

REVISTA DE

Derecho de la Empresa

PRIMAVERA 2012

NÚMERO TRES



U UPAEP

FACULTAD DE DERECHO

Índice

Consejo Editorial.....4

Presentación.....5

Colaboraciones Internacionales.

Sobre El Poder De Control Empresarial En La Era Tecnológica: Reflexiones Sobre La Experiencia Española.

Rodrigo Tascón López.....8

Tópicos de derecho.

Derecho Público, Derecho Privado Su Vínculo Con El Derecho Informático.

Arturo Labastida Contreras.....45

Temas de derecho de la empresa.

Marco Jurídico Para El Desarrollo De Las Empresas En México.

Lucerito Ludmila Flores Salgado.....72

Los Derechos Del Empleado Ante El Control Empresarial Por Medio Del Correo Electrónico.

Felipe Miguel Carrasco Fernández.....83

El Delito De Recursos De Procedencia Ilícita, Un Peligro Inminente Para Los Empresarios En México.

Ismael Cortes Moreno.....100

El Envejecimiento Demografico Y El Sistema De Pensiones En México.

Héctor Alfredo Ramírez Cárdenas.....122

Procedimiento Laboral Simulado.

Enrique Yáñez Santos.....137

Directorio.....149

Política editorial150

Cintillo Legal.....152

CONSEJO EDITORIAL

Dr. José De Jesús Ledesma Uribe.

Dr. Oscar Cruz Barney.

Dr. Felipe Miguel Carrasco Fernández.

Dr. Eugenio Hernández Aliste.
(Chile)

Dr. Ulises Montoya Alberti.
(Perú)

PRESENTACIÓN.

El presente número de la Revista de Derecho de la Empresa, publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, contiene trabajos de investigación jurídica interesantes.

En la sección de Colaboraciones Internacionales encontramos la aportación del Dr. Rodrigo Tascon López, titulada: “Sobre el Poder de Control Empresarial en la Era Tecnológica: Reflexiones sobre la experiencia Española”; donde profundiza y analiza una situación de actualidad que tiene implicaciones de diversa índole que circunscriben al Derecho español.

En la sección de Tópicos de Derecho, contamos con la colaboración del Mtro. Arturo Labastida Contreras, titulado: “Derecho Público, Derecho Privado su vínculo con el Derecho Informático”, nos dice que uno de los temas que más actualidad ha cobrado en el mundo jurídico contemporáneo, es precisamente la relación que existe entre la administración pública, la administración privada y el derecho informático, al grado que ahora se habla de contratos telemáticos, agenda digital del gobierno, etc.

En la sección de Temas de Derecho de la Empresa, contamos con la colaboración de la Dra. Lucerito Ludmila Flores Salgado, con su tema titulado: “Marco Jurídico para el Desarrollo de las Empresas en México”, que aborda el tema de la globalización como un proceso cualitativo de administración o gobernabilidad de un patrón crecientemente complejo de vinculación a través de las fronteras, en donde las economías se conectan a través de flujos transfronterizos y factores de producción.

Por su parte el Dr. Felipe Miguel Carrasco Fernández, en su aportación titulada “Los Derechos del Empleado ante el Control Empresarial por medio del Correo Electrónico”, establece que el almacenar información y transmitirla a través de las redes informáticas, es una realidad en el sector privado contribuyendo al desarrollo cotidiano de las funciones del empleado a través de la verificación del uso adecuado del correo electrónico.

El Mtro. Ismael Cortes Moreno, en su trabajo titulado: “El Delito de Recursos de Procedencia Ilícita, un peligro inminente para los Empresarios en México”; donde nos habla que el delito de recursos de procedencia ilícita en nuestro país se puede volver un problema total en el desarrollo de las empresas mexicanas, puesto que es un enemigo silencioso que se encuentra acechando, esperando el momento adecuado para que cuando algún empresario tenga la necesidad de recursos económicos frescos, es cuando pueden surgir la figura del inversionista que aportaría dichos recursos, para poderse introducir en las empresas mexicanas.

Por su parte el Mtro. Héctor Alfredo Ramírez Cárdenas, en su aportación titulada: “El Envejecimiento Demográfico y el Sistema de Pensiones en México”, nos dice que en nuestro país, el crecimiento demográfico de los adultos mayores, en la actualidad registra tasas inéditas y desafortunadamente se convierte en un problema social pues está acompañado de pobreza, enfermedad, discapacidad y aislamiento social y, debido a las insuficiencias y desigualdades de nuestro desarrollo, la gran mayoría de los adultos mayores (alrededor de 8 de cada 10) no cuenta con pensiones y casi dos terceras partes de quienes tienen acceso a ellas no perciben lo suficiente para cubrir sus necesidades básicas

De igual forma el Mtro. Enrique Yáñez Santos, en su trabajo titulado: “Procedimiento Laboral Simulado”, nos dice que los conflictos laborales que se presentan entre los patrones y los trabajadores se resuelven mediante la aplicación del derecho procesal del trabajo, el cual se ha visto rebasado debido a su falta de adecuación a las necesidades del país, lo que aunado a que, durante su tramitación ante las juntas de conciliación y arbitraje, no se exige que los apoderados de la parte actora sean abogados titulados lo que ha fomentado la presencia de diversos gestores conocidos popularmente como “coyotes” los cuales presentan demandas basadas en hechos falsos, que pretenden corroborar mediante testigos falsos para obtener un laudo condenatorio como medio de presión para negociar o más bien para extorsionar a los patrones.

Dr. Felipe Miguel Carrasco Fernández

Director de la Revista de Derecho de la Empresa.

COLABORACIONES INTERNACIONALES

SOBRE EL PODER DE CONTROL EMPRESARIAL
EN LA ERA TECNOLÓGICA:
REFLEXIONES SOBRE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

Rodrigo Tascón López¹

Sumario: 1.- Introducción: reflexión general sobre el redimensionado poder de control empresarial a partir de las nuevas tecnologías al ámbito laboral; 2.- La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la resolución de conflictos entre los derechos fundamentales del trabajador y el poder de control empresarial: la doctrina de la proporcionalidad y su aplicación al caso concreto; 3.- Aportaciones de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo; 3.1.- La falta de equiparación entre el ordenador utilizado por el trabajador y la taquilla; 3.2.- La creación de un espacio de intimidad para el trabajador a partir de la confianza en la legitimidad de un uso razonable; 3.3.- Los requisitos implícitos de habilitación al empresario para proceder al registro del ordenador del trabajador; 3.4.- La acreditación de la autoría de los hechos a partir de la prueba tecnológica; 4.- Conclusiones; 5.- Bibliografía

Key Words: Facultades de control empresarial; Poder de dirección del empresario; intimidad de los trabajadores; medios de control tecnológicos; gestión empresarial

¹ Licenciado en Derecho (Premio Extraordinario de Licenciatura) en la Universidad de León en 1999. Doctorado cum laude en la Universidad de León en 2003. Profesor titular de Derecho del Trabajo desde el año 2007. Miembro del equipo de investigación del Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de León, donde ha participado en más de 20 proyectos de investigación. Es autor de casi un centenar publicaciones jurídico-laborales y ha participado en cerca de 20 congresos nacionales e internacionales.

1.- Introducción: reflexión general sobre el redimensionado poder de control empresarial a partir de las nuevas tecnologías al ámbito laboral

Como bien es sabido, la celebración de un contrato de trabajo y el inicio de su desarrollo confiere al empresario un poder de dirección para ordenar las prestaciones debidas (“dentro de las posibles”²) y asegurar así el normal desarrollo del proceso productivo³. De semejante prerrogativa derivan, a su vez, un amplio --aun cuando limitado desde diversos puntos de vista⁴-- haz de facultades; entre otras, y por cuanto ahora importa, la posibilidad del empresario para adoptar “las medidas que estime más oportunas para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana” (art. 20.3 ET).

En síntesis, este poder de control --complemento indispensable del de dirección⁵--, pese a conceder un amplísimo --quizá demasiado generoso y en el Derecho español poco preciso⁶-- margen de actuación al empresario⁷, trae aparejados, de un lado, el deber de utilizar medios respetuosos con los derechos fundamentales del trabajador (pues, sin duda,

² ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid (Civitas), 2007, pág. 234.

³ Por clásico, MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid (IES), 1965, págs. 44 y ss. o, del mismo autor y más reciente, “El poder de dirección del empresario”, *REDT*, núm. 100, 2000, págs. 507 y ss. También, ROMAN DE LA TORRE, M^a.D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid (Grapheus), 1992, pág. 351 o RIVERO LAMAS, J.: “Art. 20. Dirección y control de la actividad laboral”, en AA.VV.: (MONEREO PEREZ, J.L., Coord.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada (Comares), 1998, pág. 314.

⁴ Por todos, LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales*, Barcelona (Bosch), 1999, págs. 16 y ss.

⁵ Como reconocen GOÑIS SEIN, J.L.: *El respeto de la esfera privada del trabajador*, Madrid (Civitas), 1989, pág. 109; DE VICENTE PACHES, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid (CES), 1998, págs. 299 y ss. o MIÑARRO YANINI, M.: “Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo”, *TS*, núm. 158, 2004, pág. 8.

⁶ Según indican VALDES DAL-RE, F.: “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, *RL*, T. I, 1990, págs. 284 y ss.; GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto de la esfera privada del trabajador*, cit., págs. 184 y ss. o FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F.: “Libertad ideológica y prestación de servicios”, *RL*, núm. 7, 1985, págs. 421 y ss.

⁷ MONTOYA MELGAR, A.: “El poder de dirección del empresario”, cit., pág. 510; en el mismo sentido, entre otros, DEL VALLE MUÑOZ, J.M.: “El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo”, *AL*, núm. 39, 1991, págs. 492 y ss.

tales aparecen comprendidos en el amplio y genérico concepto de dignidad humana aludido por el precepto⁸); de otro, la necesidad de circunscribir la actividad de control --salvo excepciones justificadas-- a la comprobación de aquellas cuestiones estrictamente vinculadas con la prestación de trabajo⁹.

Sin duda, la introducción de las nuevas tecnologías en la empresa, además de cambiar de forma sustancial los modos y modelos de trabajo y producción¹⁰, presenta en su influencia sobre el poder de dirección uno de sus manifestaciones “más vistosas”¹¹, habida cuenta aquéllas están habilitando --cada vez más-- medios sofisticados capaces de “intensificar”¹² de forma decisiva --y en muchos casos hasta más allá de lo lícito-- las posibilidades empresariales de fiscalización de la actividad laboral¹³.

⁸ DE VICENTE PACHES, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, cit., pág. 301; GARCIA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A.: “Los derechos fundamentales como límite a las facultades organizativas del empresario (libertad sindical y movilidad funcional). La tutela de la libertad sindical: ¿la afiliación sindical como señuelo de mejoras profesionales o como causante de degradación?”, *AS*, T. IV, 1999, págs. 687 y ss.; FERNANDEZ VILLAZON, L.A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Pamplona (Aranzadi), 2003, págs. 34 y ss. y 61 y ss. o SAMPEDRO GULLON, V.: “Facultades empresariales de vigilancia y control en el centro de trabajo”, *TS*, núm. 160, 2004, pág. 14.

⁹ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto de la esfera privada del trabajador*, cit., págs. 109 y ss. o DE VICENTE PACHES, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, cit., pág. 301. No obstante, no resulta fácil separar entre la persona del trabajador y las implicaciones derivadas de la prestación por él realizada. MARTINEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Madrid (CES), 2002, pág. 54 o MIÑARRO YANINI, M.: “Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo”, cit., pág. 9.

¹⁰ FULLER, S.; HARTMAN, A. y RAMAN, S.: “Bell meets Taylor: desmythifying Knowledge work”, en ORLIKOWSKI, W.J., *et alii: Information technology and changes in organizational work*, Londres (Chapman & Hall), 1996, pág. 18; ADDISON, J.T. y TEIXEIRA, P.: “Technology, employment and wages”, *Labour*, Vol. 15, núm. 2, 2001, págs. 191 y ss. o BROWN, C. y CAMPBELL, B.A.: “The impact of Technological change on work and wages”, *Industrial Relations*, Vol. 41, núm. 1, 2002, págs. 1 a 33.

¹¹ PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1990, pág. 72 o SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: *Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales*, Pamplona (Aranzadi), 2002, págs. 42 y ss.

¹² NAPIER, B.: “Computerization and employment rights”, *Industrial Law Journal*, Vol. 21, núm. 1, 1992, págs. 2 y ss. o BROWN, C. y CAMPBELL, B.A.: “The impact of Technological change on work and wages”, *Industrial Relations*, Vol. 41, núm. 1, 2002, págs. 3 y ss.

¹³ MARTINEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, cit., pág. 54.

El control presencial, caracterizado por la coincidencia espacio/temporal de empresario y trabajador, forma parte del “pasado artesanal”¹⁴ del Derecho del Trabajo y está cediendo paso con rapidez al “control tecnológico”¹⁵, con lo cual aquél “periférico, discontinuo y parcial realizado por la jerarquía humana deja paso a uno centralizado y objetivo que se verifica en tiempo real”¹⁶ pero, al tiempo, deja --o puede dejar-- un rastro perenne en la “memoria” de la máquina¹⁷.

No es ocioso recordar cómo las nuevas tecnologías de la información y la comunicación permiten formas de control nuevas y “casi ilimitadas”¹⁸ que, de *facto* (y, en muchos casos, en medio de un cuando menos inquietante silencio legal) están siendo utilizadas por los empleadores para intensificar las formas de conocimiento del comportamiento de los trabajadores¹⁹, creando centros de “trabajo virtuales”²⁰ en los cuales

¹⁴ CASAS BAAMONDE, M^a.E.; BAYLOS GRAU, A. y ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: “El Estatuto de los Trabajadores. Diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas”, *RL*, núms. 6-7, 1990, págs. 139 y ss.

¹⁵ CHILD, J.: “Managerial strategies, new technology and the labour process”, en AA.VV.: *Tools dressing: critical perspectives on the labour process*, Aldershot (Grower), 1986, pág. 127 o DAWSON, P.M.: *Computer technology and the redefinition of supervision*, Southampton (University of Southampton), 1986, págs. 40 y ss.

¹⁶ PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, cit., pág.. 72.

¹⁷ EDWARDS, R.: *The transformation of the workplace; debates on the labour process*, Londres (McMillan), 1993, págs. 38 y ss.

¹⁸ CAPRON, H.L. y JOHNSON, J.A.: *Computers: tools for an information age*, Upper Sadle River (Prentice Hall), 2004, pág. 223.

¹⁹ BORRAJO DACRUZ, E.: “El impacto de las nuevas tecnologías y medios informáticos en la relación de trabajo”, *AEDIPE*, 1984, págs. 32 y ss.; PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, cit., págs. 19 y ss.; PRADAS MONTILLA, R.: “Organización del trabajo y nuevas tecnologías”, *DL*, núm. 53, 1997, págs. 13 y ss.; CAVAS MARTINEZ, F.: “Reflexiones sobre el trabajo y su papel en la actual sociedad de la información”, *AS*, núm. 10, 2004, págs. 23 y ss.; CAMAS RODA, F.: “La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral”, en AA.VV. (ALARCON CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, págs. 161 y ss. o RUANO ALBERTOS, S.: “Facultades de control por medios informáticos”, *TS*, núm. 162, 2004, pág. 26.

²⁰ IGBARIA, M. y TAN, M.: *The virtual workplace*, Londres (Idea Group), 1998, pág. 35.

la profecía orweliana del gran hermano adquiere dimensiones laboralizadas (“el inmenso poder del ojo mecánico”²¹ empresarial) en las que la realidad vuelve a superar a la ficción²².

En consecuencia, las nuevas tecnologías informáticas, como toda invención habida en el discurrir humano, presentan “cargas ambivalentes”²³, en tanto en cuanto, además de un uso legítimo y utilísimo (principalmente dirigido a la mejora productividad²⁴), a través suyo pueden darse --y, de hecho se dan-- las más viles y deplorables acciones, no sólo por parte del empresario (quien verá en estos medios una “mano alargada” para el “control absoluto” de los operarios²⁵), sino también por los propios trabajadores, en tanto en cuanto pueden utilizarlos --en tiempo y lugar de trabajo-- para fines particulares capaces de distraerlos de sus obligaciones laborales²⁶, lo cual, amén de suponer un innegable perjuicio económico para la empresa en forma de tiempo de trabajo perdido --y en consumo de servicios, aun cuando tal problema haya perdido entidad una vez generalizadas las denominadas “tarifas planas” --, puede suponer otro aún mayor en forma de destrucción de información y programas a través de los posibles virus adquiridos por la negligencia o temeridad de quien así haya actuado²⁷ y, en último término y en los supuestos más graves,

²¹ GOÑI SEIN, J.L.: *La videovigilancia empresarial y la Protección de Datos Personales*, Madrid (Civitas), 2006, pág. 15.

²² McGRATH, J.E.: *Loving big brother: performance, privacy and surveillance space*, cit., págs. 43 y ss.

²³ MARTINEZ LOPEZ, F.J.; LUNA HUERTAS, P.; INFANTE MORO, A. y MARTINEZ LOPEZ, L.: “Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones”, cit., pág. 98.

²⁴ ALARCON CARACUEL, M.R.: “La informatización y las nuevas formas de trabajo”, en AA.VV. (ALARCON CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, pág. 10.

²⁵ ANTON, G. y WARD, J.J.: “Every breath you take: employee privacy rights in the workplace; an orwellian prophecy come true?”, cit., págs. 897 y ss. y McGRATH, J.E.: *Loving big brother: performance, privacy and surveillance space*, cit., pág. 33.

²⁶ Un 70% de quienes disponen de Internet en su lugar de trabajo reconocen haberlo usado para fines personales durante el horario de trabajo, principalmente para el intercambio de e-mails particulares, búsquedas en páginas de contenido sexual y acceso a programas de intercambio de temas musicales. *UCLA Internet Report*, 2008.

²⁷ CARDONA RUBERT, M^a.B.: “Relaciones laborales y tecnologías de la información y de la comunicación”, *Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 9, 2004, pág. 3.

facilitar los más flagrantes quebrantos de la buena fe contractual bajo formas más rápidas y silenciosas de espionaje industrial²⁸.

Centrando la atención del discurso en su objeto de estudio, las potencialidades tecnológicas de control constituyen un proteico conjunto prácticamente ilimitado²⁹, que va, en una lista que por fuerza a de ser *numerus apertus*, desde el --relativamente³⁰-- más tradicional sistema de videovigilancia (en sus múltiples posibilidades³¹), hasta los más sofisticados mecanismos de control de acceso y localización dentro de la empresa, mediante tarjetas personales³² o, incluso, datos biométricos³³ (o fuera de ella, mediante

²⁸ THORP, J.: *The information paradox: realizing the business benefits of the information technology*, Toronto (McGraw-Hill Ryerson), 2003, págs. 32 y ss.; WHITFIELD, K.: "High-performance workplaces, training and the distribution of skills", *Industrial Relations*, Vol. 39, núm. 1, 2000, págs. 3 y ss.; CANTWELL, J. y NARULA, R.: *International business and the eclectic paradigm*, Londres/Nueva York, 2003, págs. 21 y ss. o ZEKOS, G.: "Cyberspace and globalization", *Law, Social Justice and Global Development Journal*, núm. 1, 2002, pág. 4.

²⁹ Al respecto, TASCÓN LÓPEZ, R.: "El poder de control empresarial en la era tecnológica: visión panorámica de una cuestión inacabada", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 267, 2005, págs. 19-55.

³⁰ Como reconocen unánimemente GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto de la esfera privada del trabajador*, cit., págs. 140 y ss.; DE VICENTE PACHES, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, cit., pág. 323; SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "Videocámaras y poder de vigilancia", *AS*, núm. 19, 2000, págs. 74 y ss.; LOPEZ PARADA, R.: "Análisis jurisprudencial acerca de la instalación por el empresario de sistemas de videovigilancia en el lugar de trabajo", *Información Laboral Jurisprudencia*, núm. 9, 2000, págs. 12 y ss. o MARTINEZ FONS, D.: "El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo", *RL*, núm. 4, 2002, págs. 11 y ss.

³¹ Al respecto, MELLO, J.A.: "Salts, Lies and videotape: union organizing efforts and management's response", *Labor Law Journal*, Vol. 17, 2004, págs. 42 y ss.; KING, D.N.: "Privacy issues in the private-sector workplace: protection from electronic surveillance and emerging privacy gap", *California Law Review*, Vol. 67, 1994, págs. 474 y ss.; FLANAGAN, J.A.: "Restricting electronic monitoring in the private workplace", cit., págs. 1262 y ss.; DWORKIN, T.M.: "Protecting private employees from enhanced monitoring: legislative approaches", cit., pág. 759 o GRANT, R.: "Work monitored electronically", cit., págs. 83 y ss.

³² La información obtenida a partir de la verificación de la llegada o salida del trabajador del lugar de trabajo puede llegar a ser ilimitada si se pone en relación con la conseguida a partir de otro tipo de controles dentro de la propia empresa. Así, es posible instalar instrumentos para verificar --y registrar-- el número de veces en que se ha usado la cadena en el cuarto de baño o el dosificador de jabón ha sido pulsado..., extremos que, si combinados con los de acceso de un concreto trabajador al excusado, permiten constatar la finalidad real de un desplazamiento desde el puesto de trabajo hasta los lavabos (vr. gr., fumar un cigarrillo o, simplemente, hacer una pausa disimulada). FRIED, C.: "Perfect freedom or perfect control?", *Harvard Law Review*, Vol. 114, núm. 2, 2000, págs. 606 y ss. o DUANE, E.L. y GIFFORD, K.D.: "Workplace transformation and worker upskilling: the perspective of individual workers", *Industrial Relations*, Vol. 38, núm. 2, 1999, pág. 177; GUFFEY, C.J. y WEST, J.F.: "Employee privacy: legal implications for managers", *Labor Law Journal*, Vol. 47, núm. 11, 1996, págs. 735 y ss.

sistemas de localización mediante GPS³⁴), pasando por los cada vez más habituales mecanismos de fiscalización de la utilización dada a la herramienta tecnológica, tales como inspecciones en el correo electrónico del empleado o revisión de la navegación realizada en Internet³⁵, instalación de programas espía capaces de revelar la práctica totalidad de aspectos relativos al ordenador empleado por el operario (desde los programas utilizados hasta el número de pulsaciones por minuto practicadas³⁶) o, en fin, la intervención de las conversaciones telefónicas mantenidas mientras se prestan servicios desde terminales de la compañía³⁷.

En este sentido, resulta preciso constatar cómo, junto a los diversos medios de control que las nuevas tecnologías permiten, uno de los más precisos y utilizados (complemento contundente de los anteriores) viene dado, sin duda, por aquél ejercido a través de la información obtenida mediante técnicas de elaboración de datos, algo facilitado enormemente por el “rastreo informático” que se mantiene perenne en la herramienta tecnológica, permitiendo una verificación posterior de su utilización.

Mediante dichas técnicas de proceso de datos el empresario puede obtener y sistematizar informaciones, laborales o no, relativas a la persona del trabajador, remontándose desde los actos más banales hasta sus más íntimos secretos (afiliación sindical o política, credo religioso, estado de salud...) y retomar tales informaciones cuando

³³ RODOTA, S.: “Tecnología y derechos fundamentales”, *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 8, 2004, págs. 1 y 2 o WALKER, J.P.: “Algunos aspectos sobre la utilización de datos biométricos en el sector privado”, *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 12, 2004, págs. 1 a 6.

³⁴ RAY, J.E.: “Geolocalisation, donness personelles et droit du travail”, *Droit Social*, núm. 12, 2004, págs. 1077 y ss..

³⁵ OLIVER, H.: “E-mail and Internet monitoring in the workplace: information privacy and contracting-out”, *Industrial Law Journal*, Vol. 31, núm. 4, 2002, págs. 321 y ss.

³⁶ Lo cual permite, no sólo conocer las páginas Web visitadas, sino también, entre otras cosas, los programas utilizados, el contenido de los archivos abiertos o, incluso, aspectos tan nimios pero a la vez tan sutiles como el número de pulsaciones operadas en el teclado o el tiempo durante el cual el equipo ha permanecido apagado o suspendido, permitiendo así un control absolutamente total del trabajador cuyo instrumento de trabajo sea el ordenador, CAPRON, H.L. y JOHNSON, J.A.: *Computers: tools for an information age*, cit., págs. 23 y ss y OLIVER, H.: “E-mail and Internet monitoring in the workplace: information privacy and contracting-out”, cit., pág. 323.

³⁷ AGUT GARCIA, C.: “Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de la empresa”, *Tribuna Social*, núm. 163, 2004, pág. 31.

sea necesario adoptar una decisión sobre el trabajador. De esta forma queda expedito el camino hacia algunas de las más deleznable discriminaciones reprobadas por el ordenamiento jurídico, en tanto permiten la elaboración de categorías (verdaderas “castas laborales”) que recuerdan, en este caso, a los Alfas y Betas que dibujara Huxley, permitiendo al empresario diversificar su decisiones en función de la conveniencia o aptitud del trabajador afectado³⁸.

La actividad del trabajador y las informaciones sobre su actividad pasan a constituir un “todo indisoluble”³⁹, permitiendo un control “total”⁴⁰ --o, al menos, “tendente a la totalidad”⁴¹-- de la actuación del operario en la empresa --y aún fuera de ella, doquiera el empresario-- y, a la postre, la elaboración de todo tipo de informes o perfiles --según las necesidades del caso-- acerca no sólo de sus caracteres profesionales sino también, en última instancia, de su propia faceta personal⁴².

Quien se sabe así vigilado pierde, evidentemente, las más elementales capacidades de organizar el trabajo propio con unos mínimos márgenes de iniciativa y queda sometido a una presión difícilmente soportable, capaz de poner en peligro evidente su propio equilibrio

³⁸ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Madrid (APD), 1997, pág. 82 y CARDONA RUBERT, M^a.B.: *Informática y contrato de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, págs. 66 y ss.

³⁹ GAETA, L.: “La dignidad del trabajador y las perturbaciones de la innovación”, en AA.VV. (APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A., Dirs.): *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid (Trotta), 1992, pág. 68.

⁴⁰ LLOYD, I.J.: *Legal aspects of the information society*, Londres (Butterworths), 2000, pág. 41; SCARBROUG, H. y CORBETT, J.M.: *Technology and organization (Power; meaning and desing)*, Londres (Routledge), 1992, pág. 29; LINOWES, D.F. y SPENCER, R.C.: “Privacy: the workplaces issues of the 90’s”, *Marshall Law Review*, Vol. 23, 1990, págs. 610 y ss.; FLANAGAN, J.A.: “Restricting electronic monitoring in the private workplace”, *Duke Law Journal*, Vol. 43, 1994, págs. 1262 y ss.; ROEL, R.E.: “Injured by big brother? Study shows monitored workers get hurt more”, *Newsday*, 5 octubre, 1990, pág. 49 o DWORKIN, T.M.: “Protecting private employees from enchaced monitoring: legislative aproches”, *American Bussiness Law Journal*, Vol. 28, 1990, pág. 759..

⁴¹ McGRATH, J.E.: *Loving big brother: performance, privacy and surveillance space*, Londres/Nueva York (Routledge), 2004, pág. 47; ANTON, G. y WARD, J.J.: “Every breath you take: employee privacy rights in the workplace; an orwellian prophecy come true?”, *Labor Law Journal*, Vol. 49, núm. 3, 1998, págs. 897 y ss. y O’BRIEN, C.N.: “The impact of employer e-mail policies on employee rights to engage in concerted activities protected by the National Labor Relations Act”, *Labor Law Journal*, Vol. 53, núm. 2, 2002, págs. 69 y ss.

⁴² FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, cit., pág. 82.

físico-psíquico⁴³ (lo cual, pone en cuestión alguna de las más elementales obligaciones de prevención de riesgos inherentes al contrato de trabajo, *ex art. 14 LPRL*), forzándole, en último término, a cambiar de forma radical su conducta para tratar de adaptarla al standard del controlador del rendimiento⁴⁴.

Al aumentar la potencialidad del poder de vigilancia y limitar la capacidad de desenvolvimiento del trabajador, sujetándola a secuencias de trabajo densas y estrictas, la tecnificación de la empresa eleva la posición empresarial a un estadio superior al derivado de su mero poder de dirección⁴⁵, “e introducen un elemento nuevo en el sinalagma contractual capaz de provocar la ruptura en el necesario equilibrio de intereses”⁴⁶ y de poner en peligro de manera evidente derechos fundamentales (“inespecíficos”⁴⁷) de la persona del trabajador, especialmente los de dignidad e intimidad, en sus versiones clásicas⁴⁸, pero también el de secreto de las comunicaciones (cuando lo controlado sea el correo electrónico del trabajador) y también el de nuevo cuño de libertad informática.

⁴³ LINOWES, D.F. y SPENCER, R.C.: “Privacy: the workplaces issues of the 90’s”, *Marshall Law Review*, Vol. 23, 1990, págs. 610 y ss.; FLANAGAN, J.A.: “Restricting electronic monitoring in the private workplace”, *Duke Law Journal*, Vol. 43, 1994, págs. 1262 y ss.; ROEL, R.E.: “Injured by big brother? Study shows monitored workers get hurt more”, *Newsday*, 5 octubre, 1990, pág. 49 o DWORKIN, T.M.: “Protecting private employees from enchaced monitoring: legislative aproches”, *American Bussiness Law Journal*, Vol. 28, 1990, pág. 759. Con todo, no falta quien pone de manifiesto cómo resulta todavía más estresante para el trabajador aquél otro tipo de control que, pudiendo ser continuo y completo, se efectúa de forma aleatoria y discontinua, GRANT, R.: “Work monitored electronically”, *HR Magazine*, núm. 5, Vol. 37, 1992, págs. 83 y ss.

⁴⁴ BAETHGE, M. y OBERBECK, H.: *Nuevas tecnologías y perspectivas profesionales de la gerencia empresarial*, Madrid (MTSS), 1995, págs. 243-247 o RAMOS LUJAN, H.V.: “La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías”, *RL*, núm. 17, 2003, págs. 45 y ss.

⁴⁵ ANTON, G. y WARD, J.J.: “Every breath you take: employee privacy rights in the workplace; an orwellian prophecy come true?”, *Labor Law Journal*, Vol. 49, núm. 3, 1998, págs. 897 y ss. o BROWN, C. y CAMPBELL, B.A.: “The impact of Technological change on work and wages”, *cit.*, págs. 11 y ss.

⁴⁶ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, *cit.*, pág. 87.

⁴⁷ Por usar la afortunada terminología de PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Los derechos laborales en la Constitución española*, Madrid (CEC), 1991, págs. 31-33.

⁴⁸ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto de la esfera privada del trabajador*, *cit.*, págs. 97 y ss.; FERNANDEZ VILLAZÓN, L.A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, *cit.*, págs. 96 y ss. o MARTINEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, *cit.*, pág. 54.

Item más, este profundo impacto del que se viene dando cuenta ha dejado sentir sus efectos no ya sólo en la gran empresa --verdadero Leviatán moderno capaz de ser equiparada al más incisivo de los Estados⁴⁹--, sino también, y debido al abaratamiento de costes y la sustancial mejora derivada de su aplicación, en la pequeña y mediana⁵⁰, creando una situación “panóptica”⁵¹-- en la cual todo puede ser controlado y registrado (pasando con rapidez de la llamada “Sociedad de la Información” a la más preocupante “Sociedad de la Vigilancia”⁵²), lo cual hacer surgir serios riesgos para quienes de alguna manera entran en contacto con su ciclo normal de actividad, principalmente sus clientes (reales o potenciales), sus proveedores y, con carácter central por cuanto a este estudio ocupa, sus trabajadores asalariados⁵³.

Semejante urdimbre tecnológica ha complicado en buena medida el desenvolvimiento de las relaciones laborales, dibujando un panorama que dista mucho de aquel otro cuya referencia venía dada por la concentración de trabajadores en la fábrica sobre el cual fueron asentados los cimientos del incipiente Derecho del Trabajo en los albores de la Edad Contemporánea.

Ahora bien, frente a un panorama como el descrito, el legislador español (a diferencia de lo ocurrido en países de nuestro entorno, como Portugal o Italia, donde la

⁴⁹ LLOYD, I.J.: *Legal aspects of the information society*, Londres (Butterworths), 2000, pág. 240.

⁵⁰ MARTINEZ LOPEZ, F.J.; LUNA HUERTAS, P.; INFANTE MORO, A. y MARTINEZ LOPEZ, L.: “Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones”, *RL*, núm. 12, 2003, pág. 109.

⁵¹ MERCADER UGUINA, J.R.: “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?”, *RL*, núm. 10, 2001, pág. 11. Es sin duda por esta razón (que no sea ya sólo un ente único como es el Estado quien amenaza con controlar la privacidad de las personas, sino también la empresa, grande y pequeña, por lo que se ha dicho que el problema del control a través del tratamiento de datos personales no “evoca tanto al Gran Hermano de George Orwell, como al Panopticon de Jeremy Bentham, donde hay muchos sujetos públicos y privados que pueden ver a todos sin ser vistos. Nace un control asimétrico muy peligroso para los ciudadanos de a pie”, RODOTA, S.: “Tecnología y derechos fundamentales”, *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 8, 2004, págs. 1 y 2.

⁵² FLAHERTHY, D.H.: “The emergence of surveillance societies in the Western World”, *Government Information Quarterly*, Vol. 5, 1998, pág. 377 o FINDLAY, P. y MCKINLAY, A.: “Surveillance, electronic communications technologies and regulation”, *Industrial Relations Journal*, Vol. 34, núm. 4, 2003, págs. 305 y ss.

⁵³ McGRATH, J.E.: *Loving big brother: performance, privacy and surveillance space*, Londres/Nueva York (Routledge), 2004, págs. 23 y ss.

norma laboral ha tratado de aportar pautas concretas de actuación) no ha intervenido para precisar los marcos de legitimidad en un terreno confuso como pocos (manteniendo un tenor del art. 20.3 ET que no ha sido alterado en los últimos tiempos, a pesar del cambio sustancial acaecido en la práctica).

La ambigüedad de la normativa legal en este punto, unida al rapidísimo crecimiento y desarrollo de nuevas formas de control amparadas en las tecnologías de la información y la comunicación⁵⁴, han provocado que sean los Tribunales quienes queden abocados a establecer pautas de adecuación entre estos nuevos sistemas y los derechos fundamentales (inespecíficos), con lo cual “la criticable imprecisión legislativa obliga a una labor creadora, *quasi* legislativa, de los tribunales, capaz de propiciar, en ocasiones, notables contradicciones, lo cual provocará, a la postre, un notable grado de inseguridad jurídica”⁵⁵, pero será “a partir de tales pronunciamientos de donde se pueda empezar a construir cualquier doctrina general, a posteriori, de las consecuencias hacia las causas”⁵⁶.

Quizá resulte oportuno aclarar que la mayor parte de los pronunciamientos judiciales habidos en la materia se producen en el marco de la impugnación de una sanción (habitualmente un despido) impuesta por la empresa a un trabajador como consecuencia de un incumplimiento laboral acreditado a través de una prueba obtenida mediante un medio informático-tecnológico.

En tal contexto, el tribunal se ve abocado a dilucidar si tal prueba es lícita para acreditar dicho incumplimiento (y por tanto declarar procedente la medida patronal) o, por el contrario, resulta lesiva de algún derecho fundamental del trabajador (habitualmente la intimidad o, en el caso específico del control del correo electrónico, el secreto de las comunicaciones), en cuyo caso, carece de validez *ex art. 90 LPL*⁵⁷. Más infrecuentes

⁵⁴ ANTON, G. y WARD, J.J.: “Every breath you take: employee privacy rights in the workplace; an orwellian prophecy come true?”, cit., págs. 897 y ss. o McGRATH, J.E.: *Loving big brother: performance, privacy and surveillance space*, cit., pág. 47.

