



UNIVERSIDAD CATOLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas

TRABAJO DE TITULACIÓN EXAMEN COMPLEXIVO PARA LA  
OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES,  
ESPECIALMENTE A LA INTIMIDAD FRENTE AL CONTROL  
DE USO DE LOS MENSAJES DE DATOS EN EL ÁMBITO  
LABORAL

Dr. Jaime Lenin Hurtado Angulo

15 de marzo del 2016



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

### CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el **Dr. Jaime Lenin Hurtado Angulo**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magíster en Derecho Procesal**.

### REVISORES

---

**Dr. Francisco Obando Freire**

---

**Mgs. Juan Carlos Vivar Álvarez Esp. Abg.**

### DIRECTOR DEL PROGRAMA

---

**Dr. Santiago Velázquez Velázquez**

**Guayaquil, a los 15 días del mes de marzo del año 2016**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Yo, Dr. Jaime Lenin Hurtado Angulo

**DECLARO QUE:**

El examen complejo **Protección de los derechos fundamentales, especialmente a la intimidad frente al control de uso de los mensajes de datos en el ámbito laboral** previo a la obtención del **Grado Académico de Magíster en Derecho Procesal**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

**Guayaquil, a los 15 días del mes de marzo del año 2016**

**EL AUTOR**

---

**Dr. Jaime Lenin Hurtado Angulo**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

**AUTORIZACIÓN**

**Yo, Dr. Jaime Lenin Hurtado Angulo**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen complejo **Protección de los derechos fundamentales, especialmente a la intimidad frente al control de uso de los mensajes de datos en el ámbito laboral** cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, a los 15 días del mes de marzo del año 2016**

**EL AUTOR:**

---

**Dr. Jaime Lenin Hurtado Angulo**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

**INFORME UNKUND**

The screenshot displays the URKUND interface with the following details:

- Documento:** trabajo de titulación- revisado- PROCESAL.docx (D1820882Z)
- Presentado:** 2016-02-27 11:55 ( 05:00)
- Presentado por:** Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obandoo@hotmail.com)
- Recibido:** santiago.velazquez.ucsg@analisis.urkund.com
- Mensaje:** RV: correcciones [Mostrar el mensaje completo](#)
- Summary:** 2% de esta aprox. 44 páginas de documentos largos se componen de texto presente en 5 fuentes.

**Lista de fuentes Bloques:**

Categoría	Enlace/nombre de archivo
	<a href="#">CASCANTE LUIS MDP_V.docx</a>
	<a href="http://web2facsaalud.blogspot.com/2009/08/software-social.html">http://web2facsaalud.blogspot.com/2009/08/software-social.html</a>
	<a href="http://www.superley.ec/SUMARIOS/INDICES%202001/ENERO/enero%20a%20junio_200...">http://www.superley.ec/SUMARIOS/INDICES%202001/ENERO/enero%20a%20junio_200...</a>
	<a href="https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/ficha_ahometod...">https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/ficha_ahometod...</a>
	<a href="http://docplayer.es/11251713-Universidad-catolica-de-santiago-de-guayaquil-facultad-d...">http://docplayer.es/11251713-Universidad-catolica-de-santiago-de-guayaquil-facultad-d...</a>
<b>Fuentes alternativas</b>	
La fuente no se usa	

**62% #1 Activo**

**CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el Dr. Jaime Lenin Hurtado Angulo, como requerimiento parcial para la obtención del

Grado Académico

de Magister en Derecho Procesal. REVISORES \_\_\_\_\_ Dr. Francisco Obando Freire \_\_\_\_\_ Mgs. Juan Carlos Vivar Alvarez Esp. Abg. DIRECTOR DEL PROGRAMA \_\_\_\_\_ Dr. Santiago Velázquez Velázquez Guayaquil, a los \_\_\_\_\_ días del mes de \_\_\_\_\_ del año 2016

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD Yo, Dr. Jaime Lenin Hurtado Angulo DECLARO QUE: El examen complejo Protección de los derechos fundamentales, especialmente a la intimidad frente al control de uso de los mensajes de datos en el ámbito laboral

previo

a la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Procesal,

ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría. En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico

del proyecto

de investigación del Grado Académico en mención.

**Fuente externa:** <http://docplayer.es/11251713-Universidad-catolica-de-santiago-de-guaya...> **62%**

**CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por Henry Martínez Pico, como requerimiento parcial para la obtención del

## **DEDICATORIA**

A Jaime Hurtado y Siria Angulo, mis padres, quienes mientras estuvieron entre nosotros, me enseñaron a tratar de cada día ignorar menos. A mi esposa, Maribel Sánchez, mi adorable compañera en el azaroso camino de la vida, quien me permite dedicarle un poco del tiempo de nuestra familia a mi prurito de permanente mejoramiento intelectual. A Alexander y Adriano, mis hijos, para quienes tengo el enorme compromiso de servir de inspiración.

## INDICE

<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>1</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>1</b>
<b>Breve descripción conceptual .....</b>	<b>3</b>
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>5</b>
<b>Desarrollo .....</b>	<b>5</b>
<b>Planteamiento del problema .....</b>	<b>5</b>
<b>Antecedentes.....</b>	<b>5</b>
<b>Descripción del Objeto de Investigación.....</b>	<b>7</b>
<b>Pregunta Principal de Investigación .....</b>	<b>9</b>
<b>Preguntas Complementarias de Investigación .....</b>	<b>10</b>
<b>Fundamentación Teórica .....</b>	<b>10</b>
<b>Antecedentes de Estudio.....</b>	<b>10</b>
<b>Bases Teóricas .....</b>	<b>11</b>
<b>Las Tecnologías de la Información y la Comunicación.....</b>	<b>11</b>
<b>USOS DE LAS TICs .....</b>	<b>13</b>
<b>REDES SOCIALES: GENERALIDADES.....</b>	<b>13</b>
<b>USOS DE LAS REDES SOCIALES EN LA EMPRESA .....</b>	<b>15</b>
<b>CONTROL DE USO DE LAS REDES SOCIALES EN LA EMPRESA.....</b>	<b>16</b>
<b>DERECHOS FUNDAMENTALES .....</b>	<b>20</b>
<b>DERECHOS DE LIBERTAD.....</b>	<b>21</b>
<b>DERECHOS DE CONFIGURACIÓN LEGAL .....</b>	<b>23</b>

<b>PRINCIPIO DE IGUALDAD JERÁRQUICA DE LOS DERECHOS</b>	
<b>CONSTITUCIONALES.....</b>	<b>24</b>
<b>ANTINOMIAS ENTRE DERECHOS CONSTITUCIONALES .....</b>	<b>27</b>
<b>PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....</b>	<b>29</b>
<b>TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS TRABAJADORES .....</b>	<b>37</b>
<b>EL DEBIDO PROCESO LABORAL .....</b>	<b>38</b>
<b>LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES .....</b>	<b>40</b>
<b>RELACIÓN JURÍDICO LABORAL .....</b>	<b>40</b>
<b>GARANTÍA DE ESTABILIDAD DE LOS TRABAJADORES .....</b>	<b>41</b>
<b>EL ACOSO Y SUS EFECTOS EN LAS RELACIONES LABORALES.....</b>	<b>44</b>
<b>CAUSALES Y FORMAS DE TERMINACIÓN DE LAS RELACIONES</b>	
<b>LABORALES.....</b>	<b>48</b>
<b>EL VISTO BUENO Y EL SUMARIO ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>60</b>
<b>PRUEBA LEGALMENTE ACTUADA .....</b>	<b>62</b>
<b>METODOLOGÍA.....</b>	<b>73</b>
<b>DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....</b>	<b>75</b>
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>76</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>76</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>77</b>
<b>REFERENCIAS .....</b>	<b>80</b>

## Resumen

El uso de las tecnologías de la información y la comunicación por parte de las empresas, ha provocado un importante cambio en la forma en la que interactúan empleadores y trabajadores. De un lado, la necesidad de protección de las inversiones realizadas para la implementación de mecanismos que permitan la optimización de las actividades empresariales, estableciendo controles y, por otro lado, el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores, en especial, a la intimidad y privacidad, demanda que se delimite las condiciones en que tales controles se deben realizar.

El análisis que se ha realizado en este trabajo de investigación es desde la perspectiva constitucional inicialmente y, por otro lado, desde el punto de vista de la necesaria garantía que deben tener aquellas personas que arriesgan su patrimonio en aras de mejorar la forma en la que proveen un producto o brindan un servicio. Se realizó una revisión de normas internacionales que nos llevaron a la conclusión de que son válidos los controles, en tanto sean conocidos por los trabajadores y que nunca se implementen en detrimento de su dignidad, lo cual es perfectamente aplicable en el Ecuador con el correcto uso de las normas constitucionales y legales vigentes en el país.

**Palabras Clave:** control de uso, derechos fundamentales, pruebas lícitas

## **Abstract**

The use of the communications and information technologies at work has provoked an important change in the way employers and employees interact. At first, the need of protection of the investment made for the implementation of such mechanisms, allow the optimization of the commercial activities setting controls and, in the other hand, the respect of the employees human rights, especially intimacy and privacy, demands to establish limits in which those controls could made

The analysis we´ve been made through this research work, is initially from the constitutional perspective and then from the point of view of the required warranty in favor of those people who risk their wealth to improve the way in which they offer a service or a product. We´ve done a study of the international laws that took us to the conclusion that the so called controls are valid while they are known for the employees and they won´t never use them to affect their dignity, the application of such a mechanism is perfectly valid with the equatorian constitution and laws.

**Key Words:** use control, fundamentals rights, permitted proof

## CAPÍTULO I

### Introducción

El objeto de estudio de esta investigación lo constituye el *Derecho Procesal*, siendo el campo de acción el Derecho Procesal Constitucional.

Con la implementación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en las actividades empresariales, se originó un problema derivado de la necesidad de asegurar, por parte de los empleadores, el buen uso de los recursos tecnológicos informáticos puestos a disposición de los trabajadores para el cumplimiento de sus funciones específicas. Tal incuestionable propósito derivó, al usárselo sin control alguno, en violación de los derechos fundamentales de los trabajadores, en consecuencia, para asegurar la coexistencia de los derechos tanto de los empleadores como de los trabajadores, se impone establecer límites al ejercicio de los derechos de quienes integran la relación jurídico laboral.

Para cumplir el objetivo anunciado, delimitamos el problema señalando como objeto de estudio, conceptos jurídicos informáticos que establecen los bienes jurídicos involucrados, para luego desde la perspectiva de los derechos fundamentales, establecer los alcances de los derechos en aparente conflicto y, finalmente se revisan los procedimientos que necesariamente deben emplearse para el aseguramiento de tales derechos, en especial: intimidad, privacidad, libertad de expresión y producción de información de los trabajadores

Como se propone en su momento, el problema de investigación planteado, se origina como consecuencia del uso de las TIC's en el ámbito laboral, es decir, no es

un asunto del que el Ecuador pueda reclamar exclusividad, es más bien un asunto global con obvias particularidades derivadas de las realidades concretas de cada región o país. Lo que sí resulta común son los efectos en el aumento de la conflictividad en el ámbito laboral, producida de manera directa por la violación de los derechos de los trabajadores identificados supra

Para cumplir con la propuesta indicada, emplearemos como *unidades de análisis*, la Constitución de la República del Ecuador, en lo que tiene relación con los derechos de libertad relacionados a los derechos de los trabajadores; la Ley del Sistema Nacional de Registros de Datos Públicos , en la parte relacionada a los Principios Generales para el acceso de los datos de carácter personal; Sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador, para determinar las condiciones de precedencia aplicables a la solución de las antinomias entre derechos de empleadores y trabajadores; Código del Trabajo, para determinar las causales de terminación de la relación jurídico laboral; la Ley Orgánica del Servicio Público, en lo relacionado a la causas de cesación definitiva de los empleados públicos y, desde luego, calificada doctrina que proporcione mecanismos de solución para los conflictos derivados del ejercicio arbitrario de los derechos de los derechos de los empleadores a implementar controles en los dispositivos informáticos entregados a los trabajadores para el cumplimiento de sus labores específicas.

La plena identificación de las condiciones de precedencia que permitan ponderar los derechos en conflicto, permitirá según queda demostrado, el aseguramiento del derecho de los empleadores a controlar racionalmente el uso de los recursos materiales tecnológicos informáticos, sin que se vean afectados los derechos de los trabajadores, logrando el sostenimiento de niveles razonables de productividad y un ambiente laboral libre de tensiones.

El objetivo general es identificar alternativas constitucionales y legales para precautelar el buen uso de los recursos materiales tecnológicos informáticos de los empleadores, asegurando el respeto de los derechos fundamentales de intimidad, libertad de expresión y producción de información de los trabajadores; los específicos son: a) Describir los sistemas de control de los recursos tecnológicos de la empresa; b) Señalar las lesivas consecuencias para el trabajador producidas por el acceso no autorizado de su información de carácter personal contenida en las redes informáticas de la empresa; c) Proporcionar a los empleadores un mecanismo de control del buen uso de los recursos materiales tecnológicos informáticos de sus empresas respetando los derechos fundamentales de los trabajadores

### **Breve descripción conceptual**

En el afán de enfrentar los desafíos que la globalización plantea a las personas dedicadas a la provisión de bienes y servicios como actividad empresarial habitual, se ha incorporado el uso de herramientas informáticas que estaban destinadas, hasta hace no mucho tiempo, exclusivamente a actividades particulares o de recreación. Se advirtió el enorme potencial que, para el aumento de la productividad, significa el uso de las herramientas informáticas, por lo tanto, se inició el uso de redes sociales como: Facebook, Twitter, Hi5, entre otras; asimismo, los blogs, empezaron a ser instrumentos de uso constante; por otro lado, no sólo se usaron tales instrumentos en tareas relacionadas a la empresa, sino que también se usaron, por parte de los trabajadores, para actividades particulares, en detrimento de la productividad, pues no sólo hablamos de los recursos materiales, sino también del uso de la jornada laboral de los empleados en tareas ajenas a la empresa.

Tal fue el motivo de iniciar la implementación de mecanismos (tecnológicos o no) de control del uso de los recursos materiales, tales como: teléfonos, faxes, redes informáticas, etc. y del tiempo que se emplea efectivamente en tareas laborales. Dicho empeño que inicialmente puede tener objetivos válidos, muy pronto se constituyó en una forma de violar derechos constitucionales, es decir, la información, que muchas veces tiene el carácter de personal, sirve para probar el uso no laboral de los herramientas informáticas o para conocer el criterio de los trabajadores sobre determinados temas relacionado a las actividades de la empresa o ajenas a ella que podrían ser consideradas contrarias al interés de la misma.

Como los derechos fundamentales de los trabajadores, son de igual relevancia e importancia que el de los empleadores, se debe establecer claros límites entre ellos capaz de lograr que el ambiente laborar sea lo menos conflictivo posible en beneficio de todos.

Finalmente, se impone una investigación orientada a fijar límites de los derechos involucrados, tanto cuando sus titulares sean los empleadores o sus trabajadores, promoviendo de esa forma, la continuidad en el uso de las nuevas tecnologías en el trabajo, en observancia de los derechos involucrados.

## CAPÍTULO II

### Desarrollo

#### Planteamiento del problema

##### Antecedentes

Las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs), se han constituido en un fenómeno omnipresente en todos los aspectos de las sociedades actuales, ese hecho ha provocado que tengamos que plantearnos nuevos paradigmas para las cosas más cotidianas, un ejemplo de ello es la dramática evolución en las formas de comunicarnos, la aparición de las llamadas redes sociales (Facebook, twitter, Hi5, etc.), en donde la amplitud de la interacción de los usuarios de tales redes llega a niveles inimaginables, en una novísima forma de interactuar en Internet, esto es, la WEB 2.0; en donde los usuarios no sólo son consumidores de la información, sino que son productores de ella, en lo que también se ha denominado *Periodismo Ciudadano*.

El Derecho a la Intimidad es uno de los derechos que mayor afectación ha sufrido como consecuencia del advenimiento de las tecnologías de la información y la comunicación, por lo tanto, es el derecho que mayor protección demanda. De otro lado, sería poco probable que los empresarios resuelvan invertir sus recursos en circunstancias en que no puedan ejercer ningún tipo de control que garantice el buen uso de los mismos. Es inconcebible que se pretenda hacer prevalecer, en abstracto, un derecho sobre el otro, cuando de las propias legislaciones se puede inferir un mecanismo que permita lograr el objetivo de implementar técnicas informáticas o de

nuevas tecnologías para optimizar los procesos productivos, sin afectar el derecho a la Intimidad de los trabajadores. Ese es uno de los objetivos que se plantea este trabajo de investigación.

