

EL E-MAIL LABORAL. DERECHO A LA INTIMIDAD E INVOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA DEL TRABAJADOR VS. PODER DE DIRECCIÓN Y ORGANIZACIÓN EMPRESARIA.

María Emilia Saparrat, Tº LIII, Fº 231 CALP.

I – INTRODUCCIÓN.

De un tiempo a esta parte hemos sido testigos de los efectos que el avance tecnológico ha causado en todos los ámbitos de nuestra vida diaria; con la Revolución Industrial la maquinaria reemplaza el trabajo del hombre; el trabajo se vuelve mas cómodo y sencillo, lo que hace reducir en gran número la cantidad de trabajadores en la empresa, por el otro. Así, la tecnología resulta beneficiosa, por cuanto moderniza, aligera y facilita la labor, pero se presenta como generadora de nuevos conflictos.

La tecnología avanza diariamente de una forma voraz y, se pone especialmente de resalto en esta materia que nos ocupa, el Derecho de Trabajo, lo que indefectiblemente ocasiona lagunas normativas, que por lo general se presentan con relación a estas cuestiones que surgen tan novedosas, debiéndose analizar, reanalizar, adaptar y generar preceptos y normas jurídicas que otorguen solución a los conflictos que paulatinamente van surgiendo.

Una de estas tantas nuevas tecnologías utilizadas en la empresa es el correo electrónico laboral (e-mail laboral). Hoy día prácticamente no existe empresa que no se relacione profesionalmente con el resto del mundo mediante la utilización de este medio de comunicación, toda vez que a través del e-mail se consigue un mayor y mejor envío de mensajes, notas, archivos, etc., por ser un instrumento rápido, ágil y eficaz. Por ello, es habitual que las empresas le provean a cada uno de sus empleados una dirección de correo electrónico a efectos de ser utilizada para fines laborales. Y aquí es donde surge el primer inconveniente: el trabajador ya es portador de la casilla de correo electrónico. Mientras la utilice para los fines laborales asignados no plantea el menor problema. Pero ¿que pasa cuando el trabajador se desvía de esta directiva, haciendo uso del e-mail laboral provisto por la empresa para fines personales y por ende extra laborales? Digamos que el empleador, haciendo uso de las facultades de dirección, organización y control que el ordenamiento jurídico le otorga, decide monitorear el correo electrónico en el sentido de controlar el uso que el trabajador le está otorgando, ¿sería perfectamente lícito o afectaría el derecho constitucional a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del trabajador? Y toda

vez que estos últimos son derechos fundamentales y, justamente por ello, no hay momento del día en que se puedan “dejar de ejercer”, aunque, al no existir derechos absolutos son plausibles de reglamentación, entonces ¿dónde estaría el límite a la injerencia del empleador o cuál sería la forma de ejercer el control empresario sin vulnerar el mencionado derecho fundamental? ¿Existe una forma compatible en que el empleador pueda ejercer su derecho de control y organización de su empresa y, a su vez, el trabajador pueda gozar de su derecho a la intimidad y al secreto de sus comunicaciones? Es decir, ¿existe forma de compatibilizar el ejercicio de ambos derechos o están destinados a colisionar y por ende ceder el uno en pos del otro?

Estos son los interrogantes que trataremos de desentrañar en el presente trabajo.

Comenzaré por exponer una transcripción de las normas jurídicas aplicables al tema que nos ocupa. Luego, desarrollaré las posturas existentes respecto la naturaleza jurídica del correo electrónico laboral, toda vez que la conclusión a la que derivemos dependerá de la postura que tomemos. Una vez desarrolladas las mentadas posturas, pasaré a abordar el tema en específico, desarrollando el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, el poder de dirección y organización empresarial, el planteamiento y desarrollo de la cuestión de fondo, análisis de jurisprudencia reseñada y los recaudos a tomar por el empleador a efectos de fiscalizar el e-mail laboral de sus empleados salvaguardando el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. En el acápite siguiente abordaré la cuestión en el derecho español. Luego, realizaré una breve mención al derecho comparado, para así dar paso al final del trabajo mediante la exposición de las conclusiones.

