y propiedad privada del empresario y el derecho a la privacidad y secreto de las comunicaciones del trabajador**

Ugarte Cataldo (2011), citando a Martínez (2007) afirma que el conflicto “sólo surge en situaciones que sean simultáneamente subsumibles en dos normas que establecen consecuencias normativas incompatibles, teniendo cada una de ellas un campo de aplicación en el que el conflicto no se produce”. (p. 52). Expresa, además, que si son derechos fundamentales los que están en conflicto entonces se produce la denominada “colisión de derechos fundamentales” o tesis conflictivista, esta última según Cianciardo (2000) quien es citado por Ugarte Cataldo (2011, p. 52). Se sostiene que existe colisión

de derechos fundamentales cuando existen dos o más derechos fundamentales, diferentes o relacionados, entran en conflicto con el ámbito de cada uno de los otros ya sea en su regulación, protección, espacio o ámbito de determinada situación en concreto.

Ugarte Cataldo (2011, p. 52) asiente que “los derechos fundamentales corresponden a principios y no a reglas, y que, por tanto, se trata de un conflicto que debe ser solucionado con una técnica propia para principios, como es la ponderación y la proporcionalidad”. Que la diferencia entre las reglas y los principios no es su contenido “sino su función: los principios son enunciados normativos que ordenan hacer algo en la mayor medida de lo posible, fáctica y jurídicamente (mandatos de optimización), cuyas condiciones de aplicación son abiertas y que proporcionan razones sólo *prima facie*” (2011, p. 53).

Según Ugarte Cataldo en materia constitucional existen varias posibles respuestas a una colisión entre derechos fundamentales: siendo la primera el *negar el conflicto o colisión*, denominada “coherentista”; esto implica que para esta corriente “cada derecho tiene un ámbito protegido o un contenido determinado y fijo y que entre ellos existe una suerte de armonía simétrica dada por la correcta delimitación de uno respecto del resto de los derechos fundamentales” (2011, p. 56).

Sobre esta posición Ugarte Cataldo (2011), referencia a Rodríguez-Piñero (2005) en la jurisprudencia laboral que:

Tiende a negar que en los elementos patrimoniales del empresario –como el ordenador-pueda, al mismo tiempo, existir espacio para la privacidad del trabajador: “los tribunales admiten que la propiedad empresarial del soporte tecnológico y la inexistencia de un derecho del trabajador a emplearlo con fines privados es justificación suficiente para que la empresa pueda controlar su uso, precisamente al objeto de determinar si éste es o no legítimo. Como señala abiertamente la STSJ Cataluña 5 junio 2002, la utilización privada de los medios de comunicación electrónica de la empresa determina que “no nos encontramos en presencia de una correspondencia privada entre particulares cuyo secreto debe ser preservado”, por lo que la empresa podía “ejercer un control sobre la forma de utilizar tales medios, que son de su propiedad, así como sobre la propia actividad del trabajador”; en este contexto el control empresarial efectuado supone que “no se ha vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”. (pp. 57-58).

Ugarte Cataldo (2011, p. 58), citando a Cianciardo (2000) y a Martínez (2007) critica la posición anterior en dos puntos:

primero, no es posible determinar con exactitud y exhaustividad el contenido definitivo de un derecho fundamental, supuesto que se trata de normas de principios – y no de reglas- cuya estructura es esencialmente abierta e indeterminada, y esa “amplitud semántica de las normas constitucionales parece desmentir categóricamente toda posibilidad de determinar apodícticamente, aun haciendo un gran esfuerzo hermenéutico, los perfiles de cada uno de los derechos”. Cianciardo (2000).

Segundo, aun cuando eso se logre y se tuviera derechos perfectamente delimitados, no impediría que existiesen conflictos con otras normas constitucionales de derechos, ya que como se ha señalado “disponer de normas perfectamente delimitadas no significa que éstas tengan que encajar perfectamente como las piezas de un puzzle, puesto que pueden suponerse unas con otras”. Martínez (2007).

En lo particular, no se comparte la posición de la tesis coherentista debido a que se considera que, si bien es cierto cada derecho tiene su ámbito o espacio protegido, pero en la vida real el ser humano interactúa con otras personas en sus diferentes facetas (vida familiar, social, laboral, política, etc); por lo que puede llegar o llega un momento en que sus derechos fundamentales colisionan o pueden colisionar con los derechos fundamentales de otras personas en este caso en concreto los derechos del empresario con los del trabajador. Es decir, va a llegar un momento en el que la simetría se va a romper y van a presentarse situaciones de colisión de derechos fundamentales, por lo que la Ley de Justicia Constitucional (2018), Ley No. 983 en su artículo 3 determina los métodos y reglas de interpretación jurídica para estos casos, ciñéndose a una interpretación que más se ajuste a la Constitución en su integralidad.

Sobre las otras tesis, señala Ugarte Cataldo (2011, p. 59), que reconocen la existencia del conflicto entre principios constitucionales que establecen derechos fundamentales, “aunque sea para entender que a.) no existe respuesta razonable para dicho problema b.) el conflicto es relativamente sencillo de resolver porque los derechos están jerarquizados y c.) el conflicto es relativamente difícil, pero existe una solución razonable: la ponderación”.

Sobre la tesis a) Ugarte Cataldo (2011) le denomina tesis pesimista, dado que reconoce el conflicto entre derechos fundamentales y que la respuesta a esta circunstancia de colisión no existe o no hay una respuesta razonable. El mismo autor cita a Hart en el sentido que la llamó “de la pesadilla” porque:

no sólo no existen respuestas correctas a este tipo de problemas sino que siquiera las hay racionales. Como dice GUASTINI, uno de sus mejores exponentes, “la ponderación de principios se funda, entonces, en una peculiar interpretación de los principios de que se trata y sobre un juicio subjetivo de valor (un juicio en términos de “justicia”) del juez. Actuando así, el juez superpone su propia valoración a la valoración de la autoridad normativa”. (2011, pp. 59 - 60).

En cuanto a la tesis b) Ugarte Cataldo (2011) le denomina como “optimismo ingenuo”, debido a que se cree en una solución sencilla y rápida al determinar la existencia de un orden jerárquico entre los derechos fundamentales y de esta manera prima el derecho fundamental de mayor relevancia. El mismo autor cita a CEA (1999) al establecer el orden jerárquico de prelación de los derechos:

el derecho a la vida y la integridad personal, continuando por la intimidad, el honor y la inviolabilidad del hogar; siguiendo a la información y reunión; para concluir con el Orden Público Económico, dentro del cual se hallan la libre iniciativa empresarial, la libre apropiabilidad de los bienes y el dominio ya adquirido o propiedad, en sus diversas especies (p. 60).

Ugarte Cataldo (2011), utiliza en su obra a Peces-Barba (1995) de la siguiente manera: “deben prevalecer aquellos derechos que protegen al individuo y su dignidad, que más contribuyan al pleno desarrollo de su dignidad, que tengan mayor extensión y aplicación a un número más amplio de personas, que satisfagan necesidades radicales, sin las cuales peligra la integridad y existencia de la persona, o que más afecten al núcleo esencial de la sociedad democrática y a sus estructuras jurídicas”. (p. 61).

Esta tesis no es compartida por Serna y Toller (2000), Bernal Pulido (2007), Valdés Dal-Re (2003), ni Prieto Sanchís (2007), citados por Ugarte Cataldo (2011), porque (cada uno con sus razones propias):

Se trata de una tesis muy difícil de aceptar tanto en términos científicos –no existe tal orden- como normativos –no debería existir tal orden- y con resultados prácticos absurdos. De ahí que haya sido fruto de numerosas críticas: primero, es un orden intuitivo en cuanto no está nada claro el método ni la justificación acerca de cómo se construye tal jerarquía. Segundo, encubre elecciones ideológicas evidentes –el orden de los derechos es un orden desde una ideología de los mismos-. Tercero, es un orden generalmente insuficiente y contradictorio. Y cuarto, produce un resultado práctico absurdo como es la devaluación total de ciertos derechos fundamentales –los del final del supuesto orden que pasan a convertirse en “derechos Cenicienta”.

En ese sentido, “dicho orden no puede dimanar del propio texto constitucional. La Constitución no instituye un detallado sistema de rangos entre derechos y bienes; por el contrario, sólo se contiene un catálogo de enunciados que los establecen, y ordena la vinculación de los poderes públicos y los particulares a todos ellos por igual (art. 9.1 y 53.1 CE)”.

En el ámbito laboral se ha rechazado explícitamente esta opción, ya que el principio de equivalencia de los derechos en conflicto “de entrada, ya excluye cualquier tentativa de jerarquizar derechos y, con ello, de atribuir abstractas posiciones de valor a unos derechos frente a otros. O por decirlo de manera más directa, la adjudicación a la libertad de empresa de una posición preferente y a los demás derechos fundamentales de la persona del trabajador de una posición claudicante o a la inversa, es contraria al principio de equivalencia que debe informar el juicio de ponderación”. Ugarte Cataldo (2011, p. 61)

Ugarte Cataldo (2011), manifiesta que la jerarquización de los derechos fundamentales ha sido rechazada por el Tribunal Constitucional (España), a través de la sentencia 320/1994, la cual señala “no se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca” (F.J 2º).

Teniendo en cuenta los comentarios en pro y en contra de la tesis denominada “optimismo ingenuo”, se opina que de entre todos los derechos que posee el ser humano hay o debería haber unos con mayor peso, ponderación o importancia en lo relativo a su protección y promulgación como es el derecho a la vida y los derechos relacionados con la dignidad humana, en pocas palabras los contemplados en la Declaración de los Derechos Humanos. Se cree que cuando se encuentra en contraposición un derecho humano con un derecho a la libertad de empresa debe primar el derecho humano, porque estos son la base para que pueda ejercerse el derecho a la libertad de empresa. Se estima que esta prelación no es excluyente del proceso o análisis que se realice o pueda realizar sobre la ponderación de los derechos, sino que más bien se considera que son complementarios entre sí; dado que la prelación de los derechos fundamentales permite tener como límite hasta dónde se permitirá o no la vulneración o menoscabo de un derecho en concreto ante la situación de una colisión de los mismos.

En cuanto a la tesis c) Ugarte Cataldo (2011) esgrime que se reconoce la colisión entre los derechos fundamentales y que la solución se da de manera razonable, contrario *sensu* con la primera tesis. Para el autor, lo anterior “exige, eso sí, distinguir entre reglas y principios y en sostener que en este último caso –el de los principios- corresponde un

modo de aplicar el derecho distinto al común -la subsunción- que la teoría constitucional denomina ponderación” (p. 63).

Se comparte la posición del autor (2011) en cuanto a que se considera que son los administradores de justicia quienes en cada caso concreto deben aplicar el principio de proporcionalidad “intentando que cada principio se sacrifique por el otro en la menor medida posible (principio de proporcionalidad)” (pp. 87- 88). El hecho de aceptar que se aplique la proporcionalidad lleva intrínseco que alguno o los dos, según el caso concreto, derechos fundamentales se vean limitados o restringidos, según proceda, por otros del mismo nivel o naturaleza; este punto en específico es conocido en la doctrina como teoría externa de los derechos fundamentales. Esta “se compone de dos ideas fundamentales: primero, una concepción amplia o extensiva del ámbito protegido de los derechos fundamentales, y segundo, los límites de esos derechos corresponden a restricciones provenientes de otros derechos” Ugarte Cataldo (2011, p. 279).

Se está de acuerdo con lo expresado por Ugarte Cataldo (2011), en lo referido a que se debe llegar a proteger los derechos fundamentales al máximo posible de lo que permita la norma jurídica en este caso la Constitución Política, que es la que hace nacer estos derechos. Relacionada con esto se encuentra, entonces, la teoría interna de los derechos fundamentales que considera que “estos derechos tienen un contenido definitivo que, siendo reducido o estrecho, viene fijado de antemano o preformado, contando desde el inicio con unas determinadas limitaciones –límites internos o imanes según se llame” Ugarte Cataldo (2011, pp. 260- 261). En este sentido, para De Otto y Pardo (1988), citados por Ugarte Cataldo (2011), “la Constitución prefigura los contornos del ámbito de los derechos y determina todos sus alcances. El contenido de todo derecho ya viene limitado, por así decirlo, de antemano y desde dentro, por la propia Constitución” (p. 261).

Se afirma que los derechos fundamentales al momento de entrar en colisión con otros derechos fundamentales pueden ser objeto de limitación tanto desde el punto de vista de la teoría externa (por el propio hecho de la colisión con otro derecho) como desde la vía interna que es la delimitación que realiza la norma creadora de éste; teniendo en cuenta estos elementos es que el juez puede realizar la debida ponderación de derechos en el entendido que la ponderación tiene sus propias características que permiten analizar la situación en concreto y fundamentar así la resolución que se tome.

A continuación, se plasmarán algunos ejemplos de sentencias donde se aborda la colisión de derechos fundamentales de los trabajadores *versus* la de los empleadores en la utilización de correos electrónicos (y mensajería instantánea); se podrá apreciar la evolución jurisprudencial en cuanto al tratamiento del tema. Los casos concretos son de Perú, España y Europa (a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH).

### **Perú**

Las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional son utilizadas por Sar (2015) para ilustrar la temática referida:

#### **Protección del correo electrónico institucional (Expediente 01058-2004-AA)**

La empresa Servicios Postales del Perú imputó al señor Rafael García Mendoza la comisión de una falta grave consistente en remitir material pornográfico por medio del correo electrónico institucional.

Además de enfrentar el problema específicamente laboral, el Tribunal Constitucional se pregunta si los medios informáticos de los que se vale el trabajador para el desarrollo de su tarea, pueden considerarse de dominio absoluto del empleador, o si, por el contrario, existe un ámbito protegido en cuyo ámbito no puede incidir de manera irrazonable.

La respuesta que brinda es muy clara:

“... conforme lo establece el artículo 2º, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo (Fundamento Jurídico 18). (p. 11)

Perú ha realizado intentos por regular este tema que como hemos manifestado, la línea divisoria entre los derechos de las partes es bien delgada y delicada. En este sentido, Sar (2015) afirma que en septiembre del 2014 la Comisión de Trabajo del Congreso Peruano dictaminó favorablemente el Proyecto de Ley que Regula el Uso de los Medios Informáticos para la Comunicación en el Centro de Trabajo.

### **España**

A continuación, se realiza un resumen de las etapas que conllevó la sentencia referida al caso Alcaliber, según Sepúlveda Gómez (2013, pp. 197- 198):

... con fecha 17 de junio de 2008, y a requerimiento de la empresa, se había personado en su sede un notario, al que, por un lado, se pone a su disposición un teléfono móvil propiedad de la empresa, comprobándose el contenido de los mensajes «SMS», y por otro, se le entrega en depósito un ordenador portátil, también propiedad de la empresa; se procede después en la notaría, en su presencia y por parte de un técnico, a identificar el disco duro y a efectuar una copia del mismo, sin posibilidad de modificación de datos. Se da por probado que, en fecha 3 de mayo de 2007, un documento con los datos de la cosecha de 2007 fue reenviado por correo electrónico desde la dirección Eugenio@Alcaliber.com a una cuenta desconocida y que, igualmente, el 23 de abril de 2008 y desde esta misma dirección se remitieron a la cuenta de correo electrónico de otra empresa todos los datos relativos a la previsión de la cosecha de 2008.

El art. 59.11 del XV Convenio Colectivo de la Industria Química tipifica como falta leve “La utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa (correo electrónico, Intranet, Internet, etc.) para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral, con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 79.2”.

... El trabajador recurrente presentó demanda de despido, en la que, tras negar los hechos imputados y considerar como prueba no válida la obtenida por la empresa al acceder al contenido de sus comunicaciones efectuadas a través del correo electrónico -sin haber dado su autorización para ello- y desconociendo por tanto sus derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, solicitaba la declaración de improcedencia del despido. El demandante impugnó el informe pericial presentado por la empresa en relación con los correos electrónicos, por vulneración de derechos en su obtención. Para diligencia final, por la Magistrada se requirió a Telefónica de España, S.A. para que aportara certificación de la remisión y recepción de los correos

electrónicos contenidos en el informe pericial de Alcaliber, S.A., presentándose escrito de alegaciones por el demandante, en el que indica que la información extraída del ordenador atribuido al actor se obtuvo por la empresa contraviniendo la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007, que establece determinados límites para el registro del ordenador asignado empresarialmente a un trabajador, a fin de que no se afecte «una expectativa razonable de intimidad», razón por la que considera que los correos electrónicos constituyen una prueba ilegítimamente obtenida que debe declararse nula. Por Sentencia de 15 de julio de 2009, el Juzgado de lo Social núm. 16 de Madrid desestimó la petición de nulidad de la prueba pericial aportada por la empresa en relación con los correos electrónicos, dado que su práctica, fundada en las sospechas de un comportamiento irregular del trabajador, quedaba amparada por el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), aduciendo además que el convenio colectivo de aplicación sancionaba como falta leve la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa para usos distintos de los relacionados con la prestación laboral. No obstante lo anterior, la sentencia estimó la demanda y declaró el despido improcedente, por considerar desproporcionada la sanción impuesta frente a la gravedad de los hechos acreditados en el juicio.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la empresa Alcaliber, S.A., que fue resuelto por la sentencia de 27 de abril de 2010 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que estima el recurso de suplicación de la empresa, declarando procedente el despido, por entender probado el incumplimiento grave y culpable del trabajador sin que se haya producido violación de los derechos a la intimidad personal ni al secreto de las comunicaciones. Presentado recurso de amparo por el actor frente a la anterior sentencia, por entender éste violados los citados derechos fundamentales, es resuelto por la ahora comentada Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 17 de octubre de 2013 (BOE de 11 de noviembre), habiendo sido Ponente de la misma el Magistrado D. Andrés Ollero Tassara, mediante la que se desestima el recurso por entender que no han sido lesionados los derechos a la intimidad personal (art. 18.1 CE) ni el derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente en amparo (art. 18.2 CE), al concluirse que no concurren en el presente caso expectativas razonables de intimidad ni de secreto de las comunicaciones para el trabajador.

Según Ruiz Domínguez (2018), el Tribunal Constitucional español, siguió en su momento, la directriz encaminada por el Tribunal Supremo a través de las sentencias STC 241/2012 en el «caso Global Sales» y la STC 170/2013 en el «caso Alcaliber». Estas sentencias dejan claro que:

en caso de recogerse en el Convenio la infracción correspondiente por dicho uso personal de los medios facilitados por el empleador, se dará la facultad de que la empresa pueda llevar a cabo el control de uso de un medio informático, y que, en este sentido, se hallará abierto al poder de inspección del empresario sin que sea necesaria la advertencia previa. Las mismas razones llevan a excluir la existencia de una expectativa razonable de confidencialidad para rechazar la alegación de vulneración del derecho a la intimidad.

La STC 170/2013 y la STC 241/2012 añaden un razonamiento complementario útil al ya citado que, para el caso que exista un conflicto de derechos según el cual la medida de control sea proporcionada /quedará justificada ante la necesidad de verificar la sospecha de una infracción grave y perjudicial para la empresa. Así es que aparece la técnica de la ponderación como medio para la resolución de un conflicto entre derechos constitucionales.

Estas dos sentencias por tanto confirman los criterios de la doctrina unificada del TS sobre las facultades empresariales para regular el uso de los medios informáticos en la empresa junto con las prohibiciones absolutas del uso personal y la no exigencia de

advertencia previa para la realización del control cuando hay prohibición de ese uso mediante Convenio Colectivo. (p. 32)

Vemos cómo cambia el enfoque jurídico en las diferentes instancias por las que trasegó el caso *Alcaliber*, iniciando por la desestimación de las pruebas periciales de los correos electrónicos aportadas por la empresa (aun cuando de la lectura de estos se apreciaba que el trabajador había remitido a otra empresa información sensible para la empresa, siendo este un uso inadecuado del recurso. Según nuestro Código Penal (2008) en sus artículos 196, 198, 243, 275 y 276 puede haber cometido ilícitos como violación de secreto profesional, acceso y uso no autorizado de información, apoderamiento de secreto de empresa, violación de secreto de la industria y difusión de secreto de empresa; además se podría demandar por daños y perjuicios, artículo 2509 del Código Civil y siguientes) en el entendido que se obtuvo de forma ilegítima y que el empleador puede tomar medidas oportunas de vigilancia y control sobre las obligaciones y deberes laborales pero debe realizarlo con la debida consideración a la dignidad del trabajador; hasta llegar a que el empresario pueda llevar el control del correo sin que sea necesaria la advertencia al trabajador. En estricto derecho, se está de acuerdo con dejar claro que, de acuerdo con el convenio colectivo, la acción realizada se sancionaba con falta leve y no con despido. Posteriormente, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el Tribunal Constitucional declararon procedente el despido por incumplimiento grave y culpable por lo que tampoco se determinó violación del derecho a la intimidad personal ni al secreto de las comunicaciones. Es decir que, para estas últimas instancias judiciales, para que la empresa no tenga ningún reparo legal con revisar el correo electrónico empresarial que utiliza el trabajador, debe establecer previamente el uso o la reglamentación, en el caso que nos ocupa, del correo electrónico; dejando sentado que no puede emplearse para cuestiones personales ni mucho menos en perjuicio de la empresa y que por el hecho de hacérselo saber con antelación no ameritaba ninguna advertencia posterior. Dentro de esta misma línea de pensamiento se agrega un elemento importante al análisis de los hechos concretos como es la aplicación del principio de proporcionalidad.

*Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH. Caso Barbulescu I (12-1-2016) y Barbulescu II (5-9-2017)*

Ruíz Domínguez (2018), cita dos sentencias sobre la misma materia donde nuevamente se observa que todavía al año 2017, no hay una posición o directriz consolidada sobre la forma en cómo abordar el tema de la colisión del derecho que le asiste al empleador (y que desde el punto de vista de la autora se corresponde con el derecho de dirección, control y vigilancia y propiedad privada) y al trabajador (que según la autora aplica para el derecho de secreto de las comunicaciones y privacidad) en el caso de la utilización del correo electrónico por parte de este último. Una de las posibles causas que ayude a que todavía no se tenga una línea base sólida sobre el tema, es el hecho de que se aplique la ponderación para cada caso en concreto y porque la legislación que rige aun no deja del todo claro los límites o forma de proceder en los casos en general.

El señor Barbulescu era un ingeniero encargado de ventas en una empresa comercial rumana con antigüedad desde 2004. En dicha empresa se abrió una cuenta de mensajería de Yahoo Messenger para llevar a cabo la comunicación con los clientes y, para su uso, se fija un reglamento en la empresa que prohibía el uso de ordenadores y otros medios empresariales para fines personales que se informa al actor en 2006. En dicha normativa

no se refleja las medidas de control que se llevarán a cabo para el control de la comunicación con empleados.

El 3 de Julio de 2007 se informa a los trabajadores de que se llevará el control por parte del empleador del uso de internet, teléfonos y fotocopiadoras e incluía de información el despido de una trabajadora por uso indebido de dichos medios.

Entre el 5 y 12 de Julio se lleva a cabo el registro de las comunicaciones realizadas por el señor Barbulescu y se descubre que este estaba usando los medios profesionales con fines personales llevando a cabo el uso de la aplicación de mensajería de la empresa para conversaciones privadas. Sobre este suceso el trabajador niega haber realizado tal cosa y, al negar esto, la empresa decide mostrar la transcripción de dichos mensajes en 45 páginas que reunían todas las conversaciones realizadas entre el 5 y 12 de julio. El 1 de agosto de ese mismo año se hizo efectivo el despido de Barbulescu. A raíz de este suceso, el trabajador acude a los Tribunales de su país y posteriormente al Tribunal europeo, donde surgen dos sentencias mediante las que se ha pronunciado el TEDH42:

- En instancia, en la STEDH de 12 de enero de 2016, se declaró que no se había producido una violación del artículo 8 del CEDH con respecto a la vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, razonando que el control empresarial queda justificado con el fin de que se utilicen de forma profesional los medios facilitados y destacando que hubo aviso por parte de la empresa acerca de la prohibición de dichos fines de uso personal.

- La segunda sentencia es del 5 de mayo de 2017. En ella se recoge, tras consecuencia de una petición de reenvío a la Gran Sala del Tribunal, la existencia de la vulneración del artículo 8 del CEDH y por ello, se condena en costas al Tribunal rumano y se desestima la petición de indemnización solicitada dado que, el reconocimiento de la lesión de ese derecho constituye una reparación suficiente.

En esta segunda sentencia del Tribunal se valoran una serie de factores que es lo que se ha denominado como “test Barbulescu” y se compone este de distintos puntos a tener en cuenta para contemplar si la medida de control será o no válida para cada caso concreto:

- 1.) Si existe o no información hacia los trabajadores sobre las medidas de control y la puesta en práctica de estas; el empresario deberá avisar de forma clara y anterior a la ejecución de las mismas.
- 2.) Qué alcance tendrá el control por parte de la empresa y el grado de intromisión en la vida privada del trabajador.
- 3.) Si existen motivos suficientes para el control, si pueden fijarse medidas menos intrusivas que alcancen el mismo fin.
- 4.) Considerar las consecuencias de dicho control del empleador con el uso que le dé sobre los datos obtenidos.
- 5.) Las garantías ofrecidas al trabajador en cuanto a ser avisado previamente a aplicar dicha normativa de control. Ruiz Domínguez (2018, pp. 33- 34).

Se considera que esta última sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para iniciar deja clara la posición sobre que el empresario perfectamente puede controlar, vigilar o revisar el correo electrónico institucional que se le ha proveído al trabajador; es decir puede hacer uso de su derecho de dirección empresarial pero claro con algunos límites. Lo anterior es así, porque de los aspectos que se deben tener presentes, según la sentencia, está si el trabajador tiene o no información sobre las medidas de control y vigilancia la forma en que éstas se van a aplicar. De esto se puede decir, que se da un grano de cal y otro de arena para el trabajador (en otras palabras, se considera que, por una parte, se le protegen sus derechos y por otra parte se le restringen); es un grano de cal, negativo, para el trabajador porque el empleador puede revisarle el correo o cuenta institucional, por lo que se restringe o limita su derecho de privacidad y secreto de comunicaciones. Es un grano de arena, positivo, para el

trabajador porque se establecen determinadas condiciones (por ejemplo, que se le notifique al trabajador con anterioridad) para que el empleador pueda ingresar al correo institucional sin que le viole su derecho de privacidad y secreto de comunicaciones. Se puede apreciar que dentro de los cinco elementos que plasma la sentencia, algunos de ellos se relacionan directamente con el principio de proporcionalidad y sus componentes (idoneidad o juicio de adecuación, necesidad o juicio de indispensabilidad, proporcionalidad en sentido estricto); esto quiere decir, que para este órgano al realizar o cumplir el empleador con todos esos elementos estamos frente a una relación razonable o proporcional de los derechos de ambas partes. Esto conlleva entonces a que el empleador debe analizar de previo de qué manera o bajo qué enfoque o procedimiento va a realizar su derecho de dirección empresarial en el entendido de que sea equilibrado, proporcional y no vulnere los derechos de los trabajadores.

Lo anterior implica que, el empleador deberá recurrir, o al menos sería lo ideal, ya sea al contrato de trabajo, manuales de procedimiento, políticas de uso, códigos de conducta, circulares, reglamento o convenio colectivo para regular y dejar bien claro el ejercicio de su derecho de dirección a través de las formas o maneras antes citadas, u otra que estime pertinente, que no dejen margen a dudas y que no sean lesivas a los derechos de los trabajadores. Se reflexiona que parte de ese análisis equilibrado que debe realizar el empleador debe incluir el criterio de la proporcionalidad de la medida disciplinaria a tomar cuando a través de esa supervisión o control encuentre un mal uso de los recursos brindados al trabajador. Un elemento que va ligado a este punto entonces es ¿qué acción o medida legal va a tomar el empleador con la información que obtiene del control y vigilancia? Sobre esta línea también hay que tener en cuenta que si el empleador no realiza un adecuado o proporcionado procedimiento de aplicación del derecho de fiscalización le vulnerará los derechos fundamentales al trabajador y ello puede conllevar a otro tipo de acciones legales por parte del trabajador. En conclusión, este punto debe ser hilado muy fino porque las líneas de la frontera son delgadas o borrosas.