⁵⁵ SALA FRANCO, T.: “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley), 1999, pág. 205.

⁵⁶ DEL REY GUANTER, S.: “Derechos de la persona del trabajador y contrato de trabajo: notas para una teoría general”, cit., pág. 30.

⁵⁷ Al respecto, GARCIA PERROTE ESCARTIN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*, Madrid (Civitas), 1993, pág. 132; del mismo, “El despido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en AA.VV.

resultan los litigios (si acaso de carácter colectivo) mediante los cuales los trabajadores tratan de combatir directamente un medio de control empresarial a través del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales (arts. 171 y ss. LPL).

2.- La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la resolución de conflictos entre los derechos fundamentales del trabajador y el poder de control empresarial: la doctrina de la proporcionalidad y su aplicación al caso concreto

La doctrina general aplicable para resolver la colisión entre el poder de control empresarial consagrado en el art. 20 ET y los derechos fundamentales de los trabajadores recogidos directa o inespecíficamente en la Constitución viene dada, como bien es conocido, por el principio de proporcionalidad, establecido por el Tribunal Constitucional en sendos célebres supuestos en los que hubo de enfrentar la cuestión relativa a la videovigilancia empresarial.

De conformidad con el anunciado principio, “la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Para comprobar si una medida supera o no el juicio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (proporcionalidad en sentido estricto)”⁵⁸.

(FOLGUERA CRESPO, J., Dir.): *El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid (CGPJ), 1996, págs. 121 y ss.; PEDRAJAS MORENO, A.: *Despido y derechos fundamentales*, Madrid (Trotta), 1992, págs. 195 y ss.; DEL REY GUANTER, S.: “Nuevas técnicas probatorias, obtención ilícita de la prueba y derechos fundamentales del trabajador en el proceso laboral”, *REDT*, núm. 37, 1989, págs. 65 y ss. o BAYLOS GRAU, A.: “Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos”, en AA.VV. (AGUSTI JULIA, J., Dir.): *La prueba en el proceso laboral*, Madrid (CGPJ), 1998, págs. 41 y ss.

⁵⁸ SSTCo 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio, sobre la doctrina previamente recogida, entre otras, en SSTCo 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo o 37/1998, de 17 de febrero.

A partir de esta archiconocida construcción general, el Tribunal alcanza una conclusión conforme a la cual la instalación de un sistema de videovigilancia resulta acorde a los parámetros constitucionales si existen razonables sospechas por parte del empresario de estar sufriendo hurtos por parte de los trabajadores, ante constantes descuadres llamativos en los rendimientos de la sección, y cuando la medida se limitó además a grabar la propia zona de la caja y tuvo una duración temporal limitada hasta quedar constatada la conducta ilícita⁵⁹.

Por el contrario, y desde criterios razonables⁶⁰, entiende tal medida desproporcionada, y por tanto contraria al derecho de intimidad de los trabajadores, cuando la empresa, sin alegar un motivo justificado más allá del ambiguo de conseguir “un adecuado control de la actividad laboral”, procede a completar un sistema de control ya operativo consistente en un circuito cerrado de televisión, con la instalación de micrófonos que permitieran recoger y grabar también las conversaciones que pudieran producirse⁶¹.

En definitiva, aun cuando sea posible encontrar ese “común denominador [principio de proporcionalidad⁶²], la tarea necesita de muchas reflexiones adicionales”⁶³, sin que

⁵⁹ STCo 186/2000, de 10 de julio.

⁶⁰ Pues “no puede desconocerse que la intromisión en la esfera reservada del trabajador según sea uno u otro el medio empleado... las razones que habiliten la adopción de medios de control destinados a la grabación de la conversación de los trabajadores en el lugar de trabajo requerirá un mayor esfuerzo de justificación”, MARTINEZ FONS, D.: “El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo (a propósito de las SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio)”, cit., pág. 25. En igual sentido, MERCADER UGUINA, J.: *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Valladolid (Lex Nova), 2002, pág. 104; SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZUCCONI, C.: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, cit., pág. 147; FERNANDEZ VILLAZON, L.A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, cit., pág. 78 o AGUT GARCIA, C.: “Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de la empresa”, cit., pág. 27.

⁶¹ STCo 98/2000, de 10 de abril.

⁶² Del cual se ha podido decir con acierto “que es uno de los parámetros más significativos de un emergente Derecho Público Europeo, el nuevo *ius commune* que parece alumbrarse como consecuencia de la constante y recíproca interacción de las instituciones europeas”, BARNES, J.: “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario”, *RAP*, núm. 135, 1994, págs. 495 y ss. o RIVERO LAMAS, J.: “Medidas restrictivas de derechos fundamentales y principio de proporcionalidad (sobre la inconstitucionalidad de la filmación de los piquetes de una huelga general)”, en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVI, Madrid (Civitas), 1999, págs. 111 y ss.

⁶³ DEL REY GUANTER, S.: “Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general”, cit., pág. 10.

pueda decirse que “existen reglas seguras, dada la amplitud de la que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, y resulta inoperante cualquier intento apriorístico de reconstrucción monolítica y sin fracturas sobre la compatibilidad de los derechos fundamentales con los derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo... resultando forzado, en todo caso, descender al tema concreto que se esté considerando y a las circunstancias que lo rodean”⁶⁴.

Por tanto, y como conclusión, “puede afirmarse que la intimidad personal no se conculcará por la mera decisión de adopción de instrumentos de control audiovisuales, sino esencialmente por las circunstancias concurrentes que, en su precisa aplicación, contextualizan la decisión de la instalación” y pueden llegar a vulnerar, en algunos casos, derechos fundamentales de los trabajadores⁶⁵.

Además, la aplicación de la doctrina de la proporcionalidad, con ser sustancialmente la única adaptable al proteico elenco de posibles situaciones vulneradoras de alguno de los derechos fundamentales del trabajador⁶⁶, no dejará nunca de suscitar las más profundas dudas a quien se vea en la tesitura de reclamar frente a la actuación empresarial, obligando, por lo demás, a efectuar un “juicio casuístico”⁶⁷ en el cual será menester atender “no sólo al lugar del centro de trabajo en que se instalan por la empresa los sistemas audiovisuales de control, [aun cuando la instalación de tales medios en lugares de descanso y esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta, *a fortiori*, lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores por razones obvias⁶⁸] sino también a otros elementos de

⁶⁴ ORTIZ LALLANA, M^a.C.: “Derechos fundamentales y relación laboral”, cit., págs. 21 y 22.

⁶⁵ MARTINEZ FONS, D.: “El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo (a propósito de las SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio)”, cit., pág. 27; en parecido sentido, MERCADER UGUINA, J.R.: *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y Sociedad de la Información*, cit., págs. 101 y ss. o CAMAS RODA, F.: “La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral”, en AA.VV. (ALARCON CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, cit., págs. 171 y ss.

⁶⁶ RIVERO LAMAS, J.: “Medidas restrictivas de derechos fundamentales y principio de proporcionalidad (sobre la inconstitucionalidad de la filmación de los piquetes de una huelga general)”, cit., págs. 111 y ss.

⁶⁷ Conforme expone BORRAJO DACRUZ, E.: “Derechos fundamentales y casuismo”, *AL*, núm. 29, 2000, págs. 2885 y ss.

⁶⁸ Criterio locativo que ya había sido reconocida en numerosas ocasiones por Tribunales laborales inferiores [por todas, SSTSJ Andalucía/Sevilla 17 enero 1994 (RJ 310) o Galicia 21 abril 1995 (RJ 1514),], pero que,

juicio, tales como si la instalación se hace o no indiscriminada y masivamente, si los sistemas son visibles o se han instalado subrepticamente, la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas, si existen razones de seguridad por el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de que se trate, etc”⁶⁹.

Como no podía ser de otra manera, la masiva utilización por parte de las empresas de estos medios de control ha provocado, y lo seguirá haciendo, el planteamiento de numerosos pleitos ante los tribunales ordinarios laborales, a partir de los cuales se ha ido formando un *corpus* que, aun cuando tomando como razonamiento de fondo la mentada doctrina de la proporcionalidad, adolece en no pocas ocasiones de fisuras y contradicciones, motivo por el cual resulta saludable cualquier nuevo pronunciamiento de los órganos superiores capaz de aportar luz y armonía allí donde todavía se hecha a faltar.

No deja de sorprender que, a partir de la doctrina constitucional de la proporcionalidad, la mayor parte de las veces en que los Tribunales de suplicación han entrado a conocer acerca de la licitud de la instalación de sistemas de control a través de videovigilancia hayan considerado tal medida proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso, normalmente justifican la adopción de tal medida en las sospechas del empresario sobre determinados incumplimientos laborales⁷⁰.

Sin embargo, en algún caso, y forzando sobremanera la interpretación razonable de la tesis del máximo intérprete constitucional, se ha admitido su instalación aun cuando la finalidad perseguida por la empresa fuera algo tan genérico como “la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los trabajadores de la misma y dotar de mayor seguridad a las instalaciones y material de la misma”⁷¹. Incluso, dentro de esta línea generosa con las facultades empresariales, se ha llegado a entender que la

pese a su objetividad, no basta para garantizar la protección de la intimidad del trabajador en el ambiente de trabajo [WESTIN, A.: “Privacy in the workplace: how well does american law reflect american values?”, *Chicago Law Review*, Vol. 72, 1996, págs. 271 y ss.]

⁶⁹ STCo 98/2000, de 10 de abril.

⁷⁰ Resultando tal medida idónea, necesaria y no excesiva, SSTSJ Comunidad Valenciana 14 enero 2004 (AS 1476), Madrid 6 julio 2004 (AS 2325), Galicia 7 julio y 22 diciembre 2005 (AS 2005/2494 y 2006/778), Extremadura 15 mayo 2006 (Jur. 2007/247253) o Comunidad Valenciana 7 marzo 2007 (Jur. 2007/215775).

⁷¹ STSJ Castilla y León/Valladolid 18 septiembre 2006 (AS 2995).

instalación de una videocámara en el comedor de la empresa no vulnera el derecho a la intimidad de los trabajadores siempre y cuando no capte las conversaciones de los trabajadores y su finalidad se limite a controlar el aforo del restaurante para evitar que se colapse⁷².

Buscando otros ejemplos significativos distintos al de la videovigilancia en los que los tribunales laborales han aplicado la doctrina de la proporcionalidad, procede destacar cómo ha sido aceptada la licitud de instrumentos informáticos de control de acceso, ya mediante el sistema más común de lector de tarjeta de identificación personal (que viene a ser un mecanismo normal que sustituye al tradicional control de firmas⁷³), ya mediante sistemas más avanzados, utilizados en este caso por una Administración Pública, consistente en la lectura biométrica mediante infrarrojos de determinados datos de la mano de los funcionarios y trabajadores, los cuales eran utilizados como vía para verificar el control horario⁷⁴, habida cuenta y desde el criterio de proporcionalidad, “el mismo resulta idóneo para conseguir el objetivo propuesto, que no es otro que el de lograr un mayor nivel de eficacia en la Administración pública, lo cual pasa por un control efectivo del cumplimiento de sus obligaciones por parte de los empleados, obligaciones que se inician en el momento del puntual acceso a sus puestos de trabajo y en una estricta observancia de la jornada laboral”⁷⁵.

En otra manifestación ejemplificativa, y respecto a las medidas encaminadas a controlar al trabajador fuera del lugar de trabajo, no faltan pronunciamientos de conformidad con los cuales un sistema de control de movimientos mediante GPS instalado en el vehículo de la empresa utilizado por el trabajador en sus desplazamientos puede ser considerado lícito cuando no exista otro mecanismo eficaz para verificar el cumplimiento

⁷² STSJ Madrid 14 junio 2006 (AS 3406).

⁷³ Sin que atente contra la dignidad de los trabajadores y sin que pueda entenderse que su instalación para sustituir un sistema anterior de control de firmas suponga una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, SSTSJ Madrid 20 febrero 2004 (AS 2313) y Madrid 13 febrero 2006 (AS 1138).

⁷⁴ WALKER, J.P.: “Algunos aspectos sobre la utilización de datos biométricos en el sector privado”, *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 12, 2004, págs. 1 a 6.

⁷⁵ STSJ Cantabria, Cont.-Adm., 21 febrero 2003 (Jur. 122751).

de la prestación laboral por el trabajador, por realizarse ésta fuera del lugar de trabajo⁷⁶. Queda acogida de esta manera una doctrina que ya había sido utilizada con relativa frecuencia en cuanto hacía al control del trabajador fuera del lugar de trabajo a través de medios tradicionales, como solía ser mediante la contratación de un detective privado encargado de vigilar al operario fuera de la empresa⁷⁷.

Un tercer ejemplo vendría dado por los controles sobre el uso y contenido de las conversaciones telefónicas de los trabajadores⁷⁸. Al igual que sucede con el control ejercido sobre el e-mail (según se analizará a continuación), en este caso se ve afectado, no sólo el derecho a la intimidad del trabajador, sino también el derecho al secreto de las comunicaciones⁷⁹. Por esta razón, si bien puede no existir inconveniente en que el empresario fiscalice los datos externos de la llamada (número de destinatario, duración, etc), debería limitarse la posibilidad de intervenir el contenido de la comunicación⁸⁰. Sin embargo, el Tribunal Supremo no ha encontrado inconveniente para permitir al empleador conocer el contenido de esas conversaciones cuando, de conformidad con el principio de proporcionalidad, existiera una finalidad legítima que justificara la intromisión, como en el caso era, en un supuesto de telemarketing, analizar las técnicas comerciales de los trabajadores para proceder a impartir las oportunas instrucciones para mejorarlas⁸¹.

⁷⁶ El cual ha sido aceptado por los tribunales como medio de acreditar un incumplimiento contractual capaz de justificar el despido del trabajador, SJS núm. 32 Madrid 1 octubre 2003, citada por SAMPEDRO GULLON, V.: “Facultades empresariales de vigilancia y control en el centro de trabajo”, cit., pág. 20.

⁷⁷ SSTS 19 julio 1989 (RJ 5878), 11 junio 1990 (RJ 5049) o 17 junio 1996 (RJ 5166); en igual sentido, entre otras, SSTSJ Extremadura 5 mayo 1992 (RJ 2558), Galicia 16 marzo 1993 (RJ 1356), Comunidad Valenciana 1 junio 1994 (RJ 2624), Cataluña 13 enero 1995 (RJ 250), Castilla-La Mancha 28 marzo 1996 (RJ 1939) o, más moderna y ponderando en su integridad la doctrina de la proporcionalidad, Canarias/Las Palmas 31 octubre 2005 (AS 2942).

⁷⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, cit., pág. 128 o AGUT GARCIA, C.: “Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de la empresa”, cit., pág. 31.

⁷⁹ MARTINEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, cit., pág. 85.

⁸⁰ De conformidad con la doctrina general sentada en la STCo 114/1984, de 29 de noviembre. FERNANDEZ VILLAZON, L.A.: “A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: test de honestidad, telemarketing, registro de terminales y uso --o abuso-- de Internet”, cit., pág. 38.

⁸¹ Ahora bien, si se permite intervenir las comunicaciones con esa finalidad, en ningún caso queda amparado que luego pueda el empresario hacer otro uso distinto de ellas y, por ejemplo, utilizar los comportamientos

La cuestión relativa a los registros sobre el ordenador utilizado por el trabajador (sobre su diversos contenidos, tales como correo electrónico laboral, navegaciones efectuadas por Internet, archivos utilizados, etc) constituye quizá el aspecto más polémico en la actualidad pues la contradicción más absoluta es la nota característica que preside los abundantes pronunciamientos emanados sobre el particular por los Tribunales Superiores de Justicia⁸².

En cuanto se refiere, en concreto, al correo electrónico, la cuestión principal reside en determinar si la facultad de control del empresario le autoriza o no para acceder a las cuentas de correo laboral (o sistemas similares de comunicación, como por ejemplo el messenger⁸³ o las hoy tan de actualidad redes sociales⁸⁴) utilizadas por los trabajadores en la empresa y, en su caso, conocer su contenido.

Así, para una primera línea de pronunciamientos el dato esencial a ponderar viene dado por la propiedad empresarial de los ordenadores utilizados como herramienta de trabajo y, en consecuencia, para esta corriente el derecho consagrado en el art. 18.3 CE no puede amparar aquella situación en la cual la comunicación particular ha sido realizada a través de un medio empresarial, y en tiempo y lugar de trabajo, máxime de existir una orden expresa prohibiendo tal actividad, con el consiguiente desconocimiento de los deberes de buena fe exigibles en toda relación laboral.

En conclusión, desde este punto de vista no se trata “de una vulneración al secreto de las comunicaciones... ya que no es una correspondencia entre particulares... sino ante una utilización indebida de medios e instrumentos de la empresa para fines propios y ajenos a los estrictamente laborales, pudiendo la empleadora ejercer un control sobre la forma de

vertidos para sancionar al trabajador, lo cual reputaría nula la intromisión. STS 5 diciembre 2003 (RJ 2003/313).

⁸² CAMAS RODA, F.: “La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral”, en AA.VV. (ALARCON CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, cit., pág. 168 y ALONSO ALBELLA, R.: “El uso del correo electrónico en el lugar de trabajo”, *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 11, 2004, pág. 1.

⁸³ STSJ Comunidad Valenciana 19 julio 2005 (AS 3205).

⁸⁴ Permítase al respecto la remisión a TASCÓN LÓPEZ, R.: “El trabajo humano, y su Derecho, ante el imparable fenómeno de las redes sociales en Internet”, *RTSS (CEF)*, núm. 340, 2011, págs 125 y ss.

utilizar tales medios, que son de su propiedad, así como sobre la propia actividad laboral del trabajador”⁸⁵.

Para otra línea de pronunciamientos, sin embargo, el correo electrónico del trabajador en la empresa es un cauce apropiado para transmitir informaciones personales -- no en vano se ha dado validez a la dimisión del trabajador efectuada a través del correo electrónico si era clara y terminante⁸⁶-- y, por tanto, debe quedar protegido por el art. 18.3 del Texto Constitucional⁸⁷, si bien, como todos los derechos fundamentales, admitirá ciertas modulaciones habida cuenta el empresario tiene también un interés legítimo en ejercer sus facultades de control para evitar usos desviados o abusivos.

En tal juicio aplican como criterio ponderador el ya conocido principio de proporcionalidad --que se muestra, de nuevo, como verdadera doctrina general en la materia-- para considerar procedente el control empresarial sobre el e-mail del trabajador cuando hubiera una necesidad justificada, objetiva y razonable [por ejemplo, una sospecha fundada acerca del uso del ordenador de la empresa para realizar trabajos para terceros competitivos con la actividad de la organización productiva⁸⁸ o la evidencia de estar siendo enviados ingentes cantidades de correos electrónicos desde los ordenadores de la empresa⁸⁹] y no existiera otra medida más moderada --menos agresiva-- para conseguir tal fin⁹⁰. Por el contrario, no se entiende proporcionada la instalación de programas espía que,

⁸⁵ SSTSJ Cataluña 5 julio 2000 (RJ 3452), Cataluña 6 junio 2003 (RJ 2272) o Castilla y León/Burgos 10 mayo 2006 (AS 2007/682).

⁸⁶ STSJ Madrid 13 marzo 2001 (RJ 1733). Decisión razonable en tanto en cuanto el correo electrónico constituía la vía normal de comunicación entre el trabajador y la empresa, BONILLA BLASCO, J.: “Los efectos jurídicos del correo electrónico en el ámbito laboral”, *RL*, núm. 13, 2001, pág. 105. Mayores problemas existen para entender que puede ser válido el despido efectuado por e-mail, en tanto el ET exige forma escrita, RUANO ALBERTOS, S.: “Facultades de control por medios informáticos”, cit., pág. 34.

⁸⁷ No así los conocidos como “chats”, por su carácter público que mueve a muchos de sus participantes a utilizar pseudónimos para no ser reconocidos, aun cuando nada podría evitar el reconocimiento de su dirección de IP, FERNANDEZ VILLAZON, L.A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, cit., pág. 144.

⁸⁸ STSJ Andalucía/Sevilla 9 mayo 2003 (RJ 2840).

⁸⁹ SSTSJ Cataluña 14 noviembre 2004 (RJ 3444), Madrid 12 junio 2001 (RJ 2953) o Castilla y León/Burgos 10 mayo 2006 (AS 2007/682).

⁹⁰ Con esta argumentación general aplicada al caso, SSTSJ Galicia 4 octubre 2001 (RJ 3366) y Madrid 13 mayo 2003 (RJ 3649).

subrepticamente y sin sospechas previas, fiscalicen las comunicaciones realizadas por los trabajadores⁹¹.

Sin duda esta segunda interpretación resulta más acorde con el entendimiento que el Tribunal Constitucional hace del art. 18.3 de la *norma normarum*, al efectuar una interpretación amplia del concepto de comunicación --sin circunscribirlo a los medios tradicionales enumerados *ad exemplum* en el precepto-- para adaptarlo a los avances actuales en el marco de las comunicaciones y de la informática⁹². De esta manera, el ámbito de protección del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones --garantía específica del derecho a la intimidad pero, a la vez, derecho fundamental autónomo⁹³-- se ha de extender, de forma evidente, a las efectuadas a través del correo electrónico y su garantía alcanza también al trabajador en la empresa⁹⁴.

Ahora bien, aceptando el e-mail como medio de comunicación protegido por el derecho fundamental, esta segunda línea interpretativa se muestra incongruente con el concepto de “secreto protegido”, el cual, según el Tribunal Constitucional, presenta “un carácter formal, en tanto se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado... y, además, sólo puede ser interceptado por orden judicial”, y no, obviamente -- y como las sentencias de suplicación permiten en un intento de conciliar la dogmática general del derecho al secreto de las comunicaciones con las facultades de control empresarial--, por una decisión del empresario, por muy proporcionada que ésta pudiera llegar a ser⁹⁵.

Por su parte, respecto de los controles ejercidos sobre el navegador de Internet o los archivos y programas informáticos utilizados por el trabajador, a diferencia de cuanto

⁹¹ STSJ Comunidad Valenciana 19 julio 2005 (AS 3205).

⁹² STCo 70/2002, de 3 de abril.

⁹³ STCo 34/1996, de 11 de marzo.

⁹⁴ FALGUERA I BARO, M.A.: “Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador”, *RL*, núm. 22, 2000, págs. 17 y ss. o RUANO ALBERTOS, S.: “Facultades de control por medios informáticos”, *cit.*, pág. 29.

⁹⁵ STCo 34/1996, de 11 de marzo.

ocurría en el supuesto anterior, no cabe justificar el anclaje de la protección del trabajador frente al control efectuado sobre las páginas web visitadas durante la jornada de trabajo en el derecho al secreto de las comunicaciones. En este supuesto existe un acceso a información, pero no una verdadera comunicación interpersonal objetivamente tutelable⁹⁶. En consecuencia, el juego de la facultad empresarial será más amplio a la hora de verificar los posibles incumplimientos contractuales del trabajador consistentes en consultar páginas web o utilizar otra clase de recursos informáticos para fines particulares (o para realizar otra clase de incumplimientos laborales⁹⁷) durante la jornada de trabajo, si bien no cabe desconocer su sujeción al límite indeclinable constituido por el derecho a la intimidad⁹⁸.

3.- Aportaciones de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

En un contexto como el brevemente descrito en las páginas precedentes, el anunciado proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial encontró referente, si no decisivo, sí, al menos, muy significativo en la Sentencia del Tribunal Supremo, dictada en Unificación de Doctrina, de 26 de septiembre de 2007, que versa, precisamente, sobre una de las cuestiones hasta la fecha más controvertidas, cual es la facultad empresarial de registro del ordenador utilizado como herramienta laboral por el trabajador.

Sin duda, este pronunciamiento había sido largamente esperado, en tanto en cuanto el ejercicio del poder de control empresarial con componente tecnológico había dado lugar a una infinidad de pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, en muchos casos contradictorios y, por tal motivo, era sumamente necesario encontrar pautas

⁹⁶ MARTINEZ FONS, D.: “Uso y control de las tecnologías de la información y comunicación en la empresa”, cit., pág. 200 o RUANO ALBERTOS, S.: “Facultades de control por medios informáticos”, cit., pág. 35.

⁹⁷ Por ejemplo, beneficiarse indebidamente de operaciones crediticias de la empresa, STSJ Cantabria 15 julio 2005 (AS 1918).

⁹⁸ LOPEZ MOSTERIO, R.: “Despido por uso de correo electrónico e Internet”, *AL*, núm.41, 2001, págs. 1132 y ss. De hecho, algunos pronunciamientos de los tribunales han considerado que en el registro del ordenador deben observarse las mismas garantías que el art. 18 ET prevé para el registro de las taquillas, SSTSJ Cantabria 20 y 23 febrero 2004, citadas por FERNANDEZ VILLAZON, L.A.: “A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: test de honestidad, telemarketing, registro de terminales y uso --o abuso-- de Internet”, cit., pág. 39.

homogéneas de interpretación⁹⁹, motivo por el cual es de agradecer que el alto tribunal haya reiterado su doctrina en pronunciamientos posteriores, consolidando unos criterios que, al menos, aportarán seguridad jurídica a los operadores jurídico-laborales¹⁰⁰.

Como supuesto de hecho, el Tribunal Supremo ha de enfrentar una situación en la cual un trabajador prestaba servicios en un despacho, sin llave, en el que disponía de un ordenador, carente de clave de acceso y conectado a la red de la empresa. Como consecuencia de fallos informáticos detectados en dicho ordenador, la empresa recurre a un técnico informático quien, en presencia del Administrador de la compañía (pero sin la concurrencia del propio trabajador, ni de la representación del personal), detecta la presencia de virus informáticos como consecuencia de la navegación por páginas poco seguras de Internet. En este sentido, la inspección de la carpeta de archivos temporales permite descubrir antiguos accesos a páginas pornográficas, cuyos datos fueron almacenados en un dispositivo USB y entregados a un notario. Una vez reparado (y quizá para dotar a la inspección de cierta formalidad), se vuelve a repetir la escena del registro, ahora con la presencia de delegados de personal, tras lo cual se procede al despido del trabajador.

Tanto la sentencia de Instancia, como la emanada del Tribunal Superior de Justicia¹⁰¹, entienden de aplicación analógica a los supuestos de inspección empresarial del ordenador del trabajador aquellas garantías previstas en el art. 18 ET para el registro de la taquilla del trabajador y, considerando que las mismas no han sido observadas en el presente supuesto, la prueba obtenida a resultas del registro practicado no es válida y, en consecuencia, la extinción del contrato de trabajo merece ser calificada como improcedente.

⁹⁹ A tal necesidad ya se habían referido, entre otros, SALA FRANCO, T.: “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley-actualidad), 1999, págs. 229 y 230 ; LOPEZ PARADA, R.: “Análisis jurisprudencial acerca de la instalación por el empresario de sistemas de videovigilancia en los lugares de trabajo”, cit., págs. 23 y ss.; GOÑI SEIN, J.L.: “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos”, cit., pág. 16; RUBIO SANCHEZ, F.: “Derecho a la intimidad de los trabajadores: vigilancia con cámaras de seguridad y otro tipo de dispositivos”, AS, núm. 17, 2004; ESCRIBANO GUTIERREZ, J.: “El derecho a la intimidad del trabajador. A propósito de la STC 186/2000, de 10 de julio”, RL, T. I, 2001, págs. 931 y ss.

¹⁰⁰ Véase, en este sentido, STS 8 marzo 2011 (RJ 2011/932).

¹⁰¹ STSJ Galicia 25 enero 2006 (AS 2006/844).

Para recurrir en casación para unificación de doctrina, la empresa busca como pronunciamiento de contraste uno de los varios en los cuales, en franca contradicción con la línea anterior, se considera que las garantías contempladas en el art. 18 ET no pueden ser exigidas en el registro del ordenador puesto por la empresa a disposición del trabajador para desempeñar su prestación de servicios, en tanto no se trata de un efecto personal del asalariado, sino una herramienta de trabajo¹⁰².

A resultas de tal planteamiento, el Tribunal Supremo dicta en unificación de doctrina una sentencia ciertamente ejemplar, muy interesante en el fondo y que ha de aportar luz, por su original planteamiento, a una cuestión hasta ahora sumergida en el mar de la incertidumbre.

La cuestión principal pasa por tratar de precisar, desde la perspectiva de la (i)licitud de la prueba obtenida mediante una medida de inspección o vigilancia del empleador, cómo ha de articularse la compatibilidad entre tales facultades de control empresarial y el derecho del trabajador a su intimidad personal (arts. 18.1 CE y 8 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) si se tratara de control del correo electrónico.

En este sentido, el contenido de tan importante pronunciamiento puede quedar sistematizado en cinco grandes reflexiones jurídicas (algunas expresas, implícitas otras), a las cuales procede dedicar cumplida y específica atención en el discurso que sigue.

3.1.- La falta de equiparación entre el ordenador utilizado por el trabajador y la taquilla

La Sentencia ahora objeto de comentario se ocupa de precisar, con meridiana claridad, cómo las garantías contempladas en el art. 18 ET respecto al registro de la taquilla del trabajador en modo alguno resultan analógicamente aplicables al control ejercido por el empresario sobre los medios informáticos que se facilitan a los trabajadores para la ejecución de la prestación laboral, desterrando de una vez por todas las dudas y resolviendo la contradicción existente entre una línea de pronunciamientos de conformidad con la cual

¹⁰² STSJ Madrid 13 noviembre 2001 (AS 2002/471).

tales garantías habían de ser observadas analógicamente¹⁰³, y otra que no lo consideraba apropiado¹⁰⁴.

A juicio del alto Tribunal, el supuesto de hecho de la norma es completamente diferente y no se da, por tanto, aquella “identidad de razón” sobre la que la aplicación analógica se asienta (*ex art. 4.1 CC*), habida cuenta “el art. 18 ET está atribuyendo al empresario un control que excede del derivado de su posición como parte del contrato de trabajo (y que, por tanto, queda fuera del art. 20.3 ET). En los registros de taquillas el empresario actúa, de forma exorbitante y excepcional, fuera del marco contractual... desempeñando (no sin problemas de cobertura) una función de policía privada o policía empresarial que la ley vincula a la defensa de su patrimonio o del de los otros trabajadores de la empresa [...lo cual] aparece, ciertamente, como una excepción al régimen ordinario regulado en los arts. 545 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tanto la persona del trabajador, como sus efectos personales y la taquilla, forman parte de la esfera privada de aquél y quedan fuera del ámbito de ejecución del contrato de trabajo al que se extienden los poderes del art. 20 ET. Por el contrario, las medidas de control sobre los medios informáticos se encuentran, en principio, dentro del ámbito normal de esos poderes: el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario, quien tiene, por tanto, facultades de control de su utilización, las cuales incluyen, lógicamente, su examen. Con el ordenador se ejecuta la prestación de trabajo misma y, en consecuencia, el empresario puede verificar su correcto cumplimiento, lo que no sucede en los supuestos del art. 18 ET”¹⁰⁵.

La asunción de esta perspectiva dual [en la cual el ámbito privado aparece como un reducto inalcanzable para los poderes empresariales, mientras que el ámbito profesional queda a su plena disposición] constituye, sin duda, la razón bajo la cual encuentra justificación que, en su día, fuera aceptada aquella forma de control empresarial, ya

¹⁰³ Entre otras, SSTJS Andalucía/Málaga 25 febrero 2000 (AS 626), Castilla y León/Burgos 11 junio 2003 (AS 2526), Cantabria 26 agosto 2004 (AS 2513), Cataluña 21 septiembre 2004 (AS 2880), Cantabria 20 y 23 febrero 2004 (AS 443 y 444) ó Castilla y León/Burgos 10 mayo 2006 (AS 2007/682).

¹⁰⁴ Por todas, SSTSJ Cataluña 5 julio 2000 (RJ 3452), Madrid 2 diciembre 2002 (RJ 789/2003), Cataluña 6 junio 2003 (RJ 2272) o Castilla y León/Burgos 10 mayo 2006 (AS 2007/682).

¹⁰⁵ Fundamento de Derecho Tercero STS 26 septiembre 2007 (RJ 2007/7514). En igual sentido, STS 8 marzo 2011 (RJ 2011/932).

mencionada, consistente en la audición y grabación de las conversaciones telefónicas desarrolladas por trabajadores de telemarketing telefónico con los clientes, pues la finalidad perseguida por el empresario consistía en “corregir los defectos de técnica comercial, teniendo como objeto único de control la actividad laboral del trabajador y sabiendo los trabajadores que esa línea telefónica la tienen sólo para trabajar y que, por tal razón, puede ser intervenida por la empresa”¹⁰⁶.

Por tanto, el control empresarial de una herramienta de trabajo queda plenamente justificado en la necesidad de coordinar y dirigir la actividad laboral y tratar de evitar eventuales reponsabilidades para la empresa y, en consecuencia, las garantías propias del art. 18 ET no resultan exigibles. De un lado, la ausencia del trabajador es un elemento que por sí mismo no puede considerarse contrario a su dignidad (cuyo respeto impone como requisito ineludible el art. 20.3 ET); de otro, la exigencia de que el registro se practique en el centro de trabajo y en las horas de trabajo sólo tiene sentido en el marco del art. 18 ET por su carácter excepcional; en fin, la exigencia de un representante de los trabajadores o de otro empleado de la empresa tampoco se relaciona con la protección de la intimidad del registrado, sino, más bien, es una garantía de objetividad de la prueba.

Al socaire de estos argumentos, pudiera pensarse que el Tribunal se decanta por la tesis de la sentencia de contraste, mas esta impresión es mera apariencia. Pese a no compartir el razonamiento jurídico, el Alto Tribunal entiende que la solución correcta es la contenida en la sentencia recurrida (entendiendo que la obtención de la prueba supuso un quebranto en la intimidad del trabajador y, por tanto, la prueba era ilícita y la extinción improcedente), aun cuando, para ello, tenga que esgrimir otros argumentos más sutiles y sofisticados, de sumo interés, que se pasa a detallar a continuación.

3.2.- La creación de un espacio de intimidad para el trabajador a partir de la confianza en la legitimidad de un uso razonable

Quizá el aspecto más significativo de la sentencia analizada venga dado por aquel razonamiento conforme al cual se consagra a nivel jurisprudencial cuanto ya la doctrina

¹⁰⁶ STS 5 diciembre 2003 (RJ 313).

había denominado un “uso social”¹⁰⁷ por parte del trabajador de los medios informáticos de la empresa, como consecuencia del cual, el Tribunal Supremo entiende conformado enrededor un espacio de intimidad para el trabajador, cuya invasión supondría una lesión del inespecífico derecho consagrado en el art. 18.1 CE.

En efecto, partiendo de aquella célebre tesis conforme a la cual “el derecho a la intimidad supone la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una mínima calidad de vida”¹⁰⁸, el Tribunal Supremo entiende que, en el supuesto analizado “existe una utilización personalizada y no meramente laboral o profesional del medio informático facilitado por la empresa. Esa utilización personalizada se produce como consecuencia de las dificultades prácticas de establecer una prohibición absoluta del empleo del ordenador (como sucede también con las conversaciones telefónicas de la empresa) y de la generalización de una cierta tolerancia respecto a un uso moderado de dichos medios. Pero, al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que se trata de medios que son propiedad de la empresa y que ésta facilita al trabajador para utilizarlos en el cumplimiento de la prestación laboral, por lo que esa utilización queda dentro del ámbito de vigilancia del empresario del art. 20.3 ET”¹⁰⁹.