El pleno conocimiento de la naturaleza de los derechos fundamentales, es nuestro criterio, va permitir a todos los involucrados en la relación jurídica laboral, establecer mecanismos para su plena observancia y ejercicio en armonía. De igual manera, se debe conocer las correctas formas de utilizar los recursos tecnológicos de nueva tecnología para no exponer información que pueda considerarse sensible, a la intromisión de terceros no autorizados por el titular de tal información.

Es un principio procesal, el de la verdad procesal, es decir, aquello que pueda justificarse plenamente en un proceso judicial, es lo único que puede servir de base para la resolución que tome aquel funcionario ante quien, el que reclame por la violación de un derecho del que se reconozca como su titular, haya iniciado un proceso determinado en ejercicio de su derecho a la Tutela Judicial Efectiva. Lo anterior, implica utilizar los medios probatorios que se tengan al alcance para incorporar al proceso, todos los indicios que permitan presumir que quien ejerce una determinada acción, ha sufrido la violación de sus derechos subjetivos y, por lo tanto, requiere la reparación condigna.

El debido proceso, como veremos, siendo parte de la Tutela Judicial Efectiva, señala las formas válidas para incorporar al proceso las pruebas que permitan sustentar una determinada posición. Todo aquello que se realice en violación de tales formas, se considerará ilícito y no deberá ser considerado por el juzgador para motivar su resolución.

Pretendemos, al finalizar el presente trabajo de investigación, dejar sentadas las condiciones de precedencia que permitan establecer la prevalencia de determinados derechos sobre otros en el marco de tales condiciones, vale decir, criterios que servirán, en su momento, para ponderar los derechos, cuyos contenidos esenciales, puedan coincidir en sus alcances, provocando conflictos.

### **Descripción del Objeto de Investigación**

La necesidad de los empleadores de asegurar el buen uso de los recursos materiales de la empresa, particularmente los informáticos, ha hecho que se llegue en muchas ocasiones a disponer el monitoreo de los mensajes de datos, particularmente las cuentas de correo electrónico de los empleados y hasta las que tienen en las redes sociales, con la consiguiente colisión de los derechos de ambas partes, antinomia que requiere de solución en el marco procesal constitucional vigente en el país.

Como toda innovación tecnológica, las TICs, no solamente tienen implícitas aspectos positivos, existen serias afectaciones a derechos que, hasta hace poco tiempo considerábamos incuestionables. En el ámbito laboral, se ha afirmado recurrentemente que el uso de los recursos técnicos destinados a realizar actividades propias del giro del negocio, para acceder a las llamadas redes sociales, incide negativamente en la productividad de la Empresa, en consecuencia, no sólo que se ha llegado a prohibir su uso, sino que se ha adoptado como práctica el ingreso a las casillas electrónicas (no institucionales) de los empleados, para establecer la naturaleza de la información que contienen, en lo que podría considerarse una violación al derecho de secreto de la correspondencia, Derecho Fundamental consagrado en el Art. 66.21 de la Constitución de la República, entre otras cosas y si a eso se suma, que las expresiones vertidas en ejercicio de la libertad de expresión y

a producir información (Art. 18.1 de la Carta Fundamental), sirven de base, cada vez con mayor frecuencia, para la instauración de procesos que tienen como objetivo la sanción de los trabajadores por la información consignada en tales medios informáticos (bloqs, redes sociales, correos electrónicos, sitios web, etc.), el nivel de afectación se incrementa.

El 28 de septiembre del 2008, el país en Referendo aprobó la nueva Constitución de la República del Ecuador (CRE) y desde el 20 de octubre del 2008, entró en vigencia tras su publicación en el Registro Oficial No. 449 de dicha fecha, en ella, se categoriza nuestro país como: un “Estado Constitucional de Derechos y justicia...” (Asamblea Constituyente, 2008) ello implica que todas las actuaciones de las entidades públicas y privadas, así como todos los ciudadanos y ciudadanas, deben encuadrarse en los parámetros señalados en la CRE, especialmente en lo referente al ejercicio y respeto de los derechos fundamentales, muy en especial, el derecho de intimidad, el derecho a la privacidad, el secreto de correspondencia, etc. Por otro lado, en función de lo señalado en el Art. 11.3 de la Constitución de la República, frente a ello, se yergue el derecho a la propiedad privada y la libertad de contratación (Art. 66.26 CRE); en primer término se señala que los empleadores tienen el derecho de cuidar que a los recursos materiales de su negocio se les dé el uso a los que están destinados y no se los emplee para asuntos de índole personal, asegurando de esta forma la elevada productividad de su negocio. Frente a ello, es necesario determinar qué derecho prevalece en el caso concreto que se plantea, aplicando las técnicas de interpretación constitucional, en particular, los principios de ponderación y proporcionalidad, establecidos en el Art. 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Hoy es muy común que en la normativa laboral, tanto en lo relacionado al sector público como al privado, se incluya una disposición que considere falta grave susceptible de, por medio de un proceso de visto bueno o de proceso sumario administrativo, según el caso, de acuerdo a lo establecido en el Código del Trabajo o en la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP); dar por terminadas las relaciones laborales y normalmente la prueba que se aporta en los procesos respectivos, es obtenida mediante el acceso, regularmente no autorizado, de las casillas electrónicas de los empleados o de sus cuentas en las redes sociales. Es por tanto, de extrema importancia, establecer si tal actitud se puede considerar legal; es vital para aceptar como medio probatorio documental, la presentación del mensaje de datos (correo electrónico) durante el desarrollo de la etapa de investigación orientado a sancionar si dicho medio probatorio fue obtenido en respeto irrestricto a la Constitución y la Ley, esto como consecuencia de la aplicación de lo señalado en la Constitución sobre las condiciones impuestas para la admisión de pruebas, Art. 66. 4 de la Constitución de la República: “4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”, es decir, la denominada en la doctrina procesal: PRUEBA ILÍCITA. Todo lo anterior en la revisión del objeto principal de estudio del presente trabajo, esto es, el Uso de los Mensajes de Datos en el Ámbito Laboral, y la situación problemática, es decir, los controles que pueden implementar los empleadores sin afectar derechos fundamentales de sus trabajadores.

### **Pregunta Principal de Investigación**

¿QUE ALTERNATIVAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES SE PUEDEN DETERMINAR PARA PRECAUTELAR EL BUEN USO DE LOS RECURSOS MATERIALES DE LOS EMPLEADORES, EN ESPECIAL LOS

TECNOLOGICOS, ASEGURANDO EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE INTIMIDAD, LIBERTAD DE EXPRESION Y PRODUCCION DE INFORMACION DE LOS TRABAJADORES?

### **Preguntas Complementarias de Investigación**

1. ¿Qué mecanismos de control de los recursos de las empresa se pueden implementar para evitar el uso ajeno a los objetivos empresariales por parte de los trabajadores?
2. ¿Qué consecuencias produce en los trabajadores el acceso no autorizado a su información personal contenida en los sistemas informáticos de la empresa?
3. ¿Qué mecanismos de control del uso de los recursos tecnológicos de las empresas se pueden implementar, respetando los derechos fundamentales de los trabajadores?

### **Fundamentación Teórica**

#### **Antecedentes de Estudio**

En países en los que se hace un uso intenso de las tecnologías de la información y la comunicación, incluso en el ámbito laboral, tales como los Estados Unidos de América, y aquellos de la Unión Europea, los inevitables controles sobre los recursos tecnológicos informáticos para impedir su uso ajeno a los objetivos empresariales, se ha constituido en una forma de sistemática violación de los derechos de los trabajadores, aumentando a niveles insostenibles, los conflictos en las relaciones laborales. Por tal motivo, se ha iniciado la aprobación de normas laborales específicas para reglar tales controles, tal es en caso de España y el Reino Unido. En los países en vías de desarrollo, poco se ha investigado sobre el asunto debido, a nuestro entender, al escaso uso de las TIC's en las sociedades en general y,

en el ámbito laboral en particular. En otros casos, se está haciendo un uso analógico de las normas laborales existentes, a falta de una reglamentación específica de tal fenómeno.

## **Bases Teóricas**

### **Las Tecnologías de la Información y la Comunicación**

La obtención de información, es una actividad recurrente en la historia de la humanidad. El ser humano, ha requerido analizar el entorno que lo rodea, procesar los datos que, de ese análisis obtiene y, con la información resultante de tal procesamiento, tomar la mejor decisión posible. Cuando el nivel de complejidad de las civilizaciones ha aumentado y, con ello, el volumen de los datos que produce, se hizo necesario el uso de mecanismos que permitieran acelerar el procesamiento para mantener el objetivo de la información, vale decir, tomar decisiones. Ese fue el punto de partida de la llamada ERA INFORMÁTICA<sup>1</sup>.

Con el advenimiento de la Era Informática y el uso de sus instrumentos, se dio inicio, casi al mismo tiempo, al desarrollo de la Sociedad de la Información, entendida ésta como: “Aquella en la cual las tecnologías que facilitan la creación, distribución y manipulación de la información juegan un papel importante en las actividades sociales, culturales y económicas” (Mora, 2011)

En este reciente y dinámico contexto conocido como sociedad de la información, localizamos como caracteres esenciales la bidireccionalidad de la información y la generalizada expansión de las tecnologías que permiten su

---

<sup>1</sup> Entendida la Informática, como la ciencia del estudio del procesamiento automático de los datos, los que convertidos en información, con las características que le son propias, sirven de base para el proceso de tomar decisiones.

tratamiento. De este modo, nos enfrentamos a un mundo donde todo interactúa y se retroalimenta, en el que la información cada vez emana de un número mayor de fuentes y se dirige a un público más amplio y diverso. Naturalmente, la difusión de la información contenida en este caudaloso flujo va a provocar innumerables consecuencias en el ámbito de los derechos, libertades, actitudes y relaciones sociales. En concreto, dado que le afecta de manera directa, no es de extrañar que las tecnologías informacionales y la sociedad que han creado afecten el alcance y contenido del derecho a la información (Rico, 2007, p. 72)

En la historia de la humanidad, se han producido lo que denominamos hitos tecnológicos; es decir, en cada etapa del desarrollo humano, podemos ubicar que el procesamiento de datos ha producido información que derivada en conocimiento, ha permitido caracterizar, desde el punto de vista de la tecnología, las distintas etapas históricas; así podemos identificar el fuego, la rueda, la imprenta, la máquina de vapor como señas de una etapa histórica en particular. Pues, en nuestros días, podemos sin lugar a ninguna duda, ubicar la información como señal característica incuestionable de la presente etapa del desarrollo humano.

Se debe precisar que la información no surge en nuestros tiempos, siempre ha existido, lo que podemos afirmar, es que ahora ha adquirido una gran relevancia, producto del enorme volumen de datos que se han valido de las herramientas informáticas para obtener una cada vez mayor cantidad de información. Precisamente, las herramientas empleadas para el procesamiento de los datos, están agrupadas en lo que conocemos como Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC's).

## USOS DE LAS TICs

Las TIC's Sirven para optimizar el manejo de la información y el desarrollo de la comunicación. Permiten actuar sobre la información y generar mayor conocimiento e inteligencia. Abarcan todos los ámbitos de la experiencia humana. Están en todas partes y modifican los ámbitos de la experiencia cotidiana: el trabajo, las formas de estudiar, las modalidades para comprar y vender, los trámites, el aprendizaje y el acceso a la salud, entre otros

En las sociedades actuales, no se concibe ninguna actividad en la que no se involucre el uso de las herramientas informáticas. Lo que hasta hace menos de tres décadas era considerado un lujo al que sólo podían tener acceso las élites, hoy se considera parte de nuestra vida diaria, al punto de que se habla de analfabetismo digital, padecimiento que se atribuye a aquella persona que no ha tenido acceso a las TIC's, es decir, la *brecha digital*<sup>2</sup>.

## REDES SOCIALES: GENERALIDADES

Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC's), no sólo han permitido que se logre procesar datos en el camino de obtener información, en un cantidad y velocidad antes nunca conocidas, sino que han eliminado las fronteras nacionales, al permitir que los usuarios de estas tecnologías, muy en particular de Internet, interactúen intercambiando información; tengan acceso a todo tipo de conocimiento y, más recientemente, han sido el lugar en el que se puede ejercer, prácticamente sin limitación alguna, uno de los más sentidos derechos

---

<sup>2</sup> Según el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), el 31.4 % de los 14.483.499 ecuatorianos usaron Internet en el último año. Se trata de una cifra que evidencia los avances que ha tenido el país en los últimos años en cuanto al acceso a esta tecnología, pero también revela que aún hay mucho por hacer para que la mayoría de la población ecuatoriana acceda al ciberespacio. Tomado de <http://www.fundamedios.org/autorregulacion-capacitacion/articulos/contra-la-brecha-digital-en-ecuador>. Consultado el 17 de abril de 2014

fundamentales, esto es, la libertad de expresión. Precisamente es en esta última arista de las TIC's, en donde encajan a la perfección las redes sociales, nacidas originalmente para mantener contacto con amigos de la infancia, luego con aquellos con los que se tuviera intereses comunes de cualquier índole, para finalmente convertirse en una fusión de todas esas razones que orientaron la creación de estas herramientas.

Podemos definir, de manera amplia las redes sociales *on line* como aquellos servicios de la sociedad de la información que ofrecen a los usuarios una plataforma de comunicación a través de Internet para que éstos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de redes en base a criterios comunes y permitiendo la conexión con otros usuarios y su interacción. De esta manera se crea el fenómeno viral cuya clave es la vinculación entre usuarios. Las vinculaciones se miden en grados, donde el primer grado serían los contactos directos, el segundo los contactos de los contactos y así sucesivamente de forma que, a mayor número de usuarios, mayor número de vinculaciones y mayor la red (Rallo, 2010, p. 24)

La participación activa es una de las peculiaridades con las que se han venido desarrollando este tipo de comunidades ya que, desde el inicio, sus miembros buscan su crecimiento al invitar por medio de mensajes a otros posibles participantes de su propia red social. Los nuevos participantes repiten el proceso, creciendo exponencialmente el número total de enlaces en la red. Es por ello que incluso ya se habla del término *software social* para que las redes sociales sean más eficaces operando bajo tres ejes rectores o las 3C's: **comunicación** (el intercambio de información y conocimientos), **comunidad** (el sentido de pertenencia e identidad) y **cooperación** (el ánimo de solidaridad entre los miembros para que las redes sigan

funcionando sin perder la esencia para las que fueron creadas (Reyes, Servin, Suárez, 2010, p. 131)

Como se advierte, el uso intenso de las herramientas informáticas, han provocado la aparición incluso de nuevos términos para describir nuevas realidades sociales, derivadas de tal uso; así nos hemos referido a *software social*, entendido éste, como el conjunto de aplicaciones que permiten que los individuos se comuniquen entre sí y que sigan sus conversaciones a través de la Web. En la actualidad este concepto no sólo se refiere a la interacción a través de grupos sociales, sino también a las herramientas y servicios que permiten compartir, etiquetar y distribuir objetos digitales (audio, video, imágenes); y a los aplicativos de trabajo colaborativo como blogs, wikis y foros entre otros. El concepto de software social está estrechamente unido al de *inteligencia colectiva* (Alvarez, 2009); entendida ésta última como: el aumento de la contribución de los usuarios lleva al crecimiento de la inteligencia colectiva que genera contenidos dinámicos que cambian constantemente hacia la mejoría. Este interés en aportar a los contenidos crea sentido de comunidad, empoderamiento y de propiedad por parte de los usuarios. En algunos casos el conocimiento aficionado procesado a través del concepto de inteligencia colectiva puede igualar al conocimiento especializado como se puede demostrar con el ejemplo de Wikipedia. También puede encontrar el término *smart mobs* como sinónimo (Alvarez, 2009)

## **USOS DE LAS REDES SOCIALES EN LA EMPRESA**

Como consecuencia del extendido uso de Internet en las sociedades actuales y las redes sociales en particular, éstas se han transformado en una herramienta económica de inestimable valor, por lo tanto, no son pocas las compañías que,

reconociendo su potencial, las han adoptado como parte de los recursos que emplean cotidianamente en sus actividades. Como todo, este hecho representa una ventaja, así como una limitación, en especial, en lo relativo a la seguridad, pues siendo la información un activo de trascendental importancia, su circulación en la redes sociales, constituye un grave riesgo que demanda la adopción de medidas especiales de seguridad que garanticen su confidencialidad. En definitiva, el uso de las redes sociales en actividades empresariales, exige el control necesario para sea una factor de desarrollo y no de distracción.