Otro aspecto a tener en consideración es hasta qué punto va a ser permisivo o tolerante el empleador, es decir, tiene que decidir si va a permitir algunas conductas sobre el grado de uso o utilización de los medios puestos a disposición del trabajador. En este orden de ideas, implica que el empleador cede o permite el acceso o uso inocuo (*iususus inocui*, limitación del derecho de propiedad) en cuanto a los objetos de su propiedad que son utilizados por el trabajador; pues, para que el empleador pueda tener acceso al correo institucional, de previo debe realizar determinadas acciones que no vulnere los derechos del trabajador.

Se afirma que esta sentencia les da a los trabajadores un grano de cal y otro de arena porque se tutela el derecho del trabajador, en aplicación de los cinco elementos, pero significa que si se cumple con ellos el empleador tendrá opción de revisar el correo; lo positivo de esto es que a diferencia de algunas de las sentencias de los tribunales de los países europeos que hemos visto cambió la forma de interpretar la colisión de derechos y establece lineamientos a tener en cuenta al momento del análisis lo que permitirá a los tribunales tener un norte sobre el tema y velar por la protección de los derechos de los trabajadores sobre esos cinco elementos citados, que como dijimos contienen elementos del principio de proporcionalidad. En este punto se manifiesta que, a pesar

de que se dejan sentados estos cinco elementos, el análisis de estos queda a discreción de cada administrador de justicia en cada caso en concreto; representando esto una posible ventaja o desventaja para el trabajador.

Se está consciente que establecer elementos bien determinados, concretos o definidos es difícil porque cada circunstancia o caso que se vaya a analizar es diferente por lo que lo que se hace es plantear un gran paraguas para que la mayor parte de los casos calcen en éste. Además, es bastante arduo poder sentar una posición sobre la limitación o delimitación permanente de un derecho fundamental sobre todo teniendo en cuenta que las circunstancias o realidades sociales, culturales, políticas y económicas cambian o se acoplan a los tiempos de cada sociedad.

## **2. Derecho de vigilancia y control empresarial**

Previo a referirnos al tema de la libertad de empresa es importante señalar, de manera sucinta por no ser directamente el objeto de estudio, lo que nuestro ordenamiento jurídico concibe por empresa. El Código del Comercio (1916) en los artículos 1, 6 y 20 hace referencia los comerciantes y a los actos de comercio, pero no define en sí qué es empresa; por lo que tenemos o contamos en esa norma solamente con una descripción de los sujetos que realizan el comercio y qué tipos de actos deben entenderse como comercio. Realizando una búsqueda normativa vemos, entonces, que el Código del Trabajo (1996) en su artículo 12 define qué se debe entender por empresa: “la unidad económica de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios. Se consideran como parte de la empresa los establecimientos, sucursales creadas para el crecimiento y extensión de sus actividades siempre que no constituyan una persona jurídica diferente”. De la definición anterior, se deja claro, como es de esperarse, que el fin o la finalidad de toda empresa sea el lucro como entidad productora de riqueza; es decir que en este caso el legislador se inclinó por una conceptualización más económica que jurídica. Esto implica, coincidiendo con Aráuz Rojas (2010), que no contamos en nuestra legislación, con un concepto jurídico que brinde respuesta a todas las ramas de la ciencia del Derecho, debido a la limitación antes señalada. Para Aráuz Rojas (2010) “la empresa debe constituir un nuevo tipo de bien o valor patrimonial de explotación económica, sustentado sobre tres soportes fundamentales: el empresario (sujeto organizador), el establecimiento (objeto organizado) y la organización”. (p. 13).

### **2.1. La libertad de empresa**

Herrera Espinoza (2004, p. 81), cita a Brewer-Carías (1991), al describir la libertad de empresa afirma que las constituciones postmodernas “formulan jurídicamente, además de su contenido político, una Constitución Económica a los efectos de ordenar las grandes líneas de dicha actividad, bien que ésta vaya a ser desarrollada por los particulares, bien que lo sea por el sector público”. El autor (2004) continúa afirmando que:

es en el siglo XIX, en Alemania, donde se formula por primera vez el concepto de Constitución Económica (*Wirtschaftsverfassung*), aunque, eso sí, inicialmente se trata de un concepto referido sólo al ámbito económico. Éste hacía alusión al fundamento, la estructura, la ordenación, la base misma del sistema económico, es decir, los principios y reglas esenciales por los que se rige. (p. 81)

Veremos entonces que en algunas posiciones los autores utilizarán el término constitución económica para relacionar en sí a la regulación económica que realizan las constituciones con la libertad de empresa. Paniagua Zurera (2017, p. 860), en este mismo orden de ideas opina que:

La doctrina científica viene trabajando con las nociones de Constitución económica, modelo económico y, en términos más precisos, sistema económico, para referirse al conjunto de normas constitucionales que establecen los derechos, las facultades, las libertades y las potestades públicas para el ejercicio actividades económicas, tanto de los ciudadanos, como de las administraciones públicas; y, fijan los límites legales, los deberes, las obligaciones y las responsabilidades que derivan del ejercicio de estos derechos y libertades en materia económica.

Herrera Espinoza, asegura que no hay uniformidad en lo relativo al contenido del concepto y que la constitución económica es considerada como un subsistema del sistema constitucional “Más concretamente, el Derecho Constitucional Económico es el conjunto de normas constitucionales que estatuyen los principios ordenadores de la actividad económica que llevan a cabo los Poderes Públicos y los operadores económicos privados”. (2004, p. 82).

En análisis de lo anterior, se considera que la Constitución Política (2014) es el instrumento jurídico que crea o puede dar nacimiento a la libertad de empresa y, por tal razón se tendría que investigar si a nivel nacional este mismo instrumento también limita su ámbito de actuación. Es importante señalar que, a título personal, no se concuerda con el hecho de equiparar o tratar como iguales los términos libertad de empresa con constitución económica; puesto que en la constitución económica lo que se regula o debería regular en sí es todo el ordenamiento jurídico, vinculado al sistema económico (en general) por lo que la libertad de empresa es, o sería una parte del todo y por tal razón no deben ser tenidos como iguales. Es decir, que para la autora la libertad de empresa y la actividad económica son dos conceptos o términos diferentes porque la actividad económica no necesariamente se realiza solo en un sistema económico de libertad de empresa.

El comentario del párrafo anterior, da pie entonces para que se proceda a estudiar, de qué manera nuestra Constitución Política (2014) regula el tema de la libertad de empresa. Herrera Espinoza (2004) asevera que, el constituyente sentó las grandes bases para el sistema económico, donde se logre igualdad económica a través del modelo de estado social de derecho.

Puede decirse que a pesar de que nuestra Constitución Política (2014) destina en el Título VI, un capítulo (I) titulado “Economía nacional”, no solamente en esta parte específica se encuentran elementos vinculados con este aspecto por lo que, en este orden de ideas, para llegar a una posición sobre lo que se concibe por libertad de empresa se tendría que realizar un análisis integral de todos los aspectos relacionados en las diferentes ubicaciones en la Constitución Política (2014).

Se concuerda con Herrera Espinoza (2004), en lo relativo a que nuestra Constitución Política (2014) en su artículo 6 establece que Nicaragua se constituye en un “Estado Democrático y Social de Derecho”, por lo que se promulga la igualdad y democracia económica en aras de redistribuir la riqueza. En la parte inicial de la Constitución (2014)

se esgrime que: “logre la igualdad económica, política y social de los nicaragüenses y el respeto absoluto de los derechos humanos” y en el artículo 5 propugna al referirse a los ideales socialistas “una sociedad cada vez más inclusiva, justa y equitativa, impulsando la democracia económica que redistribuya la riqueza nacional y erradique la explotación entre los seres humanos”.

La Constitución Política (2014) deja nuevamente clara la distribución justa de la riqueza en el artículo 98. En este sentido, también se podría manifestar, *a priori*, que este cuerpo normativo no explica o no ofrece (tener en cuenta que por la naturaleza de este cuerpo normativo, normalmente no se definen conceptos sino que esto se realiza o puede realizar a través del resto de ordenamiento jurídico) un concepto, guía, o definición de lo que se debe comprender por libertad de empresa; lo cual implica que se tendría que recurrir a lo que establece la doctrina, y como se ha declarado en líneas arriba, ésta tampoco cuenta con una línea homogénea al respecto. Sobre este punto se coincide con lo afirmado por el autor Herrera Espinoza (2004, p. 83) en lo relativo a que “el Constituyente Nicaragüense tampoco ha podido escapar a la tendencia de dejar sentadas las grandes pautas que configuran el sistema económico”.

Se confirma que un primer elemento o derechos vinculados con la libertad de empresa, en la Constitución Política (2014), están relacionados con el reconocimiento de las distintas formas de propiedad (art. 5) que son: pública, privada, asociativa, cooperativa, comunitaria, comunal, familiar y mixta, las cuales deben cumplir una función social. En el artículo 44 de la Constitución Política, se garantiza el derecho de propiedad privada de los bienes muebles e inmuebles y de los instrumentos y medios de producción.

Se estima que a pesar de que la Constitución (2014) se refiere a bienes muebles e inmuebles, producto del desarrollo económico, tecnológico y social del país, debería comprenderse o aplicarse también a los bienes en general (toda su clasificación incluyendo los inmateriales como el correo electrónico). Esta misma interpretación debería realizarse en lo relacionado con los instrumentos que aportan a la producción (entendiéndose como finalidad de la empresa y no como proceso), en el sentido de que cuando señala instrumentos no solamente se debería concebir o circunscribir a los instrumentos materiales o físicos; sino también, a los que producto de los avances tecnológicos se utilizan de forma constante en las empresas por lo que su intervención apoya con el logro o finalidad de la empresa, este sería el caso del correo electrónico.

Rubio Alamillo (2013), teniendo en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional (español) del 7 de octubre de 2013, asume que los medios informáticos, dentro del cual se encuentra el correo electrónico, “se consideran meras herramientas que el empresario pone a disposición del trabajador para que éste pueda trabajar”. En cuanto a los bienes (desde el punto de vista de la autora aplica a todos los tipos de bienes), el artículo 18 literal f) del Código del Trabajo (1996) estima como obligación de los trabajadores “Utilizar los bienes, recursos y materiales con el cuidado debido, para los fines que fueron destinados”. Se opina, entonces que el correo electrónico institucional al ser un bien de la empresa, se debe garantizar el derecho de propiedad (ver artículo 615 del Código Civil en cuanto al derecho de propiedad). No obstante, lo antes mencionado, la Constitución Política (2014) establece limitaciones a este derecho de propiedad, en el artículo 44, referidas “a la función social de la propiedad, por causa de utilidad pública o de interés social”; pero que para esta autora no existe razón alguna

para que a través de estas causas se puedan limitar a las partes, objeto de estudio, los derechos abordados.

Cuadros Garrido (2017) afirma que el correo electrónico, el internet y otros recursos tecnológicos se caracterizan como herramientas de trabajo básicas que mejoran los servicios brindados; al mismo tiempo los caracteriza como instrumentos de comunicación. Zapata Cortes, Arango Serna, y Adarme Jaimes (2010, p. 88) aprecian que las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC's) "son una fuente para la estimulación de la innovación en los servicios, incrementar la eficiencia de la producción y al mismo tiempo facilitar los procesos de manejo de inventario y la administración de costos". De acuerdo con el Diccionario Definición "Más allá del objeto físico, el concepto de herramienta también se utiliza para nombrar a cualquier procedimiento que mejora la capacidad de realizar ciertas tareas. De esta forma, es posible hablar de herramientas informáticas". De lo anterior, se puede asumir que el correo electrónico institucional es un bien inmaterial de la empresa cuya utilización coadyuva a la finalidad de toda empresa.

En atención al artículo 98 Cn (2014), se establece que el Estado juega un rol facilitador aportando desde su posición "las condiciones para que el sector privado y los trabajadores realicen su actividad económica, productiva y laboral en un marco de gobernabilidad democrática y seguridad jurídica plena, que les permita contribuir con el desarrollo económico y social del país". Este artículo orienta que en la relación Estado, empleador y trabajador debe imperar o regirse por la seguridad jurídica lo cual implica que el ordenamiento jurídico debe regular las circunstancias en las que puedan verse vulnerados derechos a las partes de la relación y sobre todo determinar el ordenamiento necesario para que cada una de las partes esté clara de hasta dónde llega su derecho con la finalidad de evitar transgresiones a los derechos de los demás.

Un segundo elemento sería el tipo de modelo económico. Argueta Jaen (2017), al referirse al modelo económico del país lo concibe de la siguiente forma:

En sentido estricto, si adoptamos el criterio de que la Constitución de Nicaragua no define un modelo económico específico, sino genérico (Herrera Espinoza, 2004, p. 84)54 y asumiendo que, como expresión del pluralismo económico, hay una pluralidad de instrumentos públicos, mixtos y privados para alcanzar los objetivos sociales, 55 podríamos decir que lo que tenemos en nuestro país es un tipo de Constitución Económica Abierta (p. 87).

No se concuerda con la posición anterior, en el sentido de que aunque en la Constitución Política (2014) no se determina qué es libertad de empresa, si es específica al señalar, en el artículo 103, que la economía es mixta y que las formas de propiedad están supeditadas a los intereses sociales de la Nación "El Estado garantiza las formas de propiedad pública, privada, cooperativa, asociativa, comunitaria, comunal, familiar y mixta; todas ellas forman parte de la economía mixta".

En cuanto a qué es economía mixta Gutiérrez Andrade (2010) afianza que:

No hay una definición única de lo que una economía mixta, sin embargo hay un consenso sobre algunas de sus características: es un sistema económico que incorpora elementos de más que un sólo modelo económico; en la práctica político-económica, esto significa un sistema que presenta elementos tanto del capitalismo como del socialismo, por

ejemplo, tanto propiedad privada como propiedad comunitaria o social (generalmente estatal) o busca combinar elementos del mercado libre con elementos de control estatal sobre la economía. (p. 85).