Con todo, continúa el alto Tribunal, “esa tolerancia empresarial conforme al uso social crea una expectativa general de confidencialidad de esos usos, expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, pues, aun cuando el trabajador tiene derecho al respeto de su intimidad,

¹⁰⁷ Entre otros varios, CARDENAL CARRO, M.: “Desdramatizando el uso de Internet en el trabajo”, *AS*, núm. 15, 2001, pág. 36; RUANO ALBERTOS, S.: “Facultades de control por medios informáticos”, *cit.*, pág. 26; GARCIA NINET, J.I.: “Sobre el uso y abuso del teléfono, del fax, del ordenador y del correo electrónico de la empresa para fines particulares en lugar y tiempo de trabajo. Datos para una reflexión en torno a las nuevas tecnologías”, *TS*, núm. 127, 2001, págs. 19 y ss. o FERNANDEZ VILLAZON, L.A.: “A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: test de honestidad, telemarketing, registro de terminales y uso --o abuso-- de Internet”, *TS*, núm. 168, 2004, págs. 35 y ss.

¹⁰⁸ “y ese ámbito ha de respetarse también en el marco de las relaciones laborales, en las que resulta factible, en ocasiones, acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador que pueden ser lesivas para su derecho a la intimidad”, SSTCo 209/1988, de 27 de octubre; 197/1991, de 17 de octubre; 99/1994, de 11 de abril; 207/1996, de 16 de diciembre; 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio.

¹⁰⁹ Fundamento de Derecho Segundo STS 26 septiembre 2007 (RJ 2007/7514). En igual sentido, STS 8 marzo 2011 (RJ 2011/932).

no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta. En consecuencia, cuanto debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de la buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios (con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales) e informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de la existencia de controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado una ‘expectativa razonable de intimidad’¹¹⁰.

Cuando no existan tales indicaciones por parte de empresario, queda claro que surge esa expectativa razonable de intimidad, algo particularmente obvio cuando se trata de conversaciones telefónicas privadas o comunicaciones por correo electrónico (ambas con la protección adicional derivada del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones), pero también cuando se trata de archivos personales del trabajador o, como en el presente supuesto, los archivos temporales (copias guardadas automáticamente en el disco duro de los lugares visitados a través de Internet). Se trata “de rastros o huellas de navegación, y no de informaciones de carácter personal, que se puede entender que entran dentro de la protección de la Intimidad, sin perjuicio de lo ya dicho sobre las advertencias de la empresa... y es que estos archivos pueden contener datos extremadamente sensibles en orden a la intimidad¹¹¹, en la medida que pueden contener informaciones reveladoras sobre determinados aspectos de la vida privada (ideología, orientación sexual, aficiones personales, etc)”¹¹².

En consecuencia, la actuación empresarial ha supuesto una intromisión en la esfera íntima del trabajador y, por tanto, la prueba así obtenida no es válida y el despido practicado merece mantener la calificación de improcedente. “Es cierto que la entrada inicial en el ordenador puede justificarse por la existencia de un virus, pero la actuación

¹¹⁰ SS Tribunal Europeo de Derechos Humanos 25 junio 1997 (Caso Halford) y 3 abril 2007 (Caso Copland).

¹¹¹ S. Tribunal Europeo de Derechos Humanos 3 abril 2007 (Caso Copland).

¹¹² Fundamento de Derecho Cuarto STS 26 septiembre 2007 (RJ 2007/7514). En igual sentido, STS 8 marzo 2011 (RJ 2011/932).

empresarial no se detiene en las tareas de reparación, sino que prosiguen en el análisis del ordenador... De esta forma, no cabe entender que se esté en presencia de cuanto en el ámbito penal se califica como un ‘hallazgo casual’¹¹³, pues se ha ido más allá de lo que la entrada regular para la reparación justificaba”¹¹⁴.

La construcción jurídica utilizada por el Tribunal Supremo resulta sumamente ingeniosa y define con bastante nitidez los perfiles del derecho fundamental a la intimidad personal en el marco del desarrollo de la prestación de servicios (aun cuando esta sea una labor que habrá de ser refrendada, en su caso, por el máximo órgano habilitado para ello, cual es el Tribunal Constitucional).

Si, como bien es sabido, tiempo a que los derechos fundamentales entraron definitivamente en la fábrica, desterrando los últimos reductos de “feudalismo industrial”¹¹⁵, nuevas interpretaciones como la presente (ajustadas a la realidad de los tiempos y al sentir social), consolidan las bases necesarias para hablar de una verdadera “ciudadanía laboral”¹¹⁶, en la cual, aún en tiempo y lugar de trabajo [y no ya tan sólo en las zonas de descanso y vestuario], aún utilizando la herramienta laboral propiedad de la empresa, aún con eso (y con todo) queda un espacio de intimidad del trabajador, considerado en cuanto persona, con su expectativa razonable de ver respetado un reducto mínimo de independencia ajeno al control e injerencia empresarial.

Sin duda alguna, es de alabar el esfuerzo de los tribunales por tratar de extender los derechos fundamentales hasta donde sea razonablemente posible en el marco del contrato de trabajo¹¹⁷; con todo, en este caso la intimidad del trabajador se presenta como algo

¹¹³ Entre otras, SSTS, Penal, 20 noviembre y 1 diciembre 2006 (RJ 9187 y 9564).

¹¹⁴ Fundamento de Derecho Quinto STS 26 septiembre 2007 (RJ 2007/7514). En igual sentido, STS 8 marzo 2011 (RJ 2011/932).

¹¹⁵ Las cuales “repugnan al Estado Social y Democrático de Derecho y a los valores superiores a través de los cuales toma forma y se realiza”, STCo 88/1985, de 19 de julio.

¹¹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos Sociales de la Ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid (CES), 1996, págs. 24 y ss. o BAYLOS GRAY, A.: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Madrid (Trotta), 1991, pág. 97.

¹¹⁷ Idea latente y evolutiva ya en los trabajos, clásicos, de VALDES DAL-RE, F.: “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, *RL*, T. I, 1990, págs. 284 y ss.; GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto de la esfera privada del trabajador*, cit., págs. 184 y ss. o FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F.: “Libertad ideológica y

pulsante, capaz de ampliarse o menguar según el previo comportamiento de los sujetos implicados. En efecto, el propio Tribunal reconoce que ese nuevo espacio de intimidad que define en su sentencia puede decaer cuando el empresario haya detallado las instrucciones concretas de uso de la herramienta tecnológica, prohibiendo (total o parcialmente) el uso personal de los recursos de la empresa, pues en tal caso no puede hablarse de una razonable expectativa de intimidad.

En consecuencia, la predeterminación del empresario (la política empresarial fijada en instrumentos internos más o menos formalizados; el “reglamento de empresa” para asuntos informáticos) adquiere una dimensión absolutamente crucial, llegando a ser el elemento decisivo para determinar la licitud o ilicitud del uso particular de la herramienta informática y, también y por añadidura, de la eventual intromisión en el derecho a la intimidad del trabajador¹¹⁸.

En este sentido, quizá no resulte baladí poner de manifiesto cómo, los representantes de los trabajadores, están llamados a jugar --en este como en cualquier otro tema donde haya intereses profesionales de quienes prestan servicios por cuenta ajena-- un papel estelar, no sólo en la fiscalización de la actuación empresarial sino, correlativamente, en la negociación en busca de soluciones autocompositivas¹¹⁹, tareas cuya concreta articulación resultará en cada caso, cuando menos, complicada¹²⁰.

En este sentido es menester considerar cómo, cuando la empresa establece una política adecuada --mediante el establecimiento de un código de conducta o una

prestación de servicios”, *RL*, núm. 7, 1985, págs. 421 y ss. o ORTIZ LALLANA, M^a.C.: “Derechos fundamentales y relación laboral”, cit., págs. 21 y 22.

¹¹⁸ O'BRIEN, C.N.: “The impact of employer e-mail policies on employee rights to engage in concerted activities protected by the National Labor Relations Act”, *Labor Law Journal*, Vol. 53, núm. 2, 2002, págs. 69 y ss.

¹¹⁹ MARTINEZ GARRIDO, L.R.: “Los nuevos sistemas de comunicación electrónica y la representación colectiva de los trabajadores en la empresa”, en AA.VV. (FALGUERA BARO, M., Coord.): *Derecho Colectivo*, Madrid (CGPJ), 2003, págs. 285 y ss. o BAYLOS GRAU, A. y VALDES DE LA VEGA, B.: “El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo”, en AA.VV. (ALARCON CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, págs. 121 y ss.

¹²⁰ GREENE, A.M.; HOGAN, J. y GRIECO, M.: “Commentary e-collectivism and distributed discourse: new opportunities for trade union democracy”, *Industrial Relations Journal*, Vol. 34, núm. 4, 2003, págs. 382 y ss. o FIORITO, J. y BASS, W.: “The use of information technology by national unions: an exploratory analysis”, *Industrial Relations*, Vol. 41, núm. 1, 2002, págs. 34 y ss.

instrucción de régimen interior¹²¹-- que permite al trabajador aquel anhelado “uso social” de su correo, el operario suele responder positivamente sujetándose a esos límites¹²².

Peor clima laboral puede presumirse cuando el empresario se niega en redondo a permitir cualquier uso particular. Desde el punto de vista individual, ha sido expuesto con clarividencia cómo “es poco razonable exigir al trabajador una conducta prácticamente heroica de renunciar a un medio al que se le da acceso de forma tan sencilla”¹²³.

En cualquier caso, y este es un índice jurídico a tener muy presente, cuando la empresa no dice nada al respecto (ni permitiendo, ni prohibiendo), el Tribunal Supremo entiende esta omisión como una concesión tácita que legitima ese uso social de los medios tecnológicos de la empresa y, a partir de tal razonamiento, considerar tolerable un cierto grado de utilización personal del ordenador de la empresa (y probablemente de otros elementos como el teléfono móvil puesto a disposición por la compañía) para fines particulares; la cuestión pasaría, entonces (y esto es algo que sólo podrá ser cabalmente resuelto en cada caso concreto), por determinar cuándo el trabajador realiza un uso y cuando un abuso¹²⁴.

3.3.- Los requisitos implícitos de habilitación al empresario para proceder al registro del ordenador del trabajador

No obstante lo hasta ahora indicado, el Tribunal Supremo entiende que ese espacio de intimidad para el trabajador en el uso de los medios informáticos empresariales puede

¹²¹ COLAS NEILA, E.: “Elementos para la construcción de una teoría general sobre el uso y control del correo electrónico corporativo”, cit., págs. 194 y ss.

¹²² O'BRIEN, C.N.: “The impact of employer e-mail policies on employee rights to engage in concerted activities protected by the National Labor Relations Act”, cit., págs. 69 y ss. o CAMAS RODA, F.: “La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral”, en AA.VV. (ALARCON CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, cit., págs. 172 y 173.

¹²³ CARDENAL CARRO, M.: “Desdramatizando el uso de Internet en el trabajo”, *AS*, núm. 15, 2001, pág. 36 o RUANO ALBERTOS, S.: “Facultades de control por medios informáticos”, cit., pág. 26.

¹²⁴ GARCIA NINET, J.I.: “Sobre el uso y abuso del teléfono, del fax, del ordenador y del correo electrónico de la empresa para fines particulares en lugar y tiempo de trabajo. Datos para una reflexión en torno a las nuevas tecnologías”, *TS*, núm. 127, 2001, págs. 19 y ss. o FERNANDEZ VILLAZON, L.A.: “A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: test de honestidad, telemarketing, registro de terminales y uso --o abuso-- de Internet”, *TS*, núm. 168, 2004, págs. 35 y ss.

ceder cuando el empleador haya sentado especificaciones al respecto. De esta manera, está estableciendo (en una labor quasilegislativa) los requisitos necesarios que permitirían al empresario efectuar lícitamente registros sobre el contenido del ordenador.

Para habilitar tal actuación empresarial, parece necesario que se “hayan establecido previamente las reglas de uso de esos medios (con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales) e informado a los trabajadores de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de la existencia de controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado una ‘expectativa razonable de intimidad’”¹²⁵.

De esta forma, el Tribunal Supremo parece establecer dos obligaciones o requisitos previos (de un lado, dictar las reglas de uso y, de otro, informar de los eventuales medios de control), en un intento claro por evitar fiscalizaciones imprevistas o extemporáneas, revistiendo por tanto a las facultades de control empresarial de un cariz más preventivo (evitar el ilícito laboral) que punitivo (sancionarlo a toda costa).

Las opciones, por tanto, son múltiples: desde luego, si el empresario ha peritido expresamente la utilización personal de los medios de la empresa (quizá dentro de ciertos límites), no resulta de recibo --a tenor de aquel principio general del Derecho que prohíbe *venire contra factum proprium*--, un cambio brusco e intempestivo para sancionar duramente tal conducta sin, al menos, realizar una advertencia previa¹²⁶.

En caso de haber establecido reglas internas al efecto, portadoras de (prohibiciones totales o parciales) y haber advertido a los trabajadores de los cauces a través de los cuales se procederá al registro de sus terminales, parece que la conducta empresarial queda dentro de los márgenes de la legitimidad y, en consecuencia, la prueba obtenida a resultas de dichas actividades de control no resultaría contraria al derecho de intimidad personal y serviría para acreditar el incumplimiento laboral justificante de la procedencia de una eventual medida sancionadora.

¹²⁵ Fundamento de Derecho Cuarto STS 26 septiembre 2007 (RJ 2007/7514). En igual sentido, STS 8 marzo 2011 (RJ 2011/932).

¹²⁶ Planteamiento ya recogido, por ejemplo, en la STSJ Madrid 16 julio 2002 (RJ 3036).

Por último, cuando la empresa omite toda actuación (y no se pronuncie al respecto ni en sentido afirmativo ni negativo), entra en juego ese consagrado derecho a un uso social para fines particulares de los medios tecnológicos de la empresa, creándose una expectativa de intimidad que no puede ser desconocida por la empresa mediante un registro de elementos que, aú siendo de su propiedad, contienen elementos personales de los trabajadores, so pena de lesionar su derecho a la intimidad y, consecuentemente, trocar en ilícita la prueba así obtenida.

Resulta curioso comprobar (comparativamente) cómo, para el Tribunal Supremo (y para algunos pronunciamientos previos de suplicación¹²⁷), la falta de información previa sobre las modalidades de ejercicio de la facultad de control constituye un indicio capaz de permitir la consideración de una intromisión en el derecho a la intimidad de los trabajadores. Por el contrario, en su día, el Tribunal Constitucional consideró que “el hecho de que la instalación del circuito cerrado de televisión no sea previamente puesta en conocimiento del comité de empresa [algo a lo que venía obligada *ex art. 64 ET*] y de los trabajadores afectados, sin duda por el justificado temor de la empresa de que el conocimiento de la existencia del sistema de filmación frustraría la finalidad apetecida [se observa aquí una finalidad claramente punitiva y no preventiva], carece de trascendencia desde la perspectiva constitucional, pues se trata de una cuestión de legalidad ordinaria, ajena por completo al objeto de amparo”¹²⁸.

El máximo intérprete de la Constitución restó importancia, con demasiada ligereza¹²⁹, a la elusión de este requisito procedimental de origen legal¹³⁰ (aceptando, de

¹²⁷ “Sería contrario a la buena fe contractual que debe presidir las relaciones laborales en la empresa el establecimiento subrepticio de mecanismos de supervisión del uso que hacen los trabajadores de los medios informáticos puestos a su disposición por la empresa para el ejercicio de su quehacer laboral, sobre todo si la implantación de tales mecanismos no obedece a una sospecha previa de actuación fraudulenta por parte del trabajador investigado”, SSTSJ Comunidad Valenciana 19 julio 2005 (AS 3205) y Comunidad Valenciana 22 diciembre 2005 (AS 2006/1278).

¹²⁸ STCo 186/2000, de 10 de julio.

¹²⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: *Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales*, cit., pág. 133.

¹³⁰ MONEREO PEREZ, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid (Civitas), 1992, pág. 82 o FERNÁNDEZ VILLAZÓN, F.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, cit., pág. 52.

facto, un descorazonador criterio conforme al cual, en este caso, el fin parece justificar los medios¹³¹), mientras que ahora, el Tribunal Supremo asigna a la previa información a los afectados una importancia crucial a la hora de determinar la eventual lesión de un derecho fundamental.

Habrá que esperar con expectación, se insiste (y si llega el caso), cuanto tenga que decir el legítimo intérprete del contenido de los derechos fundamentales acerca de una obligación de información sobre las modalidades de control empresarial (se supone que directamente derivada del propio contenido del art. 18 del texto constitucional, pues, desde luego, en la Ley no aparece recogida) que el Tribunal Supremo, en una interpretación ingeniosa y ajustada al desenvolvimiento actual de los espacios de intimidad en el seno de la empresa, ha establecido no sin un cierto voluntarismo jurídico.

3.4.- La acreditación de la autoría de los hechos a partir de la prueba tecnológica

El Tribunal Supremo, en una consideración formulada *obiter dicta* pero no carente de interés, indica que “no es obstáculo para la protección de la intimidad el que el ordenador no tuviera clave de acceso y se ubicara en un despacho sin llave, lo cual no supone, por sí mismo, una aceptación por parte del trabajador de un acceso abierto a la información contenida en su ordenador, aunque ello suscite otros problemas en los que en este recurso no cabe entrar sobre la dificultad de atribución de la autoría al demandante”¹³².

En efecto, aun en aquellos supuestos en los cuales la prueba obtenida a partir de un registro empresarial sobre el ordenador del trabajador sea lícita, en muchos casos pueden plantearse dudas razonables acerca de la autoría real de los comportamientos a través de ella detectados, máxime cuando, como ocurría en el caso, el ordenador se encontraba en un despacho sin llave y sin clave de acceso.

Tal situación deja abierta la puerta a una notable indefensión de ser admitida como prueba de cargo irrefutable, pues, de un lado, no se tiene conciencia cierta de quién fue la

¹³¹ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, F.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, cit., pág. 53 o SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Videocámaras y poder de vigilancia”, cit., pág. 76.

¹³² Fundamento de Derecho Cuarto STS 26 septiembre 2007 (RJ 2007/7514). En igual sentido, STS 8 marzo 2011 (RJ 2011/932).

persona que utilizó el ordenador para realizar la conexión¹³³ --a no ser, se insiste, que hubieran sido utilizadas claves personales de acceso-- y, de otro, el acceso a la página extralaboral no permitida bien pudo haberse producido automáticamente --circunstancia frecuente en las navegaciones por Internet-- desde otra utilizada con fines estrictamente profesionales¹³⁴.

En consecuencia, la lógica invita a que el juzgador exija de la empresa una actividad probatoria más amplia, consistente no sólo en mostrar que desde el ordenador del trabajador imputado se produjeron tales usos no permitidos, sino que fue el propio trabajador quien, personalmente, los llevó a efecto.

4.- Conclusiones

A la vista de las consideraciones efectuadas a lo largo del presente artículo, procede elevar las siguientes conclusiones:

1.- La incorporación de las nuevas tecnologías en el ámbito empresarial es una realidad que resulta imparable e inevitable, pues mejora sobremanera el aspecto productivo de las organizaciones. Ahora bien, al tiempo, también amplía en grado sumo los poderes de control del empresario, lo cual hace que deban tratarse de esbozarse las garantías suficientes para que un uso abusivo de la tecnología no pueda llegar a suponer atentados contra los derechos de los trabajadores, fundamentalmente por desconocer su espacio de intimidad personal en el seno de la organización.

2.- En España, el Tribunal Constitucional (garante de los derechos fundamentales) ha considerado que para valorar si una medida de control empresarial es lesiva del derecho fundamental a la intimidad ha de realizarse un juicio de proporcionalidad entre los perjuicios derivados de la medida empresarial adoptada (en forma de sacrificios en la intimidad de los trabajadores) y los beneficios que mediante ella se pretenden conseguir.

¹³³ SSTSJ Madrid 17 octubre 2001 (Jur. 24276) o Cataluña 11 junio 2003 (RJ 2516).

¹³⁴ Así lo entiende la SJS Vigo 29 abril 2001 (RJ 3653), para la cual “olvidando que se trata de ‘realidad virtual’ y pensando en la propia ‘realidad tangible’, un trabajador podría dar explicaciones de por qué al llegar al trabajo leyó los titulares de la prensa, de por qué cuando iba a realizar unas gestiones entró en un determinado comercio, oficina o biblioteca y su conexión o no con el trabajo [pero sólo cuando conozca exactamente la conducta que se le está imputando], mereciendo la consideración de indemnes para la buena fe contractual, por ejemplo, el pararse a mirar una cartelera de cine, saludar a un conocido o tomar un café si ello no ha tenido una negativa repercusión en su rendimiento”.

3.- Por su parte, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido a precisar que el Poder de Control Empresarial no puede ser ejercitado de un modo abusivo o arbitrario, pues el trabajador conserva dentro de la empresa una expectativa de intimidad que no puede ser frustrada. En concreto, el alto tribunal ha censurado duramente el comportamiento de aquéllas empresas que instalan mecanismos de control de forma subrepticia (con la finalidad de pillar *in fraganti* a los trabajadores en un incumplimiento laboral), prefiriendo claramente la política de aquellas organizaciones que, desde un punto de vista preventivo y pedagógico, hacen pública su política de control e informan claramente de ella a los trabajadores.

4.- Apropiaada parece, por tanto y a la luz de los extremos analizados, la senda transitada para tratar de definir los límites de control empresarial a partir de las nuevas tecnologías. Un camino que aún será largo, pero que parece que ha hecho suyas las pautas de un “humanismo tecnológico”¹³⁵ en el cual la informática ha de servir para crear nuevas oportunidades de crecimiento y desarrollo, y no para convertir la vida cotidiana en la materialización de cuanto no hace mucho aún eran consideradas distopías literarias.

5.- Bibliografía

AGUT GARCIA, C.: “Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de la empresa”, *Tribuna Social*, núm. 163, 2004.

CARDENAL CARRO, M.: “Desdramatizando el uso de Internet en el trabajo”, *AS*, núm. 15, 2001.

CARDONA RUBERT, M^a.B.: “Relaciones laborales y tecnologías de la información y de la comunicación”, *Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 9, 2004.

DE VICENTE PACHES, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid (CES), 1998.

FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F.: “Libertad ideológica y prestación de servicios”, *Relaciones Laborales*, núm. 7, 1985.

¹³⁵ Idea presente en el trabajo de DAVARA RODRIGUEZ, M.A.: “El humanismo tecnológico”, *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, 2003, págs. 1 a 4.

GOÑI SEIN, J.L.: *La videovigilancia empresarial y la Protección de Datos Personales*, Madrid (Civitas), 2006.

GOÑIS SEIN, J.L.: *El respeto de la esfera privada del trabajador*, Madrid (Civitas), 1989.

LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales*, Barcelona (Bosch), 1999.

MARTINEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Madrid (CES), 2002.

MERCADER UGUINA, J.: *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Valladolid (Lex Nova), 2002.

PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1990.

SALA FRANCO, T.: “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley-actualidad), 1999.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: *Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales*, Pamplona (Aranzadi), 2002.

TASCÓN LÓPEZ, R.: “El poder de control empresarial en la era tecnológica: visión panorámica de una cuestión inacabada”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 267, 2005.

VALDES DAL-RE, F.: “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, *Relaciones Laborales*, T. I, 1990.

TOPICOS DE DERECHO

DERECHO PÚBLICO, DERECHO PRIVADO SU VÍNCULO CON EL DERECHO INFORMÁTICO

Arturo Labastida Contreras.¹³⁶

Palabras Clave: Derecho Informático, Medios Electrónicos; Contratos Electrónicos, Derecho de Privacidad; Datos Personales.

Uno de los temas que más actualidad ha cobrado en el mundo jurídico contemporáneo, es precisamente la relación que existe entre la administración pública, la administración privada y el derecho informático, al grado que ahora se habla de contratos telemáticos, agenda digital del gobierno, etc., lo cierto es que en los regímenes jurídicos, tanto de la empresa privada, como en el Estado, y el poder público, el derecho informático ha significado una importante herramienta que refleja el impacto de la revolución de los medios electrónicos, como elemento que esta reconfigurando tales entidades.

Es un hecho innegable que en la época del capitalismo contemporáneo, cuyo elemento predominante es la globalización de la economía de mercado y el neoliberalismo como doctrina económica, la ciencia y la tecnología juegan un papel preponderante, lo cierto es que hoy en día, son una autentica palanca de impulso económico, sustentada bajo el principio de *la máxima productividad con el mínimo de costo*, pasando de la mera investigación de la naturaleza a la elaboración de todas las cosas posibles, tal cambio fue viable por el desarrollo de las fuerzas productivas y económicamente por la disponibilidad del capital acumulado, por las ganancias obtenidas por los primeros productos industriales mejorados.,en un ciclo histórico mundial que comenzó a fines del siglo XVIII hasta la fecha. En este contexto las instituciones jurídicas han evolucionado en paralelo, hasta arribar a lo que hoy se conoce como derecho informático. En la actualidad mas que épocas anteriores, podemos percibir la estrecha dependencia, entre el nivel tecnológico de las fuerzas productivas y el orden jurídico, en un proceso de interrelaciones, que bajo una

¹³⁶ Abogado egresado de la UNAM. Catedrático de la UNAM. Asociado en el Bufete Loredó Hill-Alvarez, S.C.

visión integral y totalizadora, permite avizorar la dinámica y reciproca incidencia de ambas instancias de la realidad social; es así aceptable invocar aquel aforismo jurídico que expresa “UBI SOCIETAS, UBI JUS”, es decir donde esta la sociedad esta el derecho.

Tal marco histórico-económico en cuyo seno se genero el derecho informatico, no sería comprensible sin dos conceptos agentes económicos claves y conexos, que son el binomio mercado y empresa privada; originalmente mercado expresaba el lugar al que asistían periódicamente compradores y vendedores para efectuar el intercambio de productos y servicios. En sentido económico se entiende por mercado el conjunto de las demandas y ofertas respecto a las mercaderías. Asimismo, se puede definir el mercado como la relación que se establece entre los oferentes y demandantes de mercancías.

En las ideas anteriores se observan diferentes mecanismos que concurren en la formación del mercado, como bienes y formación de servicios (mercancías): oferta de bienes y servicios, demandas de bienes y servicios, precios de los bienes y servicios. El concepto de mercado permite diversas sistematizaciones, dependiendo ello del área geográfica, de acuerdo con lo que se ofrece, en cuanto al tiempo de formación del precio, de acuerdo con la competencia. 1) *Dependiendo del área geográfica*, pueden ser: locales, regionales, nacionales y mundial. 2) *De acuerdo con lo que se ofrece*, los mercados pueden ser: de mercancías y de servicios. 3) *En cuanto al tiempo y alineación del precio*, los mercados son: de oferta instantánea, de corto plazo y de largo plazo. 4) *De acuerdo con la competencia*, pueden ser de dos tipos; competencia perfecta y competencia imperfecta.

Por otra parte en sentido lato podemos entender a la empresa privada, como el tipo de organización económica formada con capitales privados, que constituyen la unidad productora básica del sistema capitalista y que puede estar formada como una sociedad mercantil. Algunas características de la empresa privada son: a) el capital pertenece a los particulares, quienes lo invierten con la finalidad de obtener ganancias; b) las decisiones económicas las toman los empresarios particulares, en función de sus intereses; c) existe competencia entre las diversas empresas; d) los medios de producción están en manos de particulares; e) se contratan obreros, a quienes se les paga un salario. Desde finales del siglo XVIII hasta la actualidad la empresa privada en el seno del capitalismo mundial, evoluciono hasta llegar a consolidar lo que en el medio económico se conoce como las “Holding” o sociedades de cartera, así como las empresas trasnacionales, simultáneamente

el contrato fue la herramienta jurídica por antonomasia de tales sociedades mercantiles, con las que se consolidó jurídicamente el mismo capitalismo mundial ; al fragor de las operaciones del comercio internacional, la incesante necesidad de *máxima productividad con el mínimo de costo*, detonó una permanente revolución científico tecnológica, que para el día de hoy se tradujo en el advenimiento de las tecnologías de la información, así como su aplicación en el proceso productivo y sus operaciones jurídico-comerciales, bursátiles y financieras.

Como punto de partida debe dilucidarse lo que es una revolución científico-tecnológica en un sentido general, pero en el marco de la cual se genera esta evolución acelerada de los medios electrónicos, teniendo una explicación diáfana en las palabras del jurista mexicano Manuel Ovilla Mandujano, al expresar: “...Hay otros cambios que no pueden llamarse revoluciones, pero que se presentan en la vida contemporánea, nos referimos a la revolución científico-técnica...”¹³⁷

“.....La revolución científico-técnica es un cambio en las ciencias y en las tecnologías. Los virajes espirituales son los que se operan en la conciencia de los hombres por determinado condicionamiento social...”¹³⁸

Una vez aclarado este punto, habrá que plantear el contexto en el que se desarrolla esta relación intrínseca entre esta revolución científico-técnica, que se manifiesta en los medios electrónicos y su relación con el orden jurídico; pudiéndose afirmar que uno de los autores que avisó tal fenómeno en la década de los ochentas, fue Marcos Kaplan, cuando asevera: “.....La ciencia y la técnica afectan al derecho y lo modifican. Por ejemplo, la revolución científica y tecnológica contemporánea y su profunda incidencia en las estructuras y procesos de tipo socioeconómico, cultural-ideológico y político, han impactado y transformado las formas tradicionales del derecho constitucional, administrativo, civil, internacional como se verá en los capítulos siguientes.

¹³⁷ Ovilla Mandujano Manuel, Teoría Política, Copyofset, Tercera Edición, 1992, p. 80.

¹³⁸ Idem.

Por otra parte, a la inversa, el derecho incide en la ciencia y la técnica, de manera indirecta y directa.

La incidencia indirecta puede producirse de diversos modos. En general, el derecho expresa y regula las fuerzas, relaciones y estructuras de tipo socioeconómico, cultural-ideológico y político a partir y dentro de la cuales la ciencia y la técnica surgen, se desarrollan y son utilizadas de manera específica. Aquel provee así el marco formal de la organización social en relación a la cual las actividades políticas y sociales, como las referidas a la ciencia y a la técnica, pueden ser emprendida; crea obligaciones legales que a su vez posibilitarían la acción directa tendiente a producir cambios científicos y técnicos.....»¹³⁹

Por su parte en una visión más contemporánea, y en un sentido estricto respecto de los medios electrónicos, el jurisperito Alejandro Loredó Álvarez, señala: "... El derecho no puede permanecer ajeno al cambio tecnológico, este debe ser capaz de crear mecanismos necesarios para regular adecuadamente las actuales relaciones surgidas de uso de las nuevas tecnologías de la información. Preocupa, como ha quedado planteado, ante la irrupción de la informática en la sociedad y su influencia sobre las relaciones jurídicas, la necesidad elaboración de respuestas adecuadas desde el ámbito del derecho a tal impacto.....»¹⁴⁰

En este punto del análisis, hay que considerar el elemento fundamental, en cuyo marco tuvo existencia histórica el derecho informático, es precisamente la denominada "Lex Mercatoria", de la que Arturo Díaz Bravo de la señala: "... La llamada integración o globalización de la economía, y en especial del comercio, ha impuesto la necesidad de uniformar también las regulaciones internacionales de sus diversas expresiones, en algunos casos mediante tratados estatalmente suscritos, y en otros mediante la voluntariamente vinculativa aceptación, por parte de los comerciantes y demás sectores involucrados en la actividad mercantil, de reglas y compilaciones que, sin tener sanción gubernativa alguna, llegan a investirse de una consuetudinaria aplicación internacional, que la configura como *Lex Mercatoria*.

¹³⁹ Kaplan Marcos, Ciencia, Sociedad y Desarrollo, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie I. Estudios de Derecho Económico, núm. 17, Primera Edición México 1987. p. 148.

¹⁴⁰ Loredó Álvarez Alejandro, Contratos Telemáticos, Su Naturaleza Jurídica, Universidad Iberoamericana, Primera Edición, Puebla México 2006, pp. 6 y 7.

Buenos ejemplos de este singular mecanismo son la normatividad internacional en materia de cartas de créditos y, en el ámbito marítimo, las reglas de York-Amberes....”¹⁴¹

Por otra parte hay que adicionar que la Comisión para el Derecho Mercantil Internacional, adscrita a la ONU, ha jugado un importante papel en el comercio electrónico, asimismo en este contexto se elaboró la ley modelo sobre comercio electrónico, preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) aprobada mediante la resolución 51/162 por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1996. Posteriormente, en 1998, fue agregado el artículo 5° bis relativo a la incorporación por remisión de los mensajes de datos. El objetivo principal de la ley modelo fue confeccionar un marco jurídico seguro que pudiera ser adoptado por los distintos Estados al momento de la adecuación internacional que sirviera para la interpretación de convenios o tratados entre naciones, y cuya principal finalidad fue tratar de fomentar la armonización y unificación del derecho mercantil electrónico internacional. Otro de sus objetivos fue el de conceder un trato equivalente a la información contenida en soporte de papel y digital.

En tal tenor, derecho público y derecho privado, han sufrido el impacto de la revolución de los medios electrónicos, al grado que a su conformación se ha incorporado cual medio instrumental, el derecho informático, producto jurídico de esta globalización de la economía de mercado; como práctica jurídica ha justificado su condición ontopraxiológica, fijando sus propios principios, en el seno de la sociedad de la información; es así una rama del derecho especializada en el tema de la informática, sus usos y aplicaciones en el ámbito jurídico, es decir un conjunto de principios y normas que regulan los efectos jurídicos nacidos de la aplicación de la informática en ese ámbito de derecho. Iniciando tal revolución jurídica tecnológica por medio de los actos jurídicos del comercio electrónico, actividad forjada por parte de la empresa privada contemporánea a nivel nacional e internacional, cabe citar como sinopsis, lo señalado por el Maestro Alejandro Loredó Álvarez “LEX MERCATORIA”, “LEX INFORMATICA”.

¹⁴¹ Díaz Bravo Arturo, Glosario Jurídico Mercantil, IURE EDITORES, México, 2004, p. 60.

Derecho Informático es un conjunto de principios y normas que regulan los efectos jurídicos nacidos de la interrelación entre el Derecho y la informática; se le entiende también como una rama del derecho especializado en el tema de la informática, sus usos, sus aplicaciones y sus implicaciones legales. El término "Derecho Informático" (*Rechtsinformatik*) es autoría del Prof. Dr. Wilhelm Steinmüller, académico de la Universidad de Regensburg de Alemania en la década de los setentas. También se han examinado una serie de términos para el Derecho Informático como Derecho Telemático, Derecho de las Nuevas Tecnologías, Derecho de la Sociedad de la Información, Derecho Cibernético, Derecho Tecnológico, Derecho del Ciberespacio, Derecho de Internet, etc.

Todas las áreas del derecho se han visto afectadas por la aparición de la denominada Sociedad de la Información, incidiendo en los procesos sociales y, por tanto, los procesos políticos y jurídicos. Es aquí donde hace su aparición el Derecho Informático, no tanto como una rama sino como un cambio. Por definición general el derecho debe evolucionar con las necesidades de los seres humanos o con sus nuevas costumbres para regular las nuevas relaciones que de esto surge. Es por ello que surgió el derecho informático, que se entiende como el conjunto de normas objetivas que están destinadas a mediar los actos que nacen a causa del uso de la informática.