II – LAS NORMAS EN EL DERECHO INTERNO.

CONSTITUCION NACIONAL

El art. 14 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita.

El art. 18 de la CN dispone que “...*El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados...*” y que “...*una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación...*”.

El art. 19 de la CN consagra el derecho a la intimidad en el sentido de que deja reservada a Dios y exime de la autoridad de los magistrados “...*las acciones privadas de los hombres que, de ningún modo, ofendan al orden, o a la moral pública, ni perjudiquen a terceros*”.

Art. 75 inc. 22 de la CN enumera los Tratados Internacionales a los que les otorga

jerarquía constitucional, incorporándolos a nuestro derecho interno. Entre ellos, y respecto al tema que nos concierne, podemos citar la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12): “...*nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques*”; la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 11): “...*nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación... Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.17): “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*”; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. X): “Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia.”.

CODIGO CIVIL

El art. 1071 bis del Código Civil (incorporado por ley 21.173) consagra el derecho a la intimidad al indicar que “*El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena ... difundiendo correspondencia ... o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias...*”

LEYES NACIONALES

La ley 20.216, que regula los servicios postales tanto internos como internacionales, dispone en su art. 6 que “*La inviolabilidad de los envíos postales, importa la obligación de no abrirlos, apoderarse de ellos, suprimirlos, dañarlos o desviarlos intencionalmente de su curso, ni tratar de conocer su contenido, así como de no hacer trascender quienes mantienen relaciones entre sí o dar ocasión para que otros cometan tales infracciones.*”

Por su parte, la ley Nacional de Telecomunicaciones Nº 19.798 dispone en su art. 18 que “*La correspondencia de telecomunicaciones es inviolable. Su interceptación solo procederá a requerimiento de juez competente.*” Y seguidamente el art. 19 reza que “*La inviolabilidad de la correspondencia de telecomunicaciones importa la prohibición de abrir, sustraer, interceptar, interferir, cambiar su texto, desviar su curso, publicar,*

usar, tratar de conocer o facilitar que otra persona que no sea su destinatario conozca la existencia o el contenido de cualquier comunicación confiada a los prestadores del servicio y la de dar ocasión de cometer tales actos.”

La ley 25.520 de Inteligencia Nacional dispone en su art. 5 que *“Las comunicaciones telefónicas, postales, de telégrafo o facsímil o cualquier otro sistema de envío de objetos o transmisión de imágenes, voces o paquetes de datos, así como cualquier tipo de información, archivos, registros y/o documentos privados o de entrada o lectura no autorizada o no accesible al público, son inviolables en todo el ámbito de la República Argentina, excepto cuando mediare orden o dispensa judicial en sentido contrario.”*

LEY DE CONTRATO DE TRABAJO 20.744

Art. 64 *“El empleador tiene facultades suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento.”*

Art. 65 *“Las facultades de dirección que asisten al empleador deberán ejercitarse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador.”*

Art. 66 *“El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador...”*

Art. 70 *“Los sistemas de controles personales del trabajador destinados a la protección de los bienes del empleador deberán siempre salvaguardar la dignidad del trabajador y deberán practicarse con discreción y se harán por medios de selección automática destinados a la totalidad del personal.”*

Art. 84 *“El trabajador debe prestar el servicio con... dedicación adecuada a las características de su empleo y a los medios instrumentales que se le provean.”*

Art. 85 *“El trabajador debe observar todos aquellos deberes de fidelidad que deriven de la índole de las tareas que tenga asignadas, guardando reserva o secreto de las informaciones a que tenga acceso y que exijan tal comportamiento de su parte.”*

Art. 86 *“El trabajador debe observar las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el modo de ejecución del trabajo, ya sea por el empleador o sus representantes. Debe conservar los instrumentos o útiles que se le provean para la realización del trabajo...”*

CODIGO PENAL

Respecto el derecho punitivo, el Código Penal consagra en el Capítulo III tipologías punitivas concernientes a la violación de secretos. Así el art. 153: “Será reprimido con prisión... el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado; o suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida...”; el art. 154: “Será reprimido con prisión... el empleado de correos o telégrafos que, abusando de su empleo, se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto.”; el art. 155: “El que, hallándose en posesión de una correspondencia no destinada a la publicidad, la hiciere publicar indebidamente, aunque haya sido dirigida a él, será reprimido con multa ... si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros.”

III – EQUIPARACION DEL CORREO ELECTRÓNICO AL CORREO POSTAL A LOS EFECTOS DE SU PROTECCIÓN JURÍDICA. SU USO SOCIAL. POSTURAS QUE LO CONSIDERAN UNA HERRAMIENTA DE TRABAJO.

Con relación a la naturaleza jurídica del correo electrónico, se han generado posiciones dispares, tanto en doctrina como en jurisprudencia, las que podemos resumir en:

1.- La postura que entiende que el correo electrónico laboral es una **herramienta de trabajo**, y por ello el empleador se encuentra autorizado al control del mismo, de acuerdo a la facultad de control que le otorga la Ley de Contrato de Trabajo 20.744.

Por útiles y/o herramientas de trabajo puede entenderse a todos los elementos puestos a disposición del trabajador por la empresa, directamente vinculados con la prestación de servicios, y a los que facilitan la misma¹.

2.- La posición que lo considera **correspondencia privada**, otorgándole íntegra protección, con notoria preeminencia del derecho a la intimidad del trabajador, comprensivo del secreto de la correspondencia, por sobre el poder de control y dirección empresaria. Este sector considera que en aplicación de la regla *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, no correspondería limitar la protección constitucional a la correspondencia tradicional (postal), sino hacer extensiva la misma

¹ Agut García, Carmen. Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de trabajo y otros efectos de la empresa. Revista Tribuna Social, Valencia, fascículo 163, año 2004. Pág.24-36.

a la correspondencia electrónica. Afirma que nuestra Constitución Nacional, al proteger la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y los papeles privados, lo hace como elementos que ingresan dentro del ámbito de privacidad de los ciudadanos. “Haciendo una interpretación teleológica de la norma constitucional, debe incluirse también la correspondencia que circula a través del correo electrónico, teniendo en cuenta que el constituyente no pudo prever en su momento este medio de comunicación, y la finalidad de la norma es proteger el contenido de la correspondencia, sea cual fuere el medio utilizado”². En el mismo sentido se ha afirmado que “en el concepto de correspondencia se incluyen no sólo las cartas y papeles, sino también las comunicaciones telefónicas, los discos, los soportes magnéticos de computadoras – diskettes -, el correo electrónico, los facsímiles, casetes, etcétera”³. La extensión por analogía del e-mail a la correspondencia epistolar, podría también considerarse incluida en el art. 33 C.N.⁴

Derivada de esta postura se encuentra quienes sostienen que el ejercicio de la vida privada dentro del ámbito de la relación laboral, implica que el trabajador extiende parte de su privacidad sobre algunas facilidades que el empleador le otorga y las hace (o siente) suyas; por lo que tendría que poderse dar un “**uso social**” al correo electrónico asignado a los trabajadores, como un medio de comunicación que pueda usarse de forma privada para fines extra laborales y que, en consecuencia, su uso con fines personales quedaría protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones privadas. El trabajador ingresaría a la empresa con un derecho a la “comunicación social extra laboral”, protegida por el secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, factible de ejercerse en el ámbito de trabajo, durante el horario de trabajo y haciendo uso –para ese fin- de las herramientas de trabajo o los bienes del empleador (y bajo el costo de este), quien no podría oponerse a tal situación, ni controlarla, fiscalizarla o sancionarla pues ello limitaría las posibilidades de desarrollo de la vida privada del trabajador en la empresa, sus posibilidades de comunicación y finalmente se terminaría violando el secreto de las comunicaciones privadas, al momento del procedimiento de acumulación de pruebas de lo que el empleador consideraba una

² Nieto, María Bibiana María Inés y Urbano Salerno, Marcelo. El uso del correo electrónico laboral y el derecho a la intimidad del empleado. En: REVISTA JURIDICA ARGENTINA LA LEY / La Ley, Vol. A (2008). Buenos Aires, p. 604.

³ Ekmekdjian, Miguel Ángel. Tratado de derecho constitucional, T. II, 2da Ed. Depalma, Bs. As., 1994, p. 354.

⁴ Cfr. Carrio, Alejandro. Derecho constitucional a la privacidad: zonas claras de protección y zonas de penumbra, LA LEY, 1993-C, 752.

infracción.⁵

Consecuente con la primera de las posturas, la Secretaría de Comunicaciones ha elaborado un proyecto de ley que en su art. 3 dispone: *“Cuando el correo electrónico sea provisto por el empleador al trabajador en función de una relación laboral, se entenderá que la titularidad del mismo corresponde al empleador, independientemente del nombre y clave de acceso que sean necesarias para su caso...”*, facultando al empleador a *“...acceder y controlar toda la información que circule por dicho correo electrónico laboral, como asimismo a prohibir su uso para fines personales...”*⁶, aunque le impone el deber de notificar al trabajador, fehacientemente y con carácter previo, tanto el ejercicio de dichas facultades, como así también las condiciones de uso y acceso al correo electrónico laboral.

Conteste con dicha doctrina, parte de la jurisprudencia argentina se ha inclinado por considerar el e-mail laboral como una herramienta de trabajo, disponiendo que *“El correo electrónico es hoy una herramienta más de trabajo y las cuestiones relacionadas con el uso indebido deben analizarse de acuerdo a los derechos y deberes de las partes (art. 62 de la ley de contrato de trabajo), al principio de buena fe (art. 63 de la ley citada) y a la facultad del empleador de realizar los controles personales destinados a la protección de los bienes de la empresa”*.⁷ En idéntico sentido se sostuvo que *“Configura injuria que exime al empleador de toda responsabilidad por el despido, la utilización durante el tiempo de trabajo de herramientas laborales para fines personales – en el caso, correo electrónico -, pues ello contraría los deberes que el ordenamiento le impone al trabajador, tales como el de manejarse con diligencia, poner la dedicación adecuada según las características del empleo y los medios instrumentales provistos, cumplir su prestación de buena fe y obrar con criterios de colaboración, solidaridad y fidelidad – arts. 21, 62, 63, 84 y 85 ley de contrato de trabajo 20.744 (Adla, XXXIV-D, 3207; XXX-VI-B, 1175)”*.⁸

En cuanto a la tesis que equipara el correo electrónico laboral a la correspondencia postal, a los fines de otorgarle mayor protección jurídica, e impide al empleador todo tipo de injerencia sobre el mismo, podemos citar el Proyecto de ley presentado en la

⁵ Jorge A. Larrea De Rossi. El Despido Motivado en el uso irregular del e-mail laboral.

⁶ Art. 3 Anteproyecto de Ley de Protección Jurídica del Correo Electrónico, puesto a consulta pública por resolución N° 331/01 de la Secretaría de Comunicaciones, de fecha 10/09/01.

⁷ CNTrab., sala VII, 2003/03/27, en autos “Pereyra, Leandro R. c/ Servicios de Almacén Fiscal Zona Franca y Mandatos S.A.”. DT, 2003-B, 1524, con nota de Martín I. De Virgiliis; LNL, 2003, fasc. N° 8, p. 546; TySS, 2004, p. 22.

⁸ CNTrab., sala X, 2003/08/13, en autos “García Delia M. c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. LA LEY, 2003-E, 926; TySS, 2004, p.29.

Cámara de Diputados de la Nación Argentina en el año 2002, el que dispone: “Cuando la dirección o casilla de correo electrónico sea provista por el empleador para uso del empleado, aunque no estén consignados los datos de éste último como usuario, se entenderá que la provisión se ha realizado para su uso exclusivo, alcanzándole a esa casilla o dirección la confidencialidad establecida en el artículo 2° de la presente ley”⁹, es decir, garantizando su inviolabilidad por equipararla al correo postal.

En igual sentido, la doctrina y jurisprudencia francesa se pronuncian a favor de esta postura, haciendo prevalecer el derecho a la intimidad del trabajador y al secreto de las comunicaciones por sobre los derechos que le pudieran asistir al empleador. Ejemplo de ello es la posición de la Corte de Casación Francesa, en el fallo “Sociedad Nikon France c/ O., Frédéric” de fecha 02/10/2001¹⁰.

Así, los Tribunales de Argentina han fallado en esta línea al decir que “El término “correspondencia” previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional resulta abarcativo del correo electrónico – en el caso, se decretó la nulidad de la introducción al proceso de impresiones de los correos electrónicos del trabajador efectuada por el empleador querellante –, a cuyo respecto es aplicable la garantía de la inviolabilidad”.¹¹ El mismo fallo, afirma que “La prohibición por parte del empleador de leer los e-mails no es otra cosa que la protección del derecho de privacidad del trabajador, facultad que no comporta un elemento configurador del débito contractual y que, por ello, hace a la indiscutible e impenetrable dignidad y autodeterminación que como sujeto titulariza.” En otro fallo ha expresado que “el tan difundido e-mail de nuestros días es un medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, etc.; es decir, amplía la gama de posibilidades que brinda el correo tradicional al usuario que tenga acceso al nuevo sistema. Es más, el correo posee características de protección de la privacidad mas acentuadas que la inveterada vía postal a la que estamos acostumbrados, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador del servicio, el nombre de usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que a través del mismo pueden emitirse o archivarse. Sentadas estas bases preliminares, nada se opone para definir el medio de comunicación electrónico como un verdadero correo en versión actualizada. En tal sentido, la correspondencia y todo lo que por su conducto pueda

9 Proyecto N° 325-D-2002, dictaminado con modificaciones el 04/07/2002 por las Comisiones de Comunicación e Informática y de Legislación del Trabajo, y aprobada en el recinto el 12/07/2002.

10 DT-2002-A, pág. 216 y sigs.

11 CNCrim. Y Correc., sala IV, 2004/11/15, en autos “Reduello, Fabián L. y otros”. LA LEY, 3/5/2005, p.8, 44.737-S, fallo in extenso en www.laleyonline.com.ar. JA, 2005-II, fasc. N° 10, p. 86.

ser transmitido o receptado, goza de la misma protección que quiso darle el legislador al incluir los artículos 153 al 155 en la época de la redacción del Código sustantivo, es decir, cuando aún no existían estos avances tecnológicos.”¹²

En mi opinión, es evidente que no corresponde asimilar el correo electrónico laboral a la correspondencia epistolar del trabajador, toda vez que aquella equiparación tendría sentido ante el uso de una cuenta personal de correo electrónico, que, eventualmente, el empleador podría emplear herramientas para controlar su uso, sin necesidad de inmiscuirse en el contenido de dicha cuenta, como ser bloquear la web de internet de acceso; pero el correo electrónico laboral, provisto por el empleador con fines laborales, no podría asimilarse a la correspondencia postal, por cuanto constituye un elemento de trabajo, el pago de los gastos que la citada cuenta irroguen son soportados en su integridad por el empleador, y, por lo general, en dichos correos esta explícitamente inserto el nombre de la empresa, con lo que de cierto modo, se estaría comprometiendo el nombre de la misma. Tal como lo sostiene Alfonso Villahermosa: “No puede ser lo mismo mandar un correo electrónico con un dominio propio de la empresa en la que el trabajador presta sus servicios, que hacer esto mismo desde uno de los numerosísimos servicios gratuitos de correo que pueblan la red de redes¹³.”

Todo ello siempre y cuando el empleador haya otorgado aviso, en forma previa, a sus dependientes de los controles a realizarse, a los fines de no crear en estos últimos ni un mínimo margen de expectativa de privacidad, y, el uso extralaboral que realicen del e-mail será, en todo caso, un acto a sabiendas de las consecuencias que el mismo le puedan llegar a ocasionar. Ahora, si el empleador no impartiera reglas claras, previas, y anoticiara a los trabajadores de la monitorización de sus correos electrónicos laborales, el empleado tendría expectativas de privacidad, y, la intromisión del empleador le podría causar perjuicios.

Sobre este tema volveremos y será objeto de desarrollo en los acápites siguientes.

IV - ¿EL EMPLEADOR ESTÁ FACULTADO PARA CONTROLAR EL E-MAIL LABORAL DE SUS DEPENDIENTES O DICHA CONDUCTA CONSTITUYE UNA LESIÓN AL DERECHO A LA INTIMIDAD? POSTURAS DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

Para abordar esta temática es necesario realizar una previa aclaración tendiente a definir lo que entendemos por “derecho a la intimidad” y “derecho al secreto de las comunicaciones”, y luego precisar en que consisten las “facultades de control y

¹² CNCrim. y Correc. De la Capital Federal, Sala VI, “Edgardo Martolio c/Jorge Lanata s/ querella”. 4/3/1999.

¹³ Villahermosa Iglesia, Alfonso, España: Privacidad Laboral, en/revista/data/49-14.asp.

dirección empresarias”. Una vez realizadas las aclaraciones pertinentes, pasaremos a abordar el tema en cuestión.

A – Derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones:

Como ya vimos, constituye un derecho fundamental, por cuanto se plasma en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, y mediante el art. 75 inc. 12 C.N. se incorporan Tratados Internacionales que protegen la correspondencia y los papeles privados, el Pacto de San José de Costa Rica (art. 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12) y la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre (art. X).

El Código Civil lo consagra en el mentado artículo 1071 bis.

Asimismo, la ley 25.212, (DT, 2000-A, 447) establece un régimen nacional unificado de sanciones laborales, incluyendo entre las infracciones consideradas “muy graves” a las que deriven de actos del empleador contrarios a la intimidad del trabajador. Entre ellas, en el art. 4, con relación a las infracciones muy graves, en el inciso b) se incluyen “los actos del empleador contrarios a la intimidad y dignidad de los trabajadores”. A su vez, en el art. 5 se establece que las infracciones muy graves serán sancionadas con la pena de multa.

La doctrina ha ido elaborando el concepto del derecho a la intimidad. Así se ha dicho que “es el derecho personal que compete a toda persona de sensibilidad ordinaria, de no permitir que los aspectos privados de su vida, de su persona, de su conducta y de sus empresas, sean llevados al conocimiento público o con fines comerciales, cuando no exista un legítimo interés por parte del Estado o de la Sociedad”¹⁴. También que “es el derecho que permite al individuo preservar, mediante acciones legales, su intimidad, es decir, la parte no comunicable de su existencia”¹⁵. Otro autor destaca que este derecho personalísimo “permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones de su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos”¹⁶. Asimismo se ha puesto de manifiesto que “es un derecho personalísimo que protege la reserva espiritual de la vida del hombre, asegurando su libre desenvolvimiento en lo personal, en sus expresiones y en sus afectos”¹⁷.

La intimidad es aquella esfera personal y privada que contienen comportamientos, acciones y expresiones que el sujeto desea que no lleguen al conocimiento público¹⁸.

14 Díaz Molina, Iván. El derecho a la vida. LA LEY, 126-985.

15 Goldenberg, I. La tutela de la vida privada. LA LEY, 1976-A, 576.

16 Cifuentes, Santos. El derecho a la intimidad. ED, 57-832.

17 Zabala de González, Matilde. Derecho a la intimidad. Bs. As. 1982, p. 87.

18 Villahermosa Iglesias, Alfonso. Apuntes sobre el correo electrónico en la empresa.

Se entiende que tanto la correspondencia postal como el correo electrónico se utilizan para transmitir expresión de ideas, pensamientos, etc. a ciertos destinatarios, manteniéndolos en reserva de aquellos que no lo son.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que *“El derecho a la privacidad comprende no sólo el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen, de modo que nadie pueda inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, y siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen”*¹⁹.

Asimismo reconoce que respecto el derecho a la intimidad, como derecho fundamental inherente al ser humano, se posee una amplia extensión en cuanto a su goce y ejercicio *“El ámbito de privacidad protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional no comprende exclusivamente las conductas que los individuos desarrollan en sus domicilios privados, sino que también alcanza a las que, de modo reservado, con la intención de no exhibirse, y sin que tengan trascendencia pública ni provoquen escándalo, aquéllos llevan a cabo fuera del recinto de aquél, pues lo contrario significaría tanto como aceptar que la más fundamental de las libertades personales sólo está constitucionalmente protegida en la medida en que se la ejerza en el reducido espacio del ámbito domiciliario y debido a la circunstancia incidental de que los individuos no pueden ser vigilados mientras permanezcan en él.”*²⁰

A su vez, el Tribunal Constitucional de España ha interpretado el derecho a la intimidad como el reconocimiento *“de la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana.”*²¹

Por otra parte, el derecho al secreto de las comunicaciones se entiende como la libertad de relacionarse con otra u otras personas distantes, a través de un medio destinado al efecto sin que trascienda el contenido del proceso comunicativo. De esta forma, el derecho al secreto de las comunicaciones viene a ser parte integrante del derecho a la intimidad, por lo que al hablar de derecho a la intimidad estamos

19 CSJN, S. 1858. XL; REX, “Sciammaro, Liliana E. c/Diario "El Sol" s/daños y perjuicios.”. 28/08/2007. T. 330, P. 3685

20 CSJN, S. 331. XXXIX; RHE. “Spinosa Melo, Oscar Federico c/E.N. —M de Relaciones Exter. Comer. Internacional y Culto— s/empleo público”. 05/09/2006. T. 329, P. 3617.

21 STC: 207/1996; 209/1988; 117/1994.

integrando asimismo el derecho al secreto de las comunicaciones.

Para que se pueda apreciar una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones será necesario que un tercero, o varios, ajenos a la comunicación concurra sin conocimiento de uno o de todos los intervinientes, - lo que se protege es el proceso comunicativo en sí, no sólo los datos o informaciones que se puedan deducir y la utilización posible de su contenido -; y que haya intención, conscientemente, de intervenir el proceso comunicativo, y no sea como consecuencia de un fallo o casualidad. Si por caso fortuito, alguien intercepta una comunicación personal no se produce consecuencia jurídica relevante si no difunde su contenido o afecta a otro derecho. Parece claro que no podemos hablar de un derecho a la comunicación, sino simplemente un derecho de secreto de las mismas, puesto que es lo que se desprende del art. 18.4 CE.²²

B – Facultad de dirección y organización empresarial:

Respecto el empleador, como acreedor de la prestación laboral (art. 37 L.C.T.), tiene derecho a que el trabajador concrete la prestación de sus tareas con *“puntualidad, asistencia regular y dedicación adecuada a las características de su empleo y a los medios instrumentales que se provean”* (art. 84 L.C.T.), y que los instrumentos que se provean para el desarrollo de la labor, como puede ser el correo electrónico laboral, sean efectivamente empleados para el cumplimiento de la tarea encomendada.

A su vez, como titular de facultades jerárquicas reconocidas en los arts. 64 a 68 L.C.T., podrá controlar el adecuado y oportuno cumplimiento de la labor, pero siempre encauzando el ejercicio dentro de pautas mínimas de prudencia y razonabilidad, a fin de salvaguardar la dignidad del trabajador.

Así, se reconoce al empleador facultades de organizar económica y técnicamente su empresa, como así también poder de dirección. El contenido del este último es amplio, ya que comprende tanto funciones ordenadoras (instrucciones), como funciones de control y vigilancia, y de decisión sobre la organización de la empresa. De esta forma, siguiendo a Livellara, podemos afirmar que el poder de dirección comprende tres tipos de funciones: 1) las decisorias o ejecutivas, que se manifiestan en las múltiples determinaciones concretas que debe tomar el empresario diariamente, 2) las ordenadoras o de instrucción, que acompañan las funciones decisorias, toda vez que requieren su implementación práctica a través del dictado de ordenes e instrucciones, y 3) las funciones de control, referidas fundamentalmente al control y vigilancia de la

²² Belda Pérez Pedrero, E. “El derecho al secreto de las comunicaciones: algunos apuntes sobre su protección en las relaciones por correo electrónico”. III Jornadas sobre Informática y Sociedad. 2000. Instituto de Informática Jurídica. UOCO. ICADE. Pág. 78.

realización del trabajo, a adoptar medidas de control para evitar sustracciones y a los controles médicos ordenados dispuestos por la legislación laboral.

Por otra parte, el art. 70 L.C.T., se refiere a los controles personales que puede establecer la empresa para proteger sus bienes, los que deberán en todo caso salvaguardar la dignidad del trabajador.

C – Desarrollo del interrogante:

Ahora bien, este acápite viene a colación de su anterior punto III, por cuanto, una vez decidida la naturaleza jurídica del correo electrónico laboral, vamos a estar en condiciones de abordar si el empleador tiene facultades para controlar el mismo, y en su caso, cuáles son los límites de dicha injerencia.

Dijimos que el correo electrónico laboral puede ser válidamente considerado una herramienta de trabajo, o, por el contrario, se asimila a la correspondencia privada.

Si fuera asimilado a la correspondencia epistolar, el empleador no tendría facultad para supervisar el contenido del e-mail, a menos que lo realice mediando una autorización judicial obtenida al respecto, toda vez que serian de aplicación las normas que establecen la inviolabilidad de la correspondencia y los papeles privados y el secreto de las comunicaciones, excepto manda judicial que así lo ordene. En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que: *“Las comunicaciones telefónicas al igual que la correspondencia epistolar -art. 18 de la Constitución Nacional- supone un ámbito de privacidad que por sus características sólo pueden ser objeto de injerencia por orden judicial”*²³.

Las pruebas que el empleador pudiera obtener mediante el monitoreo del correo electrónico laboral, sin autorización judicial previa, para acreditar la comisión de faltas graves por parte del trabajador que ameriten un despido con causa, podrían ser inutilizables en un eventual juicio, toda vez que serían consideradas nulas por haber sido obtenidas ilegítimamente. Así lo han entendido numerosos Tribunales extranjeros²⁴.

Esta postura es asimismo criticada, toda vez que al extender la garantía de inviolabilidad al correo electrónico laboral, sin posibilidad para el empleador de control, salvo manda judicial, se estaría virtualmente suprimiendo parte esencial de las facultades de control empresarias. Coincidimos con HORACIO E. WOYCIK en que

²³ L.L. 22-12-04 L.L. 25-02-05 supl., nro. 108.579, con nota. Resolución 2013/04; Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. 23/11/2004. T. 327, P. 5279.

²⁴ En Francia, Corte de Casación en fallo “Sociedad Nikon France c/ O., Frédéric”, 02/10/2001. En Brasil, Proceso N° 13000613/2000, Primera Instancia de 13°. Vara do Trabalho do Distrito Federal, en Revista de Derecho Internacional y del Mercosur, año 6, N° 4, pág. 178.

dicha solución, lejos de contemplar una integración armónica con la normativa laboral vigente, podría ser generadora de potenciales riesgos para el patrimonio de los empleadores y motivar conflictos de difícil solución en el marco del contrato de trabajo.²⁵

Siguiendo a dicho autor, podemos enumerar los siguientes riesgos potenciales que surgen de la imposibilidad de ejercer con amplitud las facultades de control sobre los correos electrónicos laborales:

- imposibilidad de controlar la productividad del empleado. Constituyen ejemplos de un uso extra laboral del e-mail la pérdida de tiempo o de eficiencia, distracción de los empleados de sus tareas laborales y/o distracción de sus compañeros, entre otros.

Su uso reiterado para fines extra laborales constituye una utilización indebida de una herramienta de trabajo provista por el empleador (art. 84 LCT) como así también un incumplimiento al deber de “dedicación adecuada” