

México, D.F., 13 de noviembre de 2014.

Versión estenográfica de la Sesión 6: “La protección de los datos personales en las relaciones laborales”, durante el XII Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos Personales, llevado a cabo en el Auditorio “Alonso Lujambio” del Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI).

Presentador: Vamos a dar inicio con esta sesión, la número seis de este Décimo Segundo Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos Personales.

Este panel se titula “La Protección de los Datos Personales en las Relaciones Laborales”.

Modera esa mesa la Comisionada del IFAI, Patricia Kurczyn Villalobos, a quien le cedemos el uso de la voz.

María Patricia Kurczyn Villalobos: Muchas gracias.

Creo que me tomó un poquito desprevenida, pero en seguida vamos a empezar.

Como hemos estado trabajando desde el día de ayer normalmente en el Encuentro, antes con el taller, quiero decirles que entre los objetivos del Encuentro, como se señaló, está este tema que me parece que es por demás importante como todos, no le vamos a restar importancia, pero sí tal vez de los que tienen más innovación o los que hay que innovar todavía más para ser más precisa.

Es un tema novedoso, poco explorado. La propia Organización Internacional del Trabajo empezó a ver estos temas de la Protección de Datos de los Trabajadores o en las relaciones laborales, como sería conveniente, pues también el empleador necesita tener protección en sus datos.

Pero la OIT después de haber hecho unas recomendaciones, y esto hace ya más de 10 años, en 1997, ya dejó el tema.

Pero recientemente platicando con el Director de la OIT en la oficina de México, me decía: “La verdad, OIT ha dejado esto un poco relegado, lo están retomando. Pero por el momento aquí en México no tenemos a ningún especialista a quien pudiéramos invitar para poder hablar de esto”.

Bueno, está muy bien porque estamos haciendo caminos y esos caminos tienen que llegar naturalmente a metas de una gran importancia, en las que con un absoluto respeto hacia las personas podamos dar una protección en los niveles equitativos que sugiere siempre todo tipo de relaciones sociales en los que se manifiesta la vulnerabilidad de alguna de las partes.

Creo yo que es importante no solamente en este caso hablar de la vulnerabilidad de algunos trabajadores frente a los empleadores, y digo algunos, porque llega a haber sindicatos tan poderosos, que entonces hay veces que el empleador es el que se hace vulnerable.

Pero también hay otros grupos, como serían las personas que están alojadas o que están arropadas o protegidas por instituciones de asistencia social y que hemos tenido en México lamentablemente una experiencia triste.

Hace poco en alguna casa de asilo para menores, una casa-hogar en la que encontrábamos que a los pequeños que llegaban ahí, que después ya crecían y eran adultos, pero seguían viviendo ahí se les había cambiado los nombres, se les habían cambiado los apellidos.

Desconocían exactamente quiénes eran sus padres, sus tutores, sus abuelos, no tenían idea de nada. entonces es una pérdida de identidad muy grande, que yo creo que también es muy, muy importante resaltar en lo que es a la protección de los datos personales, no solamente la privacidad, no solamente esto, sino también el derecho que nos puede dar un resguardo de datos personales de una manera correcta para poder tener también protegida una identidad.

A mí me da mucho saludarlos esta tarde, iniciar esta reunión, aun cuando es despuesito de la comida, siempre ya se tomaron un café, por favor. Pero además de todo les quiero decir que es tan interesante y que tenemos a unos personajes que los van a mantener a ustedes

muy atentos, y esperamos que ustedes tengan también mucho que aportar desde sus experiencias personales, profesionales y, desde luego, desde su ingenio.

Nosotros tenemos ahora, en este momento, la primera participación de don Fernando Barrio, él está por allá.

Don Fernando Barrio es Director de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Río Negro, Argentina. Ha ocupado diversos cargos en la Universidad Nacional de Río Negro. Es profesor asociado y jefe de Relaciones Internacionales.

Fue Director General de Barrio Global. Profesor de Derecho Mercantil en la Universidad Metropolitana de Londres. Profesor invitado en el Colegio Regen y en la universidad Webster, negociado para Piatigorsky Loyers y asesor técnico del gobierno de Río Negro.

Es licenciado en Relaciones Internacionales por la Universidad de Belgrano, y maestro y doctor en Cooperación Internacional por la Universidad de Nagoya.

Yo le voy a rogar que dispone usted de 13 minutos. Qué pena ser estrictos con el horario, con el tiempo, pero estamos atentos a escucharlo.

Muchísimas gracias y bienvenido.

Fernando Barrio: Hola. Si me disculpan, acostumbrado a dar clases prefiero hacerlo caminando.

María Patricia Kurczyn Villalobos: Nada más no se vaya a caer.

Fernando Barrio: No. por ahí tienen suerte y eso es lo que sucede.

En estos escasos 13 minutos voy hablar de la protección de datos en el entorno laboral, no sin antes agradecerle a la gente del IFAI por la invitación. Es un gusto estar acá desde Argentina. Yo soy de un poco lejos, soy de la Patagonia Argentina, no soy porteño. O sea, que todas las cosas que tengan contra los argentinos son verdad, pero a mí no se me aplican.

Así que comencemos a hablar de esta cuestión de la protección de datos en el entorno laboral, o como yo prefiero llamarlo, la redención del pecado original de la protección de datos, porque la cuestión que tenemos acá es esta protección de datos en el entorno laboral presenta algunos problemas, varios problemas.

Pero hagamos una selección de ellos. Entonces uno de los problemas que se plantean entre la plétora de cuestiones que podrían tratar es la cuestión de los datos del trabajador, los datos personales del trabajador.

Otras cuestiones son los datos personales incluidos en las comunicaciones que lleva adelante el trabajador, y finalmente en esta pequeña selección de temas, vamos a hablar de las cuestiones sindicales que tienen que ver con la protección de datos.

Entonces, tratando de mantener mediante los 13 minutos, yo soy conocido por extenderme siempre en el plazo, esta vez trataré de no hacerlo, y como se darán cuenta he sido acusado de muchas cosas, una de esas es de ser modesto, le aseguro que eso no es verdad, trataremos de ver cuáles son las cuestiones de datos del trabajador.

Según la Ley Argentina, la Ley 25326, en su artículo 2, diría que el empleador sería un usuario de datos; esto es en la Legislación Europea, el procesador de datos, quien procesa los datos.

Por lo tanto, todos los deberes de la ley se le aplican al empleador, en lo referido a los datos del trabajador.

Nos vamos aquí, porque son sólo 13 minutos, ni tampoco la mayoría de la gente que está acá es bastante más especialista que yo en estos temas, nos vamos a ir uno por uno, cuáles son los deberes que establece la Ley, pero mantengamos esto en mente para cuando lleguemos a la cuestión del pecado original, porque el problema es los cumplen los empleadores, cumplen los principios y las obligaciones que le impone la Ley de Protección de Datos cuando tratan los datos de sus trabajadores, dejemos eso por un momento y veamos los datos incluidos en comunicaciones.

Aquí el tema es que normalmente el tema central de la protección de datos, cuando hablamos de relaciones de empleo, porque casi universalmente, está aceptada esta cuestión que aunque el trabajador tiene derecho a bla, bla, cómo está usando aparatos que son del empleador, el empleador tendría derecho a inmiscuirse en estas comunicaciones del empleado, siempre y cuando, dicen algunos fallos de algunos países, le dé una noticia anterior al trabajador.

Esto me gustaría que lo guarden en mente, porque vamos a volver específicamente sobre esta cuestión.

Las cuestiones sindicales, también está establecido en la jurisprudencia de varias jurisdicciones, que los sindicatos tienen el derecho de comunicarse con los trabajadores, y aunque estos principios no estaban establecidos para la edad de la información, se entiende que esto incluye el uso del correo electrónico de la empresa, para poder comunicarse con los trabajadores y los empleadores tienen una obligación de colaborar.

Esto significa, aunque les resulte un costo al empleador, el empleador tiene la obligación legal de colaborar con el Sindicato dentro de lo razonable.

Y aquí empezamos con los problemas: ¿qué es razonable en estas nuevas relaciones? ¿Qué es lo razonable en esta situación donde todo el trabajo está informado, donde cambió el paradigma, donde Internet, que fue creado en el año '69? Esto en realidad no es muy relevante, lo digo porque en el año '69 nací yo y me da la oportunidad de contárselos.

Pero lo importante es que hoy, en realidad hoy no, hace unos meses, al 31 del 12 del 2013, había 2 mil 802 millones 478, 934 usuarios de internet.

No me pregunten cómo los contaron, ni quien, pero creamos que es más o menos un número parecido.

Entonces, en esta situación, donde todo está conectado con todo, también se da la cuestión de que los empleadores colectan datos de terceros.

Ustedes están trabajando y como bien se dijo esta mañana, su empleador no solamente mira el currículum que ustedes presentan, sino que empieza a goglear y por ahí encuentra cosas que a ustedes no les gustan.

Hace años, cuando era profesor en Londres, inventé la palabra ciber site y les cuento que nadie le hizo caso nunca, nadie más la usó, pero aprovecho para tirársela ahora a ustedes.

Saking en inglés es echar a alguien de su trabajo y yo en una conferencia usé esta palabra *cibersaking* en el sentido de que el promedio en Inglaterra en ese momento a dos personas por semana las echaban por cosas que habían hecho en internet fuera de su trabajo. Caso famoso, una chica que trabajaba en la Cámara de Diputados y dijo algo en una fiesta, un *epítoto* racial la echaron. Otro que dijo en Twitter algo de su empleador, lo echaron.

Entonces, esta idea no está bien clara si en realidad el empleador cuando accede a datos de su empleado por medio de terceros, si estos sería legal.

A su vez tenemos la internet como una construcción social, ustedes piensen que a fines del 2013 Facebook tenía mil 230 millones de usuarios, sería el segundo país del planeta. China tiene mil 300 millones y a fines del 2013 suponiendo que no siguió creciendo exponencialmente casi como lo hizo comparado con el año 2004, estamos en que Facebook es el segundo país del planeta.