Dicho cambio tecnológico ha influido en el orden jurídico, sin embargo hay que precisar que entre otros ámbitos pragmáticos, ello se verifica en las actividades de los sectores público, privado y social, reconocidos en el numeral 25 de la Ley Címera; finalmente en todos esos ámbitos, es indubitable que se administra persiguiendo un objeto jurídico, debiéndose aclarar que en el caso que nos ocupa, solo nos avocaremos al impacto de la revolución de las tecnologías de la información, tanto en el sector público como en el privado, así mismo la manera en la que el derecho informático, se ha constituido en elemento instrumental de tales entidades de la rectoría del desarrollo nacional, haciéndoles más eficientes y eficaces.

Sobre el particular, cabe considerar lo expresado por el jurista mexicano Alfonso Nava Negrete: “.....Antes que nada administración pública es administración, entre administración pública y administración privada no existe una diferencia más que teleológica, pues ambas parten de lo que debe entenderse en principio por administración.

Tanto es administración la administración pública como la administración privada. Luego conviene primero averiguar que es administración.

Por administración entendemos la custodia, el cuidado o la conservación de bienes o intereses ajenos, que se hacen conforme a principios, métodos o técnicas modernas o practicas que procuren tales fines. No ocultamos que puede ser acertado afirmar que se pueden administrar los bienes propios y no sólo los ajenos, pero no con el alcance genérico cuando se habla de las dos administraciones referidas.

En tal sentido, se administra en ambas, administración pública y administración privada. Existen no obstante diferencias entre administrar en una y otra, y podríamos decir, concretamente, que son dos las esenciales.

La administración en la administración pública busca el cuidado, conservación, atención de los bienes públicos y de los intereses colectivos, en cambio, en la administración privada lo que se cuida y se protege son los bienes e intereses individuales. Además, una relevante diferencia es que en la administración pública se administra sin propósitos de lucro; en cambio, en la administración privada existe el móvil permanente de alcanzar un lucro que satisfaga el interes individualista del administrador privado...¹⁴²

Resulta ilustrativo en este contexto, definir lo que es Administración Pública, al efecto Alfonso Nave Negrete asevera: "...Por su índole esencialmente instrumental, la administración pública tiene como único fin o razón de ser el realizar o alcanzar los fines políticos del gobierno. Si gobernar es fijar metas, propósitos o políticas, administrar es disponer los medios para la realización concreta o la conquista de tales objetivos. Luego, la administración pública sirve a los fines del gobierno. Esto se advierte en nuestro sistema de mandato sexenal: las metas o políticas que se trazan al inicio d cada periodo de seis años implican frecuentemente cambios en la administración pública , y estos últimos tienen plena justificación si entendemos que lo que está haciendo el gobierno con ellos es perfeccionar la herramienta que habrá de servirle para lograr sus propios cometidos. De la naturaleza estrictamente instrumental que viste la administración pública, nace la idea

¹⁴² Nava Negrete Alfonso, Derecho Administrativo, UNAM, México 1999. p. 16

de la misma como conjunto de actos y medios jurídicos, económicos, sociales y materiales con vista a la realización de los fines políticos del gobierno...”¹⁴³

Los actos jurídicos desplegados en la administración pública y privada, se regulan por el derecho administrativo y el derecho privado, que desde luego se valen del derecho informático, para la prosecución de sus objetos jurídicos.

Los coautores Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, definen al derecho privado como: “.....Aquella rama del derecho positivo destinada a la regulación de los intereses que merecen la calificación de particulares, individuales o de grupo...”¹⁴⁴

En forma muy elemental podemos afirmar, que la presencia del derecho informático, en el derecho privado mexicano, se manifiesta en el derecho civil y en el derecho mercantil, sin embargo los actos jurídicos realizados en esas áreas del orden jurídico, pueden asumir la forma de contratos telemáticos.

Sobre el particular el jurisperito, Alejandro Loredó Álvarez, manifiesta: “.... Las expresiones contratos electrónicos o telemáticos son sinónimos por referir a la aplicación de las tecnologías de las telecomunicaciones y la informática en el ámbito contractual....”¹⁴⁵

“....No obstante que la doctrina actual reconoce una forma electrónica de consentir mas que un contrato electrónico con naturaleza propia que justifique su denominación, nuestro marco legal vigente admite lo contrario. Da validez a los acuerdos pactados en ese medio, así como otorga plena prueba a los documentos distintos en soporte de papel. Los códigos Civil Federal y el de Comercio, en sus artículos 1811 y 89 bis, respectivamente determinan:

Artículo 1811.- La propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratar con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos. Tratándose de la propuesta y aceptación hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de

¹⁴³ Nava Negrete Alfonso, Derecho Administrativo Mexicano, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 19.

¹⁴⁴ De Pina Rafael, De Pina Vara Rafael, Diccionario de Derecho, Porrúa, p.238.

¹⁴⁵ Loredó Álvarez Alejandro. Op. Cit., p. 14

cualquier otra tecnología nos se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzcan sus efectos, y,

Artículo 89 Bis.- No se negaran efectos jurídicos validez o fuerza obligatoria a cualquier tipo de información por la sola razón de que este contenida en un mensaje de datos...»¹⁴⁶

Según el profesor Rafael Illescas Ortiz son cinco los principios que rigen el derecho informático son: “.....1. Equivalencia funcional de los actos empresariales electrónicos. 2. Neutralidad Tecnológica. 3. Inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados. 4. Buena fe. 5. Libertad contractual mantenida en el nuevo contexto electrónico

Equivalencia funcional de los actos empresariales electrónicos

La equivalencia funcional implica que los actos electrónicos poseen el mismo valor que los actos consignados en papel (no electrónicos), debiendo reconocérseles los mismos efectos jurídicos, validez y fuerza obligatoria y probatoria a ambos. Así queda consignado en los artículos 5, 6.1) y 9.2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, y el artículo 23 de la (LSSI)

Neutralidad Tecnológica

Tal y como establece la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, dicha ley no excluye ninguna técnica de comunicación de su ámbito, debiendo acoger en su régimen toda eventual innovación técnica en este campo y creando los Estados un entorno legal neutro para todo medio técnicamente viable de comunicación comercial. De eso se trata la neutralidad tecnológica, de que la ley regule el sector de la contratación electrónica, independientemente de tecnologías específicas. Si mañana la tecnología cambiase, la ley debe seguir siendo aplicable.

¹⁴⁶ Idem. p. 15

Inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados

Como señala el artículo 23 de la LSSI "Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez" y "*...se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial*". No se trata de la creación de un nuevo derecho; aunque presentan sus particularidades, la característica distintiva de los contratos electrónicos es que se realizan a través de medios electrónicos, pero producen tantos efectos jurídicos como los contratos tradicionales y les son aplicables las mismas normas jurídicas de derecho común que a estos últimos.

Buena fe

En la interpretación de las leyes de contratación electrónica y de los contratos electrónicos, habrá de tenerse en cuenta, entre otras cosas, la observancia de la buena fe.

Libertad contractual mantenida en el nuevo contexto electrónico

En los contratos electrónicos mantiene su vigencia la teoría de la autonomía de la voluntad, de la cual se desprenden los corolarios del consensualismo y de la libertad contractual en la formación de los contratos. Las partes que contratan electrónicamente pueden, en principio, adoptar los contratos que libremente acuerden, con el sólo hecho de dar su consentimiento.¹⁴⁷

Por otra parte, el derecho civil se ve impactado, y es en la esfera de los contratos y firmas electrónicas, que han usado a últimas fechas las empresas en esta nueva época.

¹⁴⁷ Illescas Ortiz, Rafael. Derecho de la Contratación Electrónica. Civitas Ediciones, S. L. Madrid, España 2011. p. 371.

Ahora se puede ver que en internet las personas pueden adquirir bienes y servicios que regulan los contratos informáticos, como en la compra venta de software, documento que prácticamente nadie lee, y que compromete muchas veces al usuario a cláusulas por demás injustas y en extremo ventajosas para el proveedor. El tema de las firmas electrónicas es mucho más delicado, que trata sobre el deslindamiento de responsabilidades a causa del no reconocimiento de la misma en casos especiales por la empresa que la extiende.

Indiscutiblemente que la Iuscibernetica trascendió, casi en paralelo en el ámbito del Estado, el Gobierno y los gobernados. Es inconcuso que el derecho informático y sus principios rectores, han impactado en el campo del derecho administrativo, sobre tal sistema normativo el jurista Rafael I. Martínez Morales, expresa: “..... Cabe indicar las características que la doctrina le han atribuido al derecho administrativo: rama jurídica interna del derecho público, generalmente no codificada, escrita, en evolución y de una enorme extensión y variedad de asuntos.

Concepto restringido y formal.

En él se pretende cuadrar al que resulta insuficiente por omitir algún aspecto regulado dentro del derecho administrativo; este encuadramiento es totalmente subjetivo y lo hacemos únicamente para seguir el programa oficial de 1986 de la facultad de derecho (México).

“El derecho administrativo es el derecho que determina la organización, poderes y deberes de la autoridad administrativa” (Ivor Jennings).

Es el conjunto de reglas que determinan en que condiciones los entes administrativos adquieren derechos e imponen obligaciones a los administradores, mediante la acción de sus agentes en interés de la satisfacción de las necesidades públicas....”¹⁴⁸

Los juristas están de acuerdo en que en la época contemporánea, no obstante el auge de la privatización de sectores de la administración pública, aun prevalece, el fenómeno jurídico denominado publicación del derecho privado, pues de acuerdo con las circunstancias imperantes, aquellas normas que en un momento dado estaban incluidas en

¹⁴⁸ Martínez Morales Rafael I., Diccionarios Jurídicos Temáticos, Volumen 3, Derecho Administrativo, Oxford, Segunda Edición. P. 65.

algún cuerpo legal considerado de derecho privado, han pasado a ocupar un lugar dentro de las del derecho público, conforme se iba acentuando la intervención estatal en determinados aspectos de la vida socioeconómica.

Esta irrupción del estado ha sido origen de múltiples discusiones acerca de la naturaleza jurídica de dichas normas que de forma poco usual y por disposición de la ley, pasan a ser tuteladas por el estado de manera directa.

En nuestro país, existen modelos notables de este fenómeno, como sucede con la legislación mercantil, en virtud del interés del estado por la actividad financiera, las inversiones extranjeras, la protección al consumidor y la minería, como acontece con las regulaciones que norman lo relativo a la ecología.

Para comprender el papel activo del derecho informático, en la administración pública mexicana, debemos partir del hecho que su origen está vinculado, a la protección de los derechos humanos, si bien antes de la reforma de junio de 2011, se le denominaba garantías individuales, tales derechos humanos continúan presentes en la parte dogmática del texto constitucional, significando el conocido principio de equivalencia funcional, una herramienta para hacer efectivos, expeditos y vigentes, diversos derechos fundamentales del gobernado.

Los derechos civiles y políticos son una categoría especial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este plexo normativo, que se incorpora al Derecho Internacional a partir de 1948, incluye además los llamados derechos económicos, sociales y culturales. Desde un punto de vista doctrinario –aunque no normativo– puede decirse que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se integra además con los llamados “derechos de tercera generación” (derecho al desarrollo, a un medio ambiente sano, a la paz), derechos eminentemente colectivos que no tienen por ahora consagración en instrumentos obligatorios, como sí la tienen las dos categorías previamente mencionadas, en tratados multilaterales que gozan de amplia adhesión por la comunidad de naciones.

Los derechos civiles tienden a proteger la existencia, la libertad, la igualdad, la seguridad, la dignidad y la integridad física y moral del ser humano, y comprenden, *grosso modo*, los derechos: a la vida, a no ser sometidos a la esclavitud o servidumbre, a la igualdad ante la ley, de opinar, de expresarse, reunirse y asociarse libremente; a la libre circulación y residencia, a la libertad y seguridad personales, a no ser ilegal ni

arbitrariamente detenido, a un juicio regular, a ser juzgado con las debidas garantías, a no ser sometido a torturas, penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, a la libertad de conciencia y de religión y a no ser objeto de injerencias indebidas en su vida privada, familia, domicilio o correspondencia.

Al ocuparnos del artículo 17 Constitucional, podemos señalar que el derecho de justicia comprende dos aspectos fundamentales: uno, que contempla el principio general y básico conforme al cual toda persona puede acudir libremente a los tribunales de justicia, para hacer valer sus derechos mediante todo género de acciones procesales; y otro referido particularmente a lo que la ley establece con el fin específico de garantizar el respeto efectivo a los derechos humanos que la propia constitución consagra.

En efecto, en este segundo aspecto del derecho de justicia si se contempla un mecanismo de protección específicamente destinado a tutelar a las personas contra actos de autoridad que comporten violación de alguno o algunos de los derechos y libertades que les reconoce el ordenamiento constitucional.

Tal mecanismo de protección figura tanto en la propia constitución, en los artículos 103, fracción I, y 107, como en la legislación secundaria, particularmente en la Ley de Amparo, disposición, mediante la cual se regula este juicio, cual mecanismo de protección, denominado “Amparo”.

La Constitución Federal Mexicana, prevé la posibilidad, en situaciones o casos de emergencia, de suspender los derechos humanos que representan un obstáculo para hacer frente a dichas situaciones.

Tal posibilidad está contemplada en el artículo 29 constitucional, que a la letra expresa:

Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el presidente de los estados unidos mexicanos, de acuerdo con los titulares de las secretarías de estado y la procuraduría general de la república y con la aprobación del congreso de la unión o de la comisión permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por

medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el congreso reunido, este concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocara de inmediato al congreso para que las acuerde. (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 10 de junio de 2011)

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 10 de junio de 2011)

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 10 de junio de 2011)

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedaran sin efecto de forma inmediata. El ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el congreso revoque la restricción o suspensión. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 10 de junio de 2011)

Los decretos expedidos por el ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la suprema corte de justicia de la nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 10 de junio de 2011)

Efectivamente dicha interrupción de los derechos humanos debe ser decidida para aplicación general y de ninguna manera para algún individuo en especial, mediante aprobación del congreso o de su comisión permanente, a solicitud del presidente de la República, previo acuerdo con los secretarios de Estado, jefes de departamento administrativo y procurador general de la república.

Tales derechos, están reconocidos, en el párrafo segundo del 16 de la Constitución General de la República y al efecto expresan:

Artículo 16.-toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 1 de junio de 2009)

La privacidad es un derecho fundamental en la Constitución mexicana; el artículo 16 es el fundamento de la privacidad de la información, establece que el gobierno no puede molestar a un individuo en su persona, familia u hogar sin un mandamiento escrito que describa y fundamente su intromisión; aún más, el artículo 16 establece que las comunicaciones privadas son inviolables y determina que el gobierno sancionará cualquier acto que intente violar su privacidad. Éstos son los fundamentos del reconocimiento de la privacidad como derecho humano y garantía fundamental.

El derecho a la privacidad fue establecido por primera vez en Estados Unidos por la Corte Suprema en el caso *Griswold v. Connecticut*, donde determinó que las enmiendas a la *bill of rights*, al ser interpretadas en su conjunto, conformaban el derecho fundamental a la

privacidad. Este derecho también ha sido interpretado en forma amplia por la Corte: ha sostenido que comprende todas las decisiones íntimas y personales de un individuo, que son primordiales para su dignidad y derecho de autodeterminación. Por su parte, la privacidad es un derecho fundamental en la Constitución mexicana.

El propósito fundamental de la protección al derecho de privacidad es evitar la apertura de información personal al público, lo que podría causar una afectación a los derechos de la personalidad del individuo. Esto significa que el ciudadano es el único dueño de la información relativa a lo que pasa en su vida privada, por ello nadie puede molestarle en su persona, hogar o familia sin que lo autorice previamente o sin que exista un mandato por escrito, firmado por una autoridad competente para ello, en el que describa y fundamente las razones de su intromisión.

Los datos personales, se constituyen por toda aquella información numérica, alfabética, gráfica, acústica o de cualquier otro tipo que permita identificar a una persona física. Por ejemplo: origen étnico o racial, características físicas, morales o emocionales, vida afectiva y familiar, domicilio y teléfono particular, correo electrónico personal, patrimonio, ideología y opiniones políticas, creencias, convicciones religiosas y filosóficas, estado de salud, preferencia sexual, huella digital, ADN, número de seguridad social, entre otros.

Los datos personales son irrenunciables, intransferibles e indelegables, es decir, no se pueden vender, ni regalar; únicamente se pueden transmitir o ceder para que sean utilizados en la realización de algún trámite o servicio.

Los diversos entes públicos a nivel federal y local, solicitan datos a los ciudadanos para la realización de diversos trámites administrativos y judiciales, de ahí que te tengan entre sus archivos información relativa a la vida privada, con la única finalidad de otorgar la atención o servicio que demanda el ciudadano. Sin embargo, no se debe difundir o utilizar esta información sin la previa autorización de la persona, salvo que una ley disponga lo contrario.

Para proteger los datos personales, los entes públicos organizan en archivos, o en bases de datos ya sean físicos o electrónicos, la información que les proporcionan los particulares u otros entes públicos. A estos archivos o bases de datos se les conoce como Sistema de Datos Personales.

Estos sistemas sólo pueden crearse con fines lícitos, es decir solo cuando sean necesarios para cumplir con alguna función o finalidad que este establecida en la leyes y, por lo tanto, no pueden ser utilizados para fines distintos a los que se consideraron cuando estaos datos fueron requeridos. Así los entes públicos deberán de contar con el consentimiento de los particulares para el tratamiento de la información relativa a su persona, y también garantizar que sólo el titular de los datos o el personal autorizado, tenga acceso a ellos. Es fundamental que los sistemas que contienen la información, deben de contar con medidas de seguridad que garantizan la debida confidencialidad de los datos en resguardo.

Como antecedente La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Publica Gubernamental se encuentra apenas en su primera infancia si se le compara con otras legislaciones extranjeras en especial la estadounidense, ya que el Congreso mexicano aprobó la Ley el 11 de junio de 2002 y entró en vigor el 12 de junio de 2003. Como resultado, el gobierno mexicano aún está perfeccionando las tesis jurisprudenciales que interpretan la excepción de datos personales frente a las solicitudes de acceso. A falta de interpretación judicial, se debe examinar, primero, la redacción jurídica y después, indagar en otras fuentes legales como la Constitución, los tratados internacionales y la doctrina jurídica, que pueden ofrecer herramientas importantes para la interpretación de los pronunciamientos que hagan las cortes mexicanas y el IFAI.

Uno de los objetivos enumerados en la LFTAIPG es: "Garantizar la protección de los datos personales en posesión de los sujetos obligados". La Ley busca cumplir este objetivo clasificando los datos personales como una de las excepciones a la información pública que los ciudadanos pueden solicitar al gobierno. La Ley define los datos personales como: La información concerniente a una persona física, identificada o identificable, entre otra, la relativa a su origen étnico o racial, o que este referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva y familiar, domicilio, numero telefónico, patrimonio, ideología y opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, los estados de salud físicos o mentales, las preferencias sexuales, u otras análogas que afecten su intimidad.

Bajo la LFTAIPG, los datos personales son confidenciales y su titular (la persona a la que dichos datos conciernen) debe otorgar su consentimiento previo para que el gobierno pueda divulgarlos, distribuirlos o comercializarlos. Aún más, la información confidencial, como los datos personales, permanece reservada indefinidamente, a menos que su titular exprese por escrito su consentimiento para ser revelada.

Las agencias gubernamentales deben entrenar a su personal en lo concerniente al uso apropiado y entrega de datos personales. Además, deben desarrollar y adoptar políticas que garanticen la seguridad de este tipo de información, para evitar el acceso sin autorización. Sin embargo, las agencias gubernamentales tienen facultades discrecionales para entregar datos personales sin permiso de su titular bajo ciertas circunstancias: la información personal que provenga de fuentes o registros públicos disponibles para los ciudadanos no es confidencial y, por lo tanto, puede ser publicada. Además, la información que sea necesaria para propósitos científicos o estadísticos, la que se transfiera entre agencias gubernamentales o la solicitada por un tribunal, puede ser entregada por el gobierno sin la autorización del individuo. Finalmente, el gobierno puede entregar datos cuando contrata a terceras personas y éstas requieren de dicha información para cumplir con su deber.

La LFTAIPG presenta serias deficiencias en cuanto a la protección de datos personales de la apertura indebida por parte del gobierno. Mientras que la Ley establece la protección de los derechos individuales concernientes a la privacidad, intimidad y acceso a su información personal, las excepciones que establece sobre datos personales dejan esta información sensible, peligrosamente vulnerable a la indagación que, de verificarse, violaría el derecho a la privacidad.

En primer lugar, la Ley considera que la información contenida en registros públicos no es confidencial; sin embargo, no define qué constituye un "registro público"; es decir, promete proteger los datos personales de los individuos, entre los cuales alista el nombre, la dirección y el número telefónico, pero lo cierto es que estos datos tradicionalmente están incluidos en los registros públicos. A pesar de que cierta información sobre los individuos realmente debería ser considerada información pública, el

Congreso mexicano debería modificar las disposiciones de la LFTAIPG para añadir una definición de "registro público", a efecto de facilitar una interpretación que proteja la privacidad de los datos personales.

Este es un asunto de vital importancia en México debido a su historia reciente. Antes de la aprobación de la LFTAIPG, el gobierno vendió la información confidencial de millones de individuos contenida en el Registro Federal de Electores, el listado de licencias de manejo y el Registro Nacional de Vehículos a compañías norteamericanas como *Choice Point*, la cual es una empresa que sirve como mercado en línea para vender la información personal¹a otras compañías y a otras agencias gubernamentales, por ejemplo el Servicio de Inmigración y Naturalización de Estados Unidos. El descontento público se desató cuando *Reforma*, uno de los periódicos más importantes en la ciudad de México, publicó una nota de primera plana detallando estas acciones del gobierno mexicano.

A pesar de que ningún ciudadano ha presentado demandas contra el gobierno, muchos mexicanos creen que es deber de las autoridades responsabilizarse por esta negligencia institucional e indemnizar a los individuos cuya información personal fue vendida. Además, muchos ciudadanos expresan que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos debe investigar el incidente para exigirle al Poder Ejecutivo que las agencias y los funcionarios culpables sean traídos ante la justicia. Esto es especialmente importante para validar la LFTAIPG y demostrar que el gobierno no tolerará el hecho de que las agencias entreguen indebidamente la información confidencial de un individuo.

La Ley también pone en riesgo la información personal al permitir la entrega de datos personales a terceras partes contratadas por el gobierno que necesitan la información para llevar a cabo los servicios contratados, o bien, cuando la entrega para propósitos estadísticos o científicos.

A pesar de que estas disposiciones pueden sonar lógicas, arriesgan los datos personales. La LFTAIPG deja estas excepciones de protección a los datos personales completamente vulnerables y tampoco impone ninguna sanción ni establece consecuencia negativa alguna en caso de que se entreguen indebidamente datos individuales. Es por esto que el Congreso mexicano debe reformar la LFTAIPG para que restrinja estas excepciones

e imponga sanciones penales contra la persona que entregue indebidamente datos personales.

El lenguaje legal de la LFTAIPG define los datos personales y garantiza su protección a cargo del gobierno; sin embargo, las excepciones que presentan estas protecciones son demasiado ambiguas y dejan lagunas que fácilmente permitirían la apertura incorrecta de datos personales.

Con base en lo anterior, podemos afirmar que la Ley no protege los datos personales de manera adecuada y el Congreso debe reformarla para limitar las excepciones e investigar la indebida entrega de información.

Protección constitucional de los datos personales en México Hemos dicho que la LFTAIPG no protege de manera suficiente los datos personales que posee el gobierno, sin embargo, se puede argumentar que esta protección se encuentra prevista por la Constitución mexicana, que reconoce el derecho a la privacidad en su artículo 16. Este último determina que el gobierno no puede molestar a un individuo en su persona, familia u hogar sin una orden que funde y describa la causa legal; sin embargo, aun cuando el artículo 16 establece que las comunicaciones privadas son inviolables y exige que el gobierno sancione cualquier acto que intente violar la privacidad de estas comunicaciones, presenta una excepción: la autoridad federal puede autorizar la intervención de una comunicación privada, siempre que funde y motive las causas legales para la solicitud, así como el tipo de intromisión y su duración, pero no puede acceder a una solicitud de intervención de una comunicación privada, si ésta tiene que ver con información electoral, fiscal, mercantil, laboral o administrativa o si se trata de comunicaciones entre un abogado y su cliente.

Aunque la Constitución protege los derechos de los ciudadanos a la privacidad de sus hogares, de la información y las comunicaciones, deja lagunas sobre la protección de datos personales establecida en la LFTAIPG. Mientras el artículo 16 protege, en lo general, la privacidad de las comunicaciones, no alcanza a extender esta protección al concepto moderno de datos personales; por esta razón, la Constitución debería reformarse para conseguir esta garantía, puesto que extendería la interpretación de las cortes, si éstas determinaran garantizar esta protección con base en ese artículo constitucional.

Por otra parte 5 julio 2010 se expide la Ley Federal de Protección de Datos personales en Posesión de los Particulares, de tal modo que su capítulo primero, relativo a Disposiciones Generales, establece:

Artículo 1.- La presente Ley es de orden público y de observancia general en toda la República y tiene por objeto la protección de los datos personales en posesión de los particulares, con la finalidad de regular su tratamiento legítimo, controlado e informado, a efecto de garantizar la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa de las personas.

Es de medular importancia, considerar lo establecido en el Capítulo Segundo de la ley en comento, intitulado “De los Principios de Protección de Datos Personales”, que en los dispositivos que lo forman, ordena:

De los Principios de Protección de Datos Personales, se puede decir que el:

Artículo 6.- Los responsables en el tratamiento de datos personales, deberán observar los principios de licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad y responsabilidad, previstos en la Ley.

Artículo 7.- Los datos personales deberán recabarse y tratarse de manera lícita conforme a las disposiciones establecidas por esta Ley y demás normatividad aplicable.

La obtención de datos personales no debe hacerse a través de medios engañosos o fraudulentos.

En todo tratamiento de datos personales, se presume que existe la expectativa razonable de privacidad, entendida como la confianza que deposita cualquier persona en otra, respecto de que los datos personales proporcionados entre ellos serán tratados conforme a lo que acordaron las partes en los términos establecidos por esta Ley.

Artículo 8.- Todo tratamiento de datos personales estará sujeto al consentimiento de su titular, salvo las excepciones previstas por la presente Ley.

El consentimiento será expreso cuando la voluntad se manifieste verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos.

Los datos financieros o patrimoniales requerirán el consentimiento expreso de su titular, salvo las excepciones a que se refieren los artículos 10 y 37 de la presente Ley.

El consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento sin que se le atribuyan efectos retroactivos. Para revocar el consentimiento, el responsable deberá, en el aviso de privacidad, establecer los mecanismos y procedimientos para ello.

Artículo 9.- Tratándose de datos personales sensibles, el responsable deberá obtener el consentimiento expreso y por escrito del titular para su tratamiento, a través de su firma autógrafa, firma electrónica, o cualquier mecanismo de autenticación que al efecto se establezca.

No podrán crearse bases de datos que contengan datos personales sensibles, sin que se justifique la creación de las mismas para finalidades legítimas, concretas y acordes con las actividades o fines explícitos que persigue el sujeto regulado

Artículo 10.- No será necesario el consentimiento para el tratamiento de los datos personales cuando:

- I. Esté previsto en una Ley;
- II. Los datos figuren en fuentes de acceso público;
- III. Los datos personales se sometan a un procedimiento previo de disociación;
- IV. Tenga el propósito de cumplir obligaciones derivadas de una relación jurídica entre el titular y el responsable;
- V. Exista una situación de emergencia que potencialmente pueda dañar a un individuo en su persona o en sus bienes;
- VI. Sean indispensables para la atención médica, la prevención, diagnóstico, la prestación de asistencia sanitaria, tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, mientras el titular no esté en condiciones de otorgar el consentimiento, en los términos que establece la Ley General de Salud y demás disposiciones jurídicas aplicables y que dicho tratamiento de datos se realice por una persona sujeta al secreto profesional u obligación equivalente, o
- VII. Se dicte resolución de autoridad competente.

Artículo 11.- El responsable procurará que los datos personales contenidos en las bases de datos sean pertinentes, correctos y actualizados para los fines para los cuales fueron recabados.

Cuando los datos de carácter personal hayan dejado de ser necesarios para el cumplimiento de las finalidades previstas por el aviso de privacidad y las disposiciones legales aplicables, deberán ser cancelados.

El responsable de la base de datos estará obligado a eliminar la información relativa al incumplimiento de obligaciones contractuales, una vez que transcurra un plazo de setenta y dos meses, contado a partir de la fecha calendario en que se presente el mencionado incumplimiento.

Artículo 12.- El tratamiento de datos personales deberá limitarse al cumplimiento de las finalidades previstas en el aviso de privacidad. Si el responsable pretende tratar los datos para un fin distinto que no resulte compatible o análogo a los fines establecidos en aviso de privacidad, se requerirá obtener nuevamente el consentimiento del titular.

Artículo 13.- El tratamiento de datos personales será el que resulte necesario, adecuado y relevante en relación con las finalidades previstas en el aviso de privacidad. En particular para datos personales sensibles, el responsable deberá realizar esfuerzos razonables para limitar el periodo de tratamiento de los mismos a efecto de que sea el mínimo indispensable.

Artículo 14.- El responsable velará por el cumplimiento de los principios de protección de datos personales establecidos por esta Ley, debiendo adoptar las medidas necesarias para su aplicación. Lo anterior aplicará aún y cuando estos datos fueren tratados por un tercero a solicitud del responsable. El responsable deberá tomar las medidas necesarias y suficientes para garantizar que el aviso de privacidad dado a conocer al titular, sea respetado en todo momento por él o por terceros con los que guarde alguna relación jurídica....”

Con la aprobación de una "Ley Federal de Protección de Datos Personales" se garantizaría la protección jurídica de los derechos de las personas —como es el acceso, rectificación, cancelación y oposición de sus datos— ante la potencial agresividad de la informática.

El derecho del ciudadano a preservar el control sobre sus datos personales y la aplicación de las nuevas tecnologías de la información, deben ser el contexto en el cual el legislador puede consagrar el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Los derechos ARCO: Acceso a datos personales, Rectificación, Cancelación y Oposición, en la Ley de Protección a los Datos Personales del Distrito Federal.

Desde 2003 en la Ciudad de México se contaba con una Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Distrito Federal (LTAIPDF), que permitía tener acceso a los documentos e información que generan, poseen o administran los entes públicos. Por lo tanto, las instituciones públicas que tienen datos en sus archivos sobre la persona de cada ciudadano, están obligadas a protegerlos, para que sólo quienes estén autorizados puedan tener acceso a ellos.

De 2003 a mayo de 2008, la LTAIPDF regulaba la protección de datos personales. Sin embargo, para garantizar de una manera más precisa su protección, fue necesaria la creación de una nueva ley especializada en la materia. Esta ley fue publicada el 3 de octubre de 2008 y se le denomina Ley de Protección de Datos Personales para el distrito Federal (LPDPDF).

Esta norma regula cuatro derechos para garantizar la protección de los datos personales, y que sea solo su titular el que decida sobre su uso y destino. Estos derechos son conocidos como derechos ARCO, por las siglas que remiten a cada uno de ellos. Es decir, derechos de:

- a) Acceso a datos personales.
- b) Rectificación.
- c) Cancelación.
- d) Oposición.

El Acceso a datos personales es el derecho que tiene su titular para solicitar y obtener información relacionada con sus datos personales, por ejemplo, para que han sido utilizados, en que se utilizaran en un futuro, como los obtuvieron, a quien y con que fin los han proporcionado.

La Rectificación, es el derecho que tiene el particular de corregir sus datos personales o completarlos cuando sean: Inexactos o exista un error, incompletos, inadecuados.

La rectificación de podrá solicitar siempre y cuando, no se trate de datos que reflejen hechos que formen parte de un procedimiento administrativo o de un proceso judicial, asimismo que no resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados.

La Cancelación es el derecho que tiene el particular de solicitar que sus datos sean suprimidos o eliminados de un Sistema de Datos Personales cuando los mismos no se ajusten a lo dispuesto a la normatividad aplicable. De solicitarse la cancelación de los datos, y estos se requieren para terminar algún trámite o proceso, tales datos serán “bloqueados” para impedir que alguna persona ajena al procedimiento los utilice; una vez concluido el proceso, los datos deberán ser suprimidos.

Habrán supuestos en los que el ente público no podrá autorizar la cancelación de los datos personales, cuando al hacerlo pudiera afectar derechos o intereses de otras personas, y cuando alguna ley contemple la obligación de conservar datos.

La Oposición es el derecho que procede cuando los datos personales, se recolectan sin el consentimiento de su titular. En este caso el ente público está obligado a pedir la autorización del titular de los datos personales, para poder ser utilizado; y si el particular no está de acuerdo con el uso o difusión de esos datos, podrá oponerse, siempre y cuando no contravenga alguna ley debido expresar sus motivos con el debido fundamento legal.

Como podemos ver, los derechos humanos han sido consagrados, en el artículo primero del texto constitucional, estableciéndose en tal Ley Címera, ahora el control convencional de los tratados internacionales de los que México sea parte y que tutelen derechos humanos, son norma suprema de la Unión, en conjunción al control difuso de la Carta Magna, lo cierto es que la Ius cibernetica con sus principios rectores, forjados en el contexto del comercio electrónico, han repercutido ahora a la esfera de la administración pública y los derechos fundamentales, de modo tal que tal institución jurídica, hoy es una herramienta jurídica que al actuar con la velocidad del ciberespacio, produce como no se vio en épocas anteriores, la posibilidad de hacer expeditos tales derechos públicos subjetivos, lo cual abona a una sociedad cada vez más democrática.

Para concluir, se cita el siguiente pensamiento jurídico, del sociólogo estadounidense Roscoe Pound: “Me limito a considerar el derecho como una institución social para satisfacer necesidades sociales—las pretensiones y demandas implícitas en la existencia de la sociedad civilizada—logrando lo más posible con el mínimo sacrificio, en tanto en cuanto pueden ser satisfechas tales necesidades o realizadas tales pretensiones mediante una ordenación de las conducta humana a través de una sociedad políticamente organizada...”¹⁴⁹

Bibliografía:

- De Pina Rafael, De Pina Vara Rafael, Diccionario de Derecho, Porrúa,
- Díaz Bravo Arturo, Glosario Jurídico Mercantil, IURE EDITORES, México, 2004.
- Illescas Ortiz, Rafael. Derecho de la Contratación Electrónica. Civitas Ediciones, S. L. Madrid, España 2011.
- Kaplan Marcos, Ciencia, Sociedad y Desarrollo, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie I. Estudios de Derecho Económico, núm. 17, Primera Edición México 1987.
- Loredó Álvarez Alejandro, Contratos Telemáticos, Su Naturaleza Jurídica, Universidad Iberoamericana, Primera Edición, Puebla México 2006.
- Martínez Morales Rafael I., Diccionarios Jurídicos Temáticos, Volumen 3, Derecho Administrativo, Oxford, Segunda Edición.
- Nava Negrete Alfonso, Derecho Administrativo, UNAM, México 1999.
- Nava Negrete Alfonso, Derecho Administrativo Mexicano, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Ovilla Mandujano Manuel, Teoría Política, Copyofset, Tercera Edición, 1992.
- Rodríguez Prats Juan José, La Política del Derecho en la Crisis del Sistema Mexicano, UNAM, 1986

¹⁴⁹ Rodríguez Prats Juan José, La Política del Derecho en la Crisis del Sistema Mexicano, UNAM, 1986, p. 50.

TEMAS DE DERECHO DE LA EMPRESA

MARCO JURÍDICO PARA EL DESARROLLO DE LAS EMPRESAS EN MÉXICO.