Lo anterior implica que, en este modelo económico el Estado deja libre al mercado, pero no totalmente dado que regula determinados aspectos o funcionamiento de la economía. Un ejemplo de ese modelo mixto son las inversiones o proyectos público – privado que pueden realizarse en nuestro sistema, amparado en este mismo artículo 103 de la Constitución Política (2014) al referirse a la propiedad mixta y sobre todo en el artículo 100 del mismo cuerpo normativo (2014) “El Estado garantiza las inversiones nacionales y extranjeras,... así como, el marco jurídico para impulsar proyectos público-privados...”.

Herrera Espinoza (2004, p. 93), esgrime algunos rasgos característicos de la libertad de empresa de la siguiente forma:

El primer rasgo de la libertad de empresa es, precisamente, la libertad de emprender actividades económicas, es decir la posibilidad de libre fundación de empresas y de libre acceso al mercado de bienes y servicios...

Ahora bien, el segundo rasgo que distinguiría a la libertad de empresa es la libertad de organización del empresario, a saber, la posibilidad de elegir el nombre o identidad de la empresa, la forma de organización (verbigracia, sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, etc.), el emplazamiento, la constitución interna, entre otras facultades, sin más limitaciones que aquellas que estén debidamente justificadas, entre las que destacan ciertos principios de organización, publicidad y responsabilidad, en garantía de terceros, que la legislación mercantil viene configurando, de forma progresiva, como principios de orden público.

El último rasgo diferenciador es la libertad de dirección de la empresa, lo que se traduce en la libertad de tomar decisiones y de competir en un mercado libre, lo que está íntimamente vinculado con las libertades de producción, de inversión (o desinversión), de fijación de una estrategia comercial, de distribución y venta, de competencia leal y contractual.

Según Vergara Ceballos (2010) el contenido del poder de dirección comprende la facultad para impartir instrucciones, para imponer sanciones – poder disciplinario y la facultad de vigilancia y control de la actividad laboral. Para Solano González y Somarribas Tijerino (2005), quienes citan a Borrajo Dacruz (1985), el poder de control “constituye una particular dimensión del poder directivo que se reconoce al empresario, para poder ejercer la facultad fiscalizadora sobre la organización productiva, como un método para valorar el cumplimiento de las funciones del trabajador y eventualmente tomar medidas correctivas” (p. 33). Lo anterior implica que, el empleador perfectamente puede tomar medidas de verificación de cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores en atención a este precepto, lo anterior implica que éste puede contratar a los trabajadores que estime pertinente y orientarles o dirigir, según su conveniencia, diversas orientaciones sobre la forma de realizar el trabajo y utilización de los instrumentos laborales. Zelaya (2013), al citar a Álvarez de la Rosa (2000) afirma que “la potestad para organizar y ordenar el trabajo, inicialmente y durante toda la ejecución del contrato, recibe el nombre de poder de dirección” (p. 160). Agrega, además, que “El poder de dirección se ejerce en el interior del contrato y durante su ejecución” (p. 160).

A efectos del presente trabajo nos centraremos, en este momento y sobre todo en el tercer punto, en el tercer elemento que es la dirección de empresa; en el entendido que ésta tal y como se ha declarado no es ilimitada porque atiende o debe atender a la

convivencia con otros derechos del trabajador. El Código del Trabajo (1996) a través de los artículos 8, 9 y 10 establece la calidad del empleador, al igual que sus representantes, dejando claro, artículo 9, el poder de dirección “Tienen el carácter de empleadores los contratistas, subcontratistas y demás empresas que contratan a trabajadores para la ejecución de trabajos en beneficio de terceros, con capital, patrimonio, equipos, dirección u otros elementos propios”. El poder de dirección implica entonces que los trabajadores se encuentran subordinados o bajo las órdenes del empleador; es así que, según el análisis de nuestro ordenamiento jurídico, uno de los elementos de esta relación laboral es precisamente la subordinación (directa o delegada), en este caso los artículos 6, 13 y 19 CT así lo determinan. El elemento de subordinación del trabajador y dirección del empleador se remarca aún más con los artículos 17 literal a) y 18 literales a), b) y m) del CT, en este último se establecen las obligaciones de los trabajadores “a) Realizar el trabajo en el modo y tiempo convenidos con el empleador...”.

En este sentido, Mangarelli, C. (2013), afirma que:

El derecho del empleador de dirección surge de “la naturaleza” del contrato de trabajo, por lo que rige aun sin norma expresa que lo establezca. El contrato de trabajo es pues el fundamento de este derecho de dirección<sup>3</sup>. Sin perjuicio de considerar que tanto el derecho de dirección como<sup>2</sup> el de organización de la empresa derivan de la libertad de empresa (p. 13)

Según el mismo autor (2013, p. 13) para Hueck y Nipperdey (1963), el poder directivo “resulta de la naturaleza misma de la relación de trabajo dependiente” y que para Olea Casas Baamonde, Palomeque López y Álvarez de la Rosa “la fuente de este poder está en el contrato”. Sobre este punto, teniendo en cuenta lo expresado por los autores y por lo consignado en nuestro ordenamiento jurídico se considera que, en nuestro país se toma una posición mixta en la que el poder de dirección surge tanto del contrato de trabajo, el Código del Trabajo (incluyendo los elementos de la relación laboral) y de la Constitución Política.

En otro orden de ideas, Sabogal Bernal (2005) al referirse a la libertad de empresa en el caso colombiano expresa que:

si bien fue reconocida como derecho fundamental en las primeras providencias del máximo órgano constitucional, con posterioridad la misma Corte negó su “iusfundamentalidad” apoyándose en la doctrina norteamericana de las preferred liberties, esgrimiendo que las libertades de carácter económico enunciadas en el artículo 333 de la C.N. no tienen la misma connotación ni valor de los derechos inherentes a la persona a quienes la Constitución sí expresamente les ha reconocido su carácter de fundamentales ubicándolas en el Capítulo II del Título I de la Carta Política Colombiana<sup>18</sup>19. En palabras textuales de la Corte: <<las libertades económicas y el resto de las libertades civiles y políticas no están sometidas a la misma regulación constitucional. La Constitución confiere un mayor valor a los derechos y libertades de la persona que a los derechos y libertades de contenido puramente patrimonial, ya que expresamente establece el dirigismo económico, es decir, consagra un mercado de bienes y servicios pero bajo la dirección del Estado, mientras que prohíbe todo dirigismo en materia política, ética o intelectual, por lo que se puede decir que estatuye una libre circulación de ideas. Por eso es lícito concluir que, en términos generales, las libertades de la persona y los derechos de participación ocupan en la Constitución Colombiana una posición preferente respecto de las libertades económicas>><sup>20</sup>. No obstante, en otra oportunidad manifestó que si bien las libertades económicas no constituyen de por

sí derechos fundamentales, no por ello es posible restringirlas arbitrariamente, y por consiguiente “es viable predicar la *ius* fundamentalidad de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental” 21 (pp. 4-5).

La cita anterior es importante y fundamental dado que se podría asemejar a nuestra situación en la que la Constitución Política (2014) reconoce la libertad de empresa, pero que para la autora solamente es un derecho constitucional pero no fundamental. Nuestra Constitución Política (2014) al igual que la de Colombia ubica la libertad de empresa en la parte correspondiente a la parte económica y no dentro de los derechos fundamentales, según los comprende la autora y ha dejada sentada su posición. Los párrafos anteriores, pueden servir de inspiración tanto a las personas que consideran que la libertad de empresas es un derecho fundamental como a los que no coinciden con esta posición; es decir, puede ser utilizado en dependencia del lente con que se mire ya sea aplicando la doctrina de las libertades preferidas, jerarquización de los derechos o “*prefferred liberties*” o la *ius fundamentalidad* en atención de su conexidad con un derecho fundamental. En cuanto a este último punto, se considera que si bien es cierto la libertad de empresa no es un derecho fundamental, el judicial o administrador de justicia podría aplicar, si estima pertinente, la tesis *ius fundamentalidad* para llegar a ponderar en caso de conflicto de los derechos al secreto de las comunicaciones y vida privada con el derecho de propiedad privada incardinada con la libertad de empresa.

Se coincide con Herrera Espinoza (2004), en lo referente a que la libertad de empresa tal y como se encuentra ubicada en nuestra Constitución Política (2014) no es un derecho fundamental; pero en lo que no se coincide es en que la libertad de empresa tenga como naturaleza ser un derecho fundamental, sobre todo teniendo en cuenta los argumentos referidos en párrafos anteriores:

Ahora bien, atendiendo sólo al expediente de su ubicación “topográfica”, y a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, la libertad de empresa no fue considerada por nuestra Carta Magna como un derecho fundamental, aun cuando su naturaleza ontológica corresponda a la propia de ese tipo de derechos. (p. 86).

Además de lo anterior, la libertad de empresa en sí misma no es un derecho humano y por consiguiente nunca va a poder ser un derecho fundamental; por lo que para esta autora la libertad de empresa es, entonces, solamente un derecho constitucional. En este mismo sentido, opina Zelaya (2013) quien a la vez cita a Bastida Freijedo (2005).

Se puede decir que la Constitución Política (2014) crea las condiciones necesarias para que la actividad económica se pueda desarrollar libremente, de manera que se puedan mejorar las condiciones de vida de la población, sin más limitaciones que las que establezcan las leyes, las causas de utilidad pública o de interés social. En este sentido, el empleador podrá crear la empresa que desee y en el ámbito o campo que desee, siempre y cuando el giro sea legal, bajo la organización jurídica o tipo de sociedad que seleccione según sus finalidades.

## **2.2. Tipos de controles empresariales sobre el correo electrónico institucional**

Previo a referirnos al control y vigilancia empresarial a través del correo electrónico institucional es pertinente señalar, de manera sucinta, lo que es el correo electrónico institucional. En este orden de ideas, se coincide con lo expuesto por Alvarado Montecinos y Bussenius Cornejo (2007, p. LXXIV) quienes estiman que el *e-mail* laboral

es “aquella cuenta de correo electrónico, de propiedad del empleador, que es puesta a disposición del trabajador para una mejor y más eficaz prestación de los servicios objeto del contrato”. Sotelo-Vargas (2014, p. 160) afirma que es “correo empresarial o institucional cuando su terminación refiere a un dominio registrado por la misma, por ejemplo [xxx@empresa.com](mailto:xxx@empresa.com)”. De acuerdo con el mismo autor, el control del correo electrónico institucional o “e-mail laboral” como él le llama, puede tener por fin:

- 1) Fin Preventivo o de Mantenimiento: evitar los perjuicios que causan los virus informáticos, evitar la sobrecarga de la red empresarial, evitar el exceso de capacidad de almacenamiento de las cuentas de correo o del servidor, etc. (lo cual se puede llevar a cabo mediante un control externo de los e-mails y utilizando herramientas informáticas sin necesidad de ingresar a los contenidos).
- 2) Fin Organizativo: precisar la productividad individual de los trabajadores mediante la supervisión de su trabajo plasmado en e-mails y hacer un seguimiento de la correcta forma en que se brindan los servicios (por ejemplo, una adecuada atención al cliente cuando se da respuesta por e-mail para lo cual es indispensable acceder al contenido del e-mail laboral)
- 3) Fin Fiscalizador: controlar de forma fiscalizadora y con afán disciplinario, el buen uso de las herramientas de trabajo a fin de aplicar sanciones a los infractores y/o reunir pruebas para sancionar diferentes faltas laborales (se trata de buscar, detectar y/o verificar situaciones irregulares para lo cual es indispensable acceder al contenido del e-mail laboral)” (Larrea De Rossi, 2009) (p. 161)

Esta clasificación anterior permitirá al administrador de justicia tener un panorama más claro al momento de aplicar el principio de proporcionalidad *versus* el tipo de control del correo electrónico, en sus diferentes manifestaciones, utilizado por el empleador. El judicial deberá hilar un poco más fino sobre todo cuando el empleador aplica el control del correo electrónico institucional con miras al cumplimiento de las obligaciones laborales y a una eventual aplicación de medidas disciplinarias, u organizadora (controlar o vigilar la productividad). Como se ha dejado expresado anteriormente, el poder de dirección del empresario lo aplica en estas circunstancias para dar seguimiento y control al cumplimiento de las obligaciones laborales y que producto de esa fiscalización del cumplimiento de obligaciones puede llegar al hecho de que el trabajador no sea productivo (fin organizador) o ha realizado acciones que ameritan la imposición de medidas disciplinarias (fin fiscalizador); en estos casos el empleador deberá decidir si hacer efectivo o no su derecho de dirección ante la autoridad competente, si es el caso.

Alvarado Montecinos y Bussenius Cornejo (2007, pp. XLIV y XLV), al citar a Rodríguez Silva, estiman que los administradores de las computadoras pueden realizar algunas acciones sin que el remitente o remitido de los mensajes tengan conocimiento de ello como es revisar los correos que se encuentran en la computadora o en el servidor, donde se puede hacer una copia y revisarlos con posterioridad, intervenir o desviar el envío del correo, revisar a través de programas las bitácoras del correo para efectos de estadísticas y buscar virus en el correo.

### **3. Límites al control y vigilancia empresarial del correo electrónico institucional utilizado por el trabajador**

En este punto se abordarán los temas relativos a los límites que se regulan en nuestra legislación sobre la libertad de empresa y por consiguiente el derecho de propiedad del

empleador. También se podrá leer un poco sobre los límites que tienen establecidos los trabajadores en su ejercicio laboral.

En cuanto al control empresarial Reis de Araujo (2017), señala que “puede ser personal, o sea, sobre la persona del trabajador; real, es decir, sobre las herramientas y espacios de la producción; o mixto, cuando el control es ejercitado sobre los dos tipos de objetos a la vez” (p. 189). En el caso que nos compete nos centraremos en el control real referido al correo electrónico.

A manera de aclaración, por límites constitucionales debe comprenderse que se referirán a los derechos fundamentales, contenidos por supuesto en nuestra Constitución Política (2014), con los asteriscos mencionados por la autora, en esta investigación; la forma más clara de los límites es la contenida en el artículo 24 de la Constitución Política. Por límites legales, debe entenderse en este caso a la regulación que realiza el Código del Trabajo (1996), sobre el control y vigilancia empresarial del correo electrónico institucional utilizado por el trabajador. Del mismo modo generan obligaciones el contrato de trabajo, el reglamento interno de trabajo (autorizado por el Ministerio del Trabajo), el convenio colectivo, o la política empresarial unilateral, que no entre en colisión con las disposiciones anteriores. La autora considera o incluye como límites, aunque el Código del Trabajo (1996) no lo establezca como tal, a las obligaciones de las partes porque implica que si es obligación para una será un derecho para la otra parte (artículo 24 Cn).

### **3.1 Límites constitucionales**

#### *Privacidad y secreto de las comunicaciones*

En lo referido a qué se asume por privacidad, se manifiesta que es bastante difícil de determinar, y Moreno Castillo asevera que:

En la doctrina científica el concepto de intimidad ha venido evolucionando con el pasar del tiempo, sin que ello nos permita vislumbrar la posibilidad de llegar a un concepto definitivo y unívoco –tal como afirma VITALIS (1981) es una “*definition introuvable*”-, ya que siempre estará en dependencia de las normas culturales y desarrollo de cada sociedad en concreto y también de los condicionamientos impuestos por los avances tecnológicos y sociales. (2003, p. 67)

Así pues, desde que se reconoce la dimensión social del hombre, la concepción de lo íntimo experimenta un cambio sustancial, y una fuerte limitación de su contenido en la intimidad ya no puede ser concebida como el derecho absoluto de vetar las intromisiones en la esfera personal, ni tampoco el derecho de ser dejado solo entendido como la facultad de apartar a los demás de las cosas que se quiere guardar para uno mismo; ya que la vida del hombre moderno no se desarrolla siempre en la intimidad y soledad sino en sociedad, esta realidad ha dotado a la esfera íntima de cierta permeabilidad a determinadas intromisiones. (2003, p. 71)

Del párrafo anterior referido a la última concepción de lo que se concibe por privacidad, es que se desarrolla la denominada auto determinación informativa, la cual considera a este derecho como la facultad de controlar los datos personales (Moreno Castillo, 2003). Celis Quintal (s.f, pp. 74- 75), al citar a Muñoz de Alba Medrano y Cano Valle, piensa que el derecho a la intimidad o a la vida privada es “aquel ámbito de libertad necesario para el pleno desarrollo de la personalidad, espacio que debe estar libre de intromisiones ilegítimas, y que constituye el presupuesto necesario para el ejercicio de

otros derechos”. Este último autor, cita que, dentro del derecho a la privacidad, se comprenden dos aspectos; uno es el derecho de reserva o confidencialidad el cual protege “la difusión y revelación de los datos pertenecientes a la vida privada” y el otro, el respeto a la vida privada que protege las “intromisiones ilegítimas en ese espacio”.

El mismo autor, al citar a Scalviní Leyva refiere que el derecho a la intimidad:

puede ser configurado como aquel que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que puedan provenir de las autoridades o de terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda el orden público, a la moral y a las buenas costumbres ni perjudique los derechos de los demás. (s.f, p. 74)

Nuestra Constitución Política (2014) establece el término, privacidad, por lo que éste será el que se utilizará, aunque en algunas de las citas que se realicen los autores mencionen (por razones de su propia legislación o posibles diferencias de corrientes) el término de intimidad. Meins Olivares (2000), Rovira, Suárez Crothers quienes son citados por Cobos Campos (2013), Moreno Castillo (1999) y Celis Quintal (s.f) estiman que no hay diferencia o emplean de forma similar el término derecho a la intimidad y el derecho a la vida privada.

En este sentido, el artículo 26 numerales 1, 3 y 4 de la Constitución Política (2014) considera que “Toda persona tiene derecho: 1) A su vida privada y a la de su familia... 3) A conocer toda información que sobre ella se haya registrado en las entidades de naturaleza privada y pública, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad se tiene esa información 4) A la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo”. El contenido de la protección del derecho a la privacidad que realiza la Constitución Política (2014) en el artículo 26 numeral 1 no solamente es de corte personal sino también familiar. Un elemento interesante y que engloba a la vida privada es el expresado por Moreno Castillo (1999), en cuanto a que la honra y reputación (artículo 26.2 Cn, 2014), la inviolabilidad del domicilio (artículo 26.4 Cn, 2014) y el secreto de las comunicaciones (artículo 26.4 Cn, 2014) son diferentes manifestaciones de la vida privada; esta posición entonces hace pensar que los derechos señalados (honra y reputación, inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones) se pueden o podrían defender desde la acera de la transgresión a la vida privada como elemento clasificador.

Se piensa que el empleador al momento de decidir si realizar o no el control y vigilancia del correo electrónico institucional, deberá tener presente si se vulnerará el derecho de privacidad y secreto de las comunicaciones del trabajador, en cuanto a su derecho de autodeterminación informativa (facultad del trabajador de controlar sus datos personales), y su derecho de reserva o confidencialidad (protección de la difusión y revelación de los datos pertenecientes a la vida privada).

Es conveniente, entonces, que para evitar algún tipo de vulneración a estos derechos (artículo 26 numerales 1, 3 y 4 Cn, 2014) el empleador deje claro desde un inicio su política de uso del correo electrónico institucional, donde no quede duda que este tipo de correo solamente debe ser utilizado para fines laborales y no personales (es así que se considera que lo anterior permite eliminar el elemento de vida privada del trabajador), porque el uso del correo será o debería ser solamente institucional y al ser así no se podrá aplicar la autodeterminación informativa porque no hay o no deberían haber en

esos correos datos personales del trabajador. Además, al ser utilizado el correo institucional para fines laborales tampoco se infringiría la correspondencia personal del trabajador porque no hay nada personal, al tener el trabajador de antemano esa prohibición.

No se puede abordar este contenido temático sobre la vida privada y comunicaciones, sin referirnos de previo al instrumento internacional por excelencia en materia de derechos humanos, como es la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la cual al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) reconocen en su preámbulo que la dignidad humana forma parte intrínseca e inalienable de las personas. Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) estima en el artículo 12 que nadie será objeto de “injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. En el mismo sentido, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.

Otros instrumentos internacionales que se decantan por la protección de la vida privada y la privacidad de correspondencia son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en sus artículos 5 y 9 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), regula en el artículo 11 la protección a la dignidad humana.

Como se aprecia, nuestra legislación se encuentra incardinada, partiendo con el artículo 46 de la Constitución Política (2014), perfectamente con los instrumentos internacionales vinculados directamente con la protección y promulgación de los derechos humanos en el entendido de que la dignidad humana es inherente a las personas y que se debe asegurar el bienestar de los trabajadores, teniendo como horizonte la dignidad, el derecho a la privacidad y secreto de las comunicaciones.

El empleador al establecer una política de uso del correo electrónico institucional reduce las posibilidades, porque va a depender de cómo lo regule y de lo que establezca el judicial en caso de llegar a los tribunales, de vulnerar los derechos constitucionales, abordados sobre este punto, del trabajador y los instrumentos internacionales vinculados con esta materia.

Aunque la Constitución Política (2014) protege el derecho a la privacidad y a las comunicaciones, nuestro ordenamiento jurídico no establece lo que considera por cada uno de éstos, por lo que entonces se tendría que recurrir, en su momento, a la doctrina y jurisprudencia para tener un poco más claro el contenido de los mismos. Ruiz Domínguez (2018), afirma que será la jurisprudencia la encargada de fijar pautas que marcarán en cada momento lo que se configura por derecho a la privacidad; se coincide con este planteamiento dado que el contenido puede variar en dependencia de los avances jurídicos y sociales del momento.

### ***Libertad de empresa***

La Constitución Política (2014), en los artículos 99, 100 y 104 sigue siendo persistente en cuanto al modelo económico al reconocer el rol protagónico de la iniciativa privada, la libertad de empresa, iniciativa económica libre, libre mercado y que es a los

particulares a quienes les corresponde el ejercicio de las actividades económicas. En este punto es importante manifestar que los artículos 44 y 104 Cn (2014) son categóricos al señalar los límites de la libertad de empresa y la propiedad privada. Es decir que el hecho que se propugne la libertad de empresa no significa que no haya límites o que el Estado no realice un seguimiento, pues los límites son la ley, la utilidad pública o de interés social, motivos sociales o de interés nacional. El punto es que estos términos, a excepción de la ley, no están definidos, delimitados o establecidos a circunstancias concretas por lo que permiten un amplio margen de interpretación y sobre todo de decisión; por lo que se considera que será la jurisprudencia la que tendrá que realizar el acotamiento, si es el caso. Estas limitaciones mencionadas (incluyendo el bien común del artículo 24 Cn, 2014) son las que el empleador debe respetar, al momento de hacer uso efectivo de su derecho de dirección empresarial sobre el correo electrónico institucional.

En cuanto a la ley y sus reservas en materia de libertad de empresa, Herrera Espinoza (2004, p. 99), lo declara así: “el constituyente se ha inclinado por conceder a la libertad de empresa la reserva de ley “parlamentaria””. Sobre este punto, aunque referido a la reserva de ley en materia tributaria nicaragüense, Romero - Flor (2013), al manifestarse sobre el alcance de la reserva de ley declara que la reserva de ley absoluta, es realizada exclusivamente por una ley y la reserva de ley relativa, basta con que una ley regule los aspectos fundamentales para posteriormente ser reglamentado.

Se dispone entonces que el Constituyente optó de forma clara por una reserva de ley absoluta en materia de la libertad de empresa (art. 104 Cn 2014). De igual manera, se opina que la propiedad privada tiene una reserva de ley absoluta, dado que nuestra Constitución Política (2014), en los artículos 44 y 103, limita este derecho en virtud de la función social de la propiedad, por causa de utilidad pública o de interés social, a las limitaciones y obligaciones que en cuanto a su ejercicio le impongan las leyes. Las reservas de ley están vinculadas directamente con el principio de seguridad jurídica (art. 25 numeral 2 Cn, 2014), el principio de legalidad (32, 130, 160 y 183 Cn 2014), y el principio de jerarquía de la norma (129, 130, y 182 Cn, 2014); es decir que se respeta o se respeta. A lo antes mencionado, se le debe sumar, además, el artículo 24 Cn (2014).

En este sentido, es solo y absolutamente solo mediante ley (no por contrato, reglamentos, acuerdos, etc) que se establecerán o deben establecerse (en principio porque están las otras limitaciones señaladas) las limitaciones a la libertad de empresa y en este caso, no se tiene conocimiento de una ley que prohíba que el empresario pueda revisar el correo electrónico institucional por lo que si no está prohibido está permitido (artículo 32 Cn, 2014); sobre todo porque no vulnera según se ha dicho derechos fundamentales inespecíficos del trabajador. La Ley Orgánica del Poder Legislativo (2007), Ley No. 606, en su artículo 8 establece el concepto de lo que se debe considerar por ley.

### **3.2. Límites contemplados en el Código del Trabajo**

Para abordar este punto se auxiliará de lo estatuido por el Código del Trabajo (en adelante CT) (1996) en lo referido al contrato de trabajo y las obligaciones de las partes,

sin obviar que algún momento se recurra a otra norma y a la misma Constitución Política (2014) por estar relacionados con la temática.

Gutiérrez Pérez (2008), al expresarse sobre el contrato de trabajo estima que en éste se delimitan las obligaciones del trabajador producto del acuerdo al que llegue con el empleador en cuanto a la prestación del servicio. Se asienta que es importante estipular, en el contrato de trabajo (y también podría ser en la descripción del puesto) tal y como lo determina el artículo 20 literal c) CT la “Descripción del trabajo y lugar o lugares donde deba realizarse”, de la manera más clara y específica posible las obligaciones de las partes contratantes porque, tal y como opina el mismo autor (2008, p. 170) puede darse el caso de que “en el propio contrato de trabajo se fijen ya estipulaciones contrarias al respeto debido a los derechos fundamentales del trabajador en cuanto persona”. En lo atinente a los derechos fundamentales debe entenderse también, en opinión de la autora, incluidos los derechos fundamentales inespecíficos como son el secreto de las comunicaciones y el derecho a la privacidad.

Es necesario aunar el artículo 20 CT (1996) mencionado con los artículos 8, 19 y 18, principalmente, los literales a), b), c), e), f) y m), dado que éstas se entienden o representan por sí mismas los límites de sus actuaciones en el sentido de que donde empieza tu derecho termina el mío (art. 24 Cn, 2014). En el caso del literal m) del artículo 18 CT, es bastante amplio en cuanto a que deja abierta la posibilidad de agregar otras obligaciones que se deriven tanto del contrato de trabajo, de la convención colectiva y el reglamento interno de trabajo. Este artículo en su parte inicial señala de manera general otras obligaciones que estén contenidas en otros artículos del código.

Se estima que estos artículos citados, son los que proveen el derecho de dirección del empresario, en el caso que nos ocupa, significa que el empleador según los literales a), b), e) y f) del artículo 18 CT (1996) está en todo su derecho de vigilar y controlar (aunque el artículo no lo establece de forma explícita, de la lectura se interpreta este derecho) que los trabajadores realicen en modo y tiempo el trabajo por el cual fueron contratados, con el sigilo del caso y por supuesto debiendo utilizar los bienes o recursos con el cuidado debido para lo que se les entregó o destinó; es decir, no hacer un uso diferente a lo asignado u orientado por el empleador, en este caso concreto el correo electrónico institucional, siendo entonces ésta una limitante para el trabajador en cuanto al uso de los recursos.

En cuanto a los límites que debe observar el trabajador están, principalmente, los referenciados en los artículos 18 CT (1996) (trabajo en modo y tiempo convenidos, incremento de producción y productividad, conducta respetuosa, debido sigilo sobre secretos técnicos, comerciales y de fabricación de la empresa, cuidado debido de los bienes, recursos y materiales para los fines que fueron destinados).

Como se observa, el derecho de control y vigilancia empresarial está resguardado por el Código del Trabajo (1996) (artículos mencionados) y por el derecho de propiedad (según la Cn, 2014). Con la finalidad de garantizar la correcta utilización, la forma o manera en que el empleador desea que se use el correo electrónico institucional, se le aconseja a éste que, para evitar malos entendidos, complicaciones jurídicas y/o para concretar su derecho de dirección empresarial, se plasme esta manera, ya sea, en el contrato de trabajo, en la convención colectiva, en el reglamento interno de trabajo o a través de una política de uso del correo electrónico el cual puede contener prohibiciones

absolutas o parciales, ello dependerá de lo que el empleador decida. De este modo, también se evita que la contra parte pueda fundamentar, alegar o que se pueda vulnerar, si es el caso, su derecho de secreto de la comunicación y su vida privada (derechos fundamentales inespecíficos). Un elemento importante es que no solamente bastaría con que exista la política, la convención colectiva, el reglamento interno de trabajo, etc, sino que el trabajador tenga pleno conocimiento de esto y sobre todo de las consecuencias del no cumplimiento, y sería necesario tener en cuenta las medidas contempladas en la sentencia denominada *Barbulescu* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos visto en el punto dos de este documento; de esta manera se elimina también la posibilidad de que el trabajador alegue que tenía posibilidades de intimidad frente a la prohibición o que invoque el artículo 34 numeral II de la Constitución Política (2014) “A no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

Se recomienda que el empleo del correo electrónico institucional se regule o plasme en un documento porque de lo contrario podría considerarse o asumirse, por parte del trabajador o judicial, que si no está prohibido está permitido (artículo 32 Cn, 2014, aunque como se ha dicho el artículo 18 CT, 1996, es claro); es decir que haya cierta permisibilidad.

Un ejemplo de la regulación de la utilización del correo electrónico institucional, a través del reglamento interno, es el que se describe a continuación, el cual pertenece a una empresa del sector privado nicaragüense:

#### Correo electrónico

1. Se le otorga una cuenta de correo electrónico a los colaboradores que, por la naturaleza sus funciones, la Organización considere deben tenerla.
2. Esta cuenta de correo electrónico es personal, y no debe ser compartida; además, debe ser usada estrictamente para los fines que tengan que ver con el negocio.
3. Todas las comunicaciones de negocios enviadas por correo electrónico deberán ser enviadas y recibidas utilizando la dirección de la cuenta asignada al colaborador.
4. Se prohíbe el envío de correo electrónico no solicitado hacia los clientes o clientes prospectos, y el envío de correos que no tengan que ver con la naturaleza del trabajo de los usuarios.
5. Se prohíbe utilizar la cuenta de correo electrónico para el envío o reenvío de mensajes de spam (no solicitado, no deseado o de remitente desconocido) con contenido que pueda resultar ofensivo o dañino para otros usuarios o que sea contrario a las políticas y normas del grupo o de seguridad de la información.
6. Se prohíbe el intercambio o envío de música, video, imágenes o cualquier otro archivo que contravengan las políticas y normas del grupo o de seguridad de la información.
7. Se debe evitar abrir archivos de dudosa procedencia o que contengan enlaces donde se solicite información personal
9. Retención de cuentas de correo para colaboradores que dejan de laborar para el grupo

.... c) Se habilitará acceso para que el personal de TI pueda realizar respaldos de los correos de colaboradores a los que no se le aplique esta política de retención.

Como se puede observar, la creación de cuenta del correo electrónico institucional queda a discreción de la empresa brindarle o no la cuenta al trabajador, sin perder de vista, por supuesto, lo asumido en el artículo 17 literal d) del Código del Trabajo (1996) relativo a la obligación del empleador de brindar los útiles, instrumentos y materiales necesarios y adecuados para ejecutar el trabajo convenido. Deja establecido que el correo electrónico institucional, se debe utilizar para los fines relacionados con el negocio de la empresa, prohibiendo el envío de información que no tenga que ver con la naturaleza del trabajo o sea dañino para los usuarios o las políticas de la empresa. Deja especificado que solamente se puede emplear esa cuenta para recibir o enviar las comunicaciones. Deja señalado qué tipo de archivos se prohíbe que se envíen o abran. En el numeral 9 literal c) se contempla que el personal TI realizará los respaldos de los correos de los colaboradores a los que no aplique la política de retención, pero lo que se echa de menos en esta información (al menos hasta donde se tuvo acceso) es que la empresa pueda revisar, supervisar o vigilar los correos electrónicos que envíe el trabajador y las posibles sanciones ante el incumplimiento; dado que solo se señala el respaldo.

De no realizar la recomendación sobre establecer la política de uso del correo electrónico, podría darse el caso que se describe a continuación cuando el empleador monitorea, ingresa y utiliza información de la cuenta del correo electrónico institucional, sin la autorización o conocimiento por parte del trabajador y aquél decide u opta por presentar la información ante el judicial como medio de prueba en un juicio, pudiendo ser declarada ilícita según el artículo 53 numeral 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (2012). Un ejemplo de esto, es lo contemplado en la sentencia No. 183 del año 2010 del Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Managua. Sala de lo Laboral:

Resulta que el trabajador, al tener conocimiento de las documentales aportadas al proceso, refirió lo siguiente: “Señora Juez, dichas pruebas SON ILEGALES POR CUANTO: A. NO HE AUTORIZADO LA UTILIZACIÓN DE DICHA CORRESPONDENCIA ELECTRÓNICA NI DE NINGÚN TIPO A BANCO CITYBANK, NI A PERSONA ALGUNA...”, basando su impugnación en lo estatuido en el Arto. 26, núm. 2, Cn., que a la letra dice: “Toda persona tiene derecho: ...2) A la inviolabilidad de su domicilio, SU CORRESPONDENCIA y sus COMUNICACIONES DE TODO TIPO.”. Estima esta Sala, acertada la impugnación del trabajador, conforme el Arto. 16 L.O.P.J., que reza: “Validez de los elementos probatorios. NO SURTEN EFECTO ALGUNO EN EL PROCESO las PRUEBAS SUBSTRÁIDAS ILEGALMENTE u obtenidas violentando, directa o indirectamente, los derechos y garantías constitucionales.”.

El Tribunal declara ilícita la prueba aportada porque el trabajador no tenía conocimiento que el empleador utilizaría información del correo institucional como medio de prueba, alegando por tanto su derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, aunque vemos que no defendió, al menos no se observa en esta parte de la sentencia, el derecho de privacidad. En este sentido, se disiente de lo aplicado por el Tribunal (aunque se tiene claro que el Tribunal aplica la sana crítica contemplada en el artículo 53 numeral 1 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 2012) en cuanto a que se considera que al ser el correo electrónico institucional una herramienta o medio de trabajo, que le pertenece a la empresa, y que se le entrega al trabajador para que éste pueda realizar sus funciones u obligaciones todo lo que se envíe por este medio (correo institucional) es o debería ser de carácter laboral por lo que el empresario no debería tener ningún

inconveniente en poder utilizarlo según sus intereses en plena aplicación de su derecho constitucional de propiedad. Además, según el artículo 18 literal f) del Código del Trabajo (1996), que respalda la correcta utilización de los bienes para los fines que fueron dispuestos (el artículo 44 Cn, 2014, garantiza el derecho de propiedad privada de los instrumentos y medios de producción); independientemente de si esa facultad esté o no nuevamente reflejado en un contrato de trabajo, convenio colectivo, reglamento interno, o política de uso del correo electrónico institucional. Claro, el ideal es que, según lo visto en la jurisprudencia nacional e internacional, este derecho esté nuevamente presente en cualquiera de esos documentos, principalmente.

En líneas anteriores se ha opinado que el derecho de propiedad del empresario está respaldado por nuestra Constitución (2014) y que claro está, éste tiene algunas limitantes para su ejercicio, como son las del artículo 44 Cn (2014), relacionadas a la función social de la propiedad, causa de utilidad pública o de interés social, las cuales no encuadran dentro de este supuesto (correo electrónico institucional) por lo que no debería coartarse el derecho mencionado el cual es protegido, entre otros, por el artículo 103 Cn (2014) (el Estado garantiza las diferentes formas de propiedad). En este mismo orden ideas, el artículo 104 Cn (2014) garantiza el “ejercicio de las actividades económicas sin más limitaciones que, por motivos sociales o de interés nacional, impongan las leyes” y como se observa en este caso hasta el momento en nuestro ordenamiento jurídico no tiene una disposición que prohíba al empresario poder revisar el correo electrónico institucional; más bien se reitera este derecho en el artículo 18 literal f) del Código del Trabajo (1996).

La utilización del correo electrónico institucional para fines diferentes a los laborales puede implicar, de alguna manera, tal y como lo expresa Cardona Rubert (2015) un daño económico referido al lucro cesante por el tiempo en que el trabajador realiza una actividad diferente a la laboral; el envío de correos no laborales puede perjudicar la capacidad del sistema informático en cuanto a la velocidad, seguridad, imagen, competitividad y transmisión de información sensible de la empresa.

Según la sentencia, el Tribunal considera entonces, sin decirlo expresamente pero que de la letra se analiza que, aunque el correo electrónico le pertenezca a la empresa la comunicación que se realice por esta vía le corresponde o pertenece al trabajador, en aplicación del derecho a la privacidad de sus comunicaciones; por lo que esta autora estima que una de las razones, de la sentencia, podrían ser los derechos de autor (autoría de las ideas según el artículo 2.2 de la Ley de derecho de autor y derechos conexos, 1999) que puedan contener los mensajes o correos que redacta el trabajador y que en este momento no son objeto de estudio.

Otro componente a tener presente es que puede que el Tribunal haya interpretado o asumido que cuando el artículo 26, numeral 2 de la Constitución (2014) señala: “Toda persona tiene derecho: ...2) A la inviolabilidad de su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo” abarcan o incorporan, también, las comunicaciones o correspondencias laborales en este caso las relativas al correo electrónico institucional. Desde el punto de vista de la autora, cuando el artículo 26 constitucional se refiere a sus correspondencias o comunicaciones es única y específicamente a las realizadas de manera personal y no laboral porque las conversaciones, comunicaciones o

correspondencias del correo electrónico institucional son o deberían ser en todo caso laborales (sobre todo cuando su uso está regulado), y no personales para que sean sus comunicaciones, por lo que no debería haber o no hay vulneración de sus derechos laborales inespecíficos. Así mismo, el artículo 26 señalado concreta que la “ley fijará los casos y procedimientos para el examen de documentos privados, libros contables y anexos, cuando sea indispensable para esclarecer asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia o por motivos fiscales” y que si se sustrae de manera ilegal algún documento o papel privado no producirá efecto en un juicio o fuera de este. Se estima que este artículo tampoco podría ser aplicable al empresario porque la documentación (asumiendo que la comunicación del correo electrónico institucional se ha impreso, prueba documental) producto del correo electrónico institucional pertenece a la empresa, no siendo personal del trabajador. En todo caso, si el constituyente hubiera querido reafirmar estos derechos (privacidad y comunicación) el espacio perfecto sería en el capítulo V, derechos laborales, artículos del 80 al 89 de la Constitución (2014).

En materia penal, vemos como en los artículos 213 y 214 del Código Procesal Penal (2001) deja claro cuáles son los tipos de delitos y el procedimiento a seguir para interceptar las comunicaciones incluyendo las electrónicas.

Otro elemento a analizar, como se manifestó solamente se tuvo acceso a esa parte de la sentencia, es el regulado por la Ley de protección de datos personales, 2012, Ley No. 787, la cual establece en su artículo 3 literales e), f) y g) qué se debe comprender por datos personales, datos personales informáticos y datos personales sensibles, siendo este último el que más se puede relacionar con la temática en cuanto a datos relacionados con la parte sindical, el cual por el momento, no es objeto de estudio en esta investigación. Se valora, que no se puede encuadrar el supuesto de que la información que contiene, o debería contener, el correo electrónico institucional es un dato personal sensible del trabajador; puesto que la información del correo electrónico institucional no contiene o no debería contener:

información sobre el origen racial, étnico, filiación política, credo religioso, filosófico o moral, sindical, relativo a su salud o vida sexual, antecedentes penales o faltas administrativas, económicos financieros; así como información crediticia y financiera y cualquier otra información que pueda ser motivo de discriminación.

El artículo 8 de la misma ley en el literal d), regula los datos personales comerciales (de las empresas) como sensibles “las bases de datos de clientes, proveedores y recursos humanos, para fines de publicidad y cualquier otros datos que se consideren información comercial o empresarial reservada fundamentalmente para el libre ejercicio de sus actividades económicas”; es decir, el trabajador debe velar de no revelar la información sin el consentimiento del titular de los datos en este caso la empresa y como la empresa es la dueña de la información se reafirma que la empresa no tendría (al ser la titular) por qué solicitar al judicial el acceso a la misma; puesto que este artículo estima que “Todos los datos personales sólo podrán ser revelados por consentimiento del Titular de los datos, por ley expresa de interés social o por mandato judicial”. Además, se observa, en este caso que el Tribunal realiza cierta equivalencia o equiparación entre la correspondencia con las comunicaciones lo cual se considera acertado porque normalmente la correspondencia se ha atribuido únicamente a correspondencias escritas referidas a cartas, pero según los avances sociales se ha aplicado también al correo electrónico. En este mismo sentido, lo afirma Cobos Campos (2013, p. 70) al

decir que el correo electrónico se ha asemejado al correo postal “para efectos de su regulación y protección en el ordenamiento jurídico”.

Los párrafos precedentes estaban relacionados, en una parte, con las limitantes de los trabajadores sobre el uso del correo electrónico institucional, pero a continuación se abordará la otra parte de la moneda es decir qué límites debe respetar el empleador. Al respecto, se opina que debe haber cierta cautela al momento de determinar en el contrato las obligaciones del trabajador y empleador, para evitar caer en una posible vulneración de derechos fundamentales y laborales, en este caso de investigación, del trabajador; por tal razón, se considera que el empleador debe tener como límites a estas obligaciones, las establecidas en los artículos 17 (además de otras obligaciones que puedan estar contenidas en otros artículos del código), principalmente en los literales c), p) y r), 46 (restricciones de derechos) y 48 (solicitud ante el MITRAB) CT vinculadas con la dignidad, el decoro y los derechos morales (mencionados anteriormente, teniendo en cuenta que los derechos patrimoniales serán de la empresa y que para que sea considerado el trabajador como autor se debe crear alguna obra ya sea literaria, artística o científica, artículo 2.2 de la Ley de derecho de autor y derechos conexos (1999). Este punto en concreto no es objeto de investigación).

Por su parte, los principios fundamentales X y XIII del Código del Trabajo (1996) contemplan que las normas de este cuerpo normativo y la legislación laboral complementaria son de Derecho Público por lo que el interés social prima ante el interés privado; se garantiza salario igual por trabajo igual en idénticas condiciones de trabajo que le asegure al trabajador un bienestar compatible con la dignidad humana. Se puede decir que al igual que en la Constitución Política (2014), la dignidad humana está presente como uno de los límites (establecidos para el empleador) del Código del Trabajo (1996). Recapitulando los límites en el Código del Trabajo (1996) son el derecho público, el interés social, dignidad humana, el decoro, los derechos morales y evitar el acoso o chantaje sexual.

Sobre esta temática, Gutiérrez Pérez (2008) asume que en España:

la STC19/1985, de 13 de febrero, FJ 1º, vino a afirmar que, las libertades públicas y derechos fundamentales garantizados por la Constitución y, no solo la prohibición de discriminación recibida por el Estatuto de los Trabajadores del artículo 14 de aquella, son componentes esenciales del orden público, siendo nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con su respeto (p. 170).

En sentencia No. 02 del 2016 del Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones nicaragüense, la cual cita la sentencia No. 71 del 09 de julio del 2001 referente a qué es orden público "... se entiende el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios fundamentales de una sociedad, o a las garantías precisas a su existencia" (p. 77). En este mismo sentido, la sentencia No./09/2016 del mismo órgano judicial.

En lo relacionado con el Derecho Público, el Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones nicaragüense cree que "... Un principio fundamental del Derecho Público es el principio de legalidad, conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas". (p. 174).

Sentencia No. 4351201 J del veinticinco de mayo del año dos mil once y sentencia No.372/2016, del veintinueve de marzo del dos mil dieciséis. En este mismo sentido, nuestro Código del Trabajo (1996) en el principio fundamental X deja claro que la legislación laboral es de derecho público y en este caso el interés privado debe ceder paso o terreno al interés social; es decir, no debe primar la autonomía de la voluntad cuando el pacto convenido vulnera derechos fundamentales de las partes. Este principio es fundamental porque es un límite determinante que no puede olvidarse o relegarse por lo que, si bien es cierto, las partes pueden acordar obligaciones diferentes a las señaladas en los artículos mencionados, pero el límite de éstas es este principio. Contrario *sensu*, lo que el código si autoriza a través de su principio III, es mejorar los beneficios a favor de los trabajadores contenidos en la legislación laboral, pues estos son un mínimo de garantías que pueden ser mejoradas por el contrato de trabajo y los convenios colectivos (en consonancia con el artículo 88 Cn, 2014).

Por si quedara alguna duda sobre la forma de proceder el principio IV es claro al señalar que los “derechos reconocidos en este Código son irrenunciables”; por lo que claramente se conecta, principalmente, con el respeto a la dignidad humana (como base de los derechos fundamentales) y resto de derechos mencionados en el cuerpo normativo. De lo anterior, no cabe duda, entonces, que los legisladores tienen clarísimo que los derechos establecidos en el Código del Trabajo (1996) (ley ordinaria) jamás pueden ser renunciables y si se da el caso de que se renuncien, al momento de presentarse el caso ante los administradores de justicia estos deberán aplicar lo que en derecho corresponde; es decir, mandar su nulidad con base en el derecho público (no se sujeta a la autonomía de la voluntad de las partes), interés social, dignidad humana, orden público (principios II y X del CT, 1996), principio de legalidad, seguridad jurídica y por supuesto el *in dubio pro operario* (principio VIII del CT, 1996), el cual mandata aplicar la norma más beneficiosa al trabajador, sin importar la jerarquía de la norma.

Si los legisladores tienen claro que los derechos laborales establecidos en el Código del Trabajo (1996) son irrenunciables (siendo de menor nivel jerárquico que la Constitución), ni se diga entonces de la posibilidad, si es que queda duda, de afectar, vulnerar o limitar algún derecho fundamental, instaurado por la Constitución Política (2014) sin que ésta mandate o permita poder realizar dicha acción o ésta lo autorice a través de la reserva de ley respectiva.

Algunas personas podrán pensar que el código regula la irrenunciabilidad del derecho, pero no la limitación de derechos; sobre este punto se considera que con solo el hecho de llegarse a delimitar una parte de cualquier derecho implica implícitamente una renuncia de esa parte por lo que tampoco se podría o debería vulnerar el derecho. Es decir, que los trabajadores pueden obligarse a todo, lo legal, menos a optar o convenir infringir sus derechos, el código ha sido sabio al regularlo de tal manera sobre todo teniendo en cuenta la posición de desventaja con que cuenta el trabajador en relación con el empleador. En conclusión, el trabajador no podrá, a través del contrato de trabajo, del convenio colectivo o cualquier otro documento renunciar o restringir sus derechos y por su parte el empleador deberá aplicar el principio de buena fe en la relación laboral.

Dentro de la búsqueda que se realizó, no se encontró que el Código del Trabajo (1996) regule o hiciese indicación sobre el derecho de privacidad, por lo que en principio significa que se tendrá que hacer uso de lo contemplado en nuestra Constitución (2014). En cuanto a la dignidad humana si se pudieron encontrar algunas disposiciones que están

en consonancia con la Constitución Política (2014): Principio XIII del Código del Trabajo (1996) “se garantiza a los trabajadores salario igual por trabajo igual en idénticas condiciones de trabajo, adecuado a su responsabilidad social, ... que les asegure un bienestar compatible con la dignidad humana”. Artículo 17 literal c) los empleadores están obligados a: “guardar a los trabajadores la debida consideración y respeto absteniéndose de malos tratos de palabra, obra u omisión y de todo acto que pudiera afectar su dignidad y su decoro”.

#### 4. Conclusiones

Los derechos humanos y fundamentales fueron pensados como un límite al poder, lo cual no implica que estos, y el resto de derechos, no sean limitables. Se considera que en sintonía con algunos instrumentos internacionales y doctrina, referidos en el cuerpo del trabajo, los derechos fundamentales pueden ser limitados o limitables a través de una ley, previamente autorizada esta posibilidad en la Constitución Política. Nuestra Constitución Política (2014), se decanta por la eficacia directa de los derechos fundamentales. En el caso del Código del Trabajo (1996), no se encontró referencia sobre este punto, tal y como si lo realiza el Código del Trabajo chileno.

La doctrina, casi de manera unánime, refiere que el derecho fundamental de la vida privada está vinculada con la dignidad humana y en ese sentido, la Constitución Política (2014) declara a la dignidad humana como inherente al ser humano.

El administrador de justicia al presentársele el caso de colisión de los derechos fundamentales inespecíficos (en este caso el secreto de las comunicaciones y vida privada, ambos derechos del trabajador; y, el derecho de propiedad atribuido al empleador) puede optar por aplicar el principio de proporcionalidad, la jerarquización de los derechos o “*preferred liberties*” o *la ius fundamentalidad*, en atención de conectar un derecho fundamental como es la propiedad privada con la libertad de empresa. Nuestra Ley de justicia constitucional, en su artículo 3, determina los métodos y reglas de interpretación jurídica para los casos de colisión de derechos fundamentales.

Se sugiere que el empleador establezca, para evitar inconvenientes, una política de uso del correo electrónico institucional (ya sea a través del contrato de trabajo, manuales de procedimiento, políticas de uso, código de conducta, circulares, reglamento, convenio colectivo, etc.), teniendo en cuenta los elementos citados en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2016, sobre el Caso Barbulescu. Las medidas disciplinarias que el empleador asuma sobre el uso del correo electrónico institucional deben ser proporcionales, razonables en relación con la infracción y por supuesto autorizadas por el Ministerio del Trabajo.

Según las sentencias citadas en el cuerpo del trabajo, el empleador puede revisar el correo electrónico institucional que utiliza el trabajador bajo ciertas circunstancias, señaladas, por lo que se ingresa a las comunicaciones del trabajador y éste a la vez hace uso de los bienes propiedad del empleador. Es decir, a ambas partes se les han limitado sus derechos y es ahí donde perfectamente se aprecia el juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad, proporcionalidad). Debe tenerse claro, que por motivos de

avances sociales, políticos, legislativos y económicos (economía del derecho) las razones para aplicar la proporcionalidad pueden variar con el tiempo.

Se opina que la libertad de empresa en Nicaragua no es un derecho fundamental ni un derecho humano, sino solamente un derecho constitucional. Uno de los elementos vinculados con la libertad de empresa es el derecho de la propiedad, amparado ampliamente en nuestra Constitución Política (2014). En este sentido, el correo electrónico institucional es asumido como un bien inmaterial de la empresa y como un recurso o herramienta de trabajo tecnológico o informático. El poder de dirección del empresario en nuestro país surge al amparo de la Constitución Política (2014) (derecho de propiedad, libertad de empresa), contrato de trabajo y del Código del Trabajo (1996) (principalmente artículos 6, 8, 9, 10, 13, 18 y 19).

Los límites a la libertad de empresa (de la Constitución Política, 2014 y el Código del Trabajo, 1996) son el derecho público, derechos morales, el decoro, la dignidad humana, la ley, la utilidad pública, interés social, motivos sociales o interés nacional y la, establecida en el artículo 24 Cn, referida a que tu derecho termina donde inicia el mío. Los artículos, principales en este orden ideas, del Código del Trabajo (1996) son el 17 y los principios II, III, IV, VIII, X, XIII.

El constituyente le otorgó a la libertad de empresa una reserva de ley absoluta (artículo 104 Cn). Así mismo, la propiedad privada tiene una reserva de ley absoluta orientada por nuestra Constitución Política (2014) (artículos 44 y 103) y es limitada por la función social de la propiedad, utilidad pública o interés social y las limitaciones y obligaciones legales. Lo anterior implica, en principio porque están los otros elementos, que solo mediante una ley se puede restringir o limitar el derecho a la libertad de empresa. En cuanto a los límites del trabajador se podrían señalar, principalmente, el artículo 24 Cn, el 18, 20 y 48 CT.

El administrador de justicia debe hilar bien fino la interpretación que se realice del artículo 26 numeral 2 de la Constitución Política (2014), relacionado con la “inviolabilidad de su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo”. Al respecto, se considera que este artículo se refiere a las comunicaciones personales y no a las laborales, sobre todo si se ha determinado de previo la política de uso del correo electrónico institucional, y teniendo en consideración que el correo electrónico es un bien empresarial. La Ley de protección de datos personales (2012) en su artículo 3, deja claro qué se comprende por datos personales sensibles y en este caso se estima que no cabe la comunicación que realice el trabajador en el correo electrónico institucional. Más bien esta ley protege como sensible, en el artículo 8, los datos personales comerciales de la empresa “... y cualquier otros datos que se consideren información comercial o empresarial reservada fundamentalmente para el libre ejercicio de sus actividades económicas”. De lo dicho, se infiere entonces, que tampoco se vulneraría el artículo 26 numeral 3 Cn porque no se registra o no se debería registrar información personal del trabajador en el correo electrónico institucional.

En lo relativo a los derechos sindicales cabe manifestar, que en esta ocasión no son objeto de estudio de esta investigación, dado que ésta se ha limitado al uso del correo electrónico institucional relacionado con los trabajadores a título individual; por lo que las implicaciones de esta limitación, del correo electrónico institucional, no ha sido

objeto de estudio en el ejercicio de derechos laborales y sindicales. Esta podría ser una línea de investigación posterior.