Entonces, internet es como la sociedad misma. Entonces, la pregunta es: ¿Puede el empleador negarle al trabajador que sea parte de la sociedad? Vamos analizar esto, porque está esta creencia, no, cuando ustedes están trabajando y les comento aquello que van a decir: No, pero el empleador es el que le paga, es el que durante ocho horas o siete horas lo tiene en un lugar que él paga la luz. Sí, pero yo les pediría que recuerden que el trabajo de esclavo terminó hace mucho tiempo.

En realidad el trabajador presta su servicio donde en la relación de trabajo como ustedes saben, hay una relación de dominación y control

por parte del empleador, pero el trabajador sigue siendo una persona que está trabajando, no se transforma en un objeto del empleador que lo puede usar como quiere.

Entonces, durante esas ocho horas yo le puedo pedir que deje de ser parte de la sociedad, es algo para pensar, sobre todo cuando estamos llegando a la internet de las cosas. Cuando ustedes desde donde estén a través de su teléfono pueden subir la temperatura de su casa, pueden poner el pollo a cocinar que pusieron en el microondas, pueden desenchufar la heladera, pueden hacer cualquier cosa. No lo pueden hacer cuando están trabajando.

Vamos analizar los argumentos, porque el trabajador es parte de esa sociedad y yo soy de la postura que no deja de serlo en el momento que entra a trabajar, esto no significa y estamos discutiendo la cuestión de lo razonable, nadie dice que yo voy a estar ocho horas en mi trabajo jugando en Facebook, para nada, me descubrí, pero ustedes piensen que no lo hice.

La cuestión es que el trabajador es parte de eso y antes de llegar rápidamente a las conclusiones, vamos a dar las cuestiones de los sindicatos. Los sindicatos tienen el derecho en comunicarse con los trabajadores, por lo que explicamos antes también tendrían el derecho de hacerlo a través del correo electrónico. Sí, como dice la mayoría de los casos de las jurisprudencias, la mayoría de las jurisdicciones, el empleador tiene derecho acceder a esos correos electrónicos, porque el empleado está usando el correo electrónica de la empresa, el empleador tendría derechos acceder a correo electrónico que pueden tener datos sensibles, porque como ustedes saben, la afiliación sindical es un dato sensible.

Entonces, la respuesta es: No señores, lo lamento, lamento mucho lo diga el superior Tribunal de donde sea. A mí me parece que nuestro trabajo como académicos no es solamente analizar lo que dicen las cosas, sino a veces decirle a la Corte: "Señores, ustedes se equivocaron".

Entonces está mal que los empleadores puedan acceder al correo electrónico solamente porque están usando algo que le pertenece al

empleador, pero la protección de datos es doblemente un derecho humano, es un derecho humano por dos lados.

Primero. Es la faceta informacional del derecho a la privacidad, reconocido en varios instrumentos de derechos humanos.

El derecho a la privacidad tiene distintas facetas y ha sido estudiado por diferentes académicos.

Una de las facetas es la informacional, que se representa en protección de datos.

Por otro lado, el derecho a la protección de datos per se, es un derecho humano de acuerdo al Artículo 8° de la Carta Europea de Derechos Humanos, que como ustedes saben, fue aprobada allá por el año 2000 y finalmente con la aprobación del Tratado de Lisboa formó parte de la legislación de la Unión Europea.

Entonces no estamos hablando de cualquier cosa, porque en el año 1980 empezó lo que llamaríamos el derecho de protección de datos modernos y ahí comienza el pecado original, porque en realidad si ustedes leen toda la legislación y los principios de la OCDE, no quieren proteger datos. Son un medio para lograr el fin que facilita el flujo de datos, porque los datos son más un derecho humano, son un “comoditie”, algo que uno puede vender, y como bien se dijo ya en la mañana, la sociedad de la información está basada en los datos.

Entonces lo hemos escuchado muchas veces, en realidad tenemos que ver, de asegurar la protección de datos en todas las empresas, saben, tienen certeza, pueden comprar y vender datos, saben qué hacer, saben dónde tranzarlos.

¿Seguro? Estamos hablando de un derecho humano.

Porque yo les podría decir que hay cierto tipo de negocios que sería mucho mejor tenerlo con trabajo de esclavo. ¿Por qué no, si es conveniente para la empresa?

La sociedad decidió que no, que hay ciertos derechos que no se negocian ni por dinero, ni por desarrollo, ni por nada y podemos

discutirlo de estar de acuerdo o no, pero de acuerdo a la legislación internacional y que muchos de nuestros países han adoptado, les recuerdo que en la Argentina el Artículo 75, inciso 21 de la Constitución Nacional Reformada, dice “que ciertos tratados” en los que menciona los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, son igual que la Constitución.

Por lo tanto, estos derechos no se negocian y esa es la cuestión.

El problema que se ha planteado y que tiene que ver con los reguladores, de los cuales muchos están aquí presentes, es que han mantenido la retórica de derechos humanos, pero negociándolos como si fuera un “comoditie” y ahí está el problema.

Porque siempre se usan argumentos falaces las cortes, la Dirección de Protección de Datos usan el argumento falaz que, por ejemplo, el empleador tendría derecho a inmiscuirse y a no respetar completamente estos derechos, porque puede tener un impacto en el empleo.

¿Seguro? No sé cuántos de ustedes fuman, yo no fumo. Y en mi oficina hay gente que sale una vez por hora durante más o menos 15 minutos.

¿O sea, cuál sería el problema si ese empleado que no fuma, en vez de salir 15 minutos por hora, se pasa 10 minutos mandándole correo a la novia? ¿Dónde está el problema?

Eso le daría el derecho al empleador a ver el correo electrónico, pero no le da el derecho a decirle: “No, no va a poder fumar”.

El otro argumento falaz es decir: “Bueno, lo que pasa es que estás hablando de la propiedad del empleador”.

Por lo tanto el empleador tiene el derecho claramente de hacer lo que quiere con su propiedad.

¿Están seguros de eso? Porque yo les aseguro que ustedes usan otras cosas que es del empleado. ¿Les gustaría que el empleador vea a ver cómo le usan? El argumento es completamente falaz, no es así.

Aparte claramente estamos hablando de niveles de razonabilidad, nadie está diciendo que se pasen ocho horas por día mandándole correo a la novia, pero qué pasa si le mandan uno o dos.

Porque es lo mismo que si ustedes están trabajando y atienden el teléfono y le tienen que decir al Kinder Garden que van a llegar tarde para buscar a sus hijos porque no lo pueden hacer por correo electrónico.

Entonces cuando hablamos de derechos humanos, tenemos que tener en cuenta que son inderogables, y que no hay argumento mercantilista que valga. Y ese es uno de los problemas centrales que tenemos cuando tratamos de protección de datos personales. Que en realidad es un commodity y hay que buscar el equilibrio entre cuánto va a ganar la empresa y cuánto de derecho voy a respetar. Los derechos se respetan o no se respetan, y eso lo tienen claro muchas direcciones de protección de datos.

Cuando ustedes leen las cosas que produce la Agencia Española de Protección de Datos, claramente tienen una visión de derechos. Pero después entramos con la cuestión de los modelos y si los flujos de van o no van y empezamos a mezclar todo.

Y una de las cuestiones, sobre todo en lugares del mundo donde hemos sufrido bastante, bastante por la violación de derechos humanos. Hay ciertas cosas que no estamos dispuestos a negociar.

Nosotros en Argentina tuvimos un periodo muy negro con respecto a violación de derechos humanos, y no negociamos muy fácilmente un derecho humano a cambio de un puñado de dólares.

Eran 30 denarios de plata creo, pero bueno. En este caso sería un puñado de dólares, porque yo entiendo. Tú dices: no, lo que pasa que la justicia y la ley va por atrás. Entonces mejor dejemos que el mercado decida. No quiero que decida nada el mercado para eso, porque el mercado es muy poco democrático. Esa es la parte ideológica que nunca les cuentan, y les aseguro sé de qué hablo porque en Argentina lo probamos.

¿Se acuerdan de los años 90 el mejor alumno del Consenso de Washington? Argentina se llamaba. Y así no fue. Terminamos con casi el 30 por ciento de desocupación, una deuda eterna rampante, corrupción por todos lados y todos los que violaron los derechos humanos durante la década del 70 libres porque estuvieron indultados. Entonces no necesariamente.

Yo creo mucho más en lo que tienen que hacer los reguladores. Que de última, hoy alguien preguntó, ¿y quién los controla?

La respuesta era muy simple, en realidad los controla el Congreso, los controla la justicia, los controla el Presidente, los controla todo el mundo. Y nosotros los contralamos a ellos porque si no nos gustan votamos a otro.

En cambio al mercado y a la tecnología no sé quién los controla. Y para ir terminado. Ahora voy a plantear cosas no como respuestas sino como preguntas ¿qué pasa con el tele-trabajo? ¿Qué pasa con la relación laboral surgida? Y vino acá por son abogados laboristas, entonces saben de qué estoy hablando.

¿Qué pasa con el tele-trabajo? ¿Qué pasa cuando todo lo que estoy haciendo? ¿Qué paso cuando estoy en realidad virtual? El tele-trabajo virtual. Yo me estoy sentado en mi casa, en realidad usando un casco o usando un lente y estoy trabajando y estoy completamente inmerso en datos o sea el cien por ciento de la relación laboral es un dato personal.

Si mantenemos esta tesitura que porque el empleador me provee de los medios de trabajo, yo le estaría dando acceso al cien por ciento de lo que hago. Ustedes piensen que en el tele-trabajo, que se lo plantea como la panacea, en realidad es la panacea para el empleador. Ustedes están en su casa, usan su electricidad, usan todo lo que tiene que ver con su casa; usan su silla, que se gasta, y la productividad para para otro lado. Con un aditamento mucho más complicado, que todo, todo, todo lo que hacen está controlado por el empleador.