Lucerito Ludmila Flores Salgado¹⁵⁰

Sumario: I. Conceptos Económico – Administrativos de Empresa a la luz de la Globalización. II. Integrantes del Proceso Globalizador. III. La Empresa y la Economía Global. IV. El capital y el trabajo en la era de la producción flexible. V. El Entorno Legal de la Empresa En México. VI. La Empresa y sus elementos. VII. Disolución Liquidación fusión y Transformación de las Sociedades Mercantiles. VIII. La Empresa Familiar ante las perspectivas de desaparecer. IX. Conclusiones. X. Bibliografía

Resumen

Desde fines de la segunda guerra mundial la economía internacional y es en la segunda mitad de los años sesenta cuando se da la transición económica y se establecen las bases para un nuevo escenario mundial, debido a que se termina el auge económico de la posguerra, se desvanecen los principios y acuerdos institucionales sobre los que se estructura el orden económico internacional y pierden vigencia las teorías económicas vigentes hasta ese momento. Hoy en día nos encontramos inmersos en la llamada globalización, la cual según el reporte de 1994 de la UNCTAD es un proceso cualitativo de administración o gobernabilidad de un patrón crecientemente complejo de vinculación a través de las fronteras, en donde las economías se conectan a través de flujos transfronterizos y factores de producción.

Abstrac

¹⁵⁰ Doctora en Derecho con especialidad en Derecho Civil y Mercantil por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Miembro del Padrón Nacional de Investigadores, como Candidata a Investigador Nacional (SNI)., Miembro del Padrón de Investigadores de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla., Profesora Investigadora Titular “B” de Tiempo Completo Definitivo de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla en las Cátedras de Derecho Civil III de Las Obligaciones, Introducción al Estudio del Derecho e Informática Jurídica.

Since the end of World War II the international economy and is in the second half of the 1960s when given the economic transition and laying the foundations for a new global arena, as the post-war economic boom ends, fade, principles and institutional arrangements on which the international economic order is structured and lose force hitherto existing economic theories. Today we find ourselves immersed in the so-called globalization, which according to the report by UNCTAD 1994 is a qualitative process of administration or governance of an increasingly complex pattern of linkages across borders, where economies are connected through cross-border flows and factors of production.

Palabras clave: Derecho de la empresa, la empresa en México, entorno legal de la empresa.

Keywords: corporate law, the company in Mexico, legal environment of the company.

I. Conceptos Económico – Administrativos de Empresa a la luz de la Globalización

Podemos definir a la globalización como “una etapa del proceso de internacionalización de la reproducción del capital, de su ciclo completo y que incluye esferas de la producción, circulación, distribución y consumo. La base de la globalización en las transformaciones tecnoproductivas, que ocurren a partir de los setenta y su eje es la nueva forma de reproducción del capital¹⁵¹ para Zia Qureshi: Globalización: fenómeno de liberación del comercio, mercados de capital, internacionalización de estrategias empresariales, eliminando obstáculos de intercambio internacional de bienes y servicios y se da una movilidad del capital¹⁵². Alejandro Dabat y Miguel Angel Rivera Ríos: globalización: resultado de la internacionalización de la producción ocasionada por el aumento del papel de las empresas multinacionales, división internacional del trabajo, unificación de mercados financieros nacionales e internacionales, etc.

¹⁵¹ SANCHEZ Daza, German. Globalización e innovación. Una aproximación al tema en en Jaime Estay, Alicia Girón y Osvaldo Martínez (coord) La Globalización de la Economía Mundial. Principales dimensiones en el umbral del siglo XXI, Ed. Porrúa, México. 1999. pp 153 – 185.

¹⁵² Baró Herrera, Silvio; *Globalización y relaciones Internacionales*; Aportes: Revista de la Facultad de Economía – BUAP. Año II, N° 5. P. 50.

Germán Sánchez denomina como “tercera revolución científico - tecnológica” que implica el surgimiento de nuevas formas de organización del trabajo, de administración empresarial y de gestión estatal.¹⁵³

II. Integrantes del Proceso Globalizador

La forma de la globalización parte de un proceso histórico de expansión e integración que divide a la sociedad en dos grandes sectores (globalizadores y globalizados) cuyos intereses se contraponen (los globalizadores se expanden, mientras que los globalizados son integrados a esa expansión)¹⁵⁴. Los globalizadores, a lo largo de la historia, se han encargado de crear las condiciones que les permitan imponer sus intereses a los globalizados, y para ello se han valido de diversos medios de control y de dominio con los cuales han logrado desarticular cualquier forma de oposición o resistencia.

Los globalizadores están representados por los empresarios que cada año aparecen en la lista de los “hombres más ricos del mundo” publicada por la revista estadounidense “Forbes”. Ellos son los dueños o los principales accionistas de las grandes empresas que actualmente se están “globalizando”, para convertirse en las empresas mundiales que controlarán la mayor parte de la producción de bienes y servicios en el planeta.¹⁵⁵

III. La Empresa y la Economía Global

Las empresas globales pertenecen, en la mayoría de los casos, a los Estados Unidos de América (E.U.A.) y en menor proporción a las demás naciones que, junto con los E.U.A., conforman al grupo de los siete países más industrializados del mundo (Canadá, Gran Bretaña, Francia, Alemania, Italia y Japón), también conocido como G-7, así como a otras naciones europeas (Suiza, Holanda, Suecia, Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia,

¹⁵³ SANCHEZ Daza, German. Globalización e innovación. Una aproximación al tema en Jaime Estay, Alicia Girón y Osvaldo Martínez (coord) La Globalización de la Economía Mundial. Principales dimensiones en el umbral del siglo XXI, Ed. Porrúa, México. 1999. pp 153 – 185.

¹⁵⁴ <http://www.rebelión.org/>

¹⁵⁵ <http://www.rebelión.org/>

Irlanda, Noruega, Portugal y España), asiáticas (Singapur y Hong Kong), y de Oceanía (Australia y Nueva Zelanda).

Las principales regiones en las que se están expandiendo dichas empresas son : Europa Oriental, Asia, África y América Latina (Argentina, Brasil, Centro América, Chile, Colombia, México, Perú y Venezuela), es decir, en todos aquellos países que han sido considerados por los globalizadores y sus ideólogos como atrasados, subdesarrollados, en vías de desarrollo, del “tercer mundo”, y más recientemente como “economías emergentes”.¹⁵⁶

Con la globalización se han disminuido las barreras para el traslado del capital, por lo que hoy se habla de un mercado abierto, sin fronteras, de aquí que las bases de la globalización son: la internacionalización del capital y el desplazamiento técnico de las empresas. (En América Latina cuando se trata de evaluar lo que la globalización ha hecho es poco el beneficio que ha traído este proceso, sólo el optimismo puede aplicarse a las promesas del futuro y se tiene que seguir asumiendo los costos de transición necesarios para arribar a la economía globalizada, no existe otra opción y si se retrasa será castigada por el mercado, generando desconfianza para los inversionistas de dentro y de fuera y causando fuga de capital)¹⁵⁷

IV. El capital y el trabajo en la era de la producción flexible

La confluencia de trabajo y bienes en un negocio productivo bajo la forma del contrato de sociedad, ha sido una constante en la historia jurídica. La voluntad de ponerle algo en común es precisamente la *affectio societatis* considerada esencial al contrato de sociedad la cual nos e agota en la celebración de este, sino que se prolonga a lo largo de su vida. El comercio mundial se ha visto profundamente impactado por las innovaciones tecnológicas; esto se ha percutido en las relaciones de producción en las formas de organizar y desempeñar las funciones y actividades en los centros de trabajo.

¹⁵⁶ Idem

¹⁵⁷ Stay Reyno, Jaime., El Contexto normativo e Institucional de la Globalización

Las innovaciones tecnológicas y con ellas nuevas formas para organizar el trabajo de las empresas, han dejado atrás al *taylorismo* y *fordismo*. A partir de los 70' en que empieza a generalizarse la idea de flexibilización de trabajo, la lección japonesa se entiende con sus planteamientos y técnicas superando con capítulos nuevos “las técnicas que permitan combatir la holgazanería de los hombres y de las máquinas. Después de los métodos de control estadístico se la calidad he aquí los de la calidad total”

V. El Entorno Legal de la Empresa En México

México ha ingresado al marco de la economía mundial, con la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, lo que significa la especialización e integración productiva en función de patrones de producción de los países desarrollados, por lo que hoy el mercado de trabajo para un profesional de la administración es el sector empresarial. En el sistema capitalista la producción se ordena fundamentalmente a través de “unidades fundamentales llamadas empresas” La empresa se concibe como una organización de factores distintos: “de una parte, actividades, es decir, trabajo, tanto material como intelectual” La expresión factores de producción va unida al sentido económico de empresa. Cualquier hombre de negocios podría definirla, sin vacilar, como el “conjunto de bienes organizados por el comerciante con fines de lucro.

Ahora bien, cuando hablamos de la empresa, viene a nuestra mente al pregunta ¿porqué derecho en la cuestión empresarial?, pues bien si consideramos que el Derecho es la Ciencia que estudia las leyes, preceptos y reglas a las que están sometidos los hombres en su vida social; además de las diferentes aplicaciones de éstas o como el conjunto de normas imperativo atributivas que rigen la conducta exterior de las personas que viven en sociedad, debemos considerar entonces que el Derecho regulará todo tipo de relaciones de las personas.

La empresa constituye una actividad económica organizada por el titular esto es, el empresario, sobre los recursos humanos y materiales que forma la hacienda comercial o fondo de comercio. Esta labor de organización de coordinación del empresario no solo constituye el impulso inicial para que la empresa surja, sino que acompaña a esta durante

existencia, al imprimir con energía la huella e influencia personal del titular por lo que la suerte de la negociación está ligada a las cualidades o las limitaciones del empresario.

Ahora bien, la empresa es una figura de tipo eminentemente económico que ha sido trasplantada al derecho. Se le da el carácter mercantil a la empresa porque constituye una actividad económica organizada por el titular esto es, el empresario, sobre los recursos humanos y materiales que forma la hacienda comercial o fondo de comercio. Esta labor de organización de coordinación del empresario no solo constituye el impulso inicial para que la empresa surja, sino que acompaña a esta durante existencia, al imprimir con energía la huella e influencia personal del titular, por lo que la suerte de la negociación está ligada a las cualidades o las limitaciones del empresario.

Al ser la empresa una persona moral, debemos considerar que el Código Civil para el Estado de Puebla en su artículo 213 establece que “La sociedad civil se constituye mediante un acto jurídico, por el cual se reúnen de manera permanente dos o más personas, para realizar un fin común de carácter preponderantemente económico, lícito y posible y que no constituya una especulación mercantil, mediante aportación de sus bienes o industria, o de ambos, para dividir entre sí el dominio de los bienes y las ganancias y pérdidas”. Las personas jurídicas se crean conforme a las Leyes Federales o la de los demás Estados de la República y adquieren derechos y se obligan por medio de la persona o personas físicas que las representen legalmente (artículo 175 y 176 Código Civil de Puebla).

VI. La Empresa y sus elementos

La empresa es una figura de tipo eminentemente económico que ha sido trasplantada al derecho. La doctrina mercantilista ha pretendido convertirse injustificadamente en monopolizadora de la teoría de la empresa, todavía no ha nacido un verdadero derecho de la empresa y cuando nazca probablemente no será íntegramente derecho mercantil porque abarcará parcelas de diversas disciplinas jurídicas. La palabra empresa deriva del latín *in - prehensa* que significa: “acción ardua y dificultosa; intento o designio de hacer una cosa; casa o sociedad mercantil o industrial fundada para emprender o llevar a cabo proyectos o negocios de

importancia” De ahí se deriva según Gastone Cottino su definición como “la actividad económica ejercitada por los emprendedores”

La organización de elementos personales materiales e inmateriales, destinados a una finalidad específica, prevalece como rasgo esencial de esta figura. La organización social y económica actual tiene su centro de gravedad en las empresas. Los elementos esenciales que podemos considerar de la empresa tenemos:

1. El empresario: Parase haber sido difundido en la lengua inglesa del siglo XVII. El empresario se compromete ha “hacer una cosa” . La revisión del concepto en otros idiomas sirve para mostrar que lo definitorio del empresario “es esa actividad que emprende y en la que se empeña”
2. El ejercicio de una actividad económica: Es una nota distintiva del empresario ya que ésta se define como “la actividad económica para producción o intercambio de bienes y servicios organizada, ejercida profesionalmente” y para obtener un beneficio de la actividad mercantil”.
3. La hacienda: Conjunto de bienes organizados por el empresario para la explotación de la empresa constituye la hacienda. Dichos bienes pueden ser, muebles e inmuebles, materiales e inmateriales. El concepto incluye todo el patrimonio en las sociedades comerciales y el conjunto de bienes de las personas físicas, destinado al ejercicio de una determinada empresa mercantil.

El comerciante individual o persona física para designar el sujeto que realiza esta actividad de intercambio o producción de bienes o servicios para el mercado general. En la época actual predomina el criterio en el sentido de que para adquirir la calidad de comerciante se requiere se titular de una empresa mercantil. La Obligación de los comerciantes según el Código de Comercio son publicar la calidad mercantil y las modificaciones que se adopten, inscribir en el RPC los documentos cuya autenticidad deben hacerse notorios, seguir un orden uniforme y riguroso de cuanta y razón, guardar y conservar la correspondencia relativa a los negocios mercantiles (Artículo 16 Código de Comercio).

Por lo tanto desde el punto de vista jurídico la empresa es una persona moral o jurídica, considerando como tal a toda la unidad orgánica resultante de una colectividad organizada

de personas o de un conjunto de bienes y a los que, para la consecución de un fin social durable y permanente, es reconocida por el Estado una capacidad de derechos patrimoniales.¹⁵⁸

VII. Disolución Liquidación fusión y Transformación de las Sociedades Mercantiles

Por causa de disolución se entiende el fundamento legal o contractual para declarar a una sociedad o por los interesados, en estado de liquidación. Las causas de disolución son hechos que dan paso a la disolución efectiva del vinculo social.

- a) *Disolución Parcial.* Ocurre cuando un socio deja de participar en la sociedad al quedar roto el vinculo jurídico que lo unía con ésta.
- b) *Disolución total* La personalidad jurídica se prolonga hasta que sean liquidados completamente las relaciones sociales.

Disuelta la sociedad se pondrá en liquidación. Los liquidadores serán los representantes legales de la sociedad en liquidación, se realizaran las operaciones jurídicas pendientes con terceros. Es importante señalar que para que las sociedades no se disuelvan existen hoy, alternativas para continuar con la empresa, como lo es la fusión, que consiste en la concentración de empresas que se unen para obtener mayores beneficios y mejores condiciones de producción o de control de mercados es un fenómeno económico propio del desarrollo capitalista. Las sociedades que se fusionan se disuelven para constituir con sus respectivos patrimonios una nueva sociedad. También se habla de la Transformación, cuya base es la modificación de su escritura constitutiva, y así cualquier sociedad puede aportar una forma social diferente de la que originalmente tenía. La transformación permite que subsista la personalidad jurídica de la sociedad es decir; no hay extinción de una persona y creación de otra.

VIII. La Empresa Familiar ante las perspectivas de desaparecer

¹⁵⁸ De Ruggiero, Roberto., Instituciones de Derecho Civil, trad. Ramón Serrano y José Santa Cruz Teijeiro, v. I., p. 433.

Una de las causas del porque del nacimiento del Fideicomiso es porque éste ha tenido una relevancia en la protección del patrimonio familiar, en virtud de que los bienes que se transmiten a la fiduciaria son administrados y destinados por ésta conforme a la voluntad del fideicomitente

El objeto del Fideicomiso como instrumento para la protección del Patrimonio Familiar puede estar constituido por cantidades en efectivo, Inversiones bancarias o bursátiles, pólizas de seguros de vida, de inmuebles, bienes muebles, derechos, herencias, legados, derechos fideicomisarios, etc. Pues bien si dentro de los proyectos individuales de cada persona está el de crecer económicamente y no tiene el recurso necesario para poder emprender un negocio, existen formas legales como el Fideicomiso que le permite iniciar una empresa.

Los fines de los Fideicomisos pueden ser tan variados como lo permitan las partes que intervienen en su elaboración, ya que la ley impone como requisitos la licitud y la determinación, esto es porque la vida diaria y los impulsos económicos de los sectores prioritarios, hace que exista una necesidad de contar con los mecanismos jurídicos flexibles que permita a la ley adecuarse a los cambios sociales, políticos, económicos, financieros y de esta forma el Fideicomiso mantenga su presencia.

IX. Conclusiones

Por lo anteriormente expuesto, debemos enfrentar el reto de transformar el entorno empresarial en el que nos desenvolvemos y para ello hay que considerar las disposiciones legales que son base de toda actividad empresarial en el país y una vez analizadas y comprendidas, estar en plena capacidad de construir soluciones jurídicas adecuadas en donde la empresa participe en la innovación tecnológica, entendiéndose como innovación tecnológica, el proceso sistémico de descubrimiento, desarrollo, mejoramiento, adopción y comercialización de nuevos proceso, productos, procedimientos y estructuras de organización.

X. Bibliografía

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 134^a. ed., Ed. Porrúa, México, 2001.
- De La Fuente Rodríguez, Jesús; Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Tomo I; 4^a. ED. Ed. Porrúa, México 2002.

- Diccionario Jurídico Mexicano; Instituto de Investigaciones Jurídicas; I – O; Universidad Nacional Autónoma de México; 6ª ed., Ed. Porrúa, S.A. México, 1993.
 - Diccionario Enciclopédico University de términos médicos. Inglés Español. Ed. Interamericana 1ª. Edición. México, 1988
 - Díez Pícaso. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. I. Introducción. Teoría del Contrato; Madrid, 1993.
 - Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXV; Ed. Diskill, S.A., Buenos Aires, 1986.
 - Enciclopedia Salvat Editores, S.A. México 1983. Diccionario. Tomo 2.
 - Ferrater Mora, José; Diccionario de filosofía; 19ª. ed., Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid.
 - Floris Margadant S. , Guillermo; El Derecho Romano Privado como introducción a la cultura Jurídica Contemporánea; 10ª ed. Ed. Esfinge, S.A. de C.V., México, 1989.
 - Ortiz Soltero Sergio Monserrit; El Fideicomiso Mexicano; 2ª ed; Ed Porrúa, México, 2001.
 - Rabasa O., Emilio y Caballero Gloria; Mexicano ésta es tu Constitución, México LIII Legislatura, Cámara de Diputados, Ed. Miguel Angel Porrúa, México 1997.
 - Villegas Rojina, Rafael; Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Introducción, personas y familia; 25ª ed. Ed. Porrúa, México, 1993
 - Sánchez Vázquez, Rafael; Metodología de la ciencia del derecho; Ed. Porrúa, México, 1995.
- **LEYES Y CÓDIGOS**
- *-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*; 134ª. ed., Ed. Porrúa, México, 2001.
 - *Código Civil del Distrito Federal*; Ed. Sista, México 2001.
 - *Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla*; Ed. Cajica, Puebla, 2002
 - *Código Penal para el Distrito Federal*; Ed. Porrúa, México, 1993.
 - *Compilación de Leyes Investigación y Automatización Legislativa. Compila V. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Poder Judicial de la Federación. Legislación Federal y del Distrito Federal. 2001.*

- *Ius 2002*. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Jurisprudencia y Tesis Aisladas. Junio 1917 – mayo 2001.

LOS DERECHOS DEL EMPLEADO ANTE EL CONTROL EMPRESARIAL POR MEDIO DEL CORREO ELECTRÓNICO.

Felipe Miguel Carrasco Fernández¹⁵⁹

Sumario: 1.- Metamorfosis del Trabajo y Sociedad Digital. 2 Poder de control de la Empresa. 2.1. El Poder Directivo de la Empresa ante el nuevo escenario. 2.2. Poder disciplinario de la Empresa 3. Los Derechos del Empleado ante el Control Empresarial. 4. Conclusiones. 5 Bibliografía.

Palabras Clave: Tecnologías de Información y Comunicación; Correo Electrónico; Control Empresarial; Globalización; Trabajador; Poder Disciplinario.

1.- Introducción.

La permanente implementación de nuevas tecnologías de información y comunicación en la empresa ha repercutido en los modos de producción y han incidido en la organización del trabajo y su desarrollo. Almacenar información y transmitirla por redes informáticas, es una realidad en el sector privado contribuyendo al desarrollo cotidiano de las funciones del empleado a través de la verificación del uso adecuado del correo electrónico. Esta práctica empresarial ha generado la reflexión en relación a la posible violación de los derechos de privacidad e intimidad del trabajador, por tal motivo es necesario analizar la legislación y las jurisprudencias que ha emitido los tribunales; así

¹⁵⁹ Investigador de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla México (UPAEP). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel II CONACYT-México. Académico de Número de la Academia Mexicana de Derecho del Trabajo y Previsión Social.

como, las posibles soluciones formuladas para concluir si la normativa jurídica laboral está acorde a los requisitos de la sociedad digital o bien es una violación a los derechos del empleado o se encuentra legitimado el derecho de la empresa a verificar el uso del correo electrónico por el empleado.

1.- Metamorfosis del Trabajo y Sociedad Digital.

En las últimas décadas se han producido cambios económicos y tecnológicos que pueden calificarse de trascendentales. Tales cambios tienen una profunda incidencia sobre la realidad del trabajo, que afecta la posibilidad misma de trabajar y las formas concretas en que el trabajo se desarrolla y organiza. Por lo tanto, cuando la mecanización ha sido sustituida por las nuevas tecnológicas de la información y de las comunicaciones, se imponen también formas nuevas de organización del trabajo.

Es importante resaltar que, con la apertura económica y globalización de mercados aunados al desarrollo de las tecnologías de información y comunicaciones en una sociedad postindustrial globalizada, se generan nuevos yacimientos o formas de empleo, así como de organización empresarial, características del trabajo en la sociedad digital.

Por lo tanto, es necesario hacer las adecuaciones o reformas, no únicamente en la forma de pensar y de estar organizados en las empresas, sino también como una necesidad en el ámbito jurídico, tal y como lo expresa Rosa Laguna Quiroz: Un mundo globalizado como el actual, que ofrece mejores y mayores oportunidades para el desarrollo del vínculo jurídico virtual, exige la adecuación de la doctrina moderna a las necesidades y exigencias del avance tecnológico.¹⁶⁰

Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han incrementado el volumen y acelerado los flujos de actividad en cada uno de los posibles niveles de la

¹⁶⁰ LAGUNA QUIROZ, Rosa. El Trabajo en la Era Digital de la Relación Contractual, Alfa-Redi, Revista de Derecho, Numero 78, Enero, 2005, [en línea] <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=986>> [Consulta: 01 febrero, 2007] P. 1.

sociedad. La comprensión del tiempo requiere decisiones y respuestas más rápidas si se quiere seguir siendo competitivo.

El control tradicional y las funciones de coordinación resultan terriblemente lentos e incapaces de responder, en tiempo real, a la velocidad y al volumen de información presente en cualquier organización.

La gran mayoría de los trabajadores se ajustan a una pauta común: la unidad de tiempo-espacio. Así, la tendencia predominante era la de trabajar un determinado tiempo- una jornada de ocho horas-, en un espacio exterior del hogar, la fábrica, el taller, la oficina.

Las nuevas formas de trabajo que la nueva económica y la telemática traen consigo rompen esta unidad. Así las nuevas formas de contratación que se ha difundido durante los últimos años y que han ensombrecido el predominio de la estabilidad en el empleo son el trabajo a tiempo parcial, los contratos temporales, las empresas de trabajo temporal han diversificado enormemente las situaciones de empleo respecto al momento de estabilidad y uniformidad anterior. El predominio del trabajador estable, que se atenía a la definición estándar de empleo, está hoy cuestionado por una infinidad de situaciones de trabajo provocadas por la temporalidad y la flexibilidad: trabajos de brevísima duración, a tiempo parcial, trabajando para diversas empresas a la vez, solo en turnos de fin de semana, etc. La diversidad laboral está sustituyendo a la homogeneidad laboral hasta ahora hegemónica.¹⁶¹

Se han establecido tres periodos que coinciden con las tres grandes revoluciones industriales que Francois Caron ha identificado. La primera de estas revoluciones es la más célebre de las tres, la más estudiada y la que ha dejado imágenes históricamente más evocadoras de la penuria obrera y del trabajo fabril; se trata de la primera revolución industrial y transcurre desde los momentos iniciales de la industrialización, en torno a 1770 hasta 1870.

La segunda es una revolución más discreta y menos conocida hasta ahora, pero de una importancia creciente en el análisis de los historiadores de la tecnología. Abarca un

¹⁶¹ RIFKIN, Jeremy. El Fin del Trabajo. Barcelona: Paidós, 1996. P. 131

amplio periodo entre 1870 y 1973 plagado de dinámicas laborales de gran calado. En cuanto a la tercera podemos adelantar que nos hallamos actualmente en plena oleada de innovación técnica con la aparición de nuevos procesos y productos generados por las tecnologías de la información y la comunicación verdadero epicentro de esta tercera revolución industrial.^{162 (3)}

Jacques Robín, ha señalado cuatro principales sectores interrelacionados de tecnologías informacionales: la informática, la robótica, las telecomunicaciones y las biotecnologías.¹⁶³

Todas estas transformaciones están renovando los conflictos en el mundo laboral, las nuevas estructuras informáticas superan frecuentemente la velocidad de las normativas laborales. Buena prueba de ello son algunas cuestiones que recientemente han forzado a los tribunales a adoptar decisiones polémicas en torno a el uso de los recursos informáticos propiedad de la empresa por parte de los trabajadores, para usos personales; o en la obstaculización empresarial a las actividades sindicales a través de la red de comunicaciones de las empresas, o en las actividades de las nuevas empresas que operan a través de internet, para las que la legalidad vigente se queda pequeña y se crean conflictos en la propiedad intelectual o en otros campos. Algunos autores han señalado el incremento de la capacidad de control y de tele vigilancia sobre los trabajadores que las redes y las nuevas tecnologías permiten.¹⁶⁴

2 Poder de control de la Empresa.

2.1. El Poder Directivo de la Empresa ante el nuevo escenario.

¹⁶² SANTOS ORTEGA, Antonio y POVEDA ROSA, María. Trabajo, Empleo y Cambio Social. España. Tirant Lo Blanch, 2ª. Ed., 2002. P. 77

¹⁶³ Idem. P. 97

¹⁶⁴ Idem. P. 100

Si consideramos que la empresa es una organización en la que confluyen los intereses del capital y del trabajo; es decir, del patrón y de los trabajadores, es necesario analizar cuáles son los derechos que a la par de los derechos de los trabajadores corresponden al patrón o empresa. Por tal motivo podemos decir que ésta última tiene diversos tipos de poderes, que se derivan del contrato o de la relación del trabajo tendientes a la organización del trabajo para la producción, el orden y la disciplina en el centro de trabajo, y para potencializar la productividad y calidad de los bienes o servicios que se generen en la empresa.

Por lo tanto, podemos decir que la empresa tiene diversos poderes, entre los que encontramos el de Dirección; y el ejercicio de este poder tiene como finalidad establecer las normas a través de las cuales se organiza la actividad productiva de la empresa. Algunos autores reconocen que en este poder del empleador existen cuatro concesiones significativas:

a) Determinar la labor que en forma específica deberá desarrollar el trabajador dentro de la empresa; b) Establecer la forma, el lugar y las circunstancias en que el trabajador deberá desarrollar dicha labor; c) Dirigir la inserción de la actividad desarrollada por el trabajador para que ésta se encuentre coordinada con las labores de los demás trabajadores y, d) Adecuar la actividad desplegada por el trabajador, en caso de que existan circunstancias especiales conforme a la ley de la materia.

De lo anterior podemos deducir que el patrón tiene la facultad de dictar órdenes respecto del modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo. Es importante recordar que la característica de subordinación del trabajador a las órdenes del patrón se deriva ya sea de la existencia del contrato de trabajo o de la relación de trabajo existente entre ellos. Y si bien es cierto que el trabajador tiene obligación de obedecer al patrón, también es necesario resaltar que la facultad de mando del empleador tiene limitaciones de acuerdo con la legislación laboral de cada país.

En el caso de México, esa limitación a la facultad de mando deberá ajustarse en la obediencia del trabajador a la orden del patrón con base en el poder directivo, siempre que se relacione con el trabajo contratado. Es decir, para realizar las actividades o funciones

para las cuales fue contratado el trabajador, y dicha ejecución deberá ejecutarse dentro de la jornada de trabajo.

En virtud de lo anterior, podemos decir que la dependencia del trabajador faculta al patrón, tal como lo señala Esteban Ortiz Mena:

La dependencia del trabajador al patrono, le faculta a este para exigir el cumplimiento de órdenes o disposiciones que sin contravenir las normas jurídicas deben ser acatadas en cualquier momento, sobre todo en lo referente al modo, tiempo y cantidad de trabajo que el trabajador debe cumplir son órdenes necesarias para la correcta administración de una empresa.¹⁶⁵

De lo anterior podemos deducir que, debido a la subordinación o dependencia del trabajador hacia el patrón, existe dicho poder de dirección que primordialmente consiste en la facultad de impartir órdenes e instrucciones y la obligación por parte del trabajador de cumplirlas, teniendo como fin realizar los objetivos de la empresa o la actividad productiva de bienes, servicios o distribución e intercambio de éstos.

2.2. Poder disciplinario de la Empresa

Este poder constituye otro más de los poderes de dirección de la empresa, con el objeto de lograr los fines de la misma y garantizar así una adecuada organización del trabajo. Por lo tanto, la empresa, si bien tiene un poder directivo, también posee un poder reglamentario que consiste en establecer las normas por virtud de las cuales se regulará el comportamiento de los trabajadores.

Cuando se habla de los derechos y los deberes de las partes en un contrato de trabajo, normalmente se establece que el poder disciplinario del empresario se caracteriza por ser: a) Un poder con fundamento legal y ejercicio contractual; b) Un poder fiscalizable por los tribunales de justicia y, c) Un poder no regulado, pues el empresario no tiene la

¹⁶⁵ ORTIZ MENA, Esteban. El Reglamento Interno de Trabajo en el Derecho Laboral. [En Línea] <http://www.com/trabajos33/reglamento-trabajo/reglamento-trabajo.shtml#regl> [Consulta: 17 febrero, 2007] P. 1

obligación de sancionar forzosamente, como si la tiene un juez. Si lo desea, puede perdonar la falta y no aplicar la sanción.¹⁶⁶

Como consecuencia de lo anterior podemos decir que el poder disciplinario de la empresa es un acto de auto tutela privada, debiendo entender, por este, el poder que en forma concreta se encuentra reconocido expresamente por la ley. Por lo tanto, dicho poder concreto no es general, sino que la legislación reconoce en el empresario la facultad de reaccionar contra los incumplimientos en que incurre el trabajador.

Por lo tanto, se puede afirmar que el poder disciplinario de la empresa es una facultad que tiene ésta en virtud de la relación de dependencia económica y técnica; es decir, la subordinación en que se encuentra el trabajador.

Es importante resaltar que esta facultad la ejercerá la empresa dentro de los límites y de acuerdo con los requisitos establecidos en la ley aplicable.

El poder disciplinario de la empresa constituye un medio idóneo para conservar el orden y la disciplina laborales y para mejorar la productividad.

En la actualidad existe una dificultad respecto a la configuración conceptual del poder disciplinario; tal y como lo ha establecido María Fernanda Fernández López:

Uno de los puntos que tradicionalmente plantea más problemas a la hora de analizar el poder disciplinario, el más discutible y discutido es, precisamente, el de hallar un anclaje sólido sobre el que basarlo, para comenzar a partir de ahí, la elaboración teórica.¹⁶⁷

Tratando de explicar la conceptualización del poder disciplinario de la empresa, encontramos una gran diversidad de puntos de partida, como la naturaleza contractual que une al trabajador y a la empresa, así como el factor organizativo de ésta. Así pues, existe una gran convicción de que dicho poder disciplinario es una realidad insoslayable,

¹⁶⁶ [En Línea] <www.teletrabajo.com/materialescursos/documentasi> [Consulta: 20 febrero, 2007]

¹⁶⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. El Poder Disciplinario en la Empresa. Madrid. Civitas. 1ª. Edición. 1991. P. 19

justificada por razones organizativas y técnicas. Inclusive, dicho poder disciplinario aparece como una institución sumamente antigua, la cual se trató de justificar en virtud de existir en toda colectividad individuos que ejercen una autoridad sobre el grupo, imponiendo éstos una línea de conducta bajo la amenaza de sanciones.

Otros tratan de explicar la existencia del poder disciplinario como algo inevitable, basándose en un primer momento en el contrato laboral, que a su vez desempeña una función legitimadora de todo el sistema sancionador. Algunos opinan que el fundamento del poder disciplinario no radica en el contrato de trabajo, sino en la relación de éste, en virtud de que el trabajador se obliga a ponerse a disposición de la otra parte y como consecuencia el empresario en el ejercicio de sus poderes

Ordena el trabajo para el logro de un resultado, derivado de ello el trabajador, en virtud del contrato laboral, tiene el deber de obediencia y por ende se encuentra subordinado al patrón, dando origen al fundamento del poder disciplinario de la empresa, con el objeto de lograr la adecuada organización y coordinación de las tareas de trabajo encomendadas al empleado.

En relación a los argumentos de ilegitimidad de este poder empresarial, encontramos que algunos consideran su fundamentación desde la perspectiva constitucional y tratan de establecer que por lo menos se respete la garantía de audiencia del trabajador, para que manifieste lo que a su derecho e interés corresponda.

En toda unidad económica de producción de bienes o servicios, es indispensable que las relaciones entre los trabajadores y el empleador queden especificadas, al igual que la forma de prestar el servicio, esto con el objeto de lograr un adecuado funcionamiento empresarial.

Los nuevos modos de organización del trabajo, si bien distan mucho del clásico taylorismo y a pesar de que el trabajador se desempeñe con una computadora y no con un telar o una máquina de coser (ya que su nexo con la empresa es telemático y no físico), no pueden considerarse menos subordinados en el sentido jurídico del término. De manera que en el teletrabajo el poder de dirección existe., aunque reconocemos que puede percibirse con menor intensidad.

Las conductas que tradicionalmente han venido considerándose infracciones laborales, desaparecen, en tanto que otras aparecen o adquieren mayor relevancia; a modo de ejemplo, podría configurar desobediencia el acceder a lugares prohibidos de las bases informáticas, el acceso a la computadora de otra persona distinta al tele trabajador, etcétera.

3. Los Derechos del Empleado ante el Control Empresarial.

El control empresarial respecto de los derechos del empleado por el uso del correo electrónico encuentra su fundamento en el logro del óptimo funcionamiento de la empresa; significa que quien la organiza y dirige pueda supervisar de un modo objetivo su coordinación y sin que ello tenga vinculación alguna con la persona del tele trabajador, las gestiones que cada uno de los empleados lleven a cabo en debido tiempo y forma.¹⁶⁸

El tema de la privacidad se encuentra íntimamente relacionado con el control y las particularidades del teletrabajo.

La vigilancia se puede realizar a través de cámaras de televisión a control remoto o de cámaras videograbadoras (video vigilancia) la grabación continuada del trabajador en el lugar de trabajo permite supervisar el cumplimiento de la prestación.

En el teletrabajo, la instalación de videocámaras para vigilar el cumplimiento de la prestación no parece justificarse puesto que, estas ofrecen una panorámica que comprende todos los actos del tele trabajador, inclusive los pertenecientes a la intimidad. Agregándose a esta falta de justificación el hecho de que es posible ejercer el control a través de los programas informáticos.