### Lista de referencias

- Alvarado Montecinos, R. A., Bussenius Cornejo, P. A. (2007). *El e-mail laboral en Chile*. (Tesis inédita de grado). Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile. Recuperado de <https://www.google.com/search?q=EL+E-MAIL+LABORAL+EN+CHILE&oq=EL+E-MAIL+LABORAL+EN+CHILE&aqs=chrome..69i57.756j0j9&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>
- Ampié Vílchez, M. X. (2006). *Manual de Derecho Constitucional*. Managua: Colección Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana. Recuperado de: <https://www.google.com/search?q=Manual+de+Derecho+Constitucional+mauro+ampie&oq=Manual+de+Derecho+Constitucional+mauro+ampie&aqs=chrome..69i57.5641j0j9&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>
- Aráuz Rojas (2010). *La empresa como objeto de tráfico jurídico. Especial énfasis en los negocios de transmisión "inter vivos" de carácter oneroso*. (Tesis inédita de Licenciatura). Universidad Centroamericana, Managua, Nicaragua. Recuperado de <http://repositorio.uca.edu.ni/604/1/UCANI2952.pdf>
- Argueta Jaen, J. (2017). *La Configuración Constitucional del Sistema Tributario Nicaragüense*. Revista de Derecho (No. 23). Recuperado de <http://www.revistasnicaragua.net.ni/index.php/revderecho/article/view/3958>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de [https://www.google.com/search?ei=ZJf5XO3cMa6C5wL0q7K4Bw&q=declaracion+universal+de+los+derechos+humanos+pdf&oq=declaracion+universal+de+los+derechos+humanos&gs\\_l=psy-ab.l.0.0i71l8.0.0..l1049...0.0..0.0.0.....0.....gws-wiz.pi9C8S6wUOs#](https://www.google.com/search?ei=ZJf5XO3cMa6C5wL0q7K4Bw&q=declaracion+universal+de+los+derechos+humanos+pdf&oq=declaracion+universal+de+los+derechos+humanos&gs_l=psy-ab.l.0.0i71l8.0.0..l1049...0.0..0.0.0.....0.....gws-wiz.pi9C8S6wUOs#)
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Asamblea Nacional Constituyente francesa. (1789). Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Recuperado de <https://www.google.com/search?q=Declaraci%C3%B3n+de+los+Derechos+del+Hombre+y+del+Ciudadano&oq=Declaraci%C3%B3n+de+los+Derechos+del+Hombre+y+del+Ciudadano&aqs=chrome..69i57.726j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>
- Asamblea Nacional. (1916). Código de Comercio. Publicado en *La Gaceta, Diario Oficial* No.248, del 30 de octubre de 1916. Nicaragua.
- Cardona Rubert, M. B. (2015). *Intimidad del trabajador y comunicaciones electrónicas según el Tribunal Constitucional*. Revista Jurídica de los Derechos Sociales, 5 (2). Recuperado de <https://www.google.com/search?q=Intimidad+del+trabajador+y+comunicaciones+electr%C3%B3nicas+seg%C3%BAn+el+Tribunal+Constitucional&oq=Intimidad+del+trabajador+y+comunicaciones+electr%C3%B3nicas+seg%C3%BAn+el+Tribunal+Constitucional&aqs=chrome..69i57.686j0j1&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>

- Celis Quintal, M. A. (s.f.). *La protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2253/9.pdf>
- Cobos Campos, A. P. (2013). *El contenido del derecho a la intimidad*. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (No. 29). Recuperado de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932013000200003](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932013000200003)
- Código Civil de la República de Nicaragua.
- Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)
- Conferencia Internacional Americana. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Consejo de Europa. (1950). *Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Recuperado de [https://www.google.com/search?ei=ijf5XI-IMqnt5gKW\\_leYBQ&q=convenio+de+roma+de+4+de+noviembre+de+1950+pdf&oq=convenio+de+roma+pdf&gs\\_l=psy-ab.1.3.0i7i3015.172335.174333..181036...0.0..0.176.1839.8j8.....0....1..gws-wiz.....0i71.IRKipD4xw4w#](https://www.google.com/search?ei=ijf5XI-IMqnt5gKW_leYBQ&q=convenio+de+roma+de+4+de+noviembre+de+1950+pdf&oq=convenio+de+roma+pdf&gs_l=psy-ab.1.3.0i7i3015.172335.174333..181036...0.0..0.176.1839.8j8.....0....1..gws-wiz.....0i71.IRKipD4xw4w#)
- Constitución Política de Nicaragua. Publicada en *La Gaceta, Diario Oficial* No. 32 del 18 de febrero de 2014. Nicaragua.
- Corte Suprema de Justicia. (2010). *Sentencia No. 183 del Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Managua*. Sala de lo Laboral. Quince de julio del dos mil diez, las diez de la mañana, 2010.
- Corte Suprema de Justicia. (2017). *Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones, Criterios laborales 2011- 2016*. Managua: Autor.
- Cuadra Núñez, A. J. (2016). *Los derechos fundamentales en materia laboral y su tratamiento jurídico actual en Nicaragua*. (Trabajo de investigación inédito realizado en el curso Acompañamiento académico para la investigación en el Programa Doctorado Cuestiones Actuales del Derecho). Universidad Centroamericana, Managua, Nicaragua.
- Cuadros Garrido, M. E. (2017). *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*. (Tesis inédita de Doctorado). Universidad de Murcia, España. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10803/462202>
- Diccionario Definición. Recuperado de <https://definicion.de/herramienta/>
- García Palacios, O. (2015). *Manual de Derecho Constitucional*. Nicaragua: Cuaderno Legislativo No. 1. Recuperado de <https://www.google.com/search?q=omar+garcia+cuaderno+legislativo+1&oq=omar+garcia+cuaderno+legislativo+1&aqs=chrome..69i57.7879j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>
- Gutiérrez Andrade, O. W. (2010). *Sobre la economía mixta (una aproximación a la economía plural de Bolivia)*. *Perspectivas* (No. 25). Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/4259/425942454005.pdf>
- Gutiérrez Pérez, M. (2008). *Ciudadanía en la empresa y derechos Fundamentales inespecíficos* (tesis inédita de Doctorado). Universidad de Sevilla, España. Recuperado de <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/73995>

- Herrera Espinoza, J. J. (2004). *Análisis de la constitución económica nicaragüense con especial referencia a la libertad de empresa*. Revista de Derecho (9). Recuperado de <http://repositorio.uca.edu.ni/894/>
- Ley No. 185. Código del Trabajo. Publicada en *La Gaceta, Diario Oficial* No. 205 del 30 de octubre de 1996. Nicaragua.
- Ley No. 312. Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Publicada en *La Gaceta, Diario Oficial* No. 166 y 167 del 31 de Agosto y 1 de Septiembre de 1999. Nicaragua.
- Ley No. 406. Código Procesal Penal. Publicada en *La Gaceta, Diario Oficial* No. 243 del 21 de diciembre de 2001 y No. 244 del 24 de diciembre de 2001. Nicaragua.
- Ley No. 606. Ley orgánica del Poder Legislativo de la República de Nicaragua. Publicada en *La Gaceta, Diario Oficial* N°. 26 del 06 de febrero del 2007. Nicaragua.
- Ley No. 641. Código Penal de la República de Nicaragua. Publicada en *La Gaceta, Diario Oficial* No. 83, 84, 85, 86 y 87 del 5, 6, 7, 8, y 9 de mayo de 2008. Nicaragua.
- Ley No. 787. Ley de protección de datos personales. Publicada en *La Gaceta, Diario Oficial* No. 61 del 29 de Marzo del 2012. Nicaragua.
- Ley No. 815. Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Nicaragua. Publicada en *La Gaceta, Diario Oficial* N°. 229 del 29 de noviembre de 2012. Nicaragua.
- Ley No. 983. Ley de Justicia Constitucional. Publicada en *La Gaceta, Diario Oficial* N°. 247 del 20 de Diciembre del 2018. Nicaragua.
- Mangarelli, C. (2013). *Derechos del empleador a la organización y dirección de la empresa, y límites*. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 4 (No. 8). Recuperado de <https://www.google.com/search?q=Derechos+del+empleador+a+la+organizaci%C3%B3n+y+direcci%C3%B3n+de+la+empresa%2C+y+l%C3%ADmites&dq=Derechos+del+empleador+a+la+organizaci%C3%B3n+y+direcci%C3%B3n+de+la+empresa%2C+y+l%C3%ADmites&aq=chrome..69i57.834j0j0&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>
- Moreno Castillo, M. A. (1999). *El derecho a la vida privada en la Constitución de Nicaragua*. *Revista Encuentro* (No. 49). Managua: Nicaragua.
- Moreno Castillo, M. A. (2002). *La intervención de las comunicaciones telefónicas y la interceptación de comunicaciones escritas, telegráficas y electrónicas como medios de prueba en el nuevo proceso penal*. *Revista de derecho* (No. 1). Recuperado de <http://www.revistasnicaragua.net.ni/index.php/revderecho/article/view/985>
- Moreno Castillo, M. A. (2003). *La protección del derecho a la intimidad en el Código Penal español. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*. *Revista de derecho* (No. 6). Recuperado de <https://www.camjol.info/index.php/DERECHO/issue/view/220>
- Paniagua Zurera, M. (2017). *La libertad de empresa: el marco institucional y su contenido esencial*. *Revista de Fomento Social* (No. 287 -288). Recuperado de <http://search.proquest.com/openview/9226115cbd4ab7a937eb67874c02b9c3/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2040952>
- Reis de Araujo, A. (2017). *La dignidad humana como límite al poder de control empresarial*. (tesis inédita de doctorado). Universidad Complutense de Madrid. Recuperado de <https://www.google.com/search?q=La+dignidad+humana+como+l%C3%ADmite+al+poder+de+control+empresarial&dq=La+dignidad+humana+como+l%C3%A>

- Dmite+al+poder+de+control+empresarial&aqs=chrome..69i57.702j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8#
- Romero-Flor, L. M. (2013). *La reserva de ley como principio fundamental del derecho tributario*. *Dixi* (No. 18). Recuperado de [https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/3722/fi\\_1397319032-revista%20dixi%2018.pdf?sequence=1](https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/3722/fi_1397319032-revista%20dixi%2018.pdf?sequence=1)
- Rubio Alamillo, J. (2013). *El correo electrónico utilizado como herramienta de trabajo es propiedad de la empresa*. Recuperado de <https://peritoinformaticocolegiado.es/blog/el-correo-electronico-utilizado-como-herramienta-de-trabajo-es-propiedad-de-la-empresa/>
- Ruíz Domínguez, A. (2018). *El derecho a la intimidad de los trabajadores: diversidad jurisprudencial en el marco europeo y español*. (tesis inédita de grado). Universidad de Valladolid. Recuperado de <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/31133>
- Sabogal Bernal, L. F. (2005). *Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia*. *Revist@ e – Mercatoria*, 4 (No. 1). Recuperado de <https://www.google.com/search?q=Nociones+generales+de+la+libertad+de+em+presa+en+Colombia&oq=Nociones+generales+de+la+libertad+de+empresa+en+Colombia&aqs=chrome..69i57.637j0j9&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>
- Sar, O. (2015). *Límites de la facultad de fiscalización del empleador cuando entra en conflicto con el derecho al secreto de las comunicaciones de los trabajadores*. Centro de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres. Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/303443655\\_Limites\\_de\\_la\\_facultad\\_d\\_e\\_fiscalizacion\\_del\\_empleador\\_cuando\\_entra\\_en\\_conflicto\\_con\\_el\\_derecho\\_a\\_l\\_secreto\\_de\\_las\\_comunicaciones\\_de\\_los\\_trabajadores](https://www.researchgate.net/publication/303443655_Limites_de_la_facultad_d_e_fiscalizacion_del_empleador_cuando_entra_en_conflicto_con_el_derecho_a_l_secreto_de_las_comunicaciones_de_los_trabajadores)
- Sepúlveda Gómez, M. (2013). *Régimen jurídico del contrato de trabajo. Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites*. *Temas laborales* (122). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4595486>
- Solano González, L y Somarribas Tijerino, A. (2005). *El control del empleador con respecto a la dignidad e intimidad del trabajador*. (tesis inédita de Maestría). Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica.
- Sotelo-Vargas, D. A. (2014). *El e-mail en el trabajo: el control informático del empleador sobre el empleado*. *Revista Iter Ad Veritatem*. (12) recuperado de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/download/916/890>
- Ugarte Boluarte, K. R. L. (2014). *Los derechos humanos y/o derechos fundamentales en el marco de un Estado de Derecho*. *Lex*, 10 (9). Recuperado de <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/312>
- Ugarte Cataldo, J. L. (2007). *La tutela de Derechos Fundamentales u el derecho del trabajo: de erizo a zorro*. *Revista de Derecho* Vol. XX, (Nº 2). Recuperado de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0718-09502007000200003&lng=es&nrm=i](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-09502007000200003&lng=es&nrm=i)
- Ugarte Cataldo, J. L. (2011). *La colisión de derechos fundamentales en el contrato de Trabajo y el principio de proporcionalidad*. Recuperado de <https://www.google.com/search?ei=8MLJXc74j-WD5wKvIilBQ&q=s%C3%B3lo+surge+en+situaciones+que+sean+simult%C3%A1neamente+subsumibles+en+dos+normas+que+establecen+consecuencias+normativas+incompatibles%2C+teniendo+cada+una+de+ellas+un+campo+de+aplicaci%C3%B3n+en+el+que+el+conflicto+no+se+produce+ugarte+cataldo&oq=s%C3%B3lo+surge+en+situaciones+que+sean+simult%C3%A1neamente+subs>

umibles+en+dos+normas+que+establecen+consecuencias+normativas+incomp  
atibles%2C+teniendo+cada+una+de+ellas+un+campo+de+aplicaci%C3%B3n+en  
+el+que+el+conflicto+no+se+produce+ugarte+cataldo&gs\_l=psy-  
ab.3...17365.84689..86108...0.0..0.138.2111.20j3.....1....1j2..gws-  
wiz.....0i13j0i8i7i30j0i13i5i30.J4YKGaSqRoY&ved=0ahUKEwjOsLKW\_uLIAhXI  
wVkkHS8qAIEQ4dUDCA&uact=5#

Vergara Ceballos, F. (2010). *Poder directivo y nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Una acentuación de la facultad de control*. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1 (No. 1). Recuperado de <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=Poder+directivo+y+nuevas+tecnolog%C3%ADas+de+la+informaci%C3%B3n+y+la+comunicaci%C3%B3n.+Una+acentuaci%C3%B3n+de+la+facultad+de+control#>

Zapata Cortes, J. A., Arango Serna, M. D. y Adarme Jaimes, W. (2010). *Herramientas tecnológicas al servicio de la gestión empresarial*. Recuperado de [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjawP\\_I3NHkAhWkwVkkHbbZDSAQFjACegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Fwww.researchgate.net%2Fprofile%2FJulian\\_Zapata3%2Fpublication%2F220136706\\_Herramientas\\_tecnologicas\\_al\\_servicio\\_de\\_la\\_gestion\\_empresarial%2Flinks%2F5654e44f08aeafc2aabc1af8%2FHerramientas-tecnologicas-al-servicio-de-la-gestion-empresarial.pdf&usg=AOvVaw3Yhi3fZHeIOzolmGU8nPVZ](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjawP_I3NHkAhWkwVkkHbbZDSAQFjACegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Fwww.researchgate.net%2Fprofile%2FJulian_Zapata3%2Fpublication%2F220136706_Herramientas_tecnologicas_al_servicio_de_la_gestion_empresarial%2Flinks%2F5654e44f08aeafc2aabc1af8%2FHerramientas-tecnologicas-al-servicio-de-la-gestion-empresarial.pdf&usg=AOvVaw3Yhi3fZHeIOzolmGU8nPVZ)

Zelaya, F. M. (2013). *Derivaciones laborales de las empresas ideológicas o de tendencia en Nicaragua*. Revista de Derecho (16). Managua: Nicaragua.