Cuando ustedes están en su trabajo, no es así, pero yo me levanto, voy al baño, me levanto, voy a fumar un cigarrillo si fumo, voy a tomar

un café, voy a saludar, me pongo a charlar un poco con el del lugar de lado.

La relación del teletrabajo, eso no es así, porque ustedes dicen: “Voy al baño” y tienen que salir del sistema. Entonces, el empleador sabe que ustedes salieron y todo lo que hacen es un dato personal.

Entonces, en esta cuestión a mí me preocupa que si seguimos con esta tesitura planteada por las distintas cortes y nos olvidamos que la protección de datos personales es un derecho humano, y por lo tanto, no transable, nos vamos a encontrar con que vamos a tener el 100 por ciento de datos personales, cero por ciento de derechos.

Gracias.

María Patricia Kurczyn Villalobos: Muchas gracias.

Siempre resulta muy difícil cuando son los temas tan interesantes y tener que cortar la participación.

Pero sí, efectivamente yo creo que tenemos que hacer también una distinción entre la protección de los datos de los trabajadores, como también lo es la privacidad y todo.

Este tema, por ejemplo, de los correos electrónicos, el tema de si las llamadas telefónicas, etcétera, pues resulta también en algunas ocasiones incómodo, y yo soy una empleadora muy incómoda en algunos momentos, porque a mis colaboradores a veces les mando correos a las 11:00 de la noche o a la una de la mañana, que es cuando me acuerdo de que hay algo y entonces lo pongo y digo: “Bueno, espero que lo lean hasta mañana”.

Pero todo esto pues también es una especie de invasión a la privacidad, y es también un excederse en la jornada de trabajo y yo prometo ser mejor.

Ahora, muchas gracias, don Fernando, muy interesante. Y ahora le vamos a rogar, y voy a seguir el orden que me han marcado aquí, aun cuando estaba acostumbrada de otra manera, pero aquí vamos a

darle ahora la palabra a nuestra querida amiga María Candida Guedes de Oliveira.

Ella es Comisionada de la Comisión Nacional de Protección de Datos de Portugal.

En el año de 2003, se desempeñó como Directora Regional del Norte, en el Ministerio de Economía y también trabajó como Directora de la Asociación Comercial de Oporto y como profesora del Instituto Superior de Contabilidad y Administración de Aveiro.

De 1988 a 1995, fungió como Vicegobernadora Civil de Oporto.

Ella es licenciada en derecho, con estudios de maestría en derecho del trabajo, por la Universidad Católica Portuguesa; cuenta con estudios de posgrado en estudios europeos por la Universidad de Coímbra.

Por favor, muchísimas gracias.

María Cándida Guedes de Oliveira: (Presentación en portugués, sin traducción)

María Patricia Kurczyn Villalobos: Muchas gracias, María Cándida.

Yo quiero decirles que efectivamente cada vez se utiliza más el sistema de monitorear las actividades de los trabajadores, buscando las páginas de internet que están visitando o las que están o las que han visitado, lo hace por muchas diferentes razones y por ese motivo ya más del 50 por ciento de los empleadores acostumbran bloquear algunas páginas de internet.

A veces monitorean porque quieren despedir al trabajador y entonces hay que buscarle a través de esto, a ver si por ahí ha visitado alguna página indebida o se encuentran alguna información con el cual puedan después hostigarlo y de alguna manera obligarlo a renunciar. Otras veces porque quieren allegarse de elementos para poderse defender en caso de una demanda de tipo laboral.

Los datos biométricos que se les piden a veces sobre si algunas veces nos envían los exámenes, los resultados de exámenes de laboratorio por internet, entonces a ver si los encuentran y a ver si descubrimos por ahí que pudiera haber un HIV o que son trabajadores que tienen un problema de diabetes o de algún otro tipo de enfermedad, en fin.

Todo esto que al empleador le van dando elementos para seleccionar indebidamente o para buscar las causas de despedir a un trabajador.

Como bien lo dice María Cándida, sí, hay que ponderar los intereses que se mantienen en conflicto y hay que salvaguardar los derechos fundamentales, esto es lo más importante. De ahí que hay que saber cuáles son los controles válidos y hasta qué punto puede haber una videovigilancia en algunos aspectos, como es en el caso también monitorear y buscar la geolocalización de los automóviles cuando están son automóviles utilitarios. Bueno, muchísimas gracias, muy interesante la exposición.

Y ahora tengo el gusto de presentar a un amigo nuestro también para todos conocido, que es Alfonso Oñate Laborde, que actualmente es el presidente de la Academia Mexicana de Protección de Datos Personales.

Alfonso se desempeñó como secretario de protección de datos personales del 2012 hasta hace unos meses aquí en el Instituto y fue también director general de asuntos internacionales, igualmente él fue consejero de la judicatura federal, ocupó varios cargos en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y también tuvo un cargo de mucha importancia, como director ejecutivo de la Comisión para la Cooperación Laboral en América del Norte, que es un acuerdo paralelo al Tratado de Libre Comercio, esta oficina con sede en Washington.

Es licenciado en derecho y maestro en filosofía por nuestra alma mater, la Universidad Nacional Autónoma de México, pero también cuenta con una maestría y con un doctorado en filosofía del derecho por la Universidad de Oxford. Por favor, Alfonso.

Alfonso Oñate Laborde: Muchísimas gracias.

Igualmente agradezco tanto a la secretaría permanente como a la presidencia de la Red Iberoamericana de Protección de Datos Personales, por esta invitación y la posibilidad de participar en un panel y poder compartir con ustedes algunas reflexiones de estos temas de dos materias que confluyen y existe la necesidad de complementarlas cuando no ponderarlas.

Agradezco la aventura de no padecer triscadecafobia, porque participar en un papel el día 13 y decir que tenemos 13 minutos para desarrollar la materia, me harían empezar hablar portugués o euskaro. Pero por fortuna no es el caso.

Empezaré diciendo que la exposición que yo voy hacer se divide prácticamente en cinco secciones.

La primera de ellas, se refiere a cómo los datos personales y concretamente la protección de los mismos expanden la protección que corresponde al trabajador antes de que se inicie la relación de trabajo e incluso en aquellas actividades sucedáneas una vez que concluye la misma.

En segundo término, me voy a referir a la Protección de Datos Personales como una herramienta en el litigio laboral.

En tercer lugar, me voy a referir a aquellos negocios intensivos en el manejo o tratamiento de datos personales relacionados con el derecho del trabajo para finalmente referirme a cómo el internet de cosas afecta y ya algo se ha mencionado en las exposiciones precedentes, el mundo laboral y las oportunidades y los riesgos que esto representa precisamente para los dos derechos fundamentales.

Por un lado, la Protección de Datos Personales y, por el otro, el derecho al trabajo, pero sobre todo, el derecho a la permanencia laboral.

En primer lugar, como decía, la relación de trabajo ha sido el concepto rector de la protección que corresponde al trabajador y como es bien sabido, esta relación de trabajo se inicia con un contrato de esta naturaleza, de suerte tal que los actos previos al mismo o precursores de la relación de trabajo quedan fuera de la protección laboral.

Y esto ha planteado un sinnúmero de problemas que todos ustedes han de tener presentes desde las pruebas de fertilidad que se aplican o las autoridades laborales dirán “Se aplicaban antiguamente para ver si se contrata o no a una trabajadora mujer”, señalando que este aspecto queda fuera de la protección laboral, hasta el tipo de examen y el tipo de indagaciones que se hacen para ver si cumple o no un candidato a cumplir un puesto o un empleo laboral.

Aquí es donde digo que una visión del derecho de protección de datos personales en su dimensión más amplia permite ver cómo estos candidatos a ocupar una plaza de trabajo, que si bien es cierto forman parte de un grupo vulnerable, ya de por sí lo es el de los empleados, lo es aún más aquellos que se encuentran desempleados y que con el interés de encontrar una plaza de trabajo están dispuestos, por supuesto, a dar su consentimiento a una serie de cosas que tal vez en circunstancias distintas no lo estarían.

Y aquí entra uno de los elementos fundamentales que quiero señalar, de hasta qué punto este consentimiento que está prestando quien acude a una empresa de colocaciones se les llamaba antes, y hoy los que quieren presumir de globalizados les llaman de caza de talentos, pero a final de cuentas es exactamente lo mismo. En donde precisamente lo que se hace es esta selección basado en una lectura, no siempre adecuada, no siempre acorde a las finalidades, incluso de quien está buscando a un empleado, y con base en este perfil que está analizando un tercero, y que se basa en datos personales obtenidos en ocasiones lícitamente y en otros no tanto, y ahí hay una cuestión que es importante analizar con sumo cuidado, van a establecer las condiciones en las cuales entra alguien a esta relación de trabajo.

A estos aspectos precursores de la relación de trabajo y en particular a las llamadas empresas de caza de talentos me voy a referir más adelante, porque creo que lo amerita.

Ahora me quiero referir a la relación de trabajo. La relación de trabajo, como es bien sabido, sobre todo por quienes se dedican a la materia laboral tiene una característica que es verdaderamente definitoria para

poder determinar si existe o no existe esa relación de trabajo, y es el concepto de subordinación.

Este concepto de subordinación que el derecho de trabajo lo ha podido determinar y la jurisprudencia de la Corte lo ha podido precisar, sobre todo en aquellos casos difíciles de determinar, como es el caso de los comisionistas mercantiles. Si son o no empleados y si se encuentran o no protegidos por la legislación laboral, guarda curiosamente un gran paralelismo con una distinción que hace la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, y que tiene que ver con el carácter del encargado o del responsable.