Relacionado con este tópico, debe ponerse especial hincapié en el derecho a la intimidad del teletrabajador, tal y como lo expresa Adriana V. Bottos en el siguiente sentido: Como contrapartida del respeto a la intimidad y de los datos del teletrabajador, existen deberes en cabeza de este. Así, tenemos el deber de secreto, de custodia y conservación no solo de los elementos, sino de la información a la cual el teletrabajador ha

¹⁶⁸ V. BOTTOS, Adriana. Teletrabajo su protección en el Derecho Laboral. Argentina: Cathedra Jurídica, 2008, P. 86

accedido en ocasión o con motivo de su trabajo, el respecto por la propiedad intelectual o de los programas informáticos que le pertenecen a su empleador, y el deber de pertenencia y no concurrencia.¹⁶⁹

En relación al poder reglamentario Julio Grisolia ha dicho: El poder reglamentario consiste en la facultad del empleador de organizar el trabajo- estableciendo obligaciones y prohibiciones propias de la actividad, en un ordenamiento escrito. También puede reglamentar cuestiones referidas a las conductas del personal en el trabajo y fijar las formas adecuadas para llevar a cabo la prestación laboral.¹⁷⁰

A vía de ejemplo en este rubro Adriana Bottos, cita el convenio colectivo de la empresa telefónica en España para el año 2000-2002 en los siguientes términos:

El convenio basa su regulación de estas materias en dos premisas fundamentales: en primer lugar, el legítimo derecho del empresario de controlar el uso adecuado de las herramientas y medios técnicos que pone a disposición del trabajador para realizar su actividad y, por otra parte, debe salvaguardarse el derecho a la intimidad del mismo.

Igualmente no está permitido el envío de cadenas de mensajes electrónicos, la falsificación de mensajes de correo electrónico, el envío de mensajes o imágenes de material ofensivo, inapropiado o con contenidos discriminatorios por razones de género, edad, sexo, discapacidad etc. aquellos que promuevan el acoso sexual, así como la utilización de la red para juegos de azar, sorteos, subastas, descarga de video, audio u otros materiales no relacionados con la actividad profesional.

El convenio detalla igualmente las consecuencias de un uso indebido de los medios de comunicación de la empresa por sus trabajadores. El incumplimiento de estas normas determinara la utilización por la empresa de las restricciones que considere oportuno en la utilización de estos medios y la aplicación del régimen disciplinario, en su caso Esta

¹⁶⁹ Idem. P. 90

¹⁷⁰ GRISOLIA, Julio. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Argentina: Lexis Nexis De Palma, 2003, P. 293.

enumeración de prácticas expresamente prohibidas tiene una utilidad muy significativa para el desarrollo de la relación de trabajo, pues permite modalizar las sanciones en caso de incumplimiento.¹⁷¹

Es importante resaltar los tres proyectos argentinos que han existido en la presente década en relación al uso del correo electrónico; encontrando las siguientes variantes:

- a) El correo electrónico es provisto por el empleador al trabajador.
- b) El correo electrónico es provisto por el empleador pero se conforma con el nombre o identificación del trabajador.
- c) El correo electrónico es provisto por el empleador pero el acceso de contraseña definida solo es conocida por el trabajador.
- d) El correo electrónico es del trabajador de uso personal y lo usa para fines de la empresa.

En los primeros tres incisos la aceptación unánime es que la titularidad corresponde al empleador independientemente de que el nombre y clave de acceso sean del trabajador y por tal motivo se encuentra facultado para acceder y controlar toda la información que circule por dicho correo electrónico laboral, así como prohibir su uso para fines personales; asimismo, la discusión se centra en el último inciso cuando el trabajador utiliza su propio correo para fines de la empresa.

Ante la problemática del uso inadecuado del E-mail laboral, Carlos Toselli se manifiesta en el siguiente sentido: En materia laboral, el correo electrónico entregado o instalado a un trabajador como parte de sus herramientas laborales, en el cumplimiento de su débito laboral, ha suscitado diversos entredichos y también ha requerido pronunciamientos judiciales sobre el supuesto uso abusivo del mismo, lo que nos lleva necesariamente a la verificación del cuál es el mecanismo de control previsto o autorizado por el régimen contractual laboral.

¹⁷¹ V. BOTTOS, Op. Cit. P. 93

La adopción de una línea de razonamiento u otra marcará el límite del conflicto que se desarrollará en el seno de la empresa, que tendrá como paradigmas por un lado el derecho a la intimidad del trabajador y la protección de sus secretos y por otra parte el derecho empresarial a los medios de producción.

Buscando conciliar los reales intereses de ambos, evitando conductas discriminatorias y abusivas, resultando aconsejable que la empresa notifique al empleado la prohibición o limitación de la utilización del correo electrónico para cuestiones particulares y que se reserva la facultad de controlar tal uso por los medios técnicos al alcance y que al implementar tal contralor se deberá evitar molestias o invasiones innecesarias a la intimidad del trabajador.¹⁷²

La recomendación generada es que el empleador deberá notificar fehacientemente al empleado la política de la empresa respecto al acceso y uso del correo electrónico proporcionado por ésta, con la finalidad de salvaguardar sus derechos y estar avisado de que la empresa en términos del poder de control y dirección podrá verificar el uso que realice el trabajador de dicho correo electrónico; así como , deberá tener conocimiento de las consecuencias por el incumplimiento por parte del empleado del uso incorrecto o distinto al autorizado; por lo tanto, dichas condiciones deberá ser comunicadas por escrito a éste al momento de su contratación o al momento de poner a su disposición el servicio de correo electrónico.

Algunos recomiendan la presencia del trabajador en el momento en que el empleador accede a la computadora que está utilizando para evitar suspicacias acerca de la manipulación informática del contenido de la máquina puesta a disposición del trabajador.

Últimamente ha existido la controversia respecto de la posibilidad de violación de los derechos del empleado ante esta potestad de vigilancia y control empresarial en aras del reconocimiento constitucional de derechos fundamentales del empleado como son a la intimidad, a la dignidad, a la propia imagen y al honor; al respecto Rosa María González Del Patto ha expresado, en relación a España lo siguiente: El reconocimiento constitucional

¹⁷² TOSELLI, Carlos. El E-Mail Laboral y los Bancos de Datos Personales, situaciones laborales y las consecuencias penales. [En Línea] http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?Accion=VerArticulo&NombreSeccion=Foro%20de%20Relaciones%20Laborales&aid=29605&pub_id=99 [Consulta: 17 febrero, 2009]

de los derechos fundamentales no ha ido acompañado de una suficiente regulación específicamente laboral de su ejercicio ya que el estatuto de los Trabajadores se ha limitado, sin mayores concreciones, a reconocer el derecho de los trabajadores en la relación laboral al respecto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad (art. 4.2) estatuto de los Trabajadores (ET) y a establecer que las potestades controladoras del empleador han de preservar la dignidad del trabajador. Como contrapunto a esta insuficiencia, la legislación laboral ha afectado un generoso reconocimiento de los poderes directivos empresariales sobre las prestaciones de servicios en la empresa (principalmente en el art. 20 ET), que sin duda son imprescindibles para la buena marcha de la organización productiva y en cuyo ejercicio se recurre cada vez más a las nuevas tecnologías que suponen un reforzamiento de los poderes de control de la empresa.¹⁷³

La cuestión que hay que resolver es si el ejercicio de los poderes empresariales legalmente reconocidos con carácter general, al efectuarse a través de estos medios técnicos legitima la limitación del derecho a la intimidad de los trabajadores o si por el contrario constituye una actuación ilícita por vulneración injustificada del tal derecho.

Es decir, se trata de determinar si las comunicaciones de los asalariados vía e- mail están blindadas o no frente a las capacidades de control del trabajador y de la producción que ostenta el empleador.

Ha de partirse de una premisa que viene siendo acogida por los Tribunales laborales: los medios electrónicos e informáticos de comunicación en cuanto que de titularidad empresarial son herramientas de trabajo vinculadas en principio a fines productivos y al cumplimiento de la prestación laboral por lo que su uso extra productivo y a costa del empresario constituye un abuso de derecho o deslealtad contractual sancionable.

Por ello bastaría la mera información previa a los trabajadores de que existen o se van a establecer controles de uso de los medios informáticos de la empresa para justificar la

¹⁷³ GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa María. Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales en el Derecho del Trabajo Español. [En Línea] <http://www.unsa.edu.pe/escuelas/de/rev_derecho/REVISTA05/art12.pdf> [Consulta: 17 febrero, 2009] P.2

imposición de sanciones a los que hagan un uso irregular o personal del correo electrónico o de la intranet de la empresa.

Por ello si nada se ha pactado en convenio colectivo o contrato de trabajo o orden a prohibir el uso extra productivo del correo electrónico y no se ha informado previamente a los trabajadores de la instalación de controles al respecto, el acceso y vigilancia de su uso deber ser una medida justificada, necesaria para la obtención del fin legítimo previsto y proporcionada para alcanzarlo.

Sin embargo, la ausencia de una concreta y específica regulación de las condiciones de ejercicio de las facultades directivas del empleador en relación con los nuevos sistemas de comunicación y la escasa por no decir nula preocupación por estos aspectos en la negociación colectiva se pueden elegir algunas reglas generales de la imagen casuística detectada al respecto en la doctrina judicial con la utilización extra productiva de otros medios de comunicación (correo ordinario, teléfono, fax) la utilización activa por el trabajador del correo electrónico con fines extra productivos no constituye en sí misma una infracción laboral sino que su ilicitud devendría de ciertas circunstancias concurrentes: su utilización de mala fe, con excesivos costes para l empresa, con perturbación del buen funcionamiento de la red de comunicaciones de la empresa, o con manifiesta afectación negativa en la productividad del trabajador. Dicho en otros términos, es su uso fraudulento o abusivo lo que determina la ilicitud de la conducta del trabajador.¹⁷⁴

Países como Italia y Alemania y otros, han elaborado un Guion para la negociación sobre regulación del correo electrónico e internet en las empresas. Se permite su uso más amplio y flexible para el desempeño de la actividad laboral, se asegura el derecho a su utilización como vía de comunicación sindical y se concretan los supuestos de utilización inapropiada o inadmisibles (envíos masivos de correo, envío de anexos de gran tamaño y envíos que perturben el funcionamiento de la red corporativa) posibilitando la sanción disciplinaria de la utilización inapropiada.

¹⁷⁴ Idem. P. 5

Otra posibilidad es la concepción anglosajona de regular las condiciones de trabajo a través de adoptar en las empresas códigos de conducta que establezcan pautas para la utilización de los medios electrónicos; lo anterior, confirma el poder directivo del empresario y en algunos casos podría generar rechazo por el personal porque no ha sido negociado con la representación sindical.

Algunas de las recomendaciones para el empleador son:

- a) Asesorarse legalmente de cuáles son las implicaciones al implementar la verificación de e-mail laboral.
- b) Establecer de común acuerdo con el sindicato a través del contrato colectivo de trabajo cuales serán los mecanismos para la verificación del correo electrónico del empleado y los términos y condiciones en los cuales se podrá verificar
- c) Advertir a los empleados de las políticas de la empresa en relación al uso del correo electrónico.
- d) Advertir al empleado que la empresa realizará la verificación del correo electrónico proporcionado por ésta.
- e) No realizar registros respecto a archivos personales del empleado, se recomienda contar con su autorización o con la presencia del dirigente sindical.
- f) Monitorear las resoluciones de los tribunales en relación a las causa de uso indebido del e-mail por parte del empleado.

4. Conclusiones.

1.- El empleador tiene la facultad de verificar el uso adecuado del e-mail laboral en términos del poder de control que tiene respecto del empleado en el trabajo.

2.- Los derechos del empleado ante el control empresarial respecto del correo electrónico no representa una violación a la intimidad o privacidad de éste.

3.- La empresa se encuentra facultada para negociar con el sindicato las políticas de uso del correo electrónico proporcionado al empleado.

4.- Existe omisión en la legislación laboral respecto a reglamentar el uso adecuado del correo electrónico proporcionado al empleado.

5.- Se recomienda establecer políticas de uso del e-mail laboral de la empresa así como prevenir al trabajador del derecho del empleador de verificar el uso adecuado del correo electrónico de la empresa.

6.- Existe diversidad de resoluciones judiciales en relación a los límites y el uso indebido del correo electrónico por parte del empleado.

5. Bibliografía.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. El Poder Disciplinario en la Empresa. Madrid. Civitas. 1ª. Edición. 1991
- GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa María. Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales en el Derecho del Trabajo Español. [En Línea] <http://www.unsa.edu.pe/escuelas/de/rev_derecho/REVISTA05/art12.pdf> [Consulta: 17 febrero, 2009]
- GRISOLIA, Julio. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Argentina: Lexis Nexis De Palma, 2003
- LAGUNA QUIROZ, Rosa. El Trabajo en la Era Digital de la Relación Contractual, Alfa-Redi, Revista de Derecho, Numero 78, Enero, 2005, [en línea] <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=986>> [Consulta: 01 febrero, 2007]
- ORTIZ MENA, Estaban. El Reglamento Interno de Trabajo en el Derecho Laboral. [En Línea] <http://www.com/trabajos33/reglamento-trabajo/reglamento-trabajo.shtml#regl> [Consulta: 17 febrero, 2007]
- RIFKIN, Jeremy. El Fin del Trabajo. Barcelona: Paidós, 1996
- SANTOS ORTEGA, Antonio y POVEDA ROSA, María. Trabajo, Empleo y Cambio Social. España. Tirant Lo Blanch, 2ª. Ed., 2002.

- TOSELLI, Carlos. El E-Mail Laboral y los Bancos de Datos Personales, situaciones laborales y las consecuencias penales. [En Línea] http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?Accion=VerArticulo&NombreSeccion=Foro%20de%20Relaciones%20Laborales&aid=29605&pub_id=99 [Consulta: 17 febrero, 2009]
- V. BOTTOS, Adriana. Teletrabajo su protección en el Derecho Laboral. Argentina: Cathedra Jurídica, 2008

EL DELITO DE RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA, UN PELIGRO INMINENTE PARA LOS EMPRESARIOS EN MÉXICO.

Ismael Cortes Moreno¹⁷⁵

Sumario.- 1. Introducción. 2. Concepto de Delito. 3. Elementos del Delito. 3.1. Acción. 3.1.1. Voluntad. 3.1.2. Actividad. 3.1.3. Resultado. 3.1.4. Nexo de Causalidad. 3.2. Omisión. 3.2.1. Simple. 3.2.2 Comisión por Omisión. 3.3. Tipicidad. 3.4. Tipo. 3.5. Antijuricidad. 3.5.1 Materia. 3.5.2 Formal. 3.6. Imputabilidad. 3.7. Culpabilidad. 3.7.1. Dolo. 3.7.2. Culpa. 3.7.3. Preterintención. 4. Sujetos del Delito. 4.1. Sujeto Activo. 4.2. Sujeto Pasivo. 5. Objeto Material y Jurídico del Delito. 6. Iter Criminis. 6.1. Fase Interna. 6.1.1. Ideación. 6.1.2. Deliberación. 6.1.3. Resolución. 6.2. Fase Externa. 6.2.1. Manifestación. 6.2.2. Preparación. 6.2.3. Trascendencia Jurídica (Ejecución). 7. Delito de Recursos de Procedencia Ilícita.

Palabras Calve: Delito; Delito de Recursos de Procedencia Ilícita; Imputabilidad; Dolo; Resolución

1. Introducción.

Hace algunos años cuando surge la idea de la globalización de la economía, y en término genérico de la vida cotidiana; surgen nuevas estructuras dinámicas en el ámbito delincuencia y es así como surge uno de los delitos que pueden afectar el desarrollo de los

¹⁷⁵ Abogado con Maestrías en: I. Procuración e Impartición de Justicia; II. Derecho Penal y Criminología. Catedrático en diversas Universidades. Director General del Jurídico Corporativo ISCOM.

empresarios en México, puesto que el delito de recursos de procedencia ilícita pareciera ser algo que se encuentra alejado de los empresarios mexicanos. Dicho pensamiento resulta del desconocimiento ya sea total o parcial sobre las modalidades, causas y efectos que el referido ilícito puede tener tanto en el patrimonio y en la libertad personal de los referidos empresarios, ya sean éstos grandes, medianos o pequeños.

Este delito en nuestro país se puede volver un problema total en el desarrollo de las empresas mexicanas, puesto que es un enemigo silencioso que se encuentra acechando, esperando el momento adecuado para que cuando algún empresario tenga la necesidad de recursos económicos frescos (que siempre la tiene), es cuando pueden surgir la figura del inversionista que aportaría dichos recursos económicos frescos (capital), para poderse introducir en las empresas mexicanas.

En el presente documento realizaremos el estudio de manera objetiva de lo que es el delito, con la finalidad de conocer su concepto, características, y la forma en que lo contempla la legislación vigente en México; así como de las diversas teorías que existen en relación a esta figura.

2. Concepto De Delito.

Es muy importante conocer el concepto de delito desde diferentes puntos de vista doctrinal emitido por diversos juristas expertos en la materia, así como también como se encuentra definido en nuestra legislación.

Para el tratadista Raúl Carrancá define al delito como la *Infracción a la ley de un Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañosos.*¹⁷⁶

¹⁷⁶ CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Derecho Penitenciario, cárcel y penas en México, Editorial Porrúa, México, 1974.

*Francisco Carrara lo define como el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.*¹⁷⁷

El Código Penal Federal, vigente en toda la República, en su artículo séptimo, describe y da una definición del delito que a la letra dice:

“Artículo 70. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.”¹⁷⁸

De las definiciones anteriormente citadas, la propuesta por el Doctrinario Raúl Carrancá; es la que se puede considerar más acertada para definir al delito; ya que esta engloba todos los elementos que componen al delito, ya que se entiende que es una conducta voluntaria y externa del hombre, que va en contra de las normas penales y que como consecuencia traerá una sanción.

La definición señalada por el maestro Francisco Carrara; también define al delito con todos sus componentes, sólo que es más sencilla la definición del tratadista Raúl Carrancá.

A su vez la definición que da el Código Penal Federal, pareciera que por su sencillez, carece de todos los elementos componentes del delito; pareciera ser muy poco entendible para la mayoría de la ciudadanía.

3. Elementos del Delito.

Es importante conocer y analizar cada uno de los elementos que integran al delito, ya que comprendiendo estos, se entenderá todo aquello que engloba a un delito, y que se necesita para que una conducta pueda ser sancionada como delito.

¹⁷⁷ CARRARA, Francisco, Programa del curso de Derecho Penal, Adiciones de Jiménez de Asúa, Reus, Madrid, 1925.

¹⁷⁸ CÓDIGO PENAL FEDERAL, Artículo 7°.

Varios elementos concurren en el delito. Se habla de presupuestos generales y especiales, datos positivos (aspecto positivo del delito) y datos o circunstancias negativas (aspecto negativo del delito).

Los elementos o componentes del delito, muchos autores coinciden en que son los que a continuación analizaremos.

El elemento prioritario que requiere el delito para existir se puede llamar acción, actividad, hecho o acto.

El primer párrafo del artículo 7º del Código Penal, que proviene del texto original de 1931 recoge una definición del delito, dice que el “delito el acto u omisión que sancionan las leyes penales...” se alude a un comportamiento positivo (acto prohibido) y a una conducta negativa (omisión de un acto debido).

Una corriente doctrinal muy definida prefiere referirse a conducta o hecho. Aquella implica la acción y la omisión, que basta para que haya delito.

Hay diversas clasificaciones del delito en orden a la conducta. Tales como la acción, omisión y la comisión por omisión. Otra clasificación relevante, distingue entre delito instantáneo, permanente o continuo, y continuado.

El delito es “instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos” es “permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo” interrumpidamente sin solución de continuidad y es “continuado” cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo se viola el mismo precepto legal.

También se puede decir que es un comportamiento voluntario que en ocasiones puede tener ante el Derecho Penal, responsabilidad, imprudencia o preterintención.

Esta conducta sólo la adopta el ser humano, por que el es capaz de ubicarse en la hipótesis de constituirse en sujeto activo, aquí se descartan a las personas morales.

La conducta sólo se puede manifestar de dos formas que son: acción y omisión.

3.1. Acción.

Es la facultad para actuar, se da por movimientos o comportamientos, sus elementos son la voluntad, la actividad, el resultado y la relación de causalidad conocida también como nexo causal.

3.1.1. Voluntad.

Es el querer por parte del sujeto activo, de cometer el delito. Es propiamente la intención.

3.1.2. Actividad.

Consiste en el hacer o actuar. Es el hecho positivo o movimiento humano encaminado a producir el ilícito.

3.1.3. Resultado.

Es la consecuencia de la conducta; el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal.

3.1.4 Nexos de causalidad.

Es el ligamento nexo que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho nexo es lo que une a la causa con el efecto, sin el cual este último no puede atribuirse a la causa.

3.2. Omisión.

Es realizar la conducta típica con abstención de actuar, no hacer o dejar de hacer, puede ser simple (propia) o comisión por omisión (impropia).

3.2.1. Simple.

Consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea involuntaria o imprudencial, con lo cual se produce el delito.

“La omisión simple, también conocida como omisión propia, consiste en no hacer lo que se debe de hacer, ya sea voluntaria o imprudencialmente, con lo cual se produce un delito, aunque no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva, por ejemplo, portación de arma prohibida.”¹⁷⁹

3.2.2. Comisión por omisión.

Es un no hacer voluntario imprudencial, cuya abstención produce un resultado material, y se infringe una norma preceptiva y otra prohibitiva.

“La comisión por omisión, también conocida como comisión impropia, es un no hacer voluntario imprudencial, cuya abstención produce un resultado material, y se infringe una norma preceptiva y otra prohibitiva, por ejemplo, abandono de la obligación de alimentar a los hijos, con lo que se causa la muerte de éstos.”¹⁸⁰

De ésta forma la conducta, como se establece en el (art. 7º del Código Penal Federal); es un comportamiento humano voluntario (a veces una conducta humana involuntaria puede tener, ante el derecho penal, responsabilidad imprudencial o preterintencional), activo (acción o hacer positivo), o, negativo (inactividad o no hacer) que produce un resultado.

La acción consiste en actuar o hacer; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales, y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas.

3.3. Tipicidad.

¹⁷⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Edit. Porrúa, 1999. pág. 47.

¹⁸⁰ Idem.

Segundo elemento del delito dentro de la prelación lógica que venimos siguiendo, consistente en la adecuación del comportamiento (la conducta o el hecho) a un tipo penal, esto es, a determinada descripción prevista en la ley penal. La integración del comportamiento en un supuesto de la norma penal deriva del principio de legalidad.

La dogmática penal establece que el tipo – en sentido amplio – contiene presupuestos y elementos objetivos, referencias temporales, espaciales e instrumentales, datos subjetivos y normativos, y precisiones sobre los sujetos pasivo y activo y acerca del objeto.

Esta se encuentra apoyada en el sistema jurídico mexicano por diversos principios:

- No hay delito sin ley.
- No hay delito sin tipo.
- No hay pena sin tipo.
- No hay pena sin delito y
- No hay pena sin ley.

Todos estos principios relacionados con una de las garantías individuales más importantes como lo es la de legalidad.

El aspecto negativo de la tipicidad lo constituye la atipicidad, que es la negación del aspecto positivo y da lugar a la inexistencia del delito.

La ausencia de tipo es la carencia del mismo. Significa que en el ordenamiento legal no existe la descripción típica de una conducta determinada.

Si la ley no define un delito (tipo), nadie podrá ser castigado por ello.

3.4. Tipo.

Es la descripción legal de un delito, o bien, la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva.

El Tipo es el contenido medular de la norma; es la descripción de la conducta prohibida u ordenada, prevista en todo su ámbito situacional por el legislador; es la

previsión legal que individualiza la conducta humana penalmente relevante, es decir, la fórmula legal que individualiza las conductas prohibidas por la Ley Penal (Código Penal Federal).

El tipo es una descripción de una conducta como delictiva, se dice que éste; junto con la tipicidad consagraron el principio fundamental del derecho penal moderno (el *nullum crimen, sine lege*). Tal principio lo vemos en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que entre otras cosas señala:

*"... En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple similitud y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata..."*¹⁸¹

El tipo resulta ser expresado en forma simplista como, descripción legal de una conducta delictuosa; y la tipicidad como el exacto encuadramiento de esa conducta al tipo.

3.5. Antijuricidad.

La antijuricidad o ilicitud significa *contradicción entre el comportamiento y la norma*;¹⁸² es decir, “desvalor” de la conducta frente a la cultura en un medio y época determinados.

Existe, pues, una cultura –con sus componentes éticos- que exigen cierta conducta: la valora como plausible; y rechaza a otra: la califica de “ilícita”, “injusta”, delictiva.

La prevención penal recoge esa contrariedad y la proyecta en la incriminación. La “ilicitud penal” no es la suma de lo ilícito, si no una porción mínima, contra la que es preciso reaccionar con la suprema fuerza de la pena. Recuérdese que el derecho es-sea dicho- el “minimun ético exigible”. El derecho penal es, también, la parte menor –

¹⁸¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edit. Porrúa.

¹⁸² Diccionario Jurídico, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000.

minimun ético y jurídico- del derecho: considera las conductas nucleares para la convivencia.

La ilicitud que no esta recogida en el tipo es penalmente irrelevante. No es posible sancionar una conducta, por injusta o lesiva que se le considere, si no aparece en una figura delictiva.

Hay factores que legitiman un comportamiento penal típico. Son las excluyentes de ilicitud o causas de justificación, que se hayan estipuladas en la ley: como eximentes específicas o como referencias que el tipo contiene: “injustamente”, “ilícitamente”, “indebidamente”, etcétera (por ende no se adecuara la conducta del agente a la figura descrita por la ley cuando aquel se conduzca en forma “justa” o “justificada”, “lícita”, “debida”). En contraste con el rechazo a la punición de conductas diferentes de las previstas legalmente, existe un moviendo favorable a las excluyentes “supralegales” de ilicitud; se busca la justificación más allá de la ley, en la cultura, que es su razón.

La antijuricidad, es lo contrario a derecho. El ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica. Para que sea delictuosa, la conducta ha de ser típica, antijurídica y culpable. La antijuricidad es otro de los elementos esenciales del delito.

*“Se considera un concepto jurídico que supone la comparación entre el acto realizado y lo establecido por la Ley y que denota como ésta dicho anteriormente conducta contraria a Derecho, "Lo que no es Derecho", aunque en realidad la conducta jurídica no está tanto fuera del Derecho, como que éste le asigna una serie de consecuencias jurídicas”.*¹⁸³

De tal forma que para que una conducta se considere delito debe ser antijurídica y estar tipificada como tal dentro de la Ley Penal. Por tradición se ha venido distinguiendo entre la antijuridicidad formal, que es aquella que viola lo señalado por la Ley, y la material, cuando se trata de una conducta antisocial.

¹⁸³ LISZT FRANZ, Von, Tratado de Derecho penal, Edit. Reus, España, 1960.

En realidad una antijuridicidad material sin la antijuridicidad formal no tiene ninguna relevancia para el Derecho. Por otro lado la antijuridicidad material sirve de fundamento para la formal, de tal modo que aquella conducta prohibida por la Ley Penal debe serlo porque protege un bien jurídico (antijuridicidad material).

No toda conducta que lesione o ponga en peligro un bien jurídico es antijurídica, desde una perspectiva formal, en toda conducta antijurídica en el plano concreto debe existir esa lesión opuesta en peligro.

Como se mencionó anteriormente se distinguen dos clases o tipos de antijuridicidad: material y formal:

3.5.1. Material.

Es propiamente lo contrario a derecho, por cuanto hace a la afectación genérica hacia la colectividad. (Conducta antisocial)

3.5.2. Formal.

Es la violación de una norma emanada del Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico.

El aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituyen las causas de justificación, estas causas, anulan el delito, más no la culpabilidad.

La legislación penal mexicana contempla las siguientes causas de justificación particular:

- A) Legítima defensa
- B) Estado de necesidad
- C) Ejercicio de un derecho
- D) Cumplimiento de un deber

E) Obediencia jerárquica.¹⁸⁴

3.6. Imputabilidad.

La imputabilidad penal se examina desde varias perspectivas. Es diversa, igualmente, la ubicación que se le asigna en la integración del delito. Hay quienes entienden que se trata de un presupuesto general: subordinación de la persona a la ley penal.

La imputabilidad es *la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal; implica, salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer un delito.*¹⁸⁵ Por otra parte, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; así, no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable.

Es uno de los pilares de la teoría del delito, en ella se acepta que el sujeto tiene un margen de elección, de decisión, de optar por el respeto a la Ley, o de violarla, y en esa posibilidad radica la Imputabilidad.

Se puede manejar de igual manera éste concepto, "que la Imputabilidad es el conjunto de condiciones psíquicas que requiere la Ley para poner una acción a cargo del agente". Estas condiciones se resumen en el concepto de libertad. Imputabilidad equivale a la libertad.

Puedo decir que en la Imputabilidad, apoyándome en la doctrina y en las Leyes, se exigen dos límites mínimos para su existencia:

¹⁸⁴ Código Penal Federal, Artículos 15.

¹⁸⁵ MACEDO, Miguel, Trabajos de Revisión del Código Penal, Edit. Porrúa, 1991, México.

Un límite físico, es decir, una edad mínima en la que el sujeto al alcanzar determinado desarrollo logra el desarrollo psíquico suficiente para podersele considerar imputable;

Un límite Psíquico, o sea, la capacidad de "entender", considerándola en un plano intelectual o de comprensión, y a la capacidad de "querer" en un plano de voluntad.

De ésta manera en los ordenamientos punitivos es usual encontrar que es imputable, si se alcanza determinada edad; según lo prevea cada Código de cada Estado de la República Mexicana), en el momento que se lleve a cabo la conducta típica, y si además satisface el límite psíquico exigido por la propia Ley.

3.7. Culpabilidad.

Constituye uno de los elementos más complejos dentro del derecho penal.

*La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.*¹⁸⁶

Es uno de los hallazgos fundamentales de la Teoría del Delito.

Lo encontramos en casi la totalidad de las concepciones. Jiménez de Azúa nos dice "De antiguo se castigaba al autor de un delito en consideración al resultado dañoso que había producido.

Se atendía al resultado lesivo, no importaba "la intención". Por esa razón, a esta ancestral concepción de culpabilidad, se le ha denominado "responsabilidad objetiva por el mero resultado", dolo o culpa.

La culpabilidad es el nexo intelectual que liga al sujeto con su acto.

¹⁸⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho penal, Edit. Porrúa, 1998, México.

De acuerdo con los lineamientos de la mayoría de los Códigos Penales de nuestro país; los grados o tipos de culpabilidad son:

3.7.1. Dolo.

Consiste en causar intencionalmente el daño (resultado típico), con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho. (Delito intencional o doloso).

3.7.2. Culpa.

Es cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se produce por imprudencia, falta de cuidado o de precaución. (delito culposo, imprudencial o no intencional)

3.7.3. Preterintención.

Consiste en producir un resultado de mayor gravedad que el deseado.

En ausencia del dolo o culpa no hay culpabilidad, y sin culpabilidad el delito no se integra.

4. Sujetos del Delito.

Son las personas cuyos intereses (uno ilegítimo que arremete al otro) colisionan en la acción delictiva. Pueden ser indeterminados, cuando la ley no requiere una característica específica (*al que*), o determinados, cuando se requiere de una calidad especial para poder cometer el delito (por ejemplo; ser servidor público para poder cometer uno de los delitos cometidos por los servidores públicos)

4.1. Sujeto Activo.

*El sujeto activo, es la persona física que comete o realiza el comportamiento descrito en la ley penal, el que causa la lesión al bien jurídico penalmente protegido al violar la prohibición o mandato contenido en la norma penal.*¹⁸⁷

*O bien, puede ser sólo la persona física, pues una acción que constituye un delito tiene una naturaleza tal, que no puede ser realizada por un ente colectivo (societas delinquere non potest), aunque se ha establecido la posibilidad de aplicar consecuencias jurídicas a éstos, en casos determinados.*¹⁸⁸

En cuestión de delitos; se llama también, ofensor, delincuente, agente o criminal. El sujeto activo será siempre una persona física, independientemente del sexo, edad, nacionalidad y otras características, que realice la conducta típica, la cual puede ser única o plural.

Sólo las personas físicas (sujeto activo), tienen capacidad de conducta o de acción, en sentido penal, concepto natural y real. Y pueden tener capacidad de voluntad para realizar un fin ilícito, que implica el dolo, o en su caso la culpa, y están en aptitud de ejercer los derechos que implican las legitimantes o causas de justificación que derivan de las reglas permisivas que reconoce el propio orden jurídico general.

4.2. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo es la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente; se denomina también víctima u ofendido.

*Castellanos Tena lo define como todo titular de un interés que se ve perjudicado con el delito, pudiendo ser una persona individual o colectiva, y no pueden serlo ni los muertos ni los animales, por no ser titulares de ningún interés.*¹⁸⁹

¹⁸⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Edit. Porrúa, México 1998.

¹⁸⁸ CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal, parte general, Edit. Bosch, Barcelona, 1940.

¹⁸⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Edit. Porrúa, 1998, México, pág. 111.

Por lo general, cualquier persona puede ser sujeto pasivo; sin embargo, dadas las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo (descripción legal de un delito), señala quien puede serlo y en que circunstancias.

5. Objeto Material y Jurídico del Delito.

Según Vaccaro, distingue los presupuestos del delito del hecho, estima que éstos son elementos jurídicos o materiales, y se realizan anteriormente a la ejecución del hecho, cuya existencia se requiere para que el mismo, previsto por la norma, integre un delito, de forma tal que su ausencia quite el carácter punible al hecho.¹⁹⁰

En la doctrina del derecho penal se distinguen dos objetivos, Castellanos Tena los describe:

El objeto material.- Es persona o cosa sobre la que recae directamente el daño, causado por el delito cometido. Lo son cualesquiera de los sujetos pasivos o las cosas animadas o inanimadas.

El objeto jurídico.- Es el interés jurídicamente tutelado por la ley penal mediante la amenaza de sanción. Todo delito tiene un bien jurídicamente protegido. Por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la reputación la propiedad, etc.

6. Iter Criminis

Generalmente cuando se produce el delito, éste tuvo un desarrollo, antes de producirse el resultado típico, ya pasó por varias etapas, su importancia está en la penalidad la cual podrá cambiar o no existir.

¹⁹⁰ VACCARO, M.A., Génesis y Fusión de la Leyes Penales, Edit. Heinrich, Barcelona, 1982.

El iter criminis, se conoce como la vida o recorrido del delito, en donde el sujeto surge con ideas delictuosas, la Ley castiga su intención cuanto ésta se exterioriza de forma objetiva y directa al exterior. Consta de dos fases que son:

6.1. Fase Interna.

Que a su vez se divide en tres etapas y se constituye por el proceso interno que ocurre en la mente del sujeto y son las siguientes: Ideación, Deliberación y Resolución.

6.1.1. Ideación.

Es la primera etapa de la fase interna y se identifica como el origen de la idea criminal, considerada como la concepción intelectual que aflora en la mente del individuo.

6.1.2. Deliberación.

Es la segunda etapa es cuando la idea o ideas surgidas se rechazan o aceptan, el sujeto piensa en ella o ellas de tal modo que concibe y analiza las situaciones favorables o desfavorables (pro y contra) de la idea a realizar, lo puedo considerar como el auto balance de la realización.

6.1.3. Resolución.

Esta se da cuando el sujeto toma la decisión de delinquir, en éste momento afirma su propósito.

En este orden de ideas dicho proceso queda en la esfera del fuero interno del ser humano, ya que no se ha incurrido en ningún delito y existe el principio de que el pensamiento no delinque.

"Nadie puede ser penado por el idear o pensar criminalmente, sino en cuanto actúa". Por lo tanto se requiere de una acción externa para que se pueda sancionar dicha conducta, si ésta, se encuadra en un ilícito.

6.2. Fase externa.

Ésta surge al terminar la Resolución y de la misma forma consta de tres etapas que son: Manifestación, Preparación y Ejecución. Que se divide en cinco: Tentativa, desistimiento, delito imposible, delito putativo (imaginario) y consumación.

6.2.1. Manifestación.

Es cuando se exterioriza el propósito criminal dándolo a conocer a los demás; los pensamientos emergen del interior del sujeto. Hasta aquí no se incursiona en actividad criminal.

6.2.2. Preparación.

Es cuando el individuo busca los medios idóneos y las situaciones propicias para llevar a cabo la conducta criminal, es decir, actos preparatorios que por sí solos pueden no ser antijurídicos y no revelarán la intención delictuosa, a menos que por sí solos constituyan delitos. La preparación del delito no es punible porque los hechos preparatorios son equívocos, no revelan de modo claro y preciso la intención de cometer un delito.

6.2.3. Trascendencia Jurídica (Ejecución).

En ésta última etapa de la Fase Externa, en el supuesto de que las autoridades tuviesen conocimiento del propósito lo más que podrían hacer es extremar la vigilancia para evitar la comisión delictiva, pero mientras no se cometa el ilícito, no se puede castigar al sujeto.

Es importante hacer mención que algunos autores piensan que hay figuras delictivas cuyo tipo se agota con la sola manifestación ideológica, como en el delito de amenazas es donde no se está en simple etapa de manifestación, sino de ejecución, pues el tipo penal se consume al conminar el agente al sujeto pasivo con causarle un mal a él o a alguien con quien éste ligado por algún vínculo, lo que produce en el pasivo una situación de inquietud que nadie tiene derecho a provocar.

En la Ejecución, tercera y última etapa de la fase externa, se debe señalar que dentro de ella se pueden presentar dos situaciones: Tentativa y Consumación.

La Tentativa.- Principio de un delito que no llega a realizarse, se forma por los hechos materiales tendientes a la realización del acto delictuoso, de modo tal que no se produzca, éste grado de ejecución queda incompleto por causas ajenas a la voluntad del individuo, pero denota la voluntad delictiva y se castiga.¹⁹¹

Existe tentativa, cuando usando medios eficaces e idóneos, se ejecutan o exteriorizan total o parcialmente actos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito, o se omiten los que deberían evitarlo, si no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.¹⁹²

La Consumación.- Que es la segunda situación que se encuentra en la Ejecución.- es la producción del resultado típico, y ocurre en el momento preciso de dañar o afectar el bien jurídico tutelado, por decir, en el homicidio, la consumación surge en el instante de causar la muerte, esto es punible.

7. Delito de Recursos de Procedencia Ilícita.

Es así como después de haber realizado este pequeño análisis sobre el delito debemos mencionar que; en nuestro país existe y han existido siempre múltiples y variados problemas a los que se tiene que enfrentar el empresario; es por ello que consideramos importante hacer un pequeño análisis de esta figura jurídica, delictiva denominada **RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA**, con la idea de que en palabras claras y precisas, se pueda tener un conocimiento sobre: ¿Qué es este delito?; ¿Las modalidades que puede tener este delito?; ¿Cómo se sanciona dicho delito?; ¿Qué forma de participación se puede dar en este delito?. Esto con la finalidad de que mientras más conocimiento se tenga sobre dicho ilícito será más fácil prevenirlo, detectarlo y como consecuencia no caer en el; y mucho menos permitir la participación de personas en las empresas; que puedan estar cometiendo dicho ilícito o involucrarnos en lo referido ilícito.

¹⁹¹ CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho penal, Edit. Porrúa, 1998, México.

¹⁹² Código Penal Federal, artículo 12.

Empezaremos por señalar que el delito de Recursos de Procedencia Ilícita, es un delito federal; puesto que se encuentra contemplado en el Código Penal Federal específicamente en el artículo 400 Bis, mismo que a la letra señala:

“Artículo 400 Bis.- Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.

La misma pena se aplicará a los empleados y funcionarios de las instituciones que integran el sistema financiero, que dolosamente presten ayuda o auxilios a otro para la comisión de las conductas previstas en el párrafo anterior, sin perjuicio de los procedimientos y sanciones que correspondan conforme a la legislación financiera vigente.

La pena prevista en el primer párrafo será aumentada en una mitad, cuando la conducta ilícita se cometa por servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos. En este caso, se impondrá a dichos servidores públicos, además, inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

En caso de conductas previstas en este artículo, en las que se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente se requerirá la denuncia previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Cuando dicha Secretaría, en ejercicio de sus facultades de fiscalización, encuentre elementos que permitan presumir la comisión de los delitos referidos en el párrafo anterior, deberá ejercer respecto de los mismos las facultades de comprobación que

le confieren las leyes y, en su caso, denunciar hechos que probablemente puedan constituir dicho ilícito.

Para efectos de este artículo se entiende que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia.

Para los mismos efectos, el sistema financiero se encuentra integrado por las instituciones de crédito, de seguros y de fianzas, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, sociedades de ahorro y préstamo, sociedades financieras de objeto limitado, uniones de crédito, empresas de factoraje financiero, casas de bolsa y otros intermediarios bursátiles, casas de cambio, administradoras de fondos de retiro y cualquier otro intermediario financiero o cambiario.”¹⁹³

A partir de este momento empezaremos analizar dicha figura jurídica delictiva, cabe señalar que se puede cometer el delito de Recursos de Procedencia Ilícita; en dos formas que son:

- 1.- Por sí; o (en forma directa, es decir que lo realice el mismo sujeto)
- 2.- Por interpósita persona; (en forma indirecta, por cuenta ajena, aparentando obrar por cuenta propia).

El referido ilícito consiste en que se realice cualquiera de las siguientes conductas:

A). Se incluye la hipótesis de que: Adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza.

¹⁹³ Código Penal Federal, artículo 400 Bis.

B). Se incluye la hipótesis de que: Ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.

En ambas hipótesis se requiere que se realice la conducta con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita.

Para este tipo de ilícito se entiende que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia.

Se considera que hay conocimiento de su procedencia ilícita; cuando existan los medios para conocer o prever que los recursos, derechos o bienes proceden o representan el producto de actividad ilícita o de acto de participación en ella, basándose en las circunstancias del bien, de la operación o de los sujetos involucrados y elementos objetivos acreditables en el caso concreto, y no los agota pudiendo hacerlo.

Así como también mediante cualquier acto, ocasione que una persona omita presentar alguno de los reportes a que se refieren diversos ordenamientos legales.

Asimismo, se realicen actos u operaciones a nombre de un tercero, sin el consentimiento de éste o sin título jurídico que lo justifique.

De él referido análisis de este delito de Recursos de Procedencia Ilícita, nos podemos dar cuenta que si no conocemos esta conducta ilícita; el empresario puede ser fácilmente presa de individuos que lo puedan involucrar en dicho ilícito trayendo como consecuencia que sea un enemigo silencioso del desarrollo de las empresas en nuestro país.

Bibliografía.

Castellanos, Tena, Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal; Editorial Porrúa, 1998.

Floris; Margadant; Guillermo; Introducción a la Historia del Derecho Mexicano; Esfinge 1997.

Jakobs Gunther; Nociones Elementales de Derecho Penal; Prince Hall, 1993.

Kant; Crítica a la Razón Práctica, Porrúa.

Macedo, Miguel, Tratado de Revisión del Código Penal; Editorial Porrúa 1991.

Perez Daza, Alfonso, Derecho Penal; UNAM 2000.

Legislación Consultada

Código Penal Federal Vigente; para los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política Vigente para los Estados Unidos Mexicanos.

Diccionarios

Diccionario Jurídico; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM;
UNAM 2000.

EL ENVEJECIMIENTO DEMOGRAFICO Y EL SISTEMA DE PENSIONES EN MÉXICO.

Héctor Alfredo Ramírez Cárdenas¹⁹⁴

Sumario: 1.-Introducción; 2.- El envejecimiento demográfico; 3.-La transición demográfica en México; 4.-Los retos del envejecimiento demográfico; 5.- Inviabilidad financiera del sistema de pensiones.

Palabras Clave: Envejecimiento poblacional; Crecimiento Demográfico; Población Económicamente Activa; Seguridad Social; Sistema de Pensiones.

1.-Introducción.

En nuestro país, como en otros muchos lugares del orbe, el envejecimiento poblacional se esta convirtiendo en uno de los problemas demográficos mas importantes, y en algunos casos más preocupantes, y es que las sociedades envejecidas o en proceso de serlo, están apareciendo prácticamente en todos los continentes de la tierra, y la escala, características y consecuencias de este fenómeno, ya está dejando de ser solo una preocupación exclusiva de los países desarrollados, para ocupar un lugar cada vez más relevante en las agendas de las naciones en desarrollo, cuya atención sin lugar a dudas requiere de acuerdos y acciones concertadas de la comunidad internacional. En nuestro país, el crecimiento demográfico de los adultos mayores, en la actualidad **registra tasas inéditas** y desafortunadamente, se convierte en un problema social

¹⁹⁴ Abogado con Maestría en Derecho Privado por la Universidad Iberoamericana Puebla. Catedrático titular de las materias de Derecho del Trabajo y de Derecho de la Seguridad Social en la Universidad de las Américas e Iberoamericana, Puebla. Catedrático en la maestría de Derecho Fiscal en la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla. Asesor, capacitador y conferencista de Coparmex, Canacintra y otros organismos empresariales. Extitular de la Jefatura de Servicios Jurídicos en la Delegación Tlaxcala del Instituto Mexicano del Seguro Social. 23 sur 2513, Col. Volcanes Puebla, Pue; ramirezalfredo7@gmail.com, 044 2222 393109.

pues está acompañado de pobreza, enfermedad, discapacidad y aislamiento social, y debido a las insuficiencias y desigualdades de nuestro desarrollo, la gran mayoría de los adultos mayores (alrededor de 8 de cada 10) no cuenta con pensiones y casi dos terceras partes de quienes tienen acceso a ellas no perciben lo suficiente para cubrir sus necesidades básicas, de manera que, lo que para algunas naciones constituye un bono importante, para nosotros, constituye un reto de grandes proporciones, que de no afrontarlo a tiempo nos traerá múltiples y muy complejas ramificaciones de carácter social, económico, político y cultural e incidirá en un amplio espectro de demandas y necesidades de la población, al tiempo que impondrá desafíos inéditos para sociedad y gobierno, y entre otros, habrá que hallar la manera de sostener la viabilidad y el equilibrio financiero del régimen de seguridad social, prevenir riesgos y proveer pensiones dignas y suficientes.

2.-El Envejecimiento Demográfico.

El envejecimiento demográfico está asociado y es resultado del avance de la transición demográfica, que se refiere al tránsito de regímenes de elevados niveles de mortalidad y fecundidad, a otro de niveles bajos y controlados. Generalmente, el descenso de la mortalidad antecede al de la fecundidad, de tal forma que la tasa de crecimiento poblacional se mantiene en continuo ascenso hasta que la natalidad comienza a disminuir. El siglo XX ciertamente se caracterizó por avances médicos y científicos que permitieron que las personas vivan más tiempo, pero por otro lado, las parejas tienen menos hijos, influenciados por múltiples factores, como es por ejemplo la fuerte inserción laboral de la mujer, o incluso, en el caso de países del Tercer mundo, a los programas de control de población impuestos por las Naciones Unidas y por los países ricos.

Todas las naciones del mundo, aunque en grado diverso, están experimentando o han experimentado un proceso de transición demográfica. En las etapas iniciales de este proceso, que en general ocurre cuando desciende la mortalidad y la natalidad sigue siendo alta, la población experimenta un proceso gradual de rejuvenecimiento, derivado del crecimiento acelerado de la población menor de 15 años. Posteriormente al descender la fecundidad, la tendencia comienza a revertirse gradualmente, propiciando un mayor crecimiento de la población adulta y con ello, un paulatino envejecimiento poblacional, y es que la natalidad y mortalidad de la población mundial

han tenido un considerable descenso particularmente durante la segunda mitad del siglo pasado. Así por ejemplo, entre los años 1950 y 2000 la natalidad disminuyó de 37.6 a 22.7 nacimientos por cada mil habitantes; mientras que la mortalidad pasó de 19.6 defunciones por cada mil habitantes a 9.2.

Pero lo preocupante, es que, de acuerdo a las proyecciones poblacionales mundiales, se espera que los niveles de natalidad y mortalidad, continúen disminuyendo en la primera mitad del siglo en curso. La primera disminuirá hasta alcanzar 13.7 nacimientos por cada mil habitantes en 2050; mientras que la mortalidad se espera que alcance sus menores niveles alrededor del año 2015 (9 defunciones por cada mil habitantes) y a partir de ese momento aumente hasta alcanzar 10.4 en 2050, en estrecha relación con el incremento de la población de edades avanzadas.

Los cambios en la mortalidad de la población mundial se reflejan en una mayor sobrevivencia, la cual aumentará considerablemente en la primera mitad de este siglo, al pasar de alrededor de 65 años en 2000-2005 a 74 años en 2045-2050. Actualmente, la esperanza de vida de las mujeres (67.6) es superior en alrededor de cinco años a las que registran los varones (63.3). Cabe resaltar que en los países más desarrollados, la esperanza de vida al nacimiento promedio era de casi 76 años en el quinquenio 2000-2005 la cual podrá aumentar a 81 años a mediados de este siglo, a la vez que en los países en desarrollo se estima que aumentará de 63.4 a 73.1, durante el mismo periodo

3.- La Transición Demográfica en México.

La población mexicana atraviesa por una fase de plena y acelerada transición demográfica. Este proceso se inició en la década de los treinta con el descenso paulatino de la mortalidad, y posteriormente se acentuó, a mediados de los sesenta, con la declinación de la fecundidad. Estos cambios han implicado profundas transformaciones en la distribución por edades de la población. De hecho, transitamos en la actualidad de una población *joven* a otra más *entrada en años*

El cambio demográfico en México se ha producido con tal velocidad que hoy nos encontramos ante la necesidad de atender los efectos del alto crecimiento poblacional del pasado y de preparar las respuestas institucionales y sociales para encarar los desafíos presentes y futuros

que representa el envejecimiento demográfico. Este proceso seguramente tendrá que influir de distintas maneras y formas en la sociedad, la economía, la política y la cultura.

Los niveles de envejecimiento que a los países europeos les tomó más de dos siglos alcanzar, en México se lograrán en apenas media centuria, de manera tal, que no solo no tendremos ese bono demográfico, si no que no hemos salido del subdesarrollo cuando ya estamos entrando a la etapa del envejecimiento, y por ende junto con problemas apremiantes aún no resueltos se agrega ahora el costo social y económico del envejecimiento.

Y es que en nuestro país, el crecimiento demográfico de los adultos mayores, que en la actualidad **registra tasas inéditas** (de alrededor de un 3.7%) continuará acelerándose hasta alcanzar un ritmo promedio anual del 4.6% durante la tercera década del presente siglo, lo que implica que este grupo tiene el potencial para duplicar su tamaño cada 19 años. Con esta tasa se requerirán plazos cada vez más breves, de aproximadamente 15 años, para multiplicar por dos el tamaño de las personas de la tercera edad.

Su tamaño aumentará de menos de 8 millones que teníamos en el 2002 a 9.9 millones en el 2010, a 18.4 millones en el 2025, 22.2 millones en el 2030 y a 36.2 millones en el 2050. Los adultos mayores son en la actualidad 8.2 millones y representan 7.7 por ciento de la población total, pero el incremento anual asciende a poco más de 292 mil personas y se espera continúe aumentando hasta 793 mil en 2033 para luego disminuir gradualmente hasta 532 mil en 2050. Si hoy uno de cada trece mexicanos y mexicanas está en ese grupo de edad, en el 2030 serán uno de cada seis y en el 2050 más de uno de cada cuatro¹⁹⁵.

Como ya advertía, la transformación de la vejez en un problema social con múltiples connotaciones, no sólo se origina en el número creciente de individuos que alcanzan esta etapa de la vida, sino principalmente en las propias rigideces institucionales para dar respuesta a sus necesidades y demandas.

El envejecimiento se convierte en un problema social cuando está acompañado de pobreza, enfermedad, discapacidad y aislamiento social. Las diferentes dimensiones de la desigualdad como son la clase social, la etnicidad y el género se entrecruzan y refuerzan mutuamente en la vejez, atrapando a las personas en una telaraña de desventajas múltiples

¹⁹⁵ *Carpeta informativa 2005*, Consejo Nacional de Población., México, 2005

respecto de la cual resulta hoy en día muy difícil escapar. Todo ello lleva a plantear innumerables cuestiones y preguntas de interés y relevancia para las políticas social, de salud y poblacional.

El envejecimiento demográfico anuncia una transformación de grandes proporciones. No hay duda de que este fenómeno tendrá múltiples y muy complejas ramificaciones de carácter social, económico, político y cultural e incidirá en la formación de un amplio espectro de demandas y necesidades de la población, al tiempo que impondrá desafíos inéditos para sociedad y gobierno

El envejecimiento impulsará profundos cambios en nuestra manera de ser y de pensar: las personas tendrán que adaptarse a los nuevos ritmos de la vida social, a las cambiantes percepciones del curso de vida, a las nuevas normas y expectativas sociales relacionadas con la edad, a fenómenos sociales emergentes como la proliferación de familias multigeneracionales y el surgimiento de nuevos arreglos residenciales y domésticos. Todos estos ajustes tendrán profundas ramificaciones y múltiples consecuencias para las relaciones sociales y familiares y para las relaciones de género e intergeneracionales.

En una declaración de Josefina Vázquez Mota, entonces titular de la Secretaría de Desarrollo Social recordó que la transformación de la estructura por edad de la población cambiará los estilos de vida, los patrones de consumo y las pautas de alimentación, y poniendo ejemplos decía “para el 2050, de los casi 12 millones de adultos mayores, 12 millones requerirán de un puesto de trabajo; 3 millones vivirán solos, y habrá 8 millones de viudas que necesitaran apoyo para una vida plena. A eso, la entonces titular de la Sedesol sumó que en el futuro “necesitaremos casi 5 millones de viviendas de una sola planta para los 9 millones de adultos mayores que no podrán subir escaleras”¹⁹⁶

En el mismo tono, Gilberto Rincón Gallardo, (q.e.p.d.) presidente del Consejo Nacional para prevenir la discriminación, manifestó que era necesario impulsar la defensa de los derechos humanos para evitar que se excluya a los ancianos de las oportunidades que les permitirían participar en los avances de la sociedad. Dijo que 34% de quienes actualmente componen el grupo de mayores de 60 años son analfabetos¹⁹⁷, y viven en situaciones críticas. Datos del IMSS y del

¹⁹⁶ Vázquez Mota, Josefina, *Foro contra la discriminación de las personas adultas mayores*, Senado de la República, México, Julio 2005.

¹⁹⁷ Uno de cada tres adultos mayores no sabe leer ni escribir, y 35.9 % de los viejos no había cursado ni siquiera un año de instrucción escolar, (Censo 2000)

ISSSTE, reportan que de 5.5 millones de personas de más de 65 años, uno de cada cuatro vive una situación de pobreza alimentaria ¹⁹⁸ y 40 por ciento padece alguna discapacidad.

4.-Los Retos Del Envejecimiento Demográfico.

El retiro o el abandono definitivo de la actividad económica, como transición social que marca el paso a la vejez, es un evento que en el mejor de los casos vive un proceso de institucionalización *parcial* en México.

Para una minoría, el retiro del trabajo con la protección de una pensión es un evento posible, en tanto que la gran mayoría, ante la necesidad de obtener ingresos para costear la subsistencia, se ve obligada a seguir en la actividad económica hasta que sus fuerzas y capacidades se lo permiten. La confluencia de estas experiencias explica las altas tasas de participación laboral después de los 65 años y establece rasgos de un calendario tardío y con alta dispersión del retiro con una edad mediana de 69.4 años y un rango intercuartil de aproximadamente 20 años.

Tarde o temprano, si primero no sobreviene la muerte, la vejez impone fatalmente el retiro del trabajo, convirtiendo a los adultos mayores en personas totalmente dependientes de los sistemas de transferencia. Cada sociedad dispone de mecanismos de redistribución de recursos que ponen de manifiesto los escenarios de vida a los que se enfrentan los adultos mayores. Ellos pueden subsistir de contribuciones suministradas por el Estado, de recursos provenientes de sus hogares y redes sociales y familiares de apoyo, de sus ahorros e inversiones acumuladas o bien de la caridad pública. Tales opciones no son excluyentes, por lo que es muy frecuente la combinación de varias.

¹⁹⁸ La pobreza es una situación de la que se puede entrar y salir en diferentes momentos de la vida por muy diversas circunstancias. Las pirámides de pobres y no pobres reflejan estas salidas y entradas en un momento del tiempo. Según datos de la Conapo, la pobreza se presenta con distinta intensidad a lo largo del curso de vida y afecta de manera desigual a hombres y mujeres. La infancia es la etapa de la vida en que la pobreza es mayor, se recrudescen en la etapa que corresponde a la crianza de los hijos pequeños, se reduce en las etapas posteriores y vuelve a incrementarse en la vejez. La pobreza alimentaria en 2002, por ejemplo, afectaba a: 17.8 por ciento de los hombres y 22.4 por ciento de las mujeres de 60 a 64 años, a 19.3 por ciento de los hombres y 18.4 por ciento de las mujeres de 65 a 69 años, a 22.8 por ciento de los hombres y 16.9 por ciento de las mujeres de 70 a 74 años, y a 31.3 por ciento de los hombres y 22.5 por ciento de las mujeres de 75 años y más.

Debido a las insuficiencias y desigualdades de nuestro desarrollo, la gran mayoría de los adultos mayores (alrededor de 8 de cada 10) no cuenta con pensiones y casi dos terceras partes de quienes tienen acceso a ellas no perciben lo suficiente para cubrir sus necesidades básicas. Además de poner de manifiesto la cobertura estratificada y fragmentaria y la limitada cuantía que por lo general ofrecen los esquemas de protección.

Frente al ineludible proceso del envejecimiento demográfico, diversos estudios prevén que la sociedad mexicana deberá desplegar esfuerzos considerables para asegurar la viabilidad y el equilibrio financiero del régimen de seguridad social prevaleciente, prevenir riesgos y proveer pensiones dignas y suficientes.

Otra de las condiciones para encarar el envejecimiento es que la población económicamente activa encuentre empleos en el sector formal de la economía, que le garantice el acceso a programas públicos de pensiones para la vejez. Esta situación es mucho más frecuente en los países desarrollados que en las economías en desarrollo.

Habrán incidencias del envejecimiento sobre la estructura de la fuerza de trabajo y el funcionamiento de los mercados laborales. Es innegable que conforme se envejece se acumulan deterioros físicos y mentales. Estos desgastes repercuten en la capacidad y rapidez de respuesta ante las exigencias de trabajo, disminuyen los niveles de productividad y en muchos casos se incrementan los riesgos laborales. Para un trabajador, cualquiera que sea su ocupación, el avance en las edades de la vejez necesariamente impone menor actividad, hasta que se detiene por completo.

En la mayoría de los países en desarrollo, las coberturas de seguridad social son inferiores a 20 por ciento. En esas circunstancias la jubilación es un lujo que goza una elite pequeña. ***En México, por ejemplo solo uno de cada cinco adultos mayores dispone de una pensión o jubilación,*** infortunadamente de un total de 8.2 millones de adultos mayores, 5 millones carecen de un plan de pensiones, o sea que solo un poco más del 25 % disfrutan de él, pero además, lo más sombrío de esta problemática radica también en el reducido monto de las pensiones, que en modo alguno le permite al pensionado y a su familia gozar de un nivel de vida decoroso.

Los cambios demográficos intensificarán las demandas de apoyo de los adultos mayores hacia sus familias¹⁹⁹. No hay duda que el envejecimiento trastocará los arreglos residenciales y domésticos, las relaciones sociales y familiares, así como las relaciones de género e intergeneracionales. Los adultos del mañana tendrán que hacer frente cada vez con mayor intensidad a las responsabilidades que significan la atención de sus padres durante la vejez por periodos de tiempo cada vez más prolongados y un menor número de hermanos con quienes compartir la responsabilidad de su cuidado, como resultado del descenso de la fecundidad

Ya en relación con lo que será el foco de atención de este trabajo, debemos señalar que en cuanto al ámbito laboral no debemos perder de vista que **alrededor de una tercera parte de los adultos mayores trabaja**, y a diferencia de lo que ocurre en los países industrializados, en nuestro país, una alta proporción de personas permanece en actividad económica después de cumplir la edad de retiro: un 29.1 % de los adultos mayores trabaja, alrededor de un 65 % los hombres de 60 a 64 está ocupado, e incluso, de manera curiosa y a pesar de que las tasas de participación femenina son inferiores a los varones, casi un 12 % de las mujeres de más de 60 años permanece en actividad.²⁰⁰

Como consecuencia del envejecimiento surge la incertidumbre de que la sociedad pueda ser capaz de generar los recursos económicos suficientes para satisfacer las demandas de una población cada vez mayor de personas envejecidas. Por ello, cuando se trata este tema es imprescindible mencionar a la Seguridad Social.

5.-Inviabilidad Financiera del Sistema de Pensiones.

¹⁹⁹ Según los datos más recientes del Consejo Nacional de población, en México el cuidado de los viejos recae principalmente en la familia ,por lo que la composición del hogar incide en su bienestar físico y emocional:

- en uno de cada cuatro hogares hay al menos un adulto mayor,
- en uno de cada cinco el jefe del hogar es una persona de 60 años o más, y
- en uno de cada veinte sólo viven adultos mayores;
- 85 por ciento de los hombres y 40 por ciento de las mujeres adultos mayores son jefes de hogar, y
- poco menos de la tercera parte de las mujeres mayores que son jefas de hogar viven solas (28%).

²⁰⁰ Conapo, Carpeta informativa 2005.

La seguridad social está basada en cuatro importantes principios: universalidad, suficiencia, uniformidad y solidaridad, los cuales en conjunto significan que la seguridad social debe procurar la cobertura de la población, otorgándole un nivel mínimo de beneficios y prestaciones que le permitan satisfacer sus necesidades fundamentales.

Para ello es indispensable la participación de todos los sectores de la sociedad en el financiamiento del sistema, con la intervención del Estado, los patrones y los trabajadores, ***pero sobre todas las cosas se requiere una viabilidad una sustentabilidad financiera.***

Así, en nuestro país esta dinámica poblacional de la que he venido hablando ha hecho que la proporción de la población cotizante se reduzca cada vez más en relación con el aumento de la población pensionada. Esto ***significa que debido al aumento en la esperanza de vida, los pensionados sobrevivirán en esta condición durante más tiempo, generando obviamente un mayor costo del sistema.*** Todo ello, debido al innegable aumento en la esperanza de vida que pasó de 43.1 años para las mujeres, y 40.8 años para los hombres en 1942, a un 77.6 y 73.1 en el 2000, respectivamente.

Para afrontar parte de este problema²⁰¹, se hicieron reformas al sistema de pensiones, y en 1997 ***adoptamos una nueva ley del seguro social***, que substituyó al esquema de reparto tradicional de beneficios definidos, por un sistema de capitalización individual y contribuciones definidas.

Hasta el momento el único aspecto sobre el envejecimiento que ha figurado de modo relevante en la agenda política es el de los sistemas de retiro y pensiones, todo ello en relación con las reformas a la seguridad social. Estos puntos sin embargo deberán continuar en discusión pues las modificaciones adoptadas fueron un cambio pero no una solución. En el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), se pasó de un sistema financiero y actuarial, en principio de primas medias escalonadas pero que en la práctica se ha acercado a uno de reparto con beneficios definidos, a uno de capitalización plena mediante cuentas individuales y de contribuciones definidas (IMSS, 1997). Con estos cambios no se resuelve la falta de cobertura de la seguridad social que sólo protege a la tercera parte de la Población Económicamente Activa (PEA) y olvida la

²⁰¹ Recuérdese que tal y como lo hago notar en mi diverso libro “*Los pasivos laborales del sector público*” desafortunadamente en nuestro país no existe ni un solo esquema de seguridad social ni mucho menos uno de cobertura nacional, pues vivimos un régimen de diversos seguros sociales con enormes disparidades, cuya carga económica es enorme, de manera tal, que la reforma emprendida es solo un paso de las múltiples y urgentes medidas correctivas que hay que tomar

más marginada, ***apenas 24 por ciento de las personas de 60 años y más tiene una pensión***, la mayoría de las cuales no es ni siquiera de subsistencia, el ahorro en AFORES no cumple la meta de sustitución del ingreso en el retiro (Salas-Lizaur, 1997), y se cuestionan sus posibilidades como mecanismo de ahorro interno e inversión productiva (Sandoval, 1998), incluyendo la transformación en carga pública de los costos de las pensiones en curso de pago en el antiguo régimen y las garantías de la pensión mínima. A pesar de los magros beneficios concedidos, los crecientes pasivos muestran cifras astronómicas que convertidos en deuda pública son insostenibles en las condiciones económicas del país. Bajo estos aspectos, también se discute el destino de las demás instituciones de seguridad social.

De no haberse reformado el sistema de pensiones del seguro de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte (la rama anteriormente conocida como IVCM), según lo estimado para el año 2000, el gasto por pensiones hubiese resultado ligeramente superior al monto recaudado por las aportaciones de los trabajadores activos. Y este mismo gasto para el año 2020 hubiese representado más del doble de la tasa de cotización que se aplicó hasta 1997, en el sistema de pensiones vigente hasta antes de la reforma. Según algunas proyecciones dicho gasto, hubiese tenido incrementos significativos, hasta estabilizarse en alrededor de 40% de los salarios de cotización, haciendo prácticamente imposible instrumentar cualquier política económica tendiente a promover el empleo formal de la economía.²⁰²

El IMSS en su momento estimó que si se hubiese querido restaurar el equilibrio financiero del sistema de reparto, durante los próximos 20 o 30 años, se tendría que haber aumentado la prima del seguro de ICBM en más de 14 puntos porcentuales (de 8.5% hasta llegar a un 22.5% de los salarios), lo cual hubiese sido una locura..

Los hechos antes señalados colocaron al sistema de pensiones del IMSS frente a un gravísimo problema financiero en el corto y el mediano plazo, por lo que como ya advertí, fue necesario llevar a cabo una reforma integral de ese sistema, buscando que el nuevo sistema conservará los principios de solidaridad y redistribución del ingreso, y que además fortaleciera la participación del Estado, garantizando viabilidad financiera, mejores pensiones protegidas de la

²⁰² Kroeply Sauri Marcelo de Jesús, *El envejecimiento demográfico y los sistemas de pensiones*, Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro. 2002.

inflación, y que al mismo tiempo permitiera la utilización de los recursos de previsión como ahorro interno disponible para la inversión productiva y la generación de empleos.²⁰³

Esta reforma, que entró en vigor el primero de julio de 1997, tiene efecto en la forma de administración de los fondos de pensiones y en el cálculo de los beneficios, así como en la determinación de aportaciones, tanto de las empresas y trabajadores, como por parte del Estado.

La reforma consistió en el establecimiento de un sistema de pensiones de contribuciones definidas a través de cuentas de capitalización individual a favor de los trabajadores, en las que se depositan sus aportaciones, las de los patrones y las del Estado, con objeto de crear un fondo para la jubilación, el cual será el principal soporte del ingreso para los trabajadores a partir de su retiro de la vida laboral activa.

La ley del Seguro Social en comento, establece que la individualización y administración de los recursos de las cuentas individuales, este a cargo de las administradoras de fondos para el Retiro (AFORES), las cuales son entidades financieras que se dedican de manera exclusiva y profesional a administrar las cuentas individuales y a canalizar los recursos de las subcuentas que las integran, con objeto de que en el momento en que el trabajador cumpla con los requisitos para pensionarse pueda adquirir su pensión con el saldo de su cuenta individual. Al cumplir los requisitos, y al término de su vida laboral, los asegurados pueden adquirir precisamente con el saldo de su cuenta individual, una renta vitalicia o un seguro de sobrevivencia con una compañía de seguros, o bien mantener en la AFORE el monto acumulado en su cuenta individual, a fin de que esta le otorgue su pensión en la forma de retiros programados.

El pero, y he ahí el problema, es que el descenso de la mortalidad quiérase o no, continua y continuará impactando el financiamiento de las pensiones, y o hallamos y nos decidimos a hacer los cambios necesarios para de alguna manera nuestro sistema pensionario se perfeccionen y ***se incremente el sustento financiero de los actuales programas, o de otra forma, en un futuro no habrá capacidad para hacerles frente***, y es que sin pretender abarcar terrenos actuariales donde el que esto escribe no tiene mucho que hacer, hay varias cuestiones que a futuro preocupan:

Una es que en el artículo segundo de la ley del IMSS, estipula que a todo asegurado, cuando cumpla con los requisitos, y haya cotizado al menos 1250 semanas (24 años), se le garantiza el obtener una pensión, en este caso la llamada pensión mínima garantizada, que

²⁰³ Ramírez Cárdenas Alfredo, *Los pasivos laborales del sector público, una bomba de tiempo*, Popocatepetl ediciones, México, 2004.

equivale a un salario mínimo del Distrito federal mensual, esto aún cuando su fondo constitutivo (su ahorro) fuese inferior al valor presente de la pensión garantizada, hasta aquí todo nos haría entender que se trata de un acto de justicia hacia la clase trabajadora, más esto no es absolutamente así, pues llama la atención que a trabajadores asegurados de la generación 1970 hacia atrás, con los salarios existentes y poco remuneradores muy probablemente su ahorro no les alcance para comprar la pensión garantizada, aunque hayan cotizado el tiempo suficiente para sufragar su costo. Situación que se hace más crítica cuando la mortalidad va en descenso, y debido al menor riesgo de fallecer, la pensión se prolonga. Por ejemplo, con una tasa de interés de 2.5% anual todo el tiempo (ahorro y pensión) una mujer de 35 años de edad en el 2000 que ganará un salario mínimo y no lo incrementará durante el resto de su vida laboral, aunque haya aportado el 12.8% de su sueldo (total de aportaciones), el dinero que llegará a ahorrar en los treinta años siguientes (se retira a los 65 años) apenas alcanzaría para cubrir el 43.8% de la pensión mínima garantizada. Por consiguiente ***el gobierno deberá financiarle la jubilación durante más de la mitad del resto de su vida post laboral.*** Si consideramos que cerca de las dos terceras partes de los asegurados del IMSS devengan dos salarios mínimos o menos, esto, le dará una idea apreciable lector, de la magnitud de la obligación que el gobierno mexicano está asumiendo, y como ***el bajo monto de ahorro que un trabajador promedio entrega al sistema, puede convertirse eventualmente en una erogación sumamente onerosa para el gasto público.***²⁰⁴

Por otra parte y asumiendo que la mortalidad descienda según lo previsto en las proyecciones oficiales para las generaciones del 2000 al 2005, ***dicho descenso, al decir de los actuarios, e independientemente del monto del sueldo inicial y de la tasa de interés, reduce aproximadamente en un séptimo la cuantía de la pensión,*** y que para que esto no suceda debiera incrementarse en un 0.5% la tasa real de interés (arriba de la inflación) durante todo el periodo de la inversión (cotización más inversión). Sostener en el largo plazo dicho incremento en la tasa de interés, en las condiciones actuales, constituye un reto realmente significativo para la economía de cualquier país, ya que las reservas de los planes de pensiones aun en un esquema de prima escalonada, llegan a representar varios puntos porcentuales del PIB y requieren fuertes y amplios sistemas de inversión que garanticen la tasa real de interés supuesta en los cálculos actuariales.²⁰⁵

²⁰⁴ Partida Bus Virgilio, *La transición demográfica y sus efectos en los sistemas de pensiones*, resumen del trabajo presentado en el coloquio nacional “ Situación actual de los regímenes de pensiones estatales, Conferencia Interamericana de Seguridad Social, ICSS, México, Abril 2002.

²⁰⁵ Idem.

La población activa- aquellos capaces de pagar las pensiones y los cuidados sanitarios de los más ancianos- se reducirá dramáticamente en los años venideros, la balanza futura entre trabajadores y retirados podría conducir a una crisis de las pensiones. El aumento de los gastos conducirá a un incremento notable de la deuda, que podría desestabilizar los mercados financieros o conducir a graves déficit fiscales o aumentos de impuestos; ***así, la bomba de población, se convierte en "la bomba de pensiones"***

Por último, el éxito de nuestro sistema de pensiones ***descansa en buena medida en las posibilidades reales de un crecimiento económico más o menos sostenido que permita la apertura de nuevas empresas***, y por lo tanto, la recuperación de empleos, ya que la mayor parte de las aportaciones al plan de pensiones indudablemente provienen del patrón, ojala y así suceda, pero sabemos lo improbable que esto es.

Se afirma que precisamente el fenómeno del envejecimiento poblacional traerá consigo una ***ventana de oportunidad*** transitoria, que se manifiesta en la reducción del índice de dependencia demográfica. Durante ese periodo, ocurren las condiciones demográficas más favorables para el desarrollo económico de las naciones, ya que la población en edades laborales (15-59) aumenta, mientras que los grupos en edades dependientes disminuyen su tamaño. Se dice que en Europa y América del Norte, los bajos niveles de fecundidad alcanzados desde hace varias décadas han permitido a la población de esas regiones, gozar de bajos índices de dependencia juvenil, que se refiere a la relación entre población en edad laboral y la población menor de 15 años. En contraste, en las regiones de transición tardía, el índice de dependencia infantil, aunque decreciente, ha sido mucho mayor, alcanzando en el 2000 valores casi dos veces superiores en Asia y América latina y tres veces superior en África respecto a Europa.

Uno de los mayores retos para los países en desarrollo será el aprovechamiento eficiente de ese ***bono demográfico***, con el propósito de que contribuya a impulsar un círculo virtuoso de más empleos, más ahorro, más inversión, y nuevamente más empleos.

La experiencia de Asia oriental sugiere que esta "afluencia" transitoria de la población hacia las edades laborales, está fuertemente vinculado con el ritmo de crecimiento económico. Se estima, que entre 15 y 25 por ciento del aumento del producto interno bruto per cápita ocurrido en esa región, entre 1965 y 1990 podría atribuirse a los cambios en la estructura por edad indicados anteriormente.

*Empero, en nuestro país y otras economías en desarrollo, **para materializar estos beneficios, el mayor desafío será crear anualmente el número de empleos que la creciente población en edad laboral demandará en el corto plazo, así como garantizar un ingreso suficiente que permita al trabajador ahorrar los recursos o tener acceso al sistema de pensiones para encarar su propio envejecimiento.***

Cabe advertir, que de no aprovecharse esta oportunidad irrepetible, el futuro podría verse seriamente comprometido: la población se encontraría en pleno proceso de envejecimiento demográfico, sin los recursos suficientes para encararlo, y con efectos nocivos potenciales en los niveles de pobreza.

Las sociedades deberán otorgar un lugar prioritario a sus adultos mayores, y parte del esfuerzo deberá encaminarse a fomentar un cambio cultural que replantee la visión de esta etapa de la vida y que favorezca la creación de condiciones que potencien el cúmulo de cualidades y recursos de las generaciones mayores, pues en un futuro próximo también existe el riesgo de que el aumento en la oferta relativa de trabajadores viejos reduzca sus salarios en relación con el de los jóvenes, porque serán más abundantes..

Nuestros gobiernos tienen ante sí la tarea de contribuir a la construcción de una sociedad en la que la vejez pueda ser vivida con todo su potencial humano y que garantice a este grupo de la población una vida digna y de calidad.

Con el reto sobre la mesa, se agota el tiempo para seguir pensando alternativas, no podemos seguir con actitudes pasivas o mezquinas, es hora de que nuestros gobernantes, en especial nuestros legisladores tomen decisiones para sacar a flote la seguridad social, en juego se halla nada menos que su supervivencia y que aquel invento maravilloso llamado pensiones, no sea una especie en franca extinción.

Bibliografía.

- *Carpeta informativa 2005*, Consejo Nacional de Población., México, 2005
- Kroeply Sauri Marcelo de Jesús, *El envejecimiento demográfico y los sistemas de pensiones*, Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro. 2002.
- Partida Bus Virgilio, *La transición demográfica y sus efectos en los sistemas de pensiones*, resumen del trabajo presentado en el coloquio nacional “Situación actual

de los regímenes de pensiones estatales, Conferencia Interamericana de Seguridad Social, ICSS, México, Abril 2002.

- Ramírez Cárdenas Alfredo, *Los pasivos laborales del sector público, una bomba de tiempo*, Popocatepetl Ediciones, México, 2004.
- Vázquez Mota, Josefina, *Foro contra la discriminación de las personas adultas mayores*, Senado de la República, México, Julio 2005.

PROCEDIMIENTO LABORAL SIMULADO.

Enrique Yáñez Santos.²⁰⁶

Sumario. Palabras Clave. Introducción. 1.- Concepto Legal de Simulación. Conclusiones. Bibliografía.

Palabras Calve: Procedimiento Laboral; Juntas de Conciliación y Arbitraje; Laudo; Simulación.

Introducción.

En opinión de Trueba “la cuestión laboral mexicana constituye uno de los fenómenos más complejos y de mayor incidencia en la realidad nacional. No puede pensarse ciertamente, en la transformación del país, su desenvolvimiento económico, la realización de la justicia social y nuestra auténtica independencia si no se toma en cuenta el fenómeno laboral. Es la esencia de la decisión entre la conservación incólume de una sociedad; en la cual existen profundas contradicciones o la conformación de un modelo distinto de organización social que haga posible el desenvolvimiento del ser humano dentro del marco de dignidad y libertad.”²⁰⁷

Los conflictos laborales que se presentan entre los patrones y los trabajadores se resuelven mediante la aplicación del derecho procesal del trabajo el cual se va visto rebasado debido a su falta de adecuación a las necesidades del país, lo que aunado a que, durante su tramitación ante las juntas de conciliación y arbitraje, no se exige que los apoderados de la parte actora sean abogados titulados lo que ha fomentado la presencia de diversos gestores conocidos popularmente como “coyotes” los cuales presentan demandas basadas en hechos falsos, que pretenden corroborar mediante testigos falsos para obtener un

²⁰⁶ Maestro en Derecho Penal por la Universidad Autónoma del Estado de México. Abogado egresado de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Vicepresidente de la Barra de Abogados del Estado de Puebla, A.C.

²⁰⁷ Trueba Barrera Jorge. El problema laboral en México. Anuario VI. UNAM

laudo condenatorio como medio de presión para negociar o más bien para extorsionar a los patrones.

Las juntas de conciliación y arbitraje son dependencias administrativas que dependen del ejecutivo del estado; sin embargo, que se encargan de conocer los conflictos individuales y colectivos que se suscitan entre las empresas y sus trabajadores mediante la conciliación entre las partes y de declararse fracasada la conciliación se pasar a la tramitación de un procedimiento laboral el cual culmina con una resolución denominada laudo, el que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 841 de la ley federal del trabajo *“se dictara a verdad sabida y buena fe guardada, apreciando los hechos en conciencia, sin necesidad de sujetarse a reglas o formulismos sobre estimación de las pruebas, pero expresaran los motivos fundamentos legales en que se apoyen”* lo anterior constituye apreciaciones subjetivas y personales sobre lo que consideran como verdad sabida y buena fe guardada, apreciando los hechos en conciencia, lo que constituye una discrecionalidad que en la práctica se convierte en una arbitrariedad y por ese motivo resulta necesaria la tramitación de juicios de amparo para evitar la violación de las garantías del debido proceso de los gobernados.

1.- Concepto Legal de Simulación.

La simulación ha sido definida como la *“alteración aparente de la índole, de la causa o el objeto verdaderos de un acto o contrato”*²⁰⁸

El código civil al ocuparse de los efectos de las obligaciones con relación a tercero dispone en el artículo 2180 del código civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal que *“es simulado el acto en el que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas”*

También se ha considerado que *“la definición legal de simulación establece una discordancia consciente y concertada entre la voluntad real de los agentes y su declaración, con la finalidad de engañar. Aunque no necesariamente dañar a terceros”*.²⁰⁹

²⁰⁸ Palomar de Miguel Juan. Diccionario para Juristas. Mayo Ediciones.

²⁰⁹ González Luna M. Santiago. Breves reflexiones en torno a la simulación y al fraude a la ley en el Código Fiscal de la Federación.

Por su parte, el **negocio simulado** es considerado como aquel que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece. Entra la forma extrínseca y la esencia íntima hay un contraste llamativo: el negocio que aparentemente es serio y eficaz, es en sí mismo mentiroso y ficticio, o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto. Ese negocio pues, está destinado a provocar una ilusión en el público, el cual es inducido a creer en su existencia o en su naturaleza tal como aparece declarada, cuando en verdad, o no se realizó o se realizó otro negocio diferente del expresado en el contrato.

En la simulación, pues, los contratantes están de acuerdo sobre la apariencia del acto, que no llevan a cabo realmente o no en aquella forma visible de que se sirven como un instrumento para engañar a terceros.

Los requisitos del negocio simulado, son, por tanto los tres siguientes:

1. Una declaración deliberadamente disconforme con la intención
2. Concertada de acuerdo entre las partes
3. Para engañar a terceras personas

Las partes no quieren el negocio, solo pretender que parezca como tal y por eso están de acuerdo en emitir una declaración disconforme con su voluntad, que predomina la nulidad del acto y al mismo tiempo de generar una creencia falsa de su existencia. Se trata de una declaración efímera, vacía y ficticia que no representa la voluntad real y por lo mismo nula.

El fin principal que las partes se proponen al realizar un acto simulado es el de producir una disminución ficticia del patrimonio o del aumento aparente del pasivo para, de ese modo, frustrar la garantía de los acreedores o impedir su satisfacción.

La característica fundamental de la simulación es la bilateralidad, porque la disconformidad entre lo querido y lo declarado a ambas partes y concertada entre ellas. Existe un acuerdo para emitir la declaración deliberadamente divergente.

La simulación supone un concierto, una inteligencia entre las partes las cuales cooperan juntas en la creación del acto aparente, en la producción del fantasma jurídico que constituye el acto simulado.

El negocio simulado es el medio más común a que acuden los deudores para hacerse insolventes en apariencia y escapar al cumplimiento de sus obligaciones, los ejemplos más

comunes son los del deudor que simula vender sus bienes a favor de terceras personas que, secretamente están de acuerdo con él para figurar como adquirentes, cuando en realidad, el enajenante fingido ha de conservar la propiedad de los bienes, o bien, simula la contratación de créditos, para que sus falsos acreedores se apoderen de sus bienes, en perjuicio de sus acreedores auténticos.²¹⁰

Autores como Ovalle Favela han establecido que en el procedimiento tiene aplicación los principios de lealtad y probidad en los que “el proceso debe de ser considerado por las partes y sus abogados como un instrumento del estado para solucionar conflictos con arreglo a derecho y no como una **hábil maquinación** para hacer valer pretensiones ilegales, injustas, o peor aún, fraudulentas. Las partes deben conducirse con apego a la verdad en los actos procesales y aportar los medios de prueba que puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos. El incumplimiento de estos deberes debe tener como consecuencia la **imposición de medidas disciplinarias**, de condenas al pago de gastos y costas procesales y aún de sanciones penales, cuando la conducta de las partes llegue a constituir algún delito (falsedad en declaraciones ante una autoridad, desobediencia de un mandato legítimo de autoridad, fraude procesal, etcétera)²¹¹

El personal que labora en las juntas de conciliación y arbitraje no han sido litigantes sino burócratas que carecen de la práctica profesional y por lo tanto de un panorama más amplio en materia procesal y debido a su constante relación con los apoderados de los trabajadores establecen un vínculo que los lleva a tomar una actitud parcial hacia el trabajador lo que se ve reflejado en el dictado de los acuerdos y laudos que afectan el debido proceso y violan flagrantemente las garantías individuales de los gobernados siendo que como autoridades tienen la obligación de fundar y motivar sus resoluciones, como se establece en los criterios jurisprudenciales siguientes:

“Laudo, falta de fundamentación y motivación. Si la junta en la condena de alguna prestación no especifica las operaciones de que se haya valido para

²¹⁰ Ferrara Francisco. La simulación de los negocios jurídicos. Revista de Derecho Privado. Madrid 1931.

²¹¹ Ovalle Favela José. Teoría General del Proceso. Editorial Oxford.

determinar la cantidad y el por qué del salario base para su cuantificación, contraviene el artículo 841 de la ley federal del trabajo , el cual determina como requisito de la resolución, entre otros, la expresión de los motivos y fundamentación en que se apoye, pues de no ser así se deja al demandado en estado de indefensión, a fin de poder rebatir al respecto en caso de perjuicio en su contra”. Segundo tribunal colegiado del quinto circuito (Hermosillo, son) semanario judicial de la federación y su gaceta. Novena época, tomo II, octubre de 1995, pagina 364.

“Laudos, congruencia de los. Acorde al artículo 842 de la ley federal del trabajo los laudos deben ser claros y precisos y congruentes con la demanda, contestación y demás prestaciones deducidas en el juicio oportunamente, luego si la responsable es omisa en resolver sobre alguno de los puntos de la controversia, es evidente que contraviene el principio de congruencia establecida en el dispositivo en mención”. Segundo tribunal colegiado del cuarto circuito. Octava época. Semanario judicial de la federación, tomo XIV, julio, primera parte. Página 317.

Que para poder lograr una administración de justicia en materia laboral pronta, expedita y gratuita como lo establece el artículo 17 constitucional, el personal de las juntas de conciliación y arbitraje y los litigantes deben de tener una preparación especial en un triple sentido: capacidad intelectual, moral y ética, que tengan conocimientos actualizados para el ejercicio de su profesión, y que presenten una conducta impecable, digna, honesta y noble en su profesión y en su vida evitando conductas fraudulentas que simulen procedimientos laborales.

Se ha considerado que “la ética profesional además de exigir conductas intachables, pide también cumplimiento de deberes típicos de toda profesión, nos estamos refiriendo por ejemplo al secreto profesional, a la disponibilidad equitativa, al afán de servir, al compromiso de actualización permanente, a la solidaridad profesional y a la actuación ética antes que todo”²¹²

²¹² Humberto Mauro Marsich. Manual de Deontología Jurídica. Ediciones Xaverianas. Primera Edición. 1998.

La ética profesional no debe de tomarse como una cuestión unilateral y abstracta que dependa de cada litigante o funcionario público sino que resulta imprescindible establecer criterios que eviten la tramitación de un procedimiento laboral simulado.

Uno de los ejemplos más reiterados sobre la simulación de un procedimiento laboral lo constituye la presentación de una demanda por varios trabajadores generalmente de la construcción representados por un gestor conocido popularmente como “coyote” que no cuenta con cedula profesional de abogado y que demanda a un patrón por trabajos de albañilería y plomería por ejemplo, en los que en colusión con los actuarios de la junta dan por notificado al patrón a la audiencia de conciliación demanda, excepciones, ofrecimiento y admisión de pruebas, y el patrón al no acudir a la misma se le acusa la rebeldía y el actor procede a presentar testimonios falsos y con ello dictar un laudo condenatorio e iniciar un procedimiento de remate en el que se presentan liquidaciones sobre salarios caídos que aumentan considerablemente el monto de las prestaciones reclamadas con el objeto de embargar un inmueble propiedad del patrón y con la ventaja que ofrecen los siguientes preceptos de la ley federal del trabajo:

Artículo 979.- Cuando exista un conflicto individual o colectivo, los trabajadores podrán solicitar a la junta, para los efectos del artículo 113, que prevenga a la autoridad jurisdiccional o administrativa ante la que se tramiten juicios en los que se pretendan hacer efectivos créditos en contra del patrón, para que, antes de llevar a cabo el remate o adjudicación de los bienes embargados, notifique al solicitante, a fin de que esté en posibilidad de hacer valer sus derechos. Si resultan insuficientes los bienes embargados para cubrir los créditos de todos los trabajadores, se harán a prorrata dejando a salvo sus derechos.

Artículo 980.- la preferencia se substanciará conforme a las reglas siguientes:

La preferencia deberá solicitarse por el trabajador ante la junta en que tramite el conflicto en que sea parte, indicando específicamente cuáles son las autoridades ante quienes se sustancian juicios en los que puedan adjudicar o rematar bienes del patrón, acompañando copias suficientes de su petición, para correr traslado a las partes contendientes en los juicios de referencia;

II. Si el juicio se tramita ante la autoridad judicial, la junta la prevendrá haciéndole saber que los bienes embargados están afectos al pago preferente del crédito laboral y que por lo tanto, antes de rematar o adjudicar los bienes del patrón, deberá notificar al trabajador a fin de que comparezca a deducir sus derechos; y

III. Tratándose de créditos fiscales, cuotas que se adeuden al instituto mexicano del seguro social, o aportación al instituto del fondo nacional de la vivienda para los trabajadores, bastará con que la junta remita oficio a la autoridad que corresponda, indicándole la existencia de juicios laborales, cuyas prestaciones están pendientes de cubrirse, para que antes de adjudicar o rematar los bienes del patrón se proceda conforme al artículo anterior.

Artículo 981.- cuando en los juicios seguidos ante la junta se haya dictado laudo por cantidad líquida o se haya efectuado la liquidación correspondiente, la junta lo hará saber a la autoridad judicial o administrativa que haya sido prevenida, en los términos del artículo anterior, remitiéndole copia certificada del laudo, a fin de que se tome en cuenta el mismo al aplicar el producto de los bienes rematados o adjudicados.

Sin embargo, la preferencia de créditos descrita con antelación ha sido indebidamente interpretada por los presidentes de las juntas de conciliación y arbitraje que ilegalmente consideran dentro de esta preferencia todas las prestaciones reclamadas por el actor incluyendo el pago de salarios caídos lo cual resulta contrario a lo dispuesto por la jurisprudencia siguiente:

Salarios caídos. No quedan incluidos entre los créditos preferentes que contemplan los artículos 123 constitucionales en sus fracciones XXI, XXII y XXIII y 113 de la ley federal del trabajo. El artículo 874, fracción i, de la ley federal del trabajo establece que: "cuando se practiquen varios embargos sobre los mismos bienes, si se practican en ejecución de créditos de trabajo, se pagará en el orden de sucesión de los embargos, salvo el caso de preferencia de derechos". Ahora bien, para determinar cuáles son los derechos preferentes, debe atenderse, en primer término, al texto constitucional. Categóricamente, la fracción XXIII del artículo 123 constitucional, previene que "los créditos en favor de los trabajadores, por **salarios** o sueldos devengados en el último año, y por indemnizaciones, tendrán preferencia

sobre cualesquiera otros en los casos de concurso, o de quiebra". Las únicas indemnizaciones de aquella naturaleza que menciona el texto constitucional, están comprendidas en las fracciones XXI y XXII del mismo artículo 123. Del contenido de estas disposiciones, es perceptible que **las indemnizaciones a que se refiere el texto constitucional, como créditos preferentes, junto con los salarios deducidos en el último año de servicios, se limitan al importe de tres meses de salario**, que el patrón debe cubrir al obrero cuando se niegue a someter sus diferencias al arbitraje o no acepte el laudo pronunciado por la junta; cuando despida al obrero sin causa justificada, o bien, el obrero se retire del servicio en virtud de falta de probidad del patrón, y cuando éste o sus familiares hagan víctima al obrero de malos tratamientos. Sólo en una hipótesis de carácter excepcional, inserta en la fracción XXII, el término "indemnización" tiene alcance distinto del señalado: cuando el patrono puede ser eximido de cumplir el contrato de trabajo. En esta hipótesis, de manera expresa, se deja a la ley reglamentaria regular lo que corresponda; así que con ella no se desautoriza el concepto genérico del propio término "indemnizaciones". La ley federal del trabajo confirma los conceptos anteriores. Su artículo 113 reitera el imperativo que contiene la fracción XXII del artículo 123 constitucional, aun cuando el precepto reglamentario particularice que los **salarios** devengados en el último año y las indemnizaciones debidas a los trabajadores, tienen preferencia sobre cualquier otro crédito, "incluidos los que disfruten una garantía real, los fiscales y los a favor del instituto mexicano del seguro social, sobre todos los bienes del patrón". Las indemnizaciones a que se refiere el artículo 113 mencionado, corresponden al concepto genérico de ese término, que consignan las fracciones XXI y XXII del artículo 123 constitucional; pero no comprenden el caso excepcional que engloba la segunda de estas fracciones, pues la ley federal del trabajo regula, separadamente, dicha hipótesis de excepción. En efecto, la ley federal del trabajo, después de determinar que los contratos de trabajo "obligan a lo expresamente pactado y a las consecuencias que sean conformes a las normas de trabajo, a la buena fe y a la equidad" (artículo 31); de consignar, minuciosamente, las causas de rescisión del contrato de trabajo, sin responsabilidad para el patrón (artículo 47), y de establecer que "el trabajador podrá solicitar ante la junta de

conciliación y arbitraje, a su elección, que se le reinstale en el trabajo que desempeñaba, o que se le indemnice con el importe de tres meses de salario" (artículo 48), señala los requisitos que debe satisfacerse, para que el patrón quede eximido "de la obligación de reinstalar al trabajador" (artículo 49). Por su parte, el artículo 50 de la misma ley, impone al patrón que desea eximirse de reinstalar al trabajador, la obligación de cubrir a éste "una cantidad igual al importe de los **salarios** de la mitad del tiempo de servicios prestados", si la relación de trabajo fuere por tiempo determinado, menor de un año; una cantidad igual al importe de los **salarios** de seis meses por el primer año y de veinte días por cada uno de los años siguientes en que hubiese prestado sus servicios, si la relación de trabajo excede de un año; veinte días de salario por cada uno de los años de servicios prestados, cuando la propia relación fuere por tiempo indeterminado y, "además de las indemnizaciones a que se refieren las fracciones anteriores, en el importe de tres meses de salario y en el de los salario vencidos, desde la fecha del despido, hasta que se paguen las indemnizaciones". A través de las prevenciones anteriores, se cumple el mandato constitucional, regulándose la hipótesis de excepción que comprende la fracción XXII del artículo 123 constitucional; así que las reglas correspondientes deben regir, en exclusiva, el caso de excepción. Este tribunal pronunció ejecutoria con fecha dieciséis de julio de mil novecientos setenta y uno, dentro del juicio de amparo número 235/71, promovido por Ricardo Argüjio Flores y Antonio Uribe Cortés, donde considera: "si la fracción XXIII del artículo 123 constitucional establece que son preferentes los créditos en favor de los trabajadores por **salarios** o sueldos devengados en el último año, y las fracciones XXI y XXII preceptúan que si el patrono se negare a someter sus diferencias al arbitraje o a aceptar el laudo pronunciado por la junta, se dará por terminado el contrato de trabajo y quedará obligado a indemnizar al obrero con el importe de tres meses de salario, además de la responsabilidad que le resulte del conflicto, y que cuando el patrono despida a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario; de tales disposiciones aparece que al referirse a la

indemnización lo hacen en el sentido de verificar el pago de tres meses de salario además de las demás responsabilidades que resulten del conflicto, de ello se infiere que **la constitución establece como crédito preferente, refiriéndose a las dos indemnizaciones, sólo la indemnización constitucional que es el pago de tres meses de salario.** Por otra parte, el artículo 113 de la ley federal del trabajo, al hablar de la preferencia de créditos, dice que tienen tal carácter los **salarios** devengados en el último año y las indemnizaciones debidas a los trabajadores sobre cualquier otro crédito, incluidos los que disfruten de garantía real, los fiscales y los a favor del instituto mexicano del seguro social, sobre todos los bienes del patrón, pero estas indemnizaciones no pueden referirse a las que establece el artículo 50 porque este dispositivo enumera aquellas indemnizaciones a que se tiene derecho en relación al supuesto que establece el artículo que le precede, entre las que deben considerarse los **salarios** devengados, los de los séptimos días y días festivos, aun cuando tengan una vigencia muy anterior al último año y los posteriores **salarios** vencidos, pero las indemnizaciones preferentes son aquellas que constitucionalmente se mencionan en las fracciones del artículo 123 citado y en forma sustantiva por el artículo 113 también citado y si este precepto únicamente se refiere a los **salarios** devengados en el último año, quiere decir que en tratándose de **salarios** se excluyen todos los demás cualquiera que sea su origen o procedencia aun cuando sean aquellos que el artículo 50 de la ley federal del trabajo considera como indemnización. En tal virtud, **los salarios caídos no quedan incluidos en la enumeración preferencial que contemplan los artículos 123 constitucional, en sus fracciones XXI, XXII y XXIII y 113 de la ley federal del trabajo**, por lo que, la resolución impugnada que así lo determina, no implica violación de garantías".

Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. Toca 62/74 (Amparo en Revisión 1344/73). Alfonso H. Treviño González y Coagraviados. 8 de agosto de 1975. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Reyes Galván. **Registro No.** 254407. **Localización:** Séptima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 80 Sexta Parte. Página: 69. Tesis Aislada. Materia(s): Laboral

Que el anterior jurisprudencia no es aplicada por los presidentes de las juntas de conciliación y arbitraje demostrando con ello su ignorancia jurídica y una parcialidad hacia los apoderados de los trabajadores para los que tienen preferencias como por ejemplo la practica viciosa de entregarle los oficios para ser presentados las autoridades o dependencias o la practica reiterada de que las audiencias sean grabadas en un dispositivo (USB) para que lo impriman en una papelería alegando que no cuentan con material suficiente.

Que de lo descrito con antelación se establecen las siguientes:

Conclusiones.

Primera. Que se capacite y evalúe regularmente a los presidentes de las juntas de conciliación y arbitraje para contar con personal que tenga un amplio criterio jurídico que apliquen la jurisprudencia y para que obre con imparcialidad ante los justiciables.

Segunda. Que se establezcan criterios normativos obligatorios para los presidentes de las juntas de conciliación y arbitraje de que todos los apoderados que litiguen deban identificarse con su cedula profesional y en caso de no presentar la misma que el trabajador sea asistido por el procurador de la defensa del trabajo.

Tercera. Que se establezca una circular de carácter obligatorio al personal que labora en las juntas de conciliación y arbitraje para que tengan un trato igualitario con los litigantes evitando preferencias hacia los apoderados que representan a los actores

Cuarta. Que se instruya a los presidentes de las juntas de conciliación y arbitraje para evitar coadyuvar en la tramitación de un procedimiento laboral fraudulento actuando oficiosamente al darle vista al ministerio público para que proceda de acuerdo con sus facultades.

Quinta. Modernizar la administración de justicia en materia laboral mediante el establecimiento de tecnologías informáticas como el del expediente virtual que le permita a los justiciables presentar escritos por internet, consultar los acuerdos y recibir notificaciones por correo electrónico lo que haría eficiente y transparente la administración de justicia laboral y evitaría la dilación de los acuerdos y las practicas de corrupción del

personal que labora en las juntas de conciliación y arbitraje y permitiría una evaluación de su desempeño.

Bibliografía

- Ferrara Francisco. La simulación de los negocios jurídicos. Revista de Derecho Privado. Madrid 1931.
- González Luna M. Santiago. Breves reflexiones en torno a la simulación y al fraude a la ley en el Código Fiscal de la Federación.
- Humberto Mauro Marsich. Manual de Deontología Jurídica. Ediciones Xaverianas. Primera Edición. 1998.
- Ovalle Favela José. Teoría General del Proceso. Editorial Oxford.
- Palomar de Miguel Juan. Diccionario para Juristas. Mayo Ediciones.
- Trueba Barrera Jorge. El problema laboral en México. Anuario VI. UNAM.

DIRECTORIO

DR. JOSE ALFREDO MIRANDA LOPEZ
RECTOR

MTRO. RICARDO LOPEZ FABRE
VICERECTOR ACADEMICO

MTRO. HERBERTO RODRÍGUEZ REGORDOSA
VICERECTOR DE POSGRADOS E INVESTIGACION

DR. FRANCISCO FERNANDO EUGENIO URRUTIA ALBIZUA
DIRECTOR DE INVESTIGACION

MTRA. EVA MARIA PEREZ CASTREJON
DIRECTORA DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS SOCIALES

MTRA. MARIA GRACIELA PAHUL ROBREDO
COORDINADORA DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS JURIDICAS

MTRO. ENRIQUE BRETON GONZALEZ
CATEDRATICO DE DERECHO Y CIENCIAS JURIDICAS

MTRA. MARIA CRISTINA CARRILLO GONZALEZ.
CATEDRATICA DE DERECHO Y CIENCIAS JURIDICAS

MTRO. JOSE FERNANDO GARCIA VILLANUEVA
CATEDRATICO DE DERECHO Y CIENCIAS JURIDICAS

DR. FELIPE MIGUEL CARRASCO FERNANDEZ
INVESTIGADOR

MTRA. NORMA ANGELICA HUERTA LOPEZ
COORDINADORA DEL BUFETE JURIDICO

DR. FELIPE MIGUEL CARRASCO FERNANDEZ
DIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA EMPRESA

Políticas Editoriales:

- a) Los trabajos deberán referirse al Derecho de la empresa y tener un contenido sobre temas relevantes y de actualidad.
- b) Podrán publicarse colaboraciones sobre otras disciplinas siempre y cuando el artículo las vincule con el Derecho de la empresa.
- c) Podrán publicarse diversos temas de Derecho sobre tópicos de actualidad.
- d) El trabajo se remitirá en medio electrónico en Word 2007 para Windows.
- e) Serán en hojas tamaño carta por un solo lado con un interlineado de 1.5 y letra Times New Roman de 12 puntos, los títulos y subtítulos en 14 pts. y numerados.
- f) Las palabras en idioma extranjero deberán subrayarse o escribirse en letra cursiva.
- g) Las notas, fuentes de citas deberán aparecer al final de cada hoja.
- h) Se deberá incluir título, autor, sumario, introducción, contenido, conclusiones y bibliografía.
- i) En la introducción el autor sintetizará en no más de una cuartilla las ideas centrales y conclusión de su trabajo.
- j) El sumario contendrá en números arábigos los subtítulos.
- k) El artículo deberá contener cinco palabras claves o *key words* a juicio de autor que permitan la clasificación del contenido de la colaboración..
- l) Las referencias bibliográficas deberán anotarse al final del artículo, consignando con exactitud sus elementos: nombre del autor o autores. título completo, país, editorial, año de publicación y números de páginas.
- m) Las siglas en el texto o en los cuadros o gráficas irán acompañadas de su equivalencia completa.
- n) La extensión de los trabajos será de 10 a 40 cuartillas (páginas) y estarán corregidos gramaticalmente por el autor para facilitar su edición.
- o) Las reseñas deberán tener una extensión de 2 a 4 cuartillas (páginas)
- p) Las reseñas bibliográficas deben ser de 3 a 7 por página.
- q) Cada colaboración vendrá precedida de una hoja que contenga:
 - a. Título del trabajo, de preferencia breve, centrado y sin sacrificio de la claridad.
 - b. Seguido del nombre del autor, alineado a la derecha de la hoja referenciado con un asterisco cuya reseña curricular deberá constar en la parte inferior de la hoja en no más de cinco renglones.
 - c. Indicación de domicilio, teléfonos u otros datos que permitan a la redacción de la revista localizar fácilmente al autor o autores con el objeto de aclarar ocasionalmente dudas sobre el contenido del artículo.
- r) El Consejo Editorial informará al autor del trabajo el número de la revista en que se publicará el mismo.

s) Los artículos deberán enviarse al Dr. Felipe Miguel Carrasco Fernández, a la siguiente dirección electrónica: felipemiguel.carrasco@upaep.mx

REVISTA DE DERECHO DE LA EMPRESA.

Año 2; No. 3; Enero a Junio 2012.

Es una publicación semestral editada por:

Universidad Autónoma del Estado de Puebla (UPAEP);

21 Sur No. 1103, Barrio de Santiago, Puebla, Pue.; C.P. 72410;

Teléfono +52 (222) 229.94.00, Lada sin costo 01800 224 22 00;

www.upaep.mx;

felipemiguel.carrasco@upaep.mx.

Director de la revista y Editor Responsable:

Felipe Miguel Carrasco Fernández.

Reservas de Derecho al Uso Exclusivo en trámite; ISSN en trámite; Licitud Título en trámite; Licitud de Contenido en trámite; ambos ante la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Responsable de la actualización de este número Universidad Autónoma del Estado de Puebla.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del editor y de la Universidad Autónoma del Estado de Puebla.

Políticas Editoriales:

- a) Los trabajos deberán referirse al Derecho de la empresa y tener un contenido sobre temas relevantes y de actualidad.
- b) Podrán publicarse colaboraciones sobre otras disciplinas siempre y cuando el artículo las vincule con el Derecho de la empresa.
- c) Podrán publicarse diversos temas de Derecho sobre tópicos de actualidad.
- d) El trabajo se remitirá en medio electrónico en Word 2007 para Windows.
- e) Serán en hojas tamaño carta por un solo lado con un interlineado de 1.5 y letra Times New Roman de 12 puntos, los títulos y subtítulos en 14 pts. y numerados.
- f) Las palabras en idioma extranjero deberán subrayarse o escribirse en letra cursiva.
- g) Las notas, fuentes de citas deberán aparecer al final de cada hoja.
- h) Se deberá incluir título, autor, sumario, introducción, contenido, conclusiones y bibliografía.
- i) En la introducción el autor sintetizará en no más de una cuartilla las ideas centrales y conclusión de su trabajo.
- j) El sumario contendrá en números arábigos los subtítulos.
- k) El artículo deberá contener cinco palabras claves o *key words* a juicio de autor que permitan la clasificación del contenido de la colaboración..
- l) Las referencias bibliográficas deberán anotarse al final del artículo, consignando con exactitud sus elementos: nombre del autor o autores. título completo, país, editorial, año de publicación y números de páginas.
- m) Las siglas en el texto o en los cuadros o gráficas irán acompañadas de su equivalencia completa.
- n) La extensión de los trabajos será de 10 a 40 cuartillas (paginas) y estarán corregidos gramaticalmente por el autor para facilitar su edición.
- o) Las reseñas deberán tener una extensión de 2 a 4 cuartillas (paginas)
- p) Las reseñas bibliográficas deben ser de 3 a 7 por pagina.
- q) Cada colaboración vendrá precedida de una hoja que contenga:
 - a. Título del trabajo, de preferencia breve, centrado y sin sacrificio de la claridad.
 - b. Seguido del nombre del autor, alineado a la derecha de la hoja referenciado con un asterisco cuya reseña curricular deberá constar en la parte inferior de la hoja en no más de cinco renglones.
 - c. Indicación de domicilio, teléfonos u otros datos que permitan a la redacción de la revista localizar fácilmente al autor o autores con el objeto de aclarar ocasionalmente dudas sobre el contenido del artículo.

- r) El Consejo Editorial informará al autor del trabajo el número de la revista en que se publicará el mismo.
- s) Los artículos deberán enviarse al Dr. Felipe Miguel Carrasco Fernández, a la siguiente dirección electrónica: felipemiguel.carrasco@upaep.mx