### **Ventajas del uso de las redes sociales en la Empresa**

1. Mejoran la colaboración
2. Facilitan la gestión del conocimiento
3. Refuerzan el compromiso de los empleados
4. Mejoran la comunicación con el cliente
5. Ofrecen nuevas vías de comunicación cuando no se puede recurrir a otros tipos de comunicación
6. Ayudan en la selección de recursos humanos

### **Limitaciones**

1. Aumentan la vulnerabilidad de la seguridad de la información
2. Riesgos para la confidencialidad de la información
3. Puede dañar la reputación de la empresa

### **CONTROL DE USO DE LAS REDES SOCIALES EN LA EMPRESA**

Las redes sociales usadas en el ámbito laboral, son recursos tecnológicos de la empresa y, en consecuencia, están sometidas al control de uso como cualquier otro recurso. El problema estriba en los límites que tal control debe observar para no

trasgredir derechos de quienes trabajan con tales recursos. Ni las legislaciones ni la doctrina pertinente, han encontrado una solución unívoca para tal situación, los problemas surgidos, han sido resueltos de acuerdo a las circunstancias concretas, sin que hasta la presente fecha exista una solución en abstracto para estas controversias.

Existen antecedentes normativos y jurisprudenciales en la legislación comparada que le atribuyen a los empleadores, el derecho de control de los recursos informáticos proporcionados para el cumplimiento de la prestación laboral a la que sus empleados se han comprometido en función del contrato de trabajo. Especial atención merece el caso español, en el que se ha logrado elaborar una doctrina bastante bien estructurada al efecto.

El Art. 18 del Estatuto de los Trabajadores, equivalente español al Código del Trabajo ecuatoriano, señala:

Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.

Esta disposición ha sido utilizada en no pocas ocasiones para pretender justificar el despido de trabajadores, como consecuencia de haberse detectado el uso no autorizado de recursos del empleador en labores ajenas a la actividad empresarial; en virtud de la disparidad de fallos, el Tribunal Supremo español, como Tribunal de Casación para la unificación de la doctrina, ha señalado como parámetros de control

de los recursos informáticos de la empresa, en primer lugar, que se debe advertir a los trabajadores acerca de la implementación de controles de los dispositivos informáticos; luego, qué tipo de controles se están implementando y, cualquiera que sea el caso, debe respetarse, con absoluta prolijidad, el derecho a la intimidad de los trabajadores, así como su dignidad.

“...Por ello, lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de 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 existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado «una expectativa razonable de intimidad» en los términos que establecen las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (caso Halford) y 3 de abril de 2007 (caso Copland) para valorar la existencia de una lesión del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos.

La segunda precisión o matización, se refiere al alcance de la protección a la intimidad, que es compatible, con el control lícito al que se ha hecho referencia. Es claro que las comunicaciones telefónicas y el correo

electrónico están incluidos en este ámbito con la protección adicional que deriva de la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones. La garantía de la intimidad también se extiende a los archivos personales del trabajador que se encuentran en el ordenador. La aplicación de la garantía podría ser más discutible en el presente caso, pues no se trata de comunicaciones, ni de archivos personales, sino de los denominados archivos temporales, que son copias que se guardan automáticamente en el disco duro de los lugares visitados a través de Internet. Se trata más bien de rastros o huellas de la «navegación» en Internet y no de informaciones de carácter personal que se guardan con carácter reservado. Pero hay que entender que estos archivos también entran, en principio, dentro de la protección de la intimidad, sin perjuicio de lo ya dicho sobre las advertencias de la empresa. Así lo establece la sentencia de 3 de abril de 2007 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando señala que están incluidos en la protección del artículo 8 del Convenio Europeo de derechos humanos «la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet» y es que esos archivos pueden contener datos sensibles en orden a la intimidad, en la medida que pueden incorporar informaciones reveladores sobre determinados aspectos de la vida privada (ideología, orientación sexual, aficiones personales, etc)...” (Tribunal Supremo, 2007)

Como se puede advertir de la lectura de la parte del fallo transcrito, se trata del control del uso del ordenador. Al tratarse del control del uso de las redes sociales, poco o nada se ha dicho, sobre todo cuando tales redes pueden ser accesadas desde cualquier computador ubicada en cualquier sitio, en tal caso, los controles que los

empleadores españoles pueden implementar sobre los ordenadores de su propiedad, entregados a sus trabajadores para el cumplimiento de las prestaciones laborales, tienen poco o ninguna relevancia, frente a la potencial afectación a sus intereses.

Las redes sociales, así como todos los otros recursos tecnológicos que eventualmente se implementen en el desarrollo de cualquier actividad productiva, deben ser usadas en la medida que ello implica una mejora en la prestación del servicio objeto de la actividad empresarial o la venta de los productos que se oferten en el mismo escenario. Como esperamos haber dejado claramente establecido, los avances informáticos deben ser implementados cuando realmente redunden en una mejora en la actividad empresarial, es decir, no se recomienda su uso, por el sólo hecho de responder a una determinada tendencia. No observar tal realidad, ocasionaría que aquello que estaba concebido para lograr facilitar el desarrollo de las labores productivas, se podría convertir en fuente de conflictos, produciendo el efecto exactamente contrario a lo inicialmente pretendido.

## **DERECHOS FUNDAMENTALES**

Son Derechos Fundamentales, todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar, entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas (Ferrajoli, 2009, p. 37)

A partir de la aprobación de la Constitución de la República en la Asamblea Constituyente de Montecristi, el 24 de julio del 2008 y de su ratificación en el Referendo del 28 de septiembre del mismo año, el Ecuador pasó a constituirse en un Estado de Derechos y Justicia. Como consecuencia de lo indicado, los Derechos Fundamentales pasaron a tener una fuerza normativa nunca antes observada, donde los derechos humanos positivados, a partir de la nueva categorización del Ecuador consagrada en el Art. 1 de la Constitución de la República, pasan a tener directa aplicación, sin requerir norma legal secundaria alguna para tal efecto, así lo señala el Art. 11.3 de la Carta Fundamental.

No sólo los derechos expresamente señalados en la Constitución, son reconocidos como Derechos Fundamentales, existen las llamadas *normas adscritas* a la Ley Fundamental, es decir, normas que no constan en la Constitución y sin embargo, contienen derechos fundamentales. “El criterio para determinar que la norma en cuestión es una norma de derecho fundamental es que sea posible aducir una fundamentación iusfundamental correcta para la adscripción a una disposición de derecho fundamental” (Alexy, 2008, p. 62)

## **DERECHOS DE LIBERTAD**

En la evolución normativa de los derechos fundamentales, sólo para efectos de estudio, se reconocen *generaciones* en función del alcance de tales derechos. La Primera Generación la forman todos aquellos derechos subjetivos, esto es, derechos individuales tales como el derecho a la vida, a la libertad e integridad personales, etc.; La Segunda generación, reconoce derechos sociales económicos y culturales y; la Tercera, en la que hacen su aparición y obtienen reconocimiento, los derechos colectivos, tales como; el derecho a la paz, a la calidad de vida, libertad informática.

Los derechos de libertad, son los que en realidad puede ser procesalmente de aplicación de manera directa e inmediata, debido a que no requieren legislación que indique su plena vigencia en beneficio de todas las personas, simplemente por el hecho de ser tales, de su derecho a la vida, a no ser sometida a tratos crueles e inhumanos, etc. En la Constitución de la República del Ecuador, están reconocidos en el Capítulo VI, y la Corte Constitucional se ha referido con frecuencia a ellos en sus fallos.

Tradicionalmente, se ha concebido al Estado y reconocido a los derechos exclusivamente desde una perspectiva liberal tradicional, donde los derechos tutelables solían ser los denominados derechos de libertad, particularmente, aquellos de dimensiones de exigencia individual y de fuente ex contractual. De esa forma, las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos, montubios entre otros, se vieron desplazados históricamente del goce de sus derechos, entre otras razones, a causa de su categorización como grupos minoritarios, y de la homogeneidad identitaria que giraba alrededor de los conceptos de Estado - Nación unitario (Corte Constitucional, Sentencia, 2010)

Es importante destacar, que tampoco estos derechos, son absolutos. El derecho a la vida, se ve menoscabado, cuando la legislación penal reconoce como eximente de responsabilidad, las causas de justificación, entre ellas, la legítima defensa, en tanto cumpla con los requisitos de; agresión ilegítima, actual y se observe proporcionalidad en los medios empleados para ejercer tal defensa; es decir, se puede matar a una persona y, de probarse la existencia de una causa de justificación, como la legítima defensa, no existirá antijuridicidad en la acción y, en consecuencia, tampoco delito.

## **DERECHOS DE CONFIGURACIÓN LEGAL**

Frente a los derechos de libertad, se ubican los derechos fundamentales que requieren una actividad determinada, generalmente del Estado, pero también en ocasiones, de particulares; para cumplir con los presupuestos normativos de las leyes que consagran este tipo de derechos.

Es deber del Estado, en observancia de este tipo de derechos fundamentales, abstenerse de la realización de todo aquello que dificulte o imposibilite el pleno ejercicio de dichos derechos, en tales casos, estaremos en presencia de los llamados derechos de defensa; cuando se exige del Estado, una prestación fáctica o normativa para asegurar ese ejercicio pleno de los derechos fundamentales, nos encontramos frente a los derechos prestacionales o de configuración legal.

Quien hable de «derechos prestacionales» se refiere, por lo general, a acciones positivas fácticas. Este tipo de derechos que están referidos a prestaciones fácticas que, en principio, también podrían llevar a cabo un sujeto particular, serán llamados «derechos prestacionales en sentido estricto». Se puede hablar no sólo de prestaciones fácticas sino también, de prestaciones normativas.

Cuando se trata de éstas últimas, los derechos a acciones positivas normativas adquieren también el carácter de derechos prestacionales (Alexy, 2008, p. 172)

Sobre este tipo de derechos, es de extrema utilidad, a efectos del presente análisis, considerar el criterio del Tribunal Constitucional español, el que se ha convertido en referente como consecuencia de su importante y trascendente elaboración jurisprudencial:

Con base en la STC 49/1988, de 22 de marzo, se hace hincapié en que el derecho de fundación, reconocido en el art. 34 CE, es de configuración legal, pues la

propia Constitución se refiere a su ejercicio *con arreglo a la ley*. Esto supone que una vulneración constitucional de este derecho requerirá que el régimen previsto por la norma impugnada no sólo contradiga la ley reguladora del ejercicio del derecho, sino también que su contenido afecte alguno de los elementos fundamentales que inspira la figura jurídica de la fundación (Tribunal Constitucional, 2013)

## **PRINCIPIO DE IGUALDAD JERÁRQUICA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES**

La persona humana, como fundamento a partir de cual se desprenden los derechos humanos, tienen una naturaleza que ontológicamente es una realidad unitaria y coherente cuya plena realización rechaza cualquier tipo de contradicción interna. Consecuentemente, si los derechos del hombre son desprendimiento o manifestaciones de una realidad unitaria y coherente porque la naturaleza humana no puede ser un caos de contradicciones, entonces de ahí no pueden brotar derechos que sean contradictorios entre sí de modo que generen situaciones conflictuales entre ellos (Castillo, 2007, p. 334)

El criterio doctrinario precedente, se ve reflejado en la nuestra Ley Fundamental, cuando se expresa en su Art. 11: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:... 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”. Siendo la Constitución un todo orgánico, su interpretación debe ser sistemática, en el sentido de armonizar todos los derechos que contiene; concordamos con la parte de la doctrina constitucional que sostiene que es inconcebible que se indique que un

derecho prevalece sobre otro, pues eso implicaría admitir que el texto constitucional es disperso y contradictorio.

La Constitución del Ecuador, se lo atribuimos a su reciente promulgación, es una de las pocas en las que expresamente se señala la igualdad jerárquica de los derechos fundamentales, algunas establecen criterios de ponderación; tal es el caso de la Constitución de la República Dominicana:

*Art. 74.- Principios de reglamentación e interpretación.- La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes: ...4) Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución”; y, otras, como la Constitución del Estado de Bolivia, señalan: “Art. 13: ... II. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros.*

Finalmente, la Corte Constitucional ecuatoriana, ha relevado notoriamente la precitada característica de los derechos fundamentales, lo ha hecho en los siguientes términos:

Primero que nada, cabe resaltar que uno de los principales efectos que trae consigo el Estado Constitucional y la visión de la ciencia jurídica, el neoconstitucionalismo, es la incorporación de contenidos axiológicos o materiales en la Constitución, mismos que se encuentran plasmados en

principios y derechos constitucionales. Todos ellos, independientemente de si se trata del derecho a la vida, al honor, derechos del medio ambiente etc., ante las circunstancias de un caso concreto, pueden llegar a colisionar. Ante ello, la técnica a aplicar es la ponderación jurídica,<sup>12</sup> la misma que pretende dilucidar cuál de los derechos en pugna resulta aplicable al caso concreto. Cabe señalar que la prevalencia que se pueda determinar en un caso concreto en beneficio de determinado derecho y en desmedro de otro, acompañado de una alta carga de argumentación jurídica y racionalidad, no involucra bajo ninguna circunstancia privar de eficacia al derecho perdedor. Precisamente por ello, la ponderación debe ser realizada en concreto y jamás en abstracto, menos aún cuando la Constitución prevé en norma expresa que los derechos son de igual jerarquía. A partir de lo dicho, resulta también preocupante que la Corte Nacional de Justicia haya efectuado una ponderación de derechos en abstracto, lo que se traduce en un desconocimiento del principio de igualdad jerárquica de los derechos, consagrado en el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución de la República. Se insiste: la técnica de la ponderación, en estricto respeto al precepto constitucional citado, sólo cabe aplicarse en concreto y jamás se puede sostener de antemano que determinado derecho prevalece sobre los demás (Corte Constitucional, Sentencia, 2010)

El derecho a la Tutela Judicial Efectiva, es uno de los principales derechos de los que hemos denominado de configuración legal pues, tal como expondremos, requiere de normas expresas que viabilicen el ejercicio de este derecho fundamental. Tratándose de los trabajadores, la ley ha establecido todo

un sistema especial para resolver los conflictos derivados de la relación jurídica laboral.

## **ANTINOMIAS ENTRE DERECHOS CONSTITUCIONALES**

Como esperamos haber dejado claramente establecido, compartimos el criterio de no admitir la existencia de derechos constitucionales contrapuestos, pero también es claro que, en función de las circunstancias, cabe referirnos al alcance de los derechos fundamentales, sus límites, si acaso, sus restricciones.

En la doctrina constitucional, se hace referencia a esta necesidad, al estudiar la garantía del *contenido esencial*, el principio de la *doble dimensión* de los derechos fundamentales y los llamados *conflictos* entre ellos.

“La Garantía del Contenido Esencial de los derechos fundamentales, puede formularse de modo general, de la siguiente manera; todo derecho constitucional o fundamental cuenta con un contenido jurídico constitucional, el cual es jurídicamente determinable y exigible al poder político y a los particulares” (Castillo, 2007, p. 220). Es perfectamente lógico que, para poder proteger un derecho, a través de una acción concreta del Estado o de los particulares o de una abstención, se debe tener perfectamente claro su alcance, pues puede ocurrir que una conducta pueda ser vista como el ejercicio de un derecho, pero también como la violación de otro. Imaginemos el caso que, un determinado sector de la población proponga la explotación de los recursos naturales no renovables en una zona del país considerada intangible por la fragilidad de su ecosistema, con el argumento de procurar el buen vivir que la Constitución ecuatoriana propone como paradigma; mas sin embargo, algún colectivo, ejerciendo, en nombre de la Naturaleza, el derecho al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales Art. 71 CRE (Asamblea Constituyente 2008),

propone una acción jurisdiccional para proteger tales derechos. Para dirimir el aparente conflicto, se debe determinar el alcance de los derechos involucrados, es decir, su *contenido esencial*. En igual línea de análisis, se puede colegir, que este concepto constituye el marco dentro del cual se puede normar el ejercicio de los derechos fundamentales y siempre mediante la expedición de leyes orgánicas, cuidando de no afectar su alcance; en consecuencia, es imperioso establecer un mecanismo que posibilite la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera que se pueda lograr su adecuada protección. El Tribunal Constitucional Español, propone dos caminos para la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales: la determinación de la naturaleza jurídica del derecho y la determinación de los intereses que éste derecho está destinado a proteger. Una definición completa del mencionado contenido exige que estos dos mecanismos sean actuados necesariamente de modo complementario (CASTILLO, 2007, 223)

En cuanto a la *doble dimensión* de los derechos fundamentales, ésta que bien puede ser llamada una característica de estos derechos, se refiere a la facultad de los ciudadanos de un país de ejercer, a manera de facultad (aspecto subjetivo) los derechos que reconoce la Constitución y Tratados de Derechos Humanos o cualquier otra norma adscrita; y, la obligación del Estado es no sólo abstenerse de realizar cualquier acto que dificulte o imposibilite el ejercicio de los derechos fundamentales, sino realizar actos positivos, que permitan conseguir dichos objetivos (aspecto objetivo).

La propiedad privada, tal como lo concibe el Art. 17.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala: “Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente” y el Art. 66.26 de la Constitución de la

República: “Se reconoce y garantizará a las personas:... 26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas”; entre otras normas con contenido de derecho fundamental, es un derecho humano, en consecuencia, la inversión realizada por los empleadores en todos los recursos de la empresa, entre ellos, los tecnológicos informáticos, merece protección del Estado y respeto de los trabajadores a cuyo cargo se encuentren para el cumplimiento de sus actividades laborales específicas. El contenido esencial de tal derecho, está señalado en la propia Ley Fundamental, cuando expresa que la protección de la propiedad privada se materializará en tanto ésta cumpla con su función social y ambiental, en los términos que lo determine la ley.

La función social de la propiedad, se manifiesta, desde nuestro punto de vista, cuando ésta genera empleo en condiciones de dignidad, procurando a los trabajadores condiciones de vida en pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, tanto en el plano personal, como en el laboral.

Cuando cualquiera de las partes integrantes de la relación jurídica laboral, afecta los derechos de la otra y tal violación no se resuelve por algún mecanismo autocompositivo, se produce el conflicto que debe ser resuelto por la autoridad competente, en uso de las normas pertinentes, aplicando los principios hermenéuticos constitucionales que sean del caso.

## **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

Cuando en la doctrina constitucional se hace referencia a las normas de derechos fundamentales, se entiende incluidas en tal definición, tanto a las reglas

como a los principios, distinción que se torna trascendental para establecer el alcance de las normas que contienen derechos fundamentales.

Las Reglas son mandatos definitivos, esto es, establecen la obligación de cumplir con una determinada prestación, tanto si se trata de hacer algo, abstenerse de hacer algo o si se permite determinada conducta. De tal manera, que siendo mandatos definitivos, se cumplen o no. Los Principios, de su parte, se los conoce como mandatos de optimización, vale decir, son normas que mandan hacer algo en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades, tanto jurídicas como fácticas.

Numerosos son los criterios propuestos para la distinción entre reglas y principios. El de generalidad es el más frecuentemente utilizado. Según este criterio, los principios son normas de grado de generalidad relativamente alto, mientras las reglas, de un nivel relativamente bajo. El ejemplo de una norma con un nivel relativamente alto de generalidad es aquella que establece que todos gozan de libertad religiosa. En cambio, una norma según la cual todo preso tiene el derecho de convertir a otros presos tienen un nivel relativamente bajo de generalidad (Alexy, 2007, p. 65)

Ocasionalmente, entre las normas de derechos fundamentales, esto es, tanto reglas como principios, pueden surgir situaciones en las que los supuestos de hecho de tales normas, entren en conflicto. En tales casos, los mecanismos de superar tales conflictos difieren tratándose de uno u otro tipo de norma.

Cuando una Regla entra en conflicto con otra, se suele acudir a la denominada *cláusula de exclusión*, en la que una de las normas establece las condiciones de preferencia en la aplicación frente a la otra. El Art. 61.1 de la Constitución de la República, señala: “Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los

siguientes derechos: 1. Elegir y ser elegidos”; por otro lado, el Art. 64.2 de la misma Ley Fundamental señala: “El goce de los derechos políticos se suspenderá, además de los casos que determine la ley, por las razones siguientes:... 2. Sentencia ejecutoriada que condene a pena privativa de libertad, mientras ésta subsista”. Es decir, por un lado, la Constitución de la República, establece como Regla que todas las personas, mayores de 18 años, que no pertenezcan a las fuerzas armadas, tienen el derecho de ser elegidos para un cargo de elección popular, pero establece como una cláusula de exclusión, que cuando sean sujetos de una sentencia firme condenatoria, se suspende tal derecho por el tiempo que dure la sanción impuesta. También existen otras fórmulas de solución de conflictos entre reglas, entre ellas, la prevalencia de la ley posterior sobre la anterior, aquella que dispone que la ley especial se aplicará preferentemente sobre la general y, por supuesto, existe el criterio de la jerarquía normativa, es decir, se aplicará la norma que se encuentra en la parte superior de tal jerarquía y de allí, hacia abajo.

En relación a las colisiones entre Principios, la doctrina constitucional, se refiere en primer término a la determinación del peso abstracto de las normas de derechos fundamentales, en este caso a los principios, es decir, se señala a priori qué derecho prevalece en el evento de conflictos. En nuestro ordenamiento constitucional no se reconoce prevalencia en abstracto de derechos fundamentales pues, por el contrario, se consagra la igualdad entre tales derechos. Así lo señala expresamente el Art. 11.6 de la Constitución de la República: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:... 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”. Siendo ese el caso, se establece la necesidad de que, frente a una eventual colisión de principios, se establezca el peso concreto de los derechos fundamentales, es decir,

frente a determinadas condiciones de precedencia, qué derecho debe observarse por sobre el otro únicamente para el caso concreto. La determinación del peso concreto de un derecho fundamental sobre otro contenido en una norma de derecho fundamental, se logra mediante la aplicación del Principio de Proporcionalidad.

El Principio de proporcionalidad es un método de interpretación normativo ubicado como «típicamente constitucional que en el marco de las relaciones entre el poder público y los ciudadanos, impone que el derecho de éstos, en interpretación de Jorge Zavala,

...sólo pueden ser limitados en la medida que ello sea estrictamente imprescindible para la protección de los intereses públicos a los que sirve dicha limitación del ámbito de libre autodeterminación del individuo” (...)).

Siendo la ponderación en el conflicto normativo «la ordenación de los principios concurrentes en cuestión. Lo que, siempre de conformidad con las circunstancias de un caso determinado “hace posible que dé preferencia a cierto derecho sobre otro y, de esta manera, resuelva el conflicto entre ellos (Baquerizo, Leuschner, c.p., Zavala, et al. 2011, p. 62)

Dentro del Principio de Proporcionalidad, se reconocen la existencia de subprincipios. a) El subprincipio de idoneidad; b) el subprincipio de necesidad; y, c) el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, conocido como Principio de Ponderación.

En este punto es necesario recordar que los Principios son normas que mandan a hacer algo, en la mayor medida posible, dentro de consideraciones jurídicas y fácticas. Pues en el caso de las posibilidades fácticas, se aplicarán los subprincipios de idoneidad y de necesidad; mientras que en el caso de las

posibilidades jurídicas, se aplicará el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o de Ponderación.

La parte medular del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o de Ponderación, está contenido en la llamada Ley de Ponderación, que se define como sigue: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o de restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser la importancia en el grado de la satisfacción del otro” (ALEXY, 2010, p. 460)

La Ley de la Ponderación permite reconocer que ésta puede dividirse en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro (Alexy, 2010, p. 460)

Se plantea a continuación un caso de conflicto entre derechos fundamentales entre trabajador y su empleador, para cuya solución, se proponen previamente condiciones de precedencia, de manera de poder aplicar la Ley de la Ponderación:

Supongamos que el trabajador A, trabaja para la empresa X, cuyos representantes, haciendo una importante inversión, adquieren equipos informáticos y resuelven que es una importante iniciativa de negocios implementar el uso de avanzados equipos para mejorar la relación con potenciales clientes. Al trabajador A, se le asigna uno de los equipos adquiridos y, a parte de usarlo para el desempeño de su trabajo, lo utiliza ocasionalmente para acceder a su cuenta personal de Facebook donde realiza comentarios a los amigos que ha aceptado en su red, acerca de lo que

considera graves incompetencias de la persona que dirige la empresa. El empleador, argumentando su derecho a ejercer control sobre los implementos de trabajo, resuelve disponer la revisión de toda la información del equipo asignado al trabajador A, incluso llegando a identificar, a espaldas del trabajador, las claves de acceso de la cuenta de Facebook del mismo; al encontrar los comentarios realizados a los amigos de su red, argumenta que se trata de injurias graves irrogadas en su contra, en los términos señalados en el Art. 172.2 del Código del Trabajo y, en consecuencia, solicita ante las autoridades del Ministerio del Trabajo el visto bueno en contra del trabajador, para dar por terminada la relación de trabajo con él. La autoridad del trabajo, debería resolver la petición de visto bueno, realizando la ponderación de los derechos en conflicto.

Tal como lo señalamos en su oportunidad, el Principio de Proporcionalidad, en especial, el Sub Principio de Proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el Principio de Ponderación, plantea; “Tanto mayor sea el nivel de afectación o de no satisfacción de unos de los principios, tanto mayor debe ser el grado de importancia en la satisfacción del otro”. La aplicación de la fórmula sería como sigue:

**D1**, es el respeto irrestricto del derecho a la intimidad del trabajador titular de la cuenta en Facebook

**Pa D1**, es el peso abstracto del Derecho No. 1. Tal como se estableció en su oportunidad, en el Ecuador, como consecuencia del reconocimiento de la igualdad jerárquica de los derechos fundamentales, no se reconoce ninguna preeminencia abstracta de ningún derecho sobre otro, por lo tanto, esta parte de la fórmula, no aplica.

**AfD1**, afectación del derecho a la intimidad del trabajador como consecuencia de la revisión de la cuenta de Facebook ocasiona en el derecho a la intimidad del trabajador

**D2**, derecho del empleador a revisar la información contenida en el computador suministrado al trabajador para cumplir con sus funciones específicas, en ejercicio de su derecho a la propiedad privada

**Pa D2**, peso abstracto del derecho del empleador, aspecto que, hemos reiterado, no aplica en el caso ecuatoriano.

**AfD2**, afectación del derecho del empleador a la propiedad privada, que implica el respeto de derecho a la intimidad del trabajador

La Ponderación consiste en que el peso del derecho D1 en relación con el derecho D2, en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del derecho D1 en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del derecho D2, en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otro. De acuerdo a la escala triádica, se le asigna valores de la afectación de los derechos de: 1 = leve; 2 = medio; 4 = intenso. En el caso de las premisas fácticas (s) se les puede atribuir un valor de: seguro = 1, plausible =  $1/2$  y no evidentemente falso =  $1/4$

El grado de afectación del derecho a la propiedad privada del empleador, como consecuencia del respeto de la intimidad del trabajador es LEVE = 1, pues no se le impide que realice controles, en tanto no lo haga en desmedro del derecho señalado de su trabajador

En cuanto a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas, es claro que el respeto a la intimidad del trabajador, no impide al empleador la implementación de los controles sobre los medios tecnológicos entregados al trabajador, por lo tanto, se le asigna un valor de 1/4 , no evidentemente falso.

Por otro lado, la satisfacción del derecho a la intimidad del trabajador, con las implicaciones de pérdida de su trabajo es INTENSA, es decir 4

Finalmente, en relación a la seguridad de las premisas, siendo que los comentarios en el caso planteado, sólo llegan a las personas que forman la red del empleado, tales expresiones siempre podrán ser dichas en cualquier reunión social, por lo tanto, bien podemos asignarle PLAUSIBLE, esto es 1/2

$$\frac{4 (D1) \times 1 (AfD1)}{\dots\dots\dots} = 2$$

$$2 (D2) \times \frac{1}{4} (AfD2)$$

Por lo tanto, el peso concreto del derecho a la intimidad del trabajador frente al derecho del empleador a controlar el uso de los dispositivos informáticos entregados a sus trabajadores para el cumplimiento de sus labores específicas es 2

$$\frac{2 (D2) \times \frac{1}{4} (AfD1)}{\dots\dots\dots} = 0,25$$

$$4 (D1) \times 1 (AfD2)$$

De lo señalado, el peso concreto del derecho del empleador a controlar el uso de los dispositivos informáticos entregados a sus trabajadores, en los términos expuestos, para el cumplimiento de sus labores específicas es 0,25

En el caso propuesto a manera de ejemplo, se podría concluir que, sólo para este supuesto, que el derecho de la intimidad del trabajador prevalece sobre el derecho a la propiedad privada del empleador, por lo tanto, la prueba obtenida en tales circunstancias, sería ilegal, consecuencia derivada de la manera en la que se obtuvo la prueba de cargo. Es importante finalmente destacar que el resultado obtenido es para las circunstancias establecidas, puesto que si de la revisión de los dispositivos tecnológicos entregados al trabajador para el cumplimiento de la prestación derivada del contrato de trabajo, se obtiene información que permite descubrir que el trabajador es parte de una banda delictiva o que pretende atentar contra la vida de su empleador, con seguridad los resultados de ponderar los derechos en análisis serían muy diferentes.

### **TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS TRABAJADORES**

La Tutela Judicial Efectiva, es un derecho fundamental, reconocido en beneficio de todos los habitantes de la nación; se encuentra desarrollado, tanto en el Art. 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José, como en el Art. 76 de la Constitución de la República y sus preceptos se aplican en todos los casos en los que se deba acudir al órgano jurisdiccional, o autoridad administrativa, en procura de la reparación de un derecho subjetivo vulnerado o amenazado.

Además de ser un derecho Prestacional y, tal como ya fue indicado en el desarrollo del presente trabajo y de Configuración Legal, la Tutela Judicial Efectiva

es de contenido complejo, porque abarca una serie de otros derechos que juntos, posibilitan el cabal cumplimiento del Contenido Esencial de este derecho fundamental. Este derecho, tiene como contenido: el derecho a acudir al Órgano Jurisdiccional competente, en busca que se declare la existencia de un derecho o quién es su titular; que ese juez, para lograr el objetivo inicial, desarrolle el debido proceso en el que se le dé el derecho a la defensa a quien se imputa la violación del derecho, luego de lo cual, mediante la aplicación de la norma jurídica indicada, emita una sentencia de mérito o de fondo, de existir los llamados presupuestos procesales o, de lo contrario, un auto interlocutorio o sentencia inhibitoria, frente a los que, cualquiera de las partes que se sienta afectada por los mismos, puede recurrir de ellos, en lo que se denomina el “doble conforme”, para finalmente, ejercer el derecho a la Ejecución del Fallo, que es la etapa con la que realmente concluye el proceso, es decir, cuando se ha reparado el daño provocado por la violación del derecho subjetivo de quien lo activó, de haberse resuelto en tal sentido.

## **EL DEBIDO PROCESO LABORAL**

Este concepto, actualmente elevado a la categoría de derecho fundamental, tiene sus orígenes en la tradición jurídica anglo estadounidense, debido a que nace en la Gran Bretaña de principios del siglo XIII, con la llamada Carta Magna (1215), como un derecho de los *barones* frente al monarca, de no ser despojados de su libertad o propiedad, sin que medie un juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal. La Suprema Corte de los Estados Unidos de América, recogió el principio y lo enriqueció, mediante enmiendas a su Constitución, dando origen al llamado *Substantive due process of law*.

En resumen, se coincide que el concepto del debido proceso, a partir de la Carta Magna, pero muy especialmente en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, se ha desarrollado en tres grandes sentidos anotados:

- a) El del debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley conformidad con ella en la materia procesal;
- b) La creación del debido proceso constitucional o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo, formal o procesal, y
- c) El desarrollo del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución (Gozaini, 2004, p. 21)

Cuando, en aplicación de la Ley de la Ponderación, se establece que el uso de las herramientas tecnológicas de la empresa, son susceptibles de control, pero los medios empleados trasgreden los derechos de los trabajadores, muy en especial, el de la Tutela Judicial Efectiva, con todo lo que lleva implícito; se tendrían que implementar formas de lograr el mismo objetivo, sin lesionar ningún derecho, esto es, se requiere, tal como hemos afirmado, armonizar los derechos de ambas partes integrantes de la relación jurídica laboral. En la misma línea de razonamiento, es deseable que el empleador conozca lo suficientemente bien, los recursos tecnológicos informáticos que ha de emplear, para establecer controles idóneos, en función de las características particulares de tales recursos.

## LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

### RELACIÓN JURÍDICO LABORAL

La Relación de trabajo es la vinculación existente entre el trabajador y su empleador, sea éste persona real o jurídica, con exclusión de la existencia o no de un contrato de trabajo y vinculado a los elementos sociológicos rectores de la disciplina jurídica que regula la materia. Es una vinculación de carácter jurídico porque engendra derechos y obligaciones recíprocas, y de carácter personal, porque eleva a un primer plano el elemento humano como finalidad en sí, abandonando viejos conceptos de "trabajo mercancía" (Omeba, 2012, p. 552). De la definición ofrecida, podemos extraer varias ideas centrales, a saber:

- a) La relación de trabajo (jurídico laboral) debe ser bilateral, es decir, entre empleador y su trabajador, así lo puntualiza la Constitución de la República, cuando señala en el primer inciso de su Art. 327: "*La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa*". La mencionada característica sirvió de sustento para la eliminación de la llamada intermediación laboral y para regular la provisión de servicios complementarios por parte de la Asamblea Constituyente de Montecristi, al expedir el Mandato Constituyente No. 8
- b) Mientras existan los elementos de la relación laboral, puede o no existir contrato (escrito) y eso no enerva la existencia de dicha relación

- c) Queda claro, que las obligaciones son recíprocas y que el incumplimiento por cualquier de las partes contratantes, genera consecuencias para el responsable.
- d) Finalmente, pone de relieve el carácter protector del derecho laboral, cuando prioriza el trabajo (trabajador) sobre el capital.

## **GARANTÍA DE ESTABILIDAD DE LOS TRABAJADORES**

El Código del Trabajo ecuatoriano establece en su Art. 9 que: “La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero”, definición que incluye tanto al sector público como al privado.

Cuando se trata del trabajador en el sector público, se los denomina servidor público, tal es la definición señalada en el Art. 229 de la Constitución de la República del Ecuador: “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”

Es un derecho de los trabajadores amparados en el Código del Trabajo, permanecer en su trabajo luego del periodo de prueba, ya que la relación laboral queda prorrogada hasta completar el año de estabilidad o el plazo pactado si es superior y luego de lo cual es indefinido (Vásquez, 2013, p. 22). El periodo de prueba al que hace alusión el autor referido, es el lapso durante el cual, el trabajador es evaluado en sus destrezas y en su idoneidad para el desempeño del trabajo encomendado; asimismo, el trabajador tiene la posibilidad de establecer si las condiciones de trabajo que se le proporcionan están acordes con sus aspiraciones; tal lapso es de noventa días para los trabajadores en general o de quince para el servicio

doméstico, durante dicho periodo cualquier de las partes contratantes, puede dar por terminada la relación laboral, sin que le acarrea ninguna consecuencia, es decir, sin tener que deba indemnizar a la otra, por despido intempestivo o abandono de trabajo.

El derecho a la estabilidad de los servidores públicos, se adquirirá una vez que haya cumplido con los requisitos establecidos en la ley para el ingreso al servicio público y hayan transcurrido los seis meses que los nombramientos provisionales tienen como periodo máximo de duración. Una vez que tales nombramientos provisionales hayan cumplido el lapso señalado se transformarán en definitivos, otorgándoles a los servidores públicos la garantía de estabilidad.

La legislación laboral vigente le reconoce a los trabajadores, el derecho a la estabilidad, así se encuentra reconocido en el Art. 14 del Código del Trabajo:

*“Contrato tipo y excepciones.- El contrato individual de trabajo a tiempo indefinido es la modalidad típica de la contratación laboral estable o permanente, su extinción se producirá únicamente por las causas y los procedimientos establecidos en este*

*Código”*. En cuanto a los servidores públicos, tal garantía está señalada en el Art. 23 letra a) de la Ley Orgánica del Servicio Público: “Derechos de las servidoras y los servidores públicos.- Son derechos irrenunciables de las servidoras y servidores públicos: a) Gozar de estabilidad en su puesto”. Todo el régimen de estabilidad establecido en la legislación secundaria, resulta de la aplicación de lo señalado en la Constitución de la República en su Art. 33:

El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa,

remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

En cualquier caso, este derecho no es absoluto, su ejercicio se encuentra condicionado al cumplimiento de las obligaciones que la propia legislación laboral establece en el Art. 45 del Código del Trabajo, en el caso de los trabajadores privados y del Art. 22 de la LOSEP, para los servidores públicos.

Sea cual fuera el régimen jurídico al que se encuentren sometidos los trabajadores ecuatorianos<sup>3</sup>, la Constitución de la República, caracteriza sus derechos como irrenunciables e intangibles; por lo tanto, por un lado, los derechos de los trabajadores no pueden ser objeto de disposición, ni siquiera por sus titulares y se puede afectar su contenido o alcance. Esa es la premisa fundamental que debe orientar cualquier análisis sobre su vigencia.

La doctrina constitucional identifica el derecho a la continuidad y estabilidad en el empleo con el derecho a no ser despedidos si no existe una justa causa (STC 22/1981). Acoge aquí el TC la exigencia de que el legislador regule y garantice la causalidad del despido, cualquiera que sea la clase del mismo, en cuanto esta exigencia constituye una de las principales manifestaciones de la estabilidad en el empleo, que viene así a integrar el contenido esencial del derecho al trabajo. Por ende, se rechaza explícitamente que el despido puede decidirse ad nutum, de forma libre por el empleador. Lo que supone que la decisión unilateral de éste ha de contar con una causa justa a fin de no atentar a la estabilidad en el empleo y el derecho al trabajo. (Martínez, Herrero, 2013, p. 224)

---

<sup>3</sup> Téngase en cuenta que la distinción entre trabajadores del sector público en cuanto al régimen jurídico al que están sometidos, terminó con la enmienda aprobada por la Asamblea Nacional y publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 653 del 21 de diciembre del 2015

## EL ACOSO Y SUS EFECTOS EN LAS RELACIONES LABORALES

El Acoso Laboral (*mobbing*) define generalmente las prácticas de acoso psicológico que se ejercen en contra de un trabajador, se lo define como:

El continuado y deliberado maltrato verbal y modal que recibe un trabajador por parte de su jefe u otros superiores, que se comportan cruelmente con él – no con otros – con el objeto de lograr su destrucción psicológica y así obtener su sometimiento a las decisiones o directivas de quienes lo acosan, por más aberrantes que éstas sean, o su salida de la organización laboral, o del sector en que él o los hostigadores tienen poder para ejercer su violencia (Giuntoli, 2006, p. 18)

El acoso laboral es una práctica tendente a hacer que una persona, no necesariamente un subalterno, observe una determinada conducta, se someta sin cuestionar a los designios de quien ejerce tal presión, aunque éstos no sean lícitos o, en última instancia lograr que la víctima del acoso, salga de la organización, con lo que el acosador lograr demostrar ante sus pares - o ante todos - su poder, lo que provocará en los demás trabajadores, la observancia de determinados patrones de conducta que normalmente son de interés del acosador.

Las víctimas de esta conductas, son objeto de injustificada agresión de toda índole, es decir, tanto física como psicológica, la que puede provenir de sus superior jerárquicos, así como de sus subalternos. La violencia se produce en un periodo relativamente prolongado, la que puede derivar hasta en *accidentes*.

Nosotros agregamos que la agresión podría manifestarse en la vigilancia injustificada de los elementos de trabajo, tales como computadores o la información que se procesa en ellos, con o sin el conocimiento del trabajador. Los niveles de

vigilancia excesivas, podrían ser consideradas como acoso laboral, si los controles rebasan los límites de lo razonable, de acuerdo a la naturaleza del trabajo que se desempeña, es decir, el parámetro de lo razonable difiere, si se trata de un funcionario de una institución financiera o de si se trata de aquel de un denominado *call center*, usado como herramienta para la venta de bienes o servicios, en cuyo caso, las grabaciones de las comunicaciones telefónicas estarían plenamente justificadas para verificar el correcto desempeño del trabajador y únicamente en ese contexto. No se justificaría tal intrusión si al mismo trabajador, se le graban las conversaciones telefónicas que nada tienen que ver con su actividad laboral.

A nuestro entender, el acoso laboral, en cualquiera de sus formas, entraña una violación a la norma contenida en el Art. 33 de la Constitución de la República, que señala:

El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado

En la legislación secundaria nacional, no existe referencia expresa alguna a esta conducta lesiva de los derechos de los trabajadores, aspiramos que en algún momento se incorpore esta figura en la legislación laboral nacional<sup>4</sup>, como mecanismo de precautelar los derechos de los trabajadores.

---

<sup>4</sup> No se lo hizo en la denominada Ley Orgánica de Justicia Laboral y de Reconocimiento del Trabajo Doméstico no Remunerado, que incorporó un conjunto de reformas al Código del Trabajo

En Europa, hace ya más de una década, se aprobó la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, publicado en el Diario Oficial n° L 303 de 02/12/2000 p. 0016 – 0022. En tal Directiva, se puede extraer una definición de acoso laboral, desde la perspectiva de la discriminación que sufren las víctimas de estas anómalas conductas:

Art. 2.- Concepto de discriminación:... 3. El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro

Cuando una persona sufre de acoso laboral, se está trasgrediendo su derecho a que se respete plenamente su dignidad y el trabajo que desarrolla, será todo menos saludable dada las condiciones en las que lo desarrolla. Sobre el tema poco se ha discutido en las cortes ecuatorianas, razón por la cual hemos de recurrir a fallos extranjeros para evidenciar lo trascendente de este fenómeno en el entorno laboral:

El Juzgado de lo Social estima en parte la demanda de extinción de contrato interpuesta por la trabajadora por incumplimiento grave del empresario condenándole a la indemnización correspondiente más otra en concepto de daños y perjuicios.

El Juzgado señala que la actora ha sido privada progresivamente de parte de sus funciones; se le ha aislado con respecto al resto de personal; ha recibido un trato humillante y vejatorio; ha sido objeto de críticas y comentarios despectivos; se le han modificado las condiciones en que disfrutaba sus vacaciones desde el inicio de la relación laboral y se le ha dejado de abonar la cantidad que percibía fuera de nómina; todos estos hechos son prueba de la existencia de una situación de **acoso laboral** que produce la extinción del contrato ex art. 50,1 ET ; en cuanto a los daños sufridos, además de la pérdida del empleo, -que queda resarcida por la indemnización prevista en el art. 50,2 ET -, ha sufrido daños materiales, como la necesidad de asistencia letrada para las reclamaciones que ha tenido que realizar- y daños morales evidentes- tanto por el trato vejatorio que ha recibido, como por la patología psiquiátrica que ha desarrollado; atendiendo a estas circunstancias, se fija una indemnización adicional de 40.000 euros, sensiblemente menor a la solicitada por la demandante. (Juzgado de lo Social No.1, 2010)

En el fallo propuesto, no sólo se dispone el pago de la indemnización por la terminación de la relación laboral, sino que se dispone el pago de lo que podría considerarse como las costas procesales y, lo que resulta digno de relieves, el reconocimiento de los daños morales causados por el acoso.

Cuando se implementan, de manera indiscriminada, mecanismos de control de uso de los recursos tecnológicos y en especial, sobre los mensajes de datos, puede sin lugar a dudas, redundar en lo que hemos abordado en las recientes líneas, como acoso laboral o *mobbing*, de tal manera que dicho riesgo, es motivo adicional para esclarecer las condiciones en las que se podrá adoptar los controles del uso de los recursos tecnológicos de la empresa, pues

como lo señalaremos en su momento, el trabajador, en ejercicio de sus derechos, puede iniciar un procedimiento administrativo en contra de su empleador, denominado visto bueno, para terminar con la relación laboral y obtener la indemnización establecida en nuestra legislación.

## **CAUSALES Y FORMAS DE TERMINACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES**

Puede ser que un trabajador, sea éste público o privado, adecue su conducta a las causales establecidas en la legislación correspondiente para dar término a la relación laboral, mas sin embargo, debe garantizársele el debido proceso, en el que pueda ejercer adecuadamente su derecho a la defensa.

Tratándose de servidores públicos, el mecanismo es el juicio sumario administrativo, incoado ante el funcionario responsable del talento humano del Organismo para el cual labora el servidor; al término de tal procedimiento, se emitirá una resolución, contenida en un acto administrativo, susceptible como cualquier acto administrativo, de ser impugnado en sede administrativa, mediante los recursos administrativos, establecidos en la Ley Orgánica del Servicio Público, o en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; así como también, puede impugnarse tales actos en sede judicial, tal como lo establece la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa tanto mediante un recurso de plena jurisdicción o subjetivo o por medio de uno objetivo o de nulidad por exceso de poder

A pesar de la garantía de estabilidad, revisada *supra* y del carácter protector del Derecho Laboral, la relación jurídica laboral, como todas las relaciones jurídicas, puede terminar. El Código del Trabajo y la Ley Orgánica del Servicio Público, cada

una en su ámbito, señalan las circunstancias en las que puede terminar esta relación.

El Art. 169 del CT y el Art. 47 de la LOSEP establecen tales causales.

En el caso de los trabajadores privados, las causas señaladas en el Art. 169 del Código del Trabajo son:

1. *Por las causas legalmente previstas en el contrato.* Es nuestra opinión que, siendo el contrato de trabajo, de los que se denominan contratos de adhesión, es decir, las cláusulas contractuales no se han pactado libremente sino que, de ordinario, son impuestas por el empleador como aquel que disfruta de una posición de privilegio en la relación laboral, que le da su condición de dueño del medio de producción; las condiciones que pueda señalar como causas de su terminación, deben ser objeto de prolijo escrutinio por parte de las autoridades de trabajo para que no se constituyan en mecanismos de vulneración de los derechos de los trabajadores.
2. *Por acuerdo de las partes.* A diferencia de lo que se suele pensar sobre la idoneidad de la renuncia que eventualmente pueda presentar el trabajador a sus labores, ésta no tiene, por si sola, la capacidad de terminar con la relación laboral; en consecuencia, debe estar acompañada de la aceptación por parte del empleador para que surte tales efectos, además de justificarse procesalmente, llegado el momento, que la renuncia fue presentada sin coacción alguna. Así lo determinó con reiteración la ex Corte Suprema de Justicia: "...CUARTO.- ... Como el Art. 169 del Código del Trabajo, no contempla la figura jurídica de la renuncia como causal de terminación del contrato, necesariamente debe existir la aceptación, tácita o expresa, del empleador de dicha renuncia y se configura así la terminación de la relación

laboral por mutuo acuerdo Art. 169 numeral segundo..." (Corte Suprema de Justicia, 1997)

3. *Por la conclusión de la obra, período de labor o servicios objeto del contrato.* El Art. 16 del Código el Trabajo, reconoce la existencia de los contratos por obra cierta, por tarea y a destajo. Se trata de la primera, cuando el trabajador toma a su cargo la ejecución de una labor determinada por una remuneración que comprende la totalidad de la misma, sin tomar en consideración el tiempo que se invierta en ejecutarla; será por tarea, en el caso cuando el trabajador se compromete a ejecutar una determinada cantidad de obra o trabajo en la jornada o en un período de tiempo previamente establecido; y, será a destajo, cuando el trabajo se realiza por piezas, trozos, medidas de superficie y, en general, por unidades de obra. En estos casos, la relación de trabajo termina ipso jure, al concluir la labor, la cantidad de la obra que se le ha encargado o cuando ha realizado las unidades de la obra objeto del contrato, así lo establece el Art. 171 del Código del Trabajo:

**Terminación sin desahucio.**- En los casos previstos en el artículo 169, numeral 3 de este Código, la terminación de la relación laboral operará sin necesidad de desahucio ni otra formalidad; bastará que se produzca la conclusión efectiva de la obra, del período de labor o servicios objeto del contrato, que así lo hayan estipulado las partes por escrito, y que se otorgue el respectivo finiquito ante la autoridad del trabajo.