Y en este aspecto quien realiza funciones de encargado muy probablemente con un grado de probabilidad alto podemos determinar que se va a poder probar la relación laboral, mientras que aquel que no tiene el carácter de encargado, y pensemos, por ejemplo, en el caso de los brókers y los comisionistas de las compañías de seguros vamos a poder determinar que si no existe relación de trabajo entonces sí existe una característica de responsable de los datos personales de los cuales están haciendo acopio.

En esta relación de trabajo, que es el aspecto fundamental a ser probado durante cualquier juicio laboral, juega un papel el poder probar esta subordinación.

Y aquí abordo el segundo de los aspectos que anuncié, que tiene que ver precisamente con las herramientas del litigio laboral.

En una institución novedosa, al menos en el caso mexicano, que es el caso de la tercerización, el de que empresas aporten precisamente la mano de obra a una empresa que se beneficia, pero que no existe una relación de trabajo directo, entre quien realiza el trabajo y quien se beneficia de él, este aspecto de la tercerización, va a ser fundamental en materia de litigio para poder probar si existe o no relación de trabajo.

Ahora explico a qué me refiero.

Supongamos que hace ejercicio de su derecho de acceso a datos personales, un empleado que se desempeña en una empresa que no es su patrón, que no es su empleador, pero en la cual realiza sus labores.

Y como resultado de esta solicitud de acceso, obtiene un expediente por magro que sea de su persona.

Desde mi punto de vista ahí existe una muy fuerte presunción, de que se trata de una relación laboral, y de que efectivamente puede demandar laboralmente a quien se está beneficiando de su trabajo, precisamente por haber utilizado una herramienta de protección de datos, que le va a permitir demostrar que sí existe una relación laboral que de otra forma no podría haber probado.

Esto con independencia de que la carga de la prueba en materia laboral, es otro elemento que tiene a su favor, y también lo es la suplencia de la deficiencia de la queja, en el caso de que se tuviera que ir al amparo.

Pero este aspecto me parece fundamental, porque a través de la protección de datos personales, se abre una pléyade de recursos litigiosos precisamente para esta parte vulnerable, que es el trabajador.

¿Y qué sucede una vez que termina la relación de trabajo? Normalmente se dice que ahí concluye precisamente la protección que da el derecho laboral a esa parte desprotegida.

Sin embargo, el derecho a la protección de datos personales, extiende la protección porque la subordinación a la cual estuvo sujeto el trabajador, el empleado durante la relación laboral, no concluye y le sigue protegiendo, aún después de haber concluido esta relación de trabajo y le va a permitir tomar otro tipo de acciones.

Señalaba yo que hay empresas y concretamente aquellas que se dedican a buscar talento, que son intensivas en datos personales, y estas empresas precisamente lo que hacen es utilizar estos datos personales para hacer una serie de filtros y poder ofrecer al empleador aquellos trabajadores que consideran cumplen mejor con el perfil.

Sin embargo, parte de las investigaciones que hacen son ilícitas y no se encuentran dentro de la finalidad que ellos dijeron al obtener los datos de quien se encontraba buscando empleo.

Como el tiempo se viene encima, simple y sencillamente quiero referir un caso al final, presentado en Estados Unidos y que tiene que ver con la utilización de dispositivos móviles inteligentes, y su influencia en el trabajo.

Se trata de una tienda departamental en donde un conjunto de trabajadores forman un grupo en donde utilizan sus teléfonos celulares para comunicarse entre ellos, no son los teléfonos de la empresa.

Esto les permite poder dar a conocer cuándo uno de ellos no va asistir a trabajar y que el otro lo pueda sustituir. Esta acción que de acuerdo con las reglas laborales, tendría que ser comunicada al supervisor oficialmente por escrito, normalmente cuando se presenta una circunstancia de este tipo, es temprano en la mañana en donde no se pueden usar los medios.

Gracias a este mecanismo se puede reaccionar eficientemente por el grupo de trabajadores, hacer la suplencia respectiva y la tienda, en este caso el empleador, se ve beneficiado de este artificio y de esta utilización de la tecnología, pero esto tiene sus problemas.

Dentro del grupo que participaba en esto había sido excluido uno de los trabajadores, por razones muy explicables. Él no era confiable, él era irresponsable, sin embargo, cuando él se da cuenta que estas sustituciones de trabajadores tenían efecto por un medio no oficial, demanda no sólo, bueno, en primer lugar al empleador por discriminación y esto no le permitía obtener horas extras fuera de su horario de trabajo.

Evidentemente que una cuestión de discriminación en el trabajo ante las juntas americanas, es el asunto más grave que puede haber y termina ganando su asunto.

Sin embargo, esto lo traigo a colación porque es un medio eficiente de utilización de recursos personales de los trabajadores en beneficio del empleador. Muchas gracias por su atención.

María Patricia Kurczyn Villalobos: Muchas gracias, Alfonso. Solamente para quienes nos visitan de otros países, decirles que la tercerización tal vez en sus legislaciones sea conocida como el famoso out sourcing y que aquí nuestra legislación laboral lamentablemente confunde con otra figura que es la subcontratación.

Pero es muy claro lo que nos ha dicho Alfonso, esta forma de que se diluya la subordinación nos lleva también al problema de que se diluya la responsabilidad en un momento determinado y que no haya responsabilidad frente a la protección de los datos de los trabajadores o del uso de la información para fines que no serían precisamente lícitos.

Por supuesto, los temas tan interesantes y esta nos lleva también al tema de pensar que el acopio de la información de los trabajadores muchas veces va hacia la formación de listas negras o llamados índices, que está prohibido en las legislaciones, pero que de cualquier manera se pueden llevar a cabo y que representa al mismo tiempo una limitante en el caso de la contratación o de la selección de personal, es completamente indebida una invasión totalmente y eso conducen también al tema de los datos que se tienen que publicar en los boletines oficiales, por ejemplo, de los tribunales del trabajo, con motivo de las notificaciones y tal, y luego ahí podríamos entrar hasta el derecho al olvido de la información, en fin, es muy rico el tema.

Ahora con mucho también presento a nuestro amigo Álvaro Altamirano.

Él es miembro de la Asociación Nacional de Abogados de Empresa; también es miembro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados y es el Director Editorial de la Revista Abogado Corporativo y profesor del Derecho de Trabajo en la Escuela Libre de Derecho.

Desde 1986 trabaja en el Bufete Altamirano y Estudillo, especializándose en asesoría a empresas en asuntos relacionados con el derecho del trabajo; es también miembro de la ilustre Nacional

Colegio de Abogados de México y también debemos de decir que trabajó para la firma de abogados Harry's and Drift and Svardelaty and More, Estados Unidos.

Es egresado de la Escuela Libre de Derecho, maestro también en Derecho Comparado por la Universidad de San Diego.

Muchas gracias, Álvaro por acompañarnos.

Álvaro J. Altamirano: Al contrario, Patricia. Muchas gracias a ti por la invitación al IFAI, por tratar este importantísimo tema de la protección de datos y su relación con el derecho laboral.

Antes de iniciar a mí me gustaría dar un panorama muy claro de cuál es la regulación que tenemos tanto laboral, como de protección de datos, porque finalmente ambas regulaciones derivan de una norma constitucional.

Y como quizás muchos de ustedes sepan, en la Constitución de 1917 que nos rige, pues tenemos este famoso Artículo 123 Constitucional, que fue el primer artículo, por lo menos en América Latina que estableció en forma clara y específica los derechos de los trabajadores.

Este artículo se divide en dos apartados, el apartado A, el apartado B.

Y en estos dos apartados se regulan las relaciones, en el apartado A que tienen que ver con la iniciativa privada en términos generales, y en el B, lo que tiene que ver con el gobierno o las relaciones entre los trabajadores y el gobierno.

Derivado de esto, del apartado A, hay una Ley Federal del Trabajo que regula justamente estas relaciones entre particulares y tenemos en el apartado B una Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado.

Asimismo, tenemos una seguridad social derivada del apartado A, un Instituto Mexicano del Seguro Social y en el apartado B, un Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado.

Dicho esto, tenemos dos marcos normativos para la regulación de datos personales en posesión de particulares.

Una ley, es la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información que digamos, regula estas relaciones de datos personales cuando se trata de trabajadores que laboran para el gobierno, ya sea para el Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial.

Y por otra parte, tenemos ésta muy reciente Ley Federal de Protección de Datos en Posesión de los Particulares, que es de la que vamos a platicar justamente en estos minutos, la cual es del 5 de julio del 2010.

En primer lugar, efectivamente como bien lo decían, pues tenemos un principio de estabilidad en el empleo, todo el trabajador tiene derecho a permanecer en su trabajo, salvo que exista una causa justificada que amerite su destino.

Pero para que exista una relación de trabajo no es necesario firmar un contrato individual de trabajo. Y aquí entramos con el primer problema.

¿Cuáles serán entonces los datos personales protegidos si no hay un contrato que establezca cuáles son los datos de ese trabajador?

Y es un primer conflicto en donde entramos.

La Ley Federal del Trabajo sí dice claramente que el contrato de trabajo o la relación de trabajo son lo mismo,

Y tienen los mismos efectos, sin embargo, aquí valdría la pena preguntar qué sucede en esos casos en donde hay relación de trabajo, pero no tenemos en realidad un contrato de trabajo.

Ya entrando a la Ley Federal de Protección de Datos en Posesión de Particulares vamos a ver que el objetivo general que tiene esta ley, es justamente la protección de estos datos personales en posesión de particulares, y privilegiar fundamentalmente la privacidad.

Son efectivamente los derechos protegidos estos datos personales, y hay varias formas de establecer recursos que previene la propia ley, que son los llamados ARCO.

Estos llamados recursos ARCO son el acceso, la rectificación, la cancelación y la oposición.

¿Quién es la autoridad competente para conocer de esto? Pues justamente el IFAI, donde estamos precisamente en estos momento.

¿Cuáles son los datos personales previstos en la ley? Pues el nombre, domicilio, teléfono, fotografía, huellas dactilares y cualquier otro que pueda identificar otra persona.

Y aquí entramos en un problema también con el internet y con los correos electrónicos. El correo electrónico es un dato personal ¿sí o no? Y el correo electrónico que es de la empresa y que tiene el apellido de la empresa ¿será particular o no? Y el correo electrónico que es un Google, un Prodigy, un Gmail ¿será particular o no? Y realmente hay una gran discusión al respecto.

Es decir, si una empresa otorga a un trabajador un correo electrónico con su nombre y apellido, y con el nombre o con el dominio de la empresa, pues me parece que es razonable que ese correo de alguna manera tenga datos que correspondan a la empresa.

Sin embargo, si el señor usa alvaroaltamirano@gmail, pues me parece que sí es un dato evidentemente personal y de mi propia autoridad.

Esto es importante justamente por el derecho que tiene el empleador de inmiscuirse en la información que pueda llegar o no a ese correo electrónico, si es de la empresa o es del particular.

Tuvimos una modificación muy reciente a la Ley Federal del Trabajo muy interesante, que ya incluye los medios electrónicos como prueba eficiente, y estamos empezando a ya ver pruebas como renuncias por Facebook, renuncias por WhatsApp, y justamente es muy interesante este fenómeno que antes costaba mucho trabajo poderlo acreditar ante una junta de conciliación, y hablo de renuncias, pero también despidos.

También eventualmente nos ha sucedido que han llegado algunos asuntos donde despiden al trabajo, ahora con este trabajo desde casa, pues muchas veces por internet.

¿Por qué hace una diferenciación la ley entre datos personales y datos personales sensibles?

Por tres razones fundamentales, esos datos personales sensibles se especifican de esta manera cuando se trata de la esfera más íntima del trabajador o es por cuestiones de riesgo o para evitar discriminación.

De tal manera el origen racial o étnico, el estado de salud, la información genética, las creencias religiosas, filosóficas, opiniones políticas, preferencias sexuales y esta última me interesa mucho que la entendamos, la filiación sindical es un dato personal sensible.

¿Cómo debo yo de hacer notar al trabajador, pues que tengo la privacidad de sus datos? Bueno, pues mediante este aviso de privacidad, que yo supongo que muchos de ustedes ya conocen, pero que el contenido debe de establecer la identidad y domicilio responsable, las finalidades del tratamiento de esos datos que se van a tener, las opciones y medios para limitar el uso, divulgación de esos datos, los medios de ejercicio de derecho arco que ya platicamos, la transferencia de datos y los procedimientos para hacer las comunicaciones.

¿Cuáles son los procedimientos y sanciones legales que tenemos previstos en la Ley? Pues son delitos, sin duda alguna, y pueden ser muy graves.

Me interesa que veamos la parte final de esta lámina, que justamente tiene que ver con los datos sensibles, tratándose de datos personales sensibles, las penas se duplicarán.

Se ha logrado, sin duda alguna, una importantísima protección a los datos personales, mediante estas sanciones, o por lo menos la amenaza de estas sanciones y me parece que sí ha tenido un efecto sumamente positivo.

Ejemplos de sanciones, ya dijimos que pueden ser delitos, penas privativas de la libertad, pero también pueden ser sanciones económicas, multas que van desde 100 veces salarios mínimos, que

son 1 mil 729 pesos, hasta 32 mil veces el salario mínimo, que son 21 millones 523 mil 800 pesos.

Tenemos ya varios ejemplos, por diversas razones: Farma Plus, multada por 2 millones de pesos, por omitir elementos de identidad en el aviso de privacidad; Telcel, esto es muy interesante, dos multas que suman 6 millones de pesos, porque sin el consentimiento del titular, Telcel accede a los contactos de su cliente, a quienes les hizo llamadas y envió mensaje para ponerlos al tanto del adeudo y gestionar por medio de ellos la cobranza del servicio.

Entonces, ustedes imagínense a su compadre, a su amigo, hablándole a usted, diciendo: “Es usted un deudor, pague, compadre, por favor”.

Y de alguna manera hay otros ejemplos también que se pueden impugnar estas multas, mediante una demanda de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Pero ahora sí veamos qué tengo que establecer, vamos a suponer que sí hay un contrato de trabajo. ¿Qué debo de establecer en ese contrato de trabajo? Pues una cláusula en específico, que haga notar cuáles son mis obligaciones como empleador, de conservar esos datos personales, y además eventualmente que el trabajador tiene conocimiento de ese aviso de privacidad.

Aquí yo escribo una cláusula que es muy común, que podríamos utilizar, por supuesto voy a dejar esta presentación para provecho y beneficio de todos, en el cual, sin duda alguna, se establece en ese contrato de trabajo, que existe una Ley Federal de Protección de Datos Personales, que existen datos personales y que existen datos personales sensibles, que se van a proteger.

Y aquí entramos a los requisitos que se necesitan para que se firme un contrato individual de trabajo, y si vemos, son muy similares a los previstos en la Ley de Protección de Datos. Esto está previsto en la Ley Federal del Trabajo: nombre, nacionalidad, edad, sexo, estado civil, clave única de registro de población, Registro Federal de Contribuyentes y domicilio del trabajador.

Aquí en la Ley Federal del Trabajo, y vuelvo al inicio, acuérdense que tenemos la Ley Federal del Trabajo y la Ley Federal de Protección de Datos, en posesión de particulares, ambas derivan de una norma constitucional y, por lo tanto, tienen exactamente la misma jerarquía de leyes.

Pero vamos a ver ahora en los contratos colectivos de trabajo, cuál es el contenido. Dice: “El contrato colectivo contendrá los nombres y domicilios de los contratantes”. Ojo, no necesariamente de los trabajadores, sin embargo, muchos contratos colectivos incluyen el listado con el nombre de los trabajadores y otros requisitos y también el monto de los salarios que también en algunos contratos establece por cada trabajador cuál es su salario.

¿Cuál es el problema? pues que tenemos este artículo también muy reciente en la Ley Federal del Trabajo, que es que las juntas de Conciliación y Arbitraje tienen que hacer públicos los contratos colectivos de trabajo y aquí entramos en el problema. Si cumpla con la Ley Federal del Trabajo tengo que hacer públicos los contratos colectivos de trabajo y si ese contrato colectivo tiene un listado de los trabajadores, ya violé la Ley Federal de Protección de Datos en Posesión de Particulares en virtud de que la afiliación sindical es un dato personal sensible.

Mismo caso como decía Patricia, del boletín laboral. El boletín laboral tiene la obligación la Junta de hacerlo público, lo puede hacer por internet y un recientísimo caso es el de Google en el cual una persona no estaba de acuerdo que su nombre apareciera en Google, como una persona que había demandado a su empleador.

Yo le quiero agradecer a una colega, Luján Ponce que está aquí, que justamente ayer me platicaba este caso, que es sumamente interesante por medio del cual los motores de búsqueda de Google establecían claramente si un trabajador realmente había demandado a una empresa o no. Y entonces entras en el problema Paty, sin duda alguna de las famosísimas listas negras.

Estos son dos ejemplos claros de la publicación en el boletín, perdón, en la publicación de las páginas de internet tanto de la Junta Federal y la Junta local de los contratos colectivos de trabajo y de igual forma

podría ser también del boletín laboral. Muchas gracias y ojalá con esto haya quedado clara la problemática de tener doble (inaudible).

María Patricia Kurczyn Villalobos: Fíjate Álvaro, que también aquí vamos a tener que ver ahora que se están elaborando por parte del Poder Legislativo las leyes, los puntos de las leyes que se van a leyes generales, tenemos que ver también que los datos que tengan los trabajadores, un trabajador en una empresa particular, tiene ahí un doble control la protección de sus datos, porque por un lado los tendrán que proteger instituciones, sujetos obligados como autoridades como pueden ser en un momento determinado el Instituto Mexicano del Seguro Social, el propio Sistema de Administración Tributaria y demás, pero por el otro lado también tienen que ser protegidos por el propio empleador, pero también por ejemplo, por los bancos que manejan o administran la nómina, por las administradoras de los fondos de ahorro para el sistema de retiro y así una serie de circunstancias.

Entonces, en algún momento esta protección de datos de los trabajadores tienen que estar reguladas en dos diferentes leyes y todo eso ojalá que lo podamos comentar con los señores legisladores en el este momento de la elaboración de las leyes para evitar, sobre todo, que pueda haber en algún momento conflicto normativo, que sería lo más importante.

Muchas gracias, Álvaro, muy interesante todo y ya sabemos que nos apasionan estos temas y no nos queda más remedio que seguir con el programa y entonces ahora le vamos a pedir a nuestro amigo don Iñaki Pariente de Prada, Director de la Agencia Vasca de Protección de Datos, que nos haga el favor de hacer uso de la palabra.

Don Iñaki es miembro del Consejo Consultivo de la Agencia Española de Protección de Datos; ha ocupado diversos cargos en el gobierno vasco, como Director de Registros Administrativos y Régimen Local; fue asesor de la Consejera de Justicia de Administración Pública de 1999 a 2009; se desempeñó como Magistrado Juez sustituto de los Juzgados de San Sebastián y asimismo ha sido profesor de la Facultad de Derecho de San Sebastián, de la Universidad de la Rioja, de la Universidad del País Vasco, entre otras universidades.

Es Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de San Sebastián y en Derecho Comunitario Europeo por la Universidad Robert Schuman de Estrasburgo y cuenta con un diploma de estudios avanzados en Derecho Público por la Universidad del País Vasco; es becario postdoctorado de investigación por la Universidad del País Vasco.

Muchas gracias, Iñaki.

Iñaki Pariente de Prada: Buenas tardes.

Muchas gracias por haberme invitado a la red, al IFAI y por la acogida que hemos tenido en esta nueva sesión de la Red esta vez en México.

Les quiero tranquilizar, a pesar de ser 13 y tener 13 minutos, no les voy hacer la ponencia pesada.

También les quiero tranquilizar porque no voy a poner ningún video, creo que van a tener alguna sorpresa en la siguiente ponencia de mi amigo Erik que tiene algo planeado.

Voy hacer una ponencia en un estilo más clásico.

Me ha parecido muy interesante, sobre todos las dos primeras ponencias, porque voy a mantener una posición diferente y crítica con lo que se ha expuesto y creo que es un poco la finalidad que tenemos en este tipo de actos cuando coincidimos tener posiciones distintas.

Cuando estaba pensando en qué decir, qué hablar y qué poderles aportar sobre todo en esta sesión, lo que me vino a la cabeza más inmediatamente han sido algunas resoluciones judiciales que en los últimos dos años y medio ha habido en España en relación a la potestad del empresario para el control del trabajador. Son sentencias que han causado bastante ruido, han sido muy comentadas en el ámbito algunas de ellas.

Y lo que he pensado ha sido traérselas, explicárselas someramente, son todas ellas sentencias públicas que van a poder consultar posteriormente en el caso que les interese y llevarlas un poco a la

situación actual del control, las facultades de control que tienen empresarios sobre el trabajador.

Coinciden los cinco temas que pensaba tratar casi totalmente con lo que Cándida ha dicho antes, de que son los temas conflictivos en el control del trabajador.

Vamos a hablar de sistemas biométricos. El martes pasado en la sesión formativa que tuvimos y que algunos de ustedes tuvieron la suerte de padecerme durante dos horas largas, me quedé con las ganas de hablar de sistemas biométricos y entonces he dicho que hoy es el momento y hoy voy a volver al ataque con este tema.

Hablaremos algo de videovigilancia, de instalación de cámaras y cómo está la situación.

La supervisión del correo electrónico que ha sido mencionado anteriormente, alguna cuestión sobre sistemas electrónicos de vigilancia del trabajador, en el lugar de trabajo y una reciente, muy reciente dictamen del garante italiano de derechos, de protección de datos sobre la posibilidad de control por medio de GPS de los trabajadores.

Bien, en primer lugar, una sentencia del Tribunal Supremo del año 2007, les quería comentar en el que viene en la pantalla, evidentemente no la podemos leer, simplemente para que la tengan a título ilustrativo y en algunos casos mencionaré algún párrafo. En este caso se trata de una administración que decide modificar el sistema de fichaje de control de acceso de los trabajadores al puesto de trabajo e instalar un sistema de lectura biométrica de la mano con el cual se va a generar un fichero y a continuación cada trabajador que entre en lugar de trabajo se va a identificar mediante la introducción de la mano completa en un lector de rayos infrarrojos, y esa lectura biométrica, voy a identificar cuándo entra el trabajador a trabajar.

Viene un sindicato, entendiéndolo que esto afecta a la intimidad de las personas, a la protección de los datos personales y que puede ser perjudicial, incluso invasivo en la integridad física de los trabajadores, algo que como argumentación me parece totalmente accesivo, pero

que se utilizó en su momento, recurre esta decisión y el asunto acaba en el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo analiza dos cuestiones, y yo les avanzo que un poco la idea que les voy a trazar es que en este terreno de lo que vamos a hablar hoy no estamos hablando necesariamente sólo de protección de datos personales, sino que estamos hablando de un terreno que en muchos casos se está a caballo entre la protección de datos personales y la intimidad, que son dos derechos distintos, muy cercanos, el uno engloba al otro, pero que en la interpretación constitucional, desde luego, son distintos.

Viene el primer análisis en relación a si afecta a la intimidad de las personas la instalación de un sistema como éste. La conclusión del Tribunal Supremo es que no en absoluto.

Es decir, no hay ninguna afectación a la intimidad porque una persona instale la mano para que sea leída en un lector.

Sin embargo, cuando el Tribunal Supremo analiza la posible afectación, porque es otro de los argumentos manejados en el procedimiento, la posible afectación a la protección de datos personales, ya decía que son dos cosas distintas, en este caso el Tribunal sí que se explaya y entendiendo que el sistema no afecta la protección de datos, sí que analiza una serie de cuestiones como, por ejemplo, la aplicación del Artículo 62 que luego lo vamos a ver de la Ley Orgánica de Protección de Datos, en relación a la necesidad o no de consentimiento del trabajador para que este sistema pueda ser implantado en la empresa, entendiendo que no hace falta consentimiento por la aplicación estricta del Artículo 62 de la Ley Orgánica de Protección de Datos, también lo dice esta sentencia y lo vamos a ver como es algo repetido a lo largo de la jurisprudencia. Bueno, tienes que constituir, por supuesto, el fichero de datos biométricos de los trabajadores, pero sobre todo lo más impotente y este es el elemento esencial que va a ser, nos va acompañar durante estos diez minutos aproximadamente que me quedan, es la obligación del empresario de informar adecuadamente al trabajador del funcionamiento del sistema.

Le tiene que explicar cómo funciona el sistema, si se va a generar un archivo, un fichero con sus datos, cómo se va a gestionar ese fichero, si ese fichero ha sido declarado, la finalidad del mismo, etcétera, etcétera.

Es decir, que el hincapié no se pone por parte del Tribunal en la posibilidad o no de hacerlo, sino en el cómo debe hacerlo. Cuáles son los requisitos para hacerlo, y sobre todo en la información al trabajador.

El Agencia hemos tenido la oportunidad de pronunciarnos en términos muy similares, en un dictamen del año 2012 en el que se planteaba un sistema de fichaje por huella digital. Ahí estamos hablando de un dedo exclusivamente y una huella digital.

En este caso la consideración, la conclusión que obtuvimos fue que efectivamente la instalación de un sistema de control de horario por huella digital no abarca datos especialmente protegidos, en el ámbito español el dato biométrico no es un dato especialmente protegido, es un dato ordinario.

No es necesario el consentimiento, lo vamos a ver en el artículo, por la aplicación del artículo 62, se deben aplicar medidas de seguridad de nivel básico, porque son datos de nivel, datos ordinarios, pero tuvimos la oportunidad de decirle a la administración: “Ojo, tienes que cumplir todos los demás requisitos de la Ley, tienes que constituir el fichero adecuadamente y sobre todo tienes que informar, eso lo tienen delante en el segundo párrafo, tienes una importante obligación de informar al trabajador de todos los extremos necesarios para que conozca esta nueva situación que se le plantea”.

Y ahí es donde estamos en lo que considero que es el eje de esta interpretación de las posibilidades que tiene el trabajador.

La conclusión que alcanzamos, que es la que les decía, no afecta, es un tratamiento de datos, evidentemente, pero puede ser sin ningún problema, instalado.

¿Qué dice el artículo 6? Lo estábamos mencionando, el artículo 6.2, exime del consentimiento del afectado para el tratamiento de aquellos

datos, cuando estos datos, este tratamiento se refiera a las partes de un contrato, no a la relación negocial, laboral o administrativa y, ojo, sean necesarios para el mantenimiento o cumplimiento de esa relación laboral o administrativa en la que se encuentran las partes.

No otros datos, sino sólo aquellos datos necesarios para el cumplimiento de esa relación laboral.

Y otro eje claro en la normativa actual vigente en España, el artículo 20.3 del estatuto de los trabajadores que es la norma que rigen las relaciones laborales en el ámbito español, y es el que le da al empresario las capacidades de control, vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de las obligaciones y aplicar correctamente la idea que tiene el empresario de cómo debe desarrollarse el trabajo por el trabajador.

Primero datos biométricos; segundo, biovigilancia en el lugar de trabajo; una sentencia sobre videovigilancia muy importante que se produjo en el año 2013, del Tribunal Constitucional en este caso, es una sentencia en la que se despidió a un empleado de la Universidad de Sevilla, porque les resumo muy brevemente, las cámaras instaladas en diferentes espacios públicos en la Universidad de Sevilla, le habían grabado al trabajador incumpliendo sus obligaciones laborales, llegando tarde, saliendo en su horario de trabajo de las dependencias, etcétera.

Había una cierta sospecha y se hizo un seguimiento a través de las imágenes de cuál era la situación de esta persona.

A partir de esta situación de esta persona.

A partir de las grabaciones, se procedió a adoptar medidas disciplinarias y el asunto fue recurrido y llegó al Tribunal Constitucional, de una forma muy resumida lo que dice el Tribunal Constitucional es que lo que importa no es si se pueden poner o no cámaras en el entorno laboral, sino que en este caso la finalidad de las cámaras no era el control laboral.

Se habían instalado cámaras para una finalidad de seguridad, en los accesos y seguridad en los espacios públicos de la Universidad, pero

esas cámaras no habían sido instaladas para una finalidad de control laboral, ni habían sido informados los trabajadores de que esas cámaras estaban ahí para eso.

Es decir, que se incumplía lo que hablábamos antes de la obligación de información y no se había acreditado que se había explicado a los trabajadores todo esto.

En esto coincido mucho con lo que decía Álvaro anteriormente sobre las obligaciones, incluso en el propio contrato de trabajo de las que debe ser informado el trabajador.

En cuanto a la supervisión por el correo electrónico que es otro tema que ha sido conflictivo, hay una ascendencia del Tribunal Constitucional también reciente del 7 de octubre de 2013 en la que básicamente los hechos muy resumidos, es una persona que trabaja en una empresa y que utilizando el correo corporativo de la empresa filtra información de su empresa a la competencia, cuestión que aparte de protección de datos podemos valorar en términos de estupidez seguramente, porque es así, porque para eso hay otras formas, pero esta persona así lo hacía.

La empresa tenía una ciertas sospechas y lo que hizo fue adoptar una medida de control a través de un notario informático, accedió a lo ordenado a la persona, extrajo los correos electrónicos exclusivamente aquellos dirigidos a la competencia y utilizando ese acceso y esos correos consideró la extinción de la relación laboral y el Tribunal en el análisis que hace posteriormente y les dejó ahí, lo podemos comentar luego en las preguntas.

El elemento central que maneja es la expectativa razonable de intimidad, es decir, lo que debe analizarse en cada situación laboral es si el trabajador podía pensar, en su caso, que tenía una expectativa razonable de intimidad.

En este caso el convenio colectivo aplicable al sector, establecía como una falta leve el uso incorrecto del correo electrónico, se supone que el trabajador conoce el convenio colectivo y, por lo tanto, conocía en términos de conocimiento por el trabajador, conocía cuáles eran sus derechos y obligaciones.

Pues pasaré a la parte final que les quiero comentar por la importancia y por ser un elemento muy reciente, el control, el dictamen del garante italiano, en realidad dos dictámenes dictados en septiembre y octubre de este mismo año, en los cuales básicamente y también les resumo, lo van a poder leer completo. Se trata en este caso de la empresa Ericsson que para su red de asistencia técnica, ha previsto que los trabajadores de la asistencia técnica lleven en el móvil corporativo un sistema de geolocalización para que la empresa sepa en cada momento dónde se encuentran los trabajadores para poder realizar una mejor actuación en el servicio postventa y de reparación de los dispositivos de Ericsson.

Lo que hace la empresa es poner en conocimiento del garante una posibilidad que existe en el garante italiano, poner en conocimiento del garante el plan que tiene de actuación, vamos hacer esto para que el garante le diga sí es o no compatible con la legislación de protección de datos.

Resumiéndolo mucho, el dictamen del garante italiano, el garante entiende que el tratamiento que quiere hacer Ericsson es lícito, la finalidad que quiere concebir, que es una mejor atención a las personas, una mejor coordinación de los trabajadores de la empresa, es una finalidad lícita y, por lo tanto, compatible con la normativa de protección de datos. Ahora sí, le envía a la empresa una serie de condiciones de cómo lo tiene que hacer y entre ellas exige una adecuada información de los trabajadores e incluye la posibilidad que es muy importante, porque se comentaba antes, la diferencia entre la vida laboral y la vida privada, como los trabajadores van a llevar ese móvil en todo momento, se debe incluir por ejemplo, una de las medidas es la posibilidad de desconectar el sistema de posicionamiento GPS cuando la persona acaba la jornada laboral, para que en su vida privada no sea también localizado su situación.

De manera un poco rápida y no sé si incluso un poco atropellada, les quería por lo menos hacer un breve repaso a todas estas cuestiones y para las preguntas o para que lo comentemos después, también les quería decir que, y se ha comentado antes, los problemas a futuro van a ir probablemente dirigidos a esa interconexión en los dispositivos que usamos para la vida privada y para la vida laboral en el mismo.

Tenemos el mismo coche, tenemos el mismo móvil, tenemos el mismo ordenador y lo que se conoce en las siglas inglesas como el “*biot, el bring your and device*”, la compatibilización en el mismo dispositivo de ambas finalidades va a traer en el futuro problemas importantes.

Muchas gracias y espero que podamos hablar todavía un poquito más hoy.

María Patricia Kurczyn Villalobos: Muchísimas gracias a don Iñaki que ha sido también tan interesante.

Estaba pensando que no solamente la huella de la mano o del dedo, sino que también ahora como lo hacen las embajadas, el Gobierno de Estados para otorgar las visas y para poder pasar para poder ingresar que tenemos que ver a la cámara para que se retrate nuestro iris.

Y entonces resulta que también hay una ciencia, creo que se llama Iridiología, por la cual se pueden diagnosticar las enfermedades. Entonces quiere decir que en alguna forma dejamos ahí nuestra huella del iris y en algún momento se podrían conocer algunos datos sensibles personales.

Muchísimas gracias, ha sido una mesa muy interesante, hay muchísimas preguntas.

Y yo le voy a rogar a los participantes que sean tan gentiles de resumir, qué pena, tenemos solamente dos minutos para uno, en la medida de lo posible, cualquier cosas, por favor.

Muchísimas gracias. El tiempo es inclemente de verdad.

Empezaríamos con el mismo orden que habíamos tenido, don Fernando, por favor.

Gracias.

Fernando Barrio: En realidad me va a llevar dos minutos decidir cuáles voy a poder contestar.

Voy a dar por contestadas algunas, porque en realidad entiendo que mi exposición fue tan confusa que llovieron las preguntas, pero tuve la suerte que quienes siguieron aclararon la mayoría de las dudas.

Así que voy a escoger, disculpas a aquellos que piensen que no las estoy contestando.

Sinceramente no las digo porque pienso que ya las contestaron y mucho mejor que yo.

Voy a elegir aquellas que me permiten dar mi opinión.

Saben que sigo siendo argentino, me gusta escucharme primero a mí y después a mí. Cuando tengo tiempo, me escucho un poquito lo que dije, para eso me grabo.

Aquí hay una pregunta: ¿Qué opino?

Ustedes saben que en realidad opinar, lamentablemente se habla mucho de “opinio iuris”. Sin embargo, opinar es cuando uno habla sin conocimiento de causa originalmente. Así que voy a decir qué pienso, no qué opino.

¿Qué opino de los policías, soldados y personal de seguridad que en horas de servicio se dedican a actualizar, a conocer su contacto o comunicarse con sus contactos en redes sociales?

Nuevamente me gustaría hacer énfasis en cuestión de lo razonable acá.

Me parece que un policía, un soldado y un personal de seguridad sigue siendo una persona y como cualquier persona tiene ciertos momentos en los que necesita esparcimiento aún durante horas de trabajo.

Aquellos que están acostumbrados a defender a empleadores no están de acuerdo conmigo, porque si fuera por el empleador tendría a la persona trabajando 16 horas y con algún tipo de que le dé alimento en forma intravenosa para que ni siquiera parte para comer.

Pero yo insisto, insisto que la función fundamental del derecho debe ser proteger a los ciudadanos. Es una cuestión ideológica, filosófica y que podemos discernir. Cada una de la ideología no es ni mejor ni peor. Le podemos echar la culpa a nuestro padre, a la escuela, a los amigos, y cada uno pensamos lo que pensamos.

Yo sincera y profundamente pienso que la función del Derecho es ésa y voy a seguir pensando que en esta situaciones los soldados y los policías también tienen esos derechos.

Veo, hay una pregunta en la que la respuesta, antes de leer la pregunta voy a dar la respuesta. La respuesta es sí, y voy a explicar por qué estoy en desacuerdo.

Dice: ¿qué tan permitido es que la empresa practique auditoría en la herramienta de trabajo de los trabajadores, laptop, bla, bla, bla? Dice, con lo anterior con la finalidad de investigar si existen en la empresa posibles prácticas ilícitas y demás.

En este sentido nuevamente me parece que la empresa debería tener ciertos derechos, siempre y cuando no lo haga porque sí. Debería de existir una sospecha previa, debería de existir una razón previa. No, simplemente voy a revisar todo lo hiciste a ver si encuentro algo, porque es como se dice en Argentina “el tiro al pichón”. Yo tiro, a ver a alguno le voy a pegar, y también como se dice en inglés el “fishing expedition”, veo a ver si agarro algo.

Parece bastante lógico, y sin embargo, como en el transcurso se pueden violar derechos fundamentales, mi pensamiento es que no debería hacerse.

Yo entiendo la posición del dueño de la computadora, dice: te la di para que trabajes y la estás usando para comunicarte con tu novia.

Nuevamente hay una cuestión de razonabilidad. El caso que citaban recién Iñaki hace referencia a un caso donde un empleado está usando los medios de la empresa para tomar acciones contra la empresa y la empresa tenía motivos para sospechar, y por eso trajo un notario, por eso trajo lo que se le ocurrió. Bueno, vamos a revisarle a todos a ver que encontramos.

El derecho que está, el derecho laboral en teoría es protectorio y es siempre *pro indubio*. Nuevamente mucho de retórica en eso, porque debiera dar un ejemplo del Derecho Inglés. En realidad la legislación inglesa permite que el empleador, siempre y cuando notifique, empiece a revisar porque sí los correos electrónicos, y si en el proceso de revisar encuentra uno que es privado dice: ah, lo dejo de revisar. O sea, olvidáte de lo viste. Sinceramente me parece poco serio.

Simplemente no lo haga, cuando hay un motivo a hacerlo. Y ahí quedamos todos felices, porque yo lo empiezo a hacer y descubrí que en realidad acá le estabas contando a tu hermano que tu novia está embarazada. Entonces lo borro y me olvido que lo vi. No, no existe.

Entonces la invasión a la privacidad y a datos personales muchas veces sensibles ya sucedió.

Como habrán visto mi posición es muy pro derechos, no espero que la compartan todos, me gustaría, pero sería bastante irrisorio, aún en mi vanidad y arrogancia argentina sé que eso puede no suceder siempre.

Puedo tiempo para una más, porque tenía nada más que nueve preguntas. Eso no lo pongo como un mérito, sino como lo confuso de mi exposición.

Hay una referencia nuevamente a lo que decía Iñaki sobre “bring your on device” o trae tu propia laptop, y nuevamente alguien pregunta mi opinión sobre el traer su computadora.

Esto, algunos lo han visto, como diciendo: “bueno, si yo traigo mi computadora para el trabajo, le sacaría el derecho al empleador de revisarla”, no es así, porque seguiría usando la red del empleador, con lo cual el empleador seguiría en teoría, si seguimos con esta postura que es la tomada en general, por casi todas las jurisdicciones que he estudiado, que el empleador tiene este derecho.

O sea, si seguimos manteniendo ese derecho, en realidad va a haber una invasión a la protección de derechos y a la privacidad mucho mayor, ya que no solamente van a revisar mi computadora de trabajo, sino que van a revisar mi computadora personal.

Entonces, el llevar su propio aparato, no soluciona, yo creo que aumenta el problema, como nuevamente parece que al estar en desacuerdo, nos pusimos de acuerdo con Iñaki, nuevamente es el problema que sucede con esto.

En este teléfono tiene dos chips, el mío personal y el mío del trabajo. Entonces, este aparato, según la legislación de la mayoría de los países o de lo que han decidido las Cortes, la Universidad tendría derecho a ver lo que yo hago acá adentro y sin embargo, también está mi información privada.

Entonces, no me queda muy claro cuál sería el beneficio, a no ser que cambiemos las reglas, a no ser que le digamos al Superior Tribunal Constitucional que hizo eso: "Miren, señores, nosotros entendemos por qué lo hicieron, estamos en desacuerdo". Me parece que lo que falta a veces, y yo entiendo, yo me puedo dar ese lujo, porque son académico.

Si un abogado, usted contrata un abogado, y le dice esto a la Corte, la Corte lo echa a patadas, ustedes pierden el juicio y te echan a patadas al abogado.

Yo entiendo eso, pero lo académico por lo menos tenemos que tener la valentía de decirle a la Corte, a los reguladores, o a los Congresos: "Miren, señores lo que están haciendo, no parece estar muy bien".

Y paro porque ya hablé más de dos minutos y no me gusta que me reten.

María Patricia Kurczyn Villalobos: Muchísimas gracias.

Voy a pedir que me disculpe doña María Cándida, le voy a pasar el micrófono a Álvaro Altamirano, porque tiene que salir urgentemente.

Muchas gracias, Álvaro. Eso quiere decir que va a ser breve.

Álvaro J. Altamirano: Muchas gracias.

A mí me parece que el punto fundamental en este tema, y la pregunta es justamente la misma que estamos planteando y la comentábamos hace un momento, es si le doy una herramienta de trabajo al trabajador, si le doy un correo electrónico, si le doy una computadora, si le doy un teléfono, ese instrumento es realmente propiedad de la empresa, y lo que es muy importante, es incluir esta cláusula en los contratos individuales de trabajo.

La leo rápidamente. El trabajador otorga su consentimiento expreso en virtud de la celebración del presente contrato, para que el empleador utilice sus datos personales y datos personales sensibles para los efectos del cumplimiento del presente contrato y relación de trabajo, y por su parte, el empleador se obliga a protegerlos adecuadamente en términos del aviso de privacidad.

Es decir, en el fondo lo que hay aquí es un tema de voluntad. Si al trabajador se le explicó en un principio que eventualmente la información que esté en ese instrumento, puede ser fiscalizable, puede ser revisable y es propiedad de la empresa, me parece que el tema de voluntad es fundamental, la ley está para proteger justamente cuando no existe esa voluntad o cuando no hay un consentimiento de que se puedan utilizar esos datos, pero de otra manera sería muy complejo para una empresa poder acreditar un fraude, un mal manejo, una violación a la confidencialidad de la información y realmente creo que tiene que haber límites para todo.

¿Qué es lo importante? Que establezcamos claramente en los contratos de trabajo, por eso la importancia que sean por escrito, una cláusula que específicamente prevea esta situación en mi opinión.

María Patricia Kurczyn Villalobos: Muchas gracias, Álvaro.

Ahora con mucha pena voy a pedirles que seamos todavía más breves, porque estoy viendo el reloj, nos falta una mesa y tenemos para terminar esta sesión, la visita de una ministra de la Suprema Corte de Justicia que vendrá a clausurar, entonces qué pena, pero vamos a tener que ajustar un poquito más el tiempo. Muchísimas gracias.

Seguimos por favor, doña Cándida.

María Cándida Guedes de Oliveira: (Intervención en Portugués)

María Patricia Kurczyn Villalobos: Sin mayor preámbulo, le pasamos el micrófono.

Alfonso Oñate Laborde: Dos criterios para escoger las preguntas que voy a responder, las más fáciles y las más breves.

Una de ellas decía: ¿Si estos principios que tienen que ver con protección de datos y derecho laboral, hacen distinción entre lo que es el empleo público y el empleo privado?

Leo lo que dice el repertorio de recomendaciones de la OIT. Aplica a los sectores privado y público.

Y si bien el repertorio no es vinculatorio, sí es una recomendación.

Siguiente pregunta que de alguna manera recoge varias de las formuladas.

En forma alguna señalé yo que es ilícito el trabajo que hacen los “*head hunters*”.

¿La respuesta tiene que ver más con explicitar debido al principio de información y el principio de transparencia a que están obligados de acuerdo con la protección de datos? ¿Cuál es la finalidad para la que se van a utilizar y que los datos que se estén solicitando cumplan con otro de los principios que es el de proporcionalidad.

Mientras haga esto la agencia de colocaciones, no tiene problema.

El problema es que normalmente no se explicita cuál es esta finalidad.

Hay otra que se refiere a un caso concreto de un empleador, ¿de si es válido utilizar los datos de alguien que no resultó elegido para un empleo en otra vacante? Sí, sólo sí se le especificó al candidato y éste otorgó su consentimiento.

Aquí hay que mantener las cosas lo más sencillo posible.

Si se otorga el consentimiento y la finalidad es clara, no tenemos absolutamente ningún problema en utilizar estos datos personales.

Finalmente, respecto a la lectura de correos electrónicos, que es un tema recurrente en las preguntas, hay una resolución reciente en el Tribunal Constitucional Alemán de 2006, en donde ellos consideran que sí se pueden leer los correos electrónicos de los empleados siempre y cuando se cumplan ciertas restricciones.

Primero.- Especificar previamente el propósito concreto para requerir esos correos. No es decir, déjame ver qué correos hay y que puedo encontrar.

Segundo.- Hacer acopio del mínimo indispensable de datos personales.

Tercero.- Muy importante, informar al empleado a cerca del tratamiento que se va hacer precisamente de esos datos personales.

Y esto en la propia resolución del Tribunal requiere que esté debidamente documentada la sospecha que se tiene y por qué se está solicitando un determinado correo electrónico.

Muchas gracias.

María Patricia Kurczyn Villalobos: La puerta, qué pasa, quién sabe. Bueno, pues habrá que hablar un poco más rápido, por favor.

Iñaki Pariente de Prada: Se me olvidó inicialmente al iniciar la intervención, se me olvidó, y antes de que se me vuelva a olvidar agradecerles a todos ustedes que estén aquí, porque lo más importante de todo de que hagamos estas cosas es que haya más de 100 personas en un horario de tarde y oyéndonos hablar, que es lo importante.

Dicho esto que se me olvidó y que lo considero importante, una matización nuevamente y utilizando un derecho de dúplica, réplica o ya no sé cuál, respecto de Fernando, no quiero que pierdas de vista que las sentencias que he mencionado son del Tribunal

Constitucional, máximo garante de los derechos fundamentales. Por eso las he traído, por esa visión, y eso me parece muy importante.

Entre las preguntas que me hacen, en relación a los dispositivos biométricos me dicen si es un elemento importante en la valoración de la proporcionalidad del carácter de ser o de disponer de medios menos invasivos. Efectivamente es así.

En otro dictamen que hemos tenido oportunidad de realizar en la agencia no referido a los trabajadores sino a las personas para el acceso a un polideportivo, que se va hacer un cambio y el acceso inicialmente era mediante tarjeta y se va a poner un dispositivo de huella dactilar, en ese caso sí no estamos en un entorno laboral, no hay un derecho le empresario a controlar al trabajador, no hay una excepción al consentimiento, sino que es un situación ordinaria de un ciudadano, sí que le dijimos efectivamente que implantar una huella dactilar obligatoria para acceder al polideportivo era un medio extensivamente invasivo en relación al fin que se persigue.

Es decir, que el análisis de proporcionalidad no siempre es el que les he dicho antes, también tengan en cuenta que la Ponencia que he tenido antes es provocadora.

Es decir, les he traigo una visión que quería hacer distinta y que quería ser un poco distinta de lo que podían esperar.

Me preguntan también si la información personal que se guarda en el ordenador del trabajador en la empresa, el ordenador corporativo que tiene el trabajador de la empresa antes, durante y después de que concluir el empleo es público de quién es y se puede destruir, etcétera.

Bien, el trabajador trabaja para la empresa, la empresa realiza una serie de actividades, para ello recoge datos personales de terceros, ciudadanos, etcétera, y los datos son de la empresa. El trabajador tendrá y puede tener dentro de lo que comentábamos antes esa expectativa razonable de intimidad, que puede estar incluso en el contrato de trabajo en el que le hayan dado al trabajador un espacio de intimidad dentro de ese ordenador o de ese correo electrónico, lo que esté ahí, lo que sea íntimo será suyo, pero todo lo demás es de la empresa.

Por lo tanto, claramente es así. Tenemos ejemplos muy claros del comercial que se lleva la cartera de clientes de la empresa, diciendo: esto es mío. La cartera de clientes es de la empresa, son conductas contrarias a la Ley Orgánica de Protección y por lo tanto no se pueden permitir.

Y por último, y última distinción que quería hacerles, y para volver sobre el tema de los correos electrónicos, que creo que ha sido recurrente y todos hemos tratado, hacer una distinción muy clara. En el ejemplo que les hacía antes el acceso a los correos electrónicos es accediendo al ordenador y al servidor, es decir, correos ya enviados y depositada la copia va acá en el servidor y en el ordenador de la persona.

Si estuviéramos implantando un sistema de interceptación de un correo, por el cual cada vez que mando un correo llega una copia o se conoce de alguna forma el contenido por la empresa estaríamos en una interceptación de correos electrónicos que sólo puede ser motivado por auto judicial, y en ese caso no puede, estamos en otro ejemplo distinto.

El ejemplo que les decía era acceso a correos ya enviados en el servidor, y previa sospecha de la existencia de una situación dudosa.

Bien, eso es lo que les quería decir, quedo a su disposición para cualquier cosa cuando acabemos la sesión.

María Patricia Kurczyn Villalobos: Muchísimas gracias.

Ahora les vamos a entregar un reconocimiento y damos paso a la siguiente Mesa.

- - -o0o- - -