De su parte, la ex Corte Suprema de Justicia al respecto sostiene:

Lo que caracteriza al contrato por obra cierta es la prestación de un servicio en una labor u obra determinada, pero que no deja de ser una ejecución de trabajo señalado. De aquí que la persona que se obliga a esa prestación de servicio o a la ejecución de una obra, se llama trabajador, de conformidad a lo consignado en el Art. 9 del propio Código del Trabajo y no arrendatario... Hallándose por otra parte, cumplidos, en el presente caso, los otros requisitos puntualizados en el Art. 16 del Código del Trabajo, para poder hablar de contrato por obra cierta, o sea los litigantes admiten que la ejecución de la obra comprende la totalidad de la labor indicada en el referido convenio, sin tomar en consideración el tiempo que se invierta en ejecutarla, por cuya razón en esta clase de contratos no cabe hablar de despido, ni de horas extraordinarias o suplementarias de trabajo, que son incompatibles con la modalidad de éste... No desnaturaliza la relación laboral citada el hecho de que el trabajador se haya valido de la ayuda de un personal para el cumplimiento de su obligación contractual y la circunstancia de que el actor haya empleado por su cuenta los materiales necesarios (Corte Suprema de Justicia, 1974, pp. 1023-24)

4. *Por muerte o incapacidad del empleador o extinción de la persona jurídica contratante, si no hubiere representante legal o sucesor que continúe la empresa o negocio.* La relación jurídico laboral es *intuitu personae*, es decir, se ha constituido en razón de la persona, por lo tanto, es perfectamente lógico que al morir la persona natural o al disolverse la persona jurídica que inicialmente se constituyó como empleadora, de no haber quien lo suceda legalmente, tal relación termine, sin que genere obligaciones para ninguna de

las partes. Sobre esta causal, la ex Corte Suprema, ha aclarado sus alcances con el siguiente criterio:

(Corte Suprema de Justicia, 1971, p. 1917) Podría argüirse que el contrato individual de trabajo termina, según lo previsto en el numeral 4o. del Art. 149 (169) del Código de la materia: Por muerte o incapacidad del patrono o extinción de la persona jurídica del contratante, si no hubiere representante legal o sucesor que continúe la empresa o negocio"; y que el concepto de representante legal, es muy distinto en el Código del Trabajo que en el Civil. El Art. 35 (36) de ese Código establece una muy singular representación para el patrono: los Directores, Gerentes, Administradores, etc., y en general, las personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección y administración, aun sin tener poder suficiente y escrito según el derecho común, son representantes de los patronos. "Querrá decir entonces que si el patrono fallecido tuvo, al momento de su muerte, un representante de éstos (Director, Gerente, Administrador, etc.), frente a su empresa o negocio, no terminarán, por su fallecimiento, los contratos de trabajo?. No es este el sentido de la ley. Quiere decir que estos contratos de trabajo continuarán en vigor siempre que la muerte del patrono no lleve consigo el término de la industria o negocio, por lo cual, sea que los herederos del patrono fallecido continúen la explotación, sea que la enajenen, esos contratos de trabajo no terminan sino que se mantienen en su validez a pesar de la muerte del patrono contratante, a menos que en el caso de enajenación los trabajadores los den por terminados, de acuerdo con la

alternativa, que les concede el inciso antes citado. Dentro del Código Civil es verdad que no podríamos llamar representante legal al heredero, porque el mismo Código da la definición limitando el concepto a la representación del incapaz. Pero esta definición no tiene por qué ser valedera, sino sólo suplementariamente, en el Derecho Laboral, y dado que éste habla de representante legal del patrono fallecido, ese representante no puede ser sino el heredero, de acuerdo con el Art. 1154 (1132) del Código Civil..., según el cual los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabra que se les llame, son herederos y representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles

5. Por muerte del trabajador o incapacidad permanente y total para el trabajo. A diferencia del caso señalado previamente, la muerte o incapacidad permanente para continuar trabajando, termina la relación laboral, sin que se considere la figura de la sucesión en beneficio de los causantes del trabajador. Durante mucho tiempo, mediante la contratación colectiva, sobre todo en entidades del sector público, se estableció la sucesión laboral, es decir, a la muerte, incapacidad o jubilación del trabajador, tenía derecho a que sus causahabientes o la persona que señalare, continúe laborando en las mismas condiciones que lo hacía el trabajador original. Tal situación concluyó con la expedición del Mandato Constituyente No. 8 expedido por la Asamblea Constituyente de Montecristi, el 29 de abril del 2008, señalando en su disposición transitoria tercera lo siguiente:

El proceso de revisión de los contratos colectivos de trabajo a los que se refiere esta disposición transitoria, en el que participarán

empleadores y trabajadores, se hará de manera pública y establecerá claras restricciones a todas las cláusulas en las que se consagran excesos y privilegios, tales como: transferencia y transmisión de cargos a familiares en caso de jubilación o fallecimiento del trabajador...

6. *Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar.* El tercer inciso del Art. 1563 del Código Civil, señala: “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega”; es por lo tanto, obligación del empleador probar que el cese de las operaciones empresariales es debido a fuerza mayor o caso fortuito para que se lo exima del pago de la indemnización por liquidación definitiva del negocio, así lo dispone el segundo inciso del Art. 193 del Código del Trabajo:

Si por efecto de la liquidación de negocios, el empleador da por terminadas las relaciones laborales, deberá pagar a los trabajadores cesantes la bonificación e indemnización previstas en los artículos 185 y 188 de este Código, respectivamente, sin perjuicio de lo que las partes hubieren pactado en negociación colectiva

7. *Por voluntad del empleador en los casos del artículo 172 de este Código; o en el 173, si se trata de la voluntad del trabajador.* El mecanismo señalado en

el Código del Trabajo, es el visto bueno<sup>5</sup>, ejercido por cualquiera de las partes contratantes, ante la autoridad administrativa, es decir, el Ministerio del Trabajo o quien haga sus veces. Tratándose del visto bueno en contra del trabajador, si la Autoridad del Trabajo declara sin lugar la pretensión del empleador, éste está obligado a permitir el reintegro del trabajador a su puesto de trabajo, de lo contrario deberá pagar la indemnización correspondiente por despido intempestivo; tal resolución puede impugnarse, por cualquiera de las partes, en sede judicial, es decir, ante un Juez del Trabajo.

8. *Por desahucio.* Esta causal podía ser invocada por cualquiera de las partes, tratándose de contratos de trabajo de tiempo fijo y, sólo por el trabajador, en aquellos contratos de tiempo indefinido. Tal el criterio del más alto Tribunal de justicia ordinaria a la época:

"El desahucio laboral no es trámite contencioso sujeto al Código de Procedimiento Civil, sino simple notificación legal a una parte de la voluntad de la otra de concluir las relaciones de trabajo en los términos de las leyes laborales. Por consiguiente, el desahucio no tiene más alcances conclusivos, que aquellos que le dan tales leyes. No hay que olvidar que el desahucio no es más que un preaviso -así se le llama en legislaciones de otros países y en la doctrina- que es requisito nacido de la ley para que surta efecto la finalización del contrato a plazo fijo en el día del vencimiento o, en los

---

<sup>5</sup> Cuando nos referimos al visto bueno como mecanismo de terminar la relación laboral, implicamos las causales relacionadas a la sanción que se le impone a un trabajador (o empleador) por incumplir sus obligaciones legales.

contratos sin plazo, por lo menos después de un mes de la notificación del preaviso si el desahuciante es el empleador o de quince días, si es el trabajador. Este preaviso una vez notificado es irrevocable por voluntad de una de las partes: el trabajador no puede oponerse ni el empleador desistir" (Corte Suprema de Justicia, 1985, pp. 1892-3)

En la ya referida Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, promulgada en el tercer suplemento del Registro Oficial # 483 del 20 de abril del 2015; se elimina la posibilidad de que los empleadores empleen esta figura como mecanismo de terminación del contrato de trabajo a tiempo fijo, pues incluso tales contratos fueron eliminados de nuestra legislación por la norma en mención.

El Art. 47 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP) establece como causas de cesación definitiva de los servidores públicos las siguientes:

- a) Por renuncia voluntaria formalmente presentada; la formalidad de la presentación de la renuncia radica en que ésta debe ser presentada por escrito ante la autoridad nominadora, sin requerirse, como en el caso de los trabajadores sujetos al Código del Trabajo, que tal renuncia le sea aceptada para que surta los efectos señalados en la ley si tienen menos de cinco años de servicio para la Institución o si no está interesado en la compensación establecida en la ley. Es importante indicar que propia norma señala que en estos casos de cesación definitiva, a los servidores les será reconocida una compensación económica equivalente a cinco remuneraciones mensuales

unificadas del trabajador privada, por cada año de trabajo, a partir del quinto, siempre y cuando hayan anticipado su salida, así lo establece el Art. 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en concordancia con su Disposición General Décima Segunda y con el Art. 286 de su Reglamento General.

- b) Por incapacidad absoluta o permanente declarada judicialmente. Nos parece evidente que la incapacidad señalada en la presente norma, debe ser de aquellas de las aparecidas durante el ejercicio de la función pública, pues los absolutamente incapaces, es decir, los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas (Art. 1463 del Código Civil) difícilmente pudieran haber ingresado al servicio público sin que se advierta su incapacidad. De otro lado, debemos entender que la incapacidad permanente generada, debe ser tal que le impida el ejercicio de cualquier actividad laboral, caso contrario, se estaría contraviniendo lo establecido en el Art. 45 de la Ley Orgánica de Discapacidades que establece:

Derecho al trabajo.- Las personas con discapacidad, con deficiencia o condición discapacitante tienen derecho a acceder a un trabajo remunerado en condiciones de igualdad y a no ser discriminadas en las prácticas relativas al empleo, incluyendo los procedimientos para la aplicación, selección, contratación, capacitación e indemnización de personal y demás condiciones establecidas en los sectores público y privado

- c) Por supresión del puesto. En la administración pública, puede surgir determinada situación en la que un determinado cargo no sea necesario, hecho que debe justificarse con los respectivos estudios; en tal caso, se

procede a su supresión, compensando económicamente al servidor o servidora, de la forma ya señalada.

- d) Por pérdida de los derechos de ciudadanía declarada mediante sentencia ejecutoriada. El Art. 60 del Código Penal señala:

Toda sentencia que condene a reclusión o a prisión causa la suspensión de los derechos de ciudadanía por un tiempo igual al de la condena; pero en los casos que determina expresamente este Código, los jueces y tribunales podrán imponer la suspensión de tales derechos, por un término de tres a cinco años, aunque la prisión no pase de seis meses

Mientras que el Art. 68 del Código Orgánico Integral Penal señala:

Pérdida de los derechos de participación.- La persona sentenciada con la pérdida de los derechos de participación, no podrá ejercerlos por el tiempo determinado en cada tipo penal, una vez cumplida la pena privativa de libertad

En tales casos, a más de la sentencia impuesta por la norma penal, debe adicionarse la cesación definitiva de su cargo como servidor público.

- e) Por remoción, tratándose de los servidores de libre nombramiento y remoción, de período fijo, en caso de cesación del nombramiento provisional y por falta de requisitos o trámite adecuado para ocupar el puesto. La remoción no constituye sanción.

- f) Por destitución. Sanción que debe ser resuelta en el marco de un proceso sumario administrativo, en el que se prueba la adecuación de la conducta del servidor a los presupuestos señalados en el Art. 48 de la Ley
- g) Por revocatoria del mandato. La figura en mención, como causa de la cesación definitiva de un servidor, fue introducida por la Constitución de Montecristi, así lo expresa su Art. 105
- h) Por ingresar al sector público sin ganar el concurso de méritos y oposición. La obligación de someterse al concurso de méritos y oposición respectivo como requisito para el ingreso al servicio público, no es ninguna novedad en el Ecuador; lo que sí constituye novedad, es que se disponga la cesación definitiva del servidor omiso de tal exigencia constitucional y legal, la Constitución de República, establece como efecto del ingreso al sector público sin concurso previo, la destitución de la autoridad nominadora, mientras deja en condición de *anulables* los nombramientos irregularmente expedidos, norma constitucional que, a nuestro entender, se ve complementada por la legal en análisis.
- i) Por acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización. A efectos de disminuir el tamaño del estado, intención recurrente en los países con gobiernos de determinada identidad ideológica, se estructuran planes para tales efectos, que normalmente incluyen estímulos económicos para que los servidores públicos acepten separar de sus puestos de trabajo.
- j) Por acogerse al retiro por jubilación. Tal alternativa es voluntaria al cumplir sesenta y cinco años de edad y, se torne en obligatoria al alcanzar los setenta
- k) Por compra de renuncias con indemnización. Esta alternativa, alcanzó un sesgo sui géneris con la expedición del Decreto Ejecutivo No. 813, publicado

en el Suplemento del R.O. # 489 del 12 de julio del 2011, al reformarse en el Art. 8 de dicho Decreto el Art. 108 del Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Público, estableciéndose el carácter *obligatorio* de la renuncia.

- l) Por muerte. Por iguales consideraciones que las expresadas sobre la misma causal señalada en el Código del Trabajo.
- m) En los demás casos previstos en esta ley. Para la aplicación de esta extremadamente amplia disposición, no se nos ocurre otra causal que la establecida en el Art. 58 de la Ley Orgánica del Servicio Público, al referirse a los contratos ocasionales y a su terminación ipso jure al término del ejercicio fiscal:

La contratación de personal ocasional no podrá sobrepasar el veinte por ciento de la totalidad del personal de la entidad contratante; en caso de que se superare dicho porcentaje deberá contarse con la autorización previa del Ministerio de Relaciones Laborales, estos contratos no podrán exceder de doce meses de duración o hasta que culmine el tiempo restante del ejercicio fiscal en curso...

## **EL VISTO BUENO Y EL SUMARIO ADMINISTRATIVO**

En el régimen laboral privado, cualquiera de las partes que integran la relación jurídica laboral, pueden acudir a la autoridad administrativa (Ministerio de Relaciones Laborales) para demandar su terminación por una o varias de las causales establecidas en la ley. Dicha autoridad, aplicando el debido proceso, en el que se escuche a la otra parte, garantizándoles el empleo de todos los medios probatorios pertinentes; resolverá concediendo o negando la pretensión de terminar con la

relación laboral. Si la concede, dicha relación terminará ipso facto. Así lo establece el Código del Trabajo en actual vigencia, en su Art. 169.7

Tratándose de los trabajadores del sector público, el mecanismo para dar término a la relación laboral, se denomina sumario administrativo, en el mismo, por haber el servidor público adecuado su conducta a una de las faltas graves señaladas en la Ley Orgánica del Servicio Público, se iniciará por la propia autoridad nominadora del servidor, el procedimiento administrativo, de igual forma, garantizándole el derecho a la defensa. Al término del sumario administrativo, se resolverá desechando las acusaciones que se imputen al servidor o imponiéndole una sanción, la que puede llegar hasta la cesación definitiva del cargo que desempeña y, eventualmente la inhabilitación que regresa al servicio público por un lapso determinado. Siendo la resolución, mediante la cual se cesa – si fuere el caso – a un servidor, un acto administrativo en los términos definidos en el Art. 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, esto es: *“Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”*, consecuentemente, susceptible de ser impugnado en sede administrativa, mediante los recursos de reposición, ante la misma autoridad de la se originó el acto, o de apelación, en la máxima autoridad de la Entidad o, mediante la interposición del recurso extraordinario de revisión. Puede impugnarse el acto administrativo, en sede judicial, interponiendo al recurso subjetivo de o de plena jurisdicción, así como también, el recurso objetivo o de nulidad. Todo lo anterior de acuerdo a lo establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

## **PRUEBA LEGALMENTE ACTUADA**

Cuando una persona acude ante el órgano jurisdiccional, ejerciendo su derecho a que se repare el daño alegado de un determinado derecho subjetivo, vale decir, ejerciendo su Derecho de Acción se hace necesario comunicar sus pretensiones procesales a quien resulte ser sujeto de la imputación del daño que motiva el ejercicio de la acción, por lo tanto, aquella persona que se constituye, en dichas circunstancias, en el sujeto pasivo de la pretensión procesal, de manera que pueda ejercer su derecho de contradicción, es decir, su derecho de defensa. Una vez que el imputado propone sus excepciones, ejerciendo su derecho de contradicción mediante la oposición a la acción; queda definido los términos en los que la litis queda trabada.

Lo previamente expuesto es pertinente destacar, puesto que los términos en los que quedó trabada la litis define los puntos que exclusivamente deberán ser resueltos en la sentencia en aplicación del denominado Principio de Congruencia y, también establece los hechos que deben ser justificados en la etapa probatoria respectiva, esto es, la Pertinencia de la prueba, traducida como la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los que son tema de la prueba en éste. En otras palabras, es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso (Parra, 2009, p. 145)

Tratándose de procesos laborales, luego de la aprobación de la Ley No. 2003-13, publicada en el Registro Oficial No. 146 de 13 de agosto del 2003, se incorporó el proceso por audiencias en materia laboral, razón por la cual se estableció que se desarrollen dos audiencias, una Provisional de conciliación, de contestación de la demanda y formulación de pruebas, en la que el juez del trabajo procura la conciliación, si ésta se produce, el proceso termina en la firma de un Acta de

Acuerdo Conciliatorio con fuerza de sentencia ejecutoriada de última instancia; de no haberla, se contesta la demanda oralmente (debiendo quedar por escrito tal respuesta) y se anuncia las pruebas que se actuarán en la audiencia definitiva, así lo señala el Art. 577 del Código del Trabajo:

**Solicitud y práctica de pruebas.**- En la misma audiencia las partes solicitarán la práctica de pruebas como la inspección judicial, exhibición de documentos, peritajes y cualquier prueba que las partes estimen pertinentes, en cuyo caso el juez señalará en la misma audiencia el día y hora para la práctica de esas diligencias, que deberán realizarse dentro del término improrrogable de veinte días. Quien solicite la práctica de estas pruebas deberá fundamentar su pedido en forma verbal o escrita ante el juez en la misma audiencia. Para su realización habrá un solo señalamiento, salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente calificados por el juez de la causa. El juez de oficio, podrá ordenar la realización de pruebas que estime procedentes para establecer la verdad de los hechos materia del juicio y el juez tendrá plenas facultades para cooperar con los litigantes para que éstos puedan conseguir y actuar las pruebas que soliciten. Adicionalmente, en esta audiencia preliminar las partes podrán solicitar las pruebas que fueren necesarias, entre ellas la confesión judicial, el juramento deferido y los testigos que presentarán en el juicio con indicación de sus nombres y domicilios, quienes comparecerán previa notificación del juez bajo prevenciones de ley y las declaraciones serán receptadas en la audiencia definitiva. También durante esta audiencia las partes presentarán toda la prueba documental que se intente hacer valer, la cual será agregada al proceso. Si las partes no dispusieren de algún documento o instrumento,

deberán describir su contenido indicando con precisión el lugar exacto donde se encuentra y la petición de adoptar las medidas necesarias para incorporarlo al proceso.

Sobre el Principio de Pertinencia de la Prueba, el más alto Tribunal de Justicia Ordinaria de País ha señalado:

CUARTO.- El Art. 120 (116) del Código de Procedimiento Civil, establece: ‘Pertinencia de la prueba.- Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio’. Lo que significa que habría error en la interpretación de esta norma jurídica, siempre que el juzgador otorgue como prueba y dé un valor probatorio, a un hecho ajeno al pleito o controversia. El recurrente afirma que el Tribunal inferior violó la norma legal citada fundamentando su pretensión en lo siguiente: ‘El Sentenciador, desestima la valoración de la mencionada prueba, pues ésta es concluyente, concreta, verídica y sin embargo la ignora; (sic) se confunde con un predio AJENO a la causa y con ese antecedente equivoca su sentencia’. De conformidad con lo expuesto y analizada la prueba contribuida por los justiciables con la supuesta violación, la Sala encuentra que tanto el Juez de primer grado como el Tribunal de instancia han evaluado la prueba aportada respetando el principio de pertinencia que prescribe el artículo citado, no produciéndose entonces, el vicio que al respecto se imputa en la sentencia. (Corte Suprema de Justicia, 2005)

Sobre el Principio de Congruencia, la misma ex Corte Suprema de Justicia, señala:

CUARTO: Por el principio de congruencia -concomitante del principio dispositivo-, es deber de todo juzgador ajustar su decisión al ámbito que le ha sido determinado por la exposición de los hechos realizada por las partes. Así lo señala expresamente el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil ('La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella.')

Lo contrario significa, simplemente, que la resolución adolece de un evidente vicio de incongruencia... (Corte Suprema de Justicia, 2008)

Probar, es aportar al proceso, por los medios y procedimiento aceptados por la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos (Devis Echandia, 2006, p. 25)

En el ejercicio del derecho de defensa, en el marco del debido proceso, como parte de la Tutela Judicial Efectiva, derecho fundamental al que nos hemos referido supra; podemos emplear todos los medios probatorios lícitos que estén a nuestro alcance para convencer al juzgador de nuestras afirmaciones, en tanto observemos los mecanismos establecidos en la legislación para la actuación de las pruebas. Lo anterior implica, que sólo podremos incorporar al proceso elementos probatorios, mediante las formas y en la oportunidad indicadas en la ley. Esto último advierte la vigencia del Principio de la Preclusión de la Prueba, por lo tanto:

...se habla de preclusión, generalmente en relación con las partes, es decir, con la pérdida de la oportunidad para ejecutar un acto en interés de éstas, lo cual implica, como dice Michelli, una invitación a observar determinada conducta procesal, salvo ciertas consecuencias establecidas en la ley o libremente determinadas por el juez, y existe entonces una «autorresponsabilidad del sujeto procesal» cuando deja transcurrir la oportunidad sin ejecutar ese acto o asumir esa conducta (Devis Echandía, 2006, p. 119)

De otro lado, nuestra legislación procesal, establece que sólo la prueba debidamente actuada hace fe en un proceso judicial. Lo *debido* de la actuación probatoria, está definida en la propia legislación procesal ecuatoriana, en el Art. 117 del Código Adjetivo Civil: “Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio”.<sup>6</sup>

La prueba se obtiene por medios legítimos y sin alterar el derecho de defensa de quien contra ella se opone y hace valer dicha prueba. La legalidad apunta a observar cómo se consigue, antes que analizar si el medio, propiamente dicho, es procesalmente admisible (Gozaini, 2004). La violación de este principio, de acuerdo a nuestra Ley Fundamental, le resta todo valor probatorio a la prueba obtenida, así lo señala su Art. 76.4:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:... 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con

---

<sup>6</sup> En el Derecho Procesal contemporáneo, se trabaja en la Teoría de los Actos Procesales, en la cual se establece que parte de la estructura de los actos procesales, es su forma, es decir, el mecanismo mediante el cual se debe celebrar un determinado acto procesal y cuya inobservancia, provoca que dicho acto pueda viciarse de nulidad

violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria

La prueba ilícita es aquella que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas, bien haya sido para lograr la fuente de prueba o bien para lograr el medio probatorio, y su proscripción es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (Parra, 2009, p. 20)

Tanto en nuestra legislación procesal, como en la jurisprudencia, se reconoce la ineficacia de la prueba irregularmente obtenida, señalando en todos los casos, que ésta constituye violación a los derechos fundamentales de la parte en contra de quien se ha incorporada la prueba al proceso; así lo ha señalado la ex Corte Suprema de Justicia ecuatoriana:

...Por su lado, el procesalista César Martín Castro en su obra 'derecho procesal penal' Editorial Jurídica Griley, Volumen II, Lima 1999, al referirse a la prueba ilícita señala: 'Se define por prueba prohibida aquella que se obtiene con infracción de los derechos fundamentales, entendiendo por obtención, aquella labor tendiente a llegar a un resultado probatorio al proceso, esto es tanto la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales: aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en si mismo viola un derecho esencial'. En este aspecto es unánime la doctrina y la jurisprudencia al sostener que la obtención de pruebas violando preceptos constitucionales y de manera especial garantías fundamentales del

debido proceso deben ser ‘inutilizables’ y por consiguiente no se las puede incorporar a un proceso penal. En el presente caso el examen médico legal al que se hizo alusión anteriormente fue realizado en el Hospital de Otavalo y sin la orden del Fiscal ni la presencia del imputado por lo que carece de valor probatorio. Por ello, en nuestro sistema procesal penal se excluye la prueba ilícita, así lo contemplan los Arts. 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal que refieren o tratan sobre los indicios (Corte Suprema de justicia, 2008)

Nos parece justo destacar que, pese a que nos resulta evidente la inadmisibilidad de la prueba obtenida fuera de los parámetros marcados por la legislación pertinente, la discusión no es pacífica en la doctrina. No son pocos los que sostienen que la verdad debe prevalecer sobre la posible afectación de los derechos de una de las partes en litigio, es decir, alejarse de una cómoda posición positivista y acercarse al objetivo del proceso, es decir, la Justicia; así Luis Muñoz Sabaté sostiene:

Bajo nuestra concepción fenoménica de la prueba es indudable que el único modo de hacer valubles las tesis de quienes se oponen a la prueba ilícita sea centrando su control en la fase de admisión, pues de otro modo, una vez adquirida la prueba por el juzgador, no podrán nunca descartarse los efectos de una convicción psicológica por encima de toda inferencia lógica, y una vez más se verá obligado el juzgador, a fin de no violentar su conciencia, a revestir con argumentos tomados de otras fuentes una persuasión lograda a través de la prueba aparentemente rechazada (Muñoz Sabaté, 1997, p. 62).

Al respecto, la justicia constitucional ecuatoriana tomó partido, atribuyéndole ineficacia a las pruebas obtenidas en violación de los derechos fundamentales.

SEXTA.- Del detenido examen de todas y cada una de las piezas procesales que se encuentran incorporadas al presente expediente fluye claramente que la destitución de la recurrente ha sido dispuesta inobservando las garantías constitucionales inherentes al debido proceso. Se desprende de autos que el informe o dictamen del sumario administrativo no se ajusta a derecho, puesto que el mismo fue instaurado, tramitado y concluido en base a simples presunciones, señalándose en reiteradas oportunidades que la destitución de la recurrente se produjo porque presuntamente habría solicitado a los usuarios por el servicio de impresión de mecanizados de aportes la suma de diez centavos de dólar. El número 2 del Art. 3 de la Constitución Política del Estado, señala textualmente que es deber primordial del Estado “Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres y la seguridad social”. Los órganos administrativos deben en todo momento considerar que el Ecuador es signatario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y que la dignidad de la persona es una pieza clave dentro de lo que doctrinariamente se conoce como prueba ilícita, puesto que todo medio de prueba que atenta contra la misma deviene en ilegal, írrito, espurio, y, por consiguiente en estricta aplicación del principio de exclusión se tornará inadmisibles. Las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales resultan plenamente ineficaces, lo cual

guarda plena armonía con un estado social de derecho. Así, el tema de la prueba ilícita se halla inmerso dentro del debido proceso, siendo susceptible por consiguiente de la aplicación de la cláusula de exclusión, previsión constitucional que consiste en excluir del arsenal probatorio o en desconocerle valor probatorio a aquellos medios de prueba que al ser obtenidos, recolectados o practicados no se ajusten al debido proceso bien sea en su esfera material o formal, lo cual corresponde a una prueba ilícita. (Corte Suprema de Justicia, 2007)

Cuando un empleador, argumentando su derecho a controlar los recursos tecnológicos de la empresa, sobre los cuales existe sospecha de utilización en objetivos ajenos a la actividad laboral y durante la jornada de trabajo, resuelve disponer la revisión de tales recursos, especialmente aquellos en cuyos dispositivos de almacenamiento, puedan contener información personal del trabajador; la prueba que eventualmente obtenga, podría a la luz de las normas constitucionales, ser considerada prueba ilícita y, en consecuencia, eliminada del acervo probatorio del procedimiento administrativo o judicial que eventualmente se inicie en contra del trabajador.

Nos parece que la única ocasión en que el empleador puede realizar revisiones a los recursos tecnológicos puestos a disposición de sus trabajadores para el desarrollo de sus actividades, es cuando existiera norma expresa que permitiera realizara tales revisiones. Es el caso del Estatuto de los Trabajadores, norma que en España, regula la relación jurídica laboral; cuerpo normativo que, en su Art. 20 señala:

Dirección y control de la actividad laboral:

1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue.
2. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.
3. *El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control 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 y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso.*
4. El empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones

En la legislación mexicana, también se ha establecido criterios para establecer controles a los recursos de la empresa, no lo ha hecho de una forma tan clara como en la legislación española, sólo le limita establecer lo que no puede hacer con los recursos de la empresa, en consecuencia, se estaría habilitando al empleador

para que establezca los controles que le parezcan adecuados para garantizar el respeto a tal prohibición. Así lo inferimos de la lectura del Art 135 de la Ley Federal del Trabajo de Los Estados Unidos Mexicanos:

Art. 135.- Queda prohibido a los trabajadores:

I. Ejecutar cualquier acto que pueda poner en peligro su propia seguridad, la de sus compañeros de trabajo o la de terceras personas, así como la de los establecimientos o lugares en que el trabajo se desempeñe;

II. Faltar al trabajo sin causa justificada o sin permiso del patrón;

III. Substraer de la empresa o establecimiento útiles de trabajo o materia prima o elaborada;

IV. Presentarse al trabajo en estado de embriaguez;

V. Presentarse al trabajo bajo la influencia de algún narcótico o droga enervante, salvo que exista prescripción médica. Antes de iniciar su servicio, el trabajador deberá poner el hecho en conocimiento del patrón y presentarle la prescripción suscrita por el médico;

VI. Portar armas de cualquier clase durante las horas de trabajo, salvo que la naturaleza de éste lo exija. Se exceptúan de esta disposición las punzantes y punzo-cortantes que formen parte de las herramientas o útiles propios del trabajo;

VII. Suspender las labores sin autorización del patrón;

VIII. Hacer colectas en el establecimiento o lugar de trabajo;

*IX. Usar los útiles y herramientas suministrados por el patrón, para objeto distinto de aquél a que están destinados; y*

X. Hacer cualquier clase de propaganda en las horas de trabajo, dentro del establecimiento

El mismo derrotero transita la legislación colombiana, cuando preceptúa en el Art. 60.8 del Código Sustantivo del Trabajo: “PROHIBICIONES A LOS TRABAJADORES. Se prohíbe a los trabajadores: ...8. *Usar los útiles o herramientas suministradas por el empleador en objetos distintos del trabajo contratado*”

Lo mismo señalamos, en lo que dice relación con la legislación chilena, que dispone en el Art. 160.7 Del Código del Trabajo: “El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales: 7.- *Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato*”

Finalmente, en esta revisión de la legislación comparada, debemos mencionar el caso más evidente, en el que la legislación se ha inclinado de manera más que evidente, del lado de la afectación del derecho a la intimidad de los ciudadanos y, muy en particular, de los trabajadores. Se trata de la legislación del Reino Unido en donde, como consecuencia de haberse adherido a lo que denominan, lucha global en contra del terrorismo y quienes lo apoyan, implementaron una legislación que proclama el fin último del interés colectivo a la seguridad, sin importar los costos que se deban pagar en el logro de tal objetivo.

## **METODOLOGÍA**

La metodología que se ha aplicado es la Modalidad Cualitativa, categoría interactiva, diseño estudio de caso, dado que a partir de la interpretación de la realidad nacional, alrededor de las relaciones empleador – trabajador, se aplicó en

abstracto, las normas constitucionales y legales pertinentes, así como criterios doctrinales, para resolver los conflictos que se producen, cada vez, con mayor frecuencia y gravedad.

El tipo de investigación es Jurídica Descriptiva, pues se analizarán sentencias de tribunales nacionales y extranjeros, de donde se extraerán doctrinas y condiciones de precedencia para la aplicación de los test de proporcionalidad.

Los sujetos participantes son: empleadores tanto en el sector público como en el privado; trabajadores y autoridades en el ámbito laboral

<b>UNIDADES DE ANÁLISIS</b>	<b>DIMENSIÓN</b>
Constitución de la República del Ecuador – Derechos de Protección – Arts. 75 - 82	Derechos fundamentales aplicables a los trabajadores
Ley del Sistema Nacional de Registros de Datos Públicos – Principios Generales Arts. 3 - 8	Datos de carácter personal y principios para su recolección
Sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador	Juicio de proporcionalidad
Código del Trabajo – Capítulo X del Desahucio y el Despido Arts. 184 – 195	Causales de terminación de la relación laboral
Ley Orgánica del Servicio Público – Capítulo V Cesación de Funciones Arts. 47 – 49	Causales de cesación definitiva de los funcionarios públicos

## **DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

Se han descrito los mecanismos de control de los recursos tecnológicos informáticos de las empresa, los que con frecuencia incluyen las cuentas de correo electrónico y de las redes sociales de los trabajadores, los que incluyen tanto mecanismos automatizados, así como inspecciones realizadas sorpresivamente en los dispositivos usados por los trabajadores.

Hemos descrito las consecuencias que para el trabajador tiene la implementación de los controles implementados por los empleadores, sobretodo en cuanto a su estabilidad, pues la información obtenida mediante tales controles, es usada en la aplicación de las sanciones disciplinarias que de ordinario tienen los reglamentos internos de la empresas.

De igual forma, se ha establecido los requisitos para que el empleador pueda ejercer su derecho a controlar el buen uso de los recursos tecnológicos informáticos puestos a disposición de sus empleados para el cumplimiento de sus funciones específicas, sin afectar los derechos fundamentales de éstos, hemos analizado tanto las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador, así como normas legales que señalan los requisitos para la implementación de los controles de los recursos tecnológicos informáticos, sin el cumplimiento de los cuales, cualquier información obtenida, se la considera con prueba ilegalmente obtenida y, en consecuencia expulsada de cualquier acervo probatorio.

### **CAPÍTULO III**

### **CONCLUSIONES**

De todo lo expresado en el curso de la presente investigación, se puede indicar que, sin lugar a dudas, estamos en presencia de un conflicto de dos derechos fundamentales. Por un lado, el de los empleadores, esto es, el derecho a la protección de su propiedad, reflejada en la inversión que realicen en medios tecnológicos informáticos para optimizar el cumplimiento del giro de su actividad empresarial, por lo que tiene derecho a implementar mecanismos de control que garantice el buen uso de dichos recursos pertenecientes a la empresa cuya implementación debe ser conocida por los trabajadores; y por el otro, el derecho de la intimidad de sus trabajadores, gravemente afectados cuando se recurre a la interceptación de los mensajes de datos originados o no, en los dispositivos que les son confiados.

Como se trata de derechos fundamentales, es necesario establecer condiciones de precedencia, es decir, parámetros de valoración de los derechos fundamentales que les permitan atribuir peso concreto frente a otros en determinadas circunstancias; con el objetivo de poner en práctica mecanismos hermenéuticos que señalen pautas a seguir, no sólo, por quienes están llamados a dirimir conflictos, tanto en el ámbito administrativo como en el jurisdiccional o en medios alternativos de solución de controversias, sino para los propios actores de la relación jurídica laboral.

En el objetivo inicialmente propuesto, tal como ya lo señalan algunas de las legislaciones en materia laboral, se debe señalar expresamente, incluso en los contratos de trabajo que se suscriban, tratándose de los trabajadores sujetos al

régimen laboral privado, o en el reglamento general de la Ley Orgánica del Servicio Público<sup>7</sup>, el derecho de los empleadores a establecer controles de los mensajes de datos que se encuentren en los dispositivos de almacenamiento de datos que se empleen en sus computadores. Es inadmisibles que se violente nombres de usuarios o claves de acceso para ingresar a las cuentas de redes sociales de los trabajadores, de manera de obtener evidencias que pongan a los trabajadores en situación de ser sometidos a procesos disciplinarios previos a terminar la relación laboral; de ocurrir tal supuesto, tendría que declararse el despido intempestivo o la cesación irregular, según el régimen jurídico al que esté sometido el trabajador, disponiendo el pago de la indemnización correspondiente o la anulación de acto administrativo de cesación laboral, en su orden.

### RECOMENDACIONES

Los trabajadores, por el hecho de ser tales, no pierden su condición de seres humanos y, en consecuencia continúan, mientras ejercen sus labores en relación de dependencia, en pleno goce de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de la República y en los tratados de derechos humanos a los que el país se ha adherido.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, el trabajador está obligado a utilizar los recursos de propiedad de su empleador, cumpliendo los objetivos que orientaron su adquisición, no hacerlo, sobretodo en horas de trabajo, significa afectar los intereses de su empleador, al disminuir su jornada laboral y, por esa vía, generar

---

<sup>7</sup> El 3 de diciembre del 2015, la Asamblea Nacional del Ecuador aprobó, en segundo debate, un paquete de quince enmiendas a la Constitución de la República, entre las cuales se incluyó una que establece que todas las personas que trabajen en el sector público estarán sometidas a la Ley Orgánica del Servicio Público, eliminándose la coexistencia de dos regímenes jurídicos laborales para los servidores públicos.

una disminución de la productividad. Nadie debe reclamar el reconocimiento de sus derechos, sin cumplir cabalmente con sus obligaciones.

El primer obligado a resguardar la información personal que, de llegarse a divulgar, pueda afectar a su titular, en sus esferas, personal, profesional o familiar, es su propio titular; éste debe tener la precaución de resguardarla adecuadamente para evitar que terceros, no autorizados por él, tengan acceso a tal información; caso contrario, poco podría hacer frente a accesos no consentidos a los equipos que sean de su empleador, en los que haya manejado información personal. Es decir, si bien es cierto que nadie tiene derecho a acceder a información personal perteneciente a otro persona, es cierto también, que si no se ha tomado las precauciones del caso, sería corresponsable de los efectos que deriven de tal negligente actitud.

Es evidente que los costos alrededor del uso de las tecnologías de la información y la comunicación, suelen ser elevados y siempre se realizan con el objetivo de obtener una mejora en la productividad; en consecuencia, se justifica que se implementen formas de control de uso de dichos recursos tecnológicos, para que cumplan adecuadamente su objetivo.

Si un empleador ha resuelto verificar el buen uso de los recursos tecnológicos en los que ha invertido parte de su capital de trabajo, durante la jornada laboral, debe asegurarse que en la recolección de pruebas que eventualmente lo pongan en condiciones de solicitar a la autoridad del trabajo, la terminación de la relación laboral, no se violen derechos fundamentales de sus trabajadores; si no tiene tal precaución, tales pruebas carecerán de valor probatorio al haber sido obtenido mediante procedimiento vedados por la Constitución y la ley.

Por lo señalado, para evitar que las pruebas obtenidas mediante dichos controles, se invaliden por violación de los derechos fundamentales de los trabajadores, es recomendable, en primer lugar, advertirles, de preferencia, en el Reglamento Interno de Trabajo, o en cualquier otro medio a su alcance, la implementación y uso de mecanismos de control de dichos recursos. Es importante también, al igual que en la legislación española, en las ocasiones que se deba realizar los controles, se cuente con la presencia del trabajador o de un representante, a quien se le haya asignado el uso de los recursos técnicos que requieren revisión. La medida sugerida, serviría de disuasivo para que los trabajadores limiten distraer el uso de los recursos de la empresa, en asuntos ajenos a su finalidad y, desde luego, para garantizar el respeto a la dignidad de los trabajadores.

## REFERENCIAS

- ALEXY, R. (2010). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra.
- ALEXY, R. (2008). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (2a. Edición ed.). (C. d. Constitucionales, Ed., & C. BERNAL PULIDO, Trans.) Madrid.
- DEVIS ECHANDIA, H. (2006). *Teoría General de la Prueba* (Vol. 1). Bogotá: Temis.
- DEVIS ECHANDIA, H. (2009). *Nociones Generales del Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Temis.
- CASTILLO CORDOVA, L. (2007). *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra.
- Mora, S. (17 de enero de 2011). *Sociedad de la Información - Conceptos Básicos*. Retrieved 4 de enero de 2014 from <http://sociedadbasico.blogspot.com/>
- Alvarez, F. (18 de Agosto de 2009). *Web 2.0 Las Herramientas Web 2.0 y la Educación en la Facultad de Ciencias para la Salud*. Retrieved 18 de Abril de 2014 from Software Social: <http://web2facsalud.blogspot.com/2009/08/software-social.html>
- Unificación Doctrina, 966-2006 (Sala de lo Social 26 de septiembre de 2007).
- Sentencia, 001-10-SIN-CC (Pleno Corte Constitucional 18 de marzo de 2010).
- Sentencia, 98-2013 (Tribunal Constitucional 23 de abril de 2013).
- Sentencia, 002-10-SEP-CC (Pleno de Corte Constitucional 13 de enero de 2010).
- Omeba. (2012). *Enciclopedia Jurídica* (Vol. XXIV). Mexico: Bibliográfica Omeba.

Sentencia, 80-2010 (Juzgado de lo Civil Pamplona 25 de febero de 2010).

Resolución, 127-96 (Sala Laboral 5 de marzo de 1997).

Corte Suprema de Justicia. (1974). *Gaceta Judicial* (Vol. XII). Quito: Consejo de la Judicatura.

Corte Suprema de Justicia. (1971). *Gaceta Judicial* (Vol. XI). Quito: Consejo de la Judicatura.

de, C. S.

Corte Suprema de Justicia. (1985). *Gaceta Judicial* (Vol. XIV). Quito: Consejo de la Judicatura.

Sentencia, 228-2004 (Segunda Sala de lo Civil 21 de marzo de 2005).

Sentencia, 182-2008 (Primera Sala de lo Civil 26 de agosto de 2008).

Sentencia, 365-2007 (Tercera Sala Penal 3 de junio de 2008).

Sentencia, 1529-06-RA (Primera Sala Civil 26 de noviembre de 2007).

Alexy, R. (2010). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra.

Alexy, R. (2008). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (2a. Edición ed.). (C. d. Constitucionales, Ed., & C. BERNAL PULIDO, Trans.) Madrid.

Castillo Córdova, L. (2007). *Los Derechos Constitucionlaes. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra.

Devis Echandía, H. (2009). *Nociones Generales del Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Temis.

Devis Echandía, H. (2006). *Teoría General de la Prueba* (Vol. 1). Bogotá: Temis.

- Fernández Teruelo, J. (2007). *Ciberdelitos, los Delitos cometidos a través de Internet*. Madrid: Constitutio.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derechos y Garantías, la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- García Mexia, P. (2005). *Principios de Derecho de Internet*. Valencia: Endesa.
- Giuntoli, M. (2006). *Mobbing y otras violencia en el ámbito laboral*. Bs As: El Derecho.
- Gozaini, A. (2004). *Derecho Procesal Constitucional. El Debido Proceso*. Bs. As.: Culzoni.
- Guasp, J., & Aragonese, P. (2005). *Derecho Procesal Civil* (Vol. 1). Navarra: Civitas.
- Hernández, R. (2011). *Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2011: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Lluch, X., & Pico I Junoy, J. (2011). *La Prueba Electrónica*. Barcelona: Bosch.
- Martínez, V.-A. (2013). *Curso del Derecho del Trabajo* (2a Edición ed.). Madrid: Tecnos.
- Midon, M., & Midon de, G. (2008). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Bs. As.: La Ley.
- Pardini, A. (2002). *Derecho de Internet*. Bs. As.: La Rocca.
- Muñoz, L. (2008). *Summa Probatoria Civil*. Madrid: La Ley.
- Muñoz, L. (1997). *Técnica Probatoria*. Bogotá: Temis.
- Parra, J. (2009). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda.

- Peña, D. (2011). *Aspectos legales del Internet y del Comercio Electrónico*. Bogotá: Dupre Editores Ltda.
- Pico I Junoy, J. (1997). *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona: Bosch.
- Pinochet, F. (2006). *El Derecho de Internet*. Santiago: Editorial de Derecho.
- Prieto Sanchis, L. (2009). *Jusicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Quintero, B., & Prieto, E. (2008). *Teoría General del Derecho Procesal*. Bogotá: Temis.
- Rallo Lombarde, A., & Martínez, R. (2010). *Derecho y Redes Sociales*. Navarra: Civitas.
- Rebollo, L., & Serrano, M. M. (2006). *Introducción a la Protección de Datos*. Madrid: Dykinson.
- Rico Carrillo, M. (2007). *Derecho de las Nuevas Tecnologías*. Bs. As.: La Rocca.
- Riofrío, J. C. (2004). *La Prueba Electrónica*. Bogotá: Temis.
- Salgado, H. (2012). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Quito: Ediciones Legales.
- Taruffo, M. (2009). *La Prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (2008). *La Prueba*. Madrid: Trotta.
- Vasquez, J. (2013). *Derecho Laboral Práctico*. Quito: Cevallos.
- Zavala, J. (2010). *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Guayaquil: Edilex.

## NORMATIVAS

Asamblea General de las Naciones Unidas (1948), Declaración Universal de los Derechos Humanos – Convenio no promulgado en el Registro Oficial

Asamblea Constituyente (2008) Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2008

Asamblea Constituyente (2008), Mandato Constituyente No. 8, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 330 del 6 de mayo del 2008

Asamblea Nacional (2012) Ley Orgánica de Discapacidades, publicada en el Registro Oficial No. 796 del 25 de septiembre del 2012

Asamblea Nacional (2009) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No 52 del 22 de octubre del 2009

Asamblea Nacional (2010), Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 294 del 6 de octubre del 2010

Asamblea Nacional (2014), Código Orgánico Integral Penal, publicado en el en el Suplemento del Registro Oficial No.180 del 10 de febrero del 2014

H. Congreso Nacional (2005) Código del Trabajo, publicado en el en el Suplemento del Registro Oficial No. 167 del 16 de diciembre del 2005

H. Congreso Nacional (2005) Código Civil, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 del 24 de junio del 2005

H. Congreso Nacional (2005), Código de Procedimiento Civil, publicado en el en el Suplemento del Registro Oficial No. 58 del 12 de julio del 2005

Presidencia de la República (2011), Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público, publicado en el en el Suplemento del Registro Oficial No. 418, del 1 de abril del 2011

Presidencia de la República (2002), Estatuto del Régimen Jurídico

Administrativo de la Función Ejecutiva, Publicado en el Registro Oficial No. 536 del 18 de marzo del 2002



Presidencia  
de la República  
del Ecuador



Plan Nacional  
de Ciencia, Tecnología,  
Innovación y Saberes



SENESCYT  
Secretaría Nacional de Educación Superior,  
Ciencia, Tecnología e Innovación

## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Jaime Lenin Hurtado Angulo, con C.C: # 0908856487 autor del trabajo de titulación: *Protección de los derechos fundamentales especialmente a la intimidad frente al control de uso de los mensajes de dato en el ámbito laboral, previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL*** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 15 de marzo de 2016

f.

---

Nombre: Jaime Lenin Hurtado Angulo

C.C: 0908856487



Presidencia  
de la República  
del Ecuador



Plan Nacional  
de Ciencia, Tecnología,  
Innovación y Saberes



SENESCYT  
Secretaría Nacional de Educación Superior,  
Ciencia, Tecnología e Innovación

## REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

### FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

<b>TÍTULO Y SUBTÍTULO:</b>	Protección de los derechos fundamentales especialmente a la intimidad frente al control de uso de los mensajes de dato en el ámbito laboral		
<b>AUTOR(ES) (apellidos/nombres):</b>	Hurtado Angulo, Jaime		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):</b>	Obando Freire Francisco Dr. Vivar Alvarez Juan Carlos Esp. Abg.		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>UNIDAD/FACULTAD:</b>	Sistema de Posgrado		
<b>MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:</b>	Maestría en Derecho Procesal		
<b>GRADO OBTENIDO:</b>	Magíster en Derecho Procesal		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>		<b>No. DE PÁGINAS:</b>	85
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	Derecho Procesal Constitucional – Derecho Informático		
<b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>	Control de uso, derechos fundamentales, pruebas lícitas		
<b>RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):</b>			
<p>El uso de las tecnologías de la información y la comunicación por parte de las empresas, ha provocado un importante cambio en la forma en la que interactúan empleadores y trabajadores. De un lado, la necesidad de protección de las inversiones realizadas para la implementación de mecanismos que permitan la optimización de las actividades empresariales, estableciendo controles y, por otro lado, el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores, en especial, a la intimidad y privacidad, demanda que se delimite las condiciones en que tales controles se deben realizar.</p> <p>El análisis que se ha realizado en este trabajo de investigación es desde la perspectiva constitucional inicialmente y, por otro lado, desde el punto de vista de la necesaria garantía que deben tener aquellas personas que arriesgan su patrimonio en aras de mejorar la forma en la que proveen un producto o brindan un servicio. Se realizó una revisión de normas internacionales que nos llevaron a la conclusión de que son válidos los controles, en tanto sean conocidos por los trabajadores y que nunca se implementen en detrimento de su dignidad, lo cual es perfectamente aplicable en el Ecuador con el correcto uso de las normas constitucionales y legales vigentes en el país.</p>			
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	<b>Teléfono:</b> 0999428453	<b>E-mail:</b> <a href="mailto:lenhur@yahoo.com">lenhur@yahoo.com</a>	
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:</b>	<b>Nombre:</b> Obando Ochoa Andrés		
	<b>Teléfono:</b> 0982466656		
	<b>E-mail:</b> <a href="mailto:ing.obandoo@hotmail.com">ing.obandoo@hotmail.com</a>		
<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>			
<b>Nº. DE REGISTRO (en base a datos):</b>			
<b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>			
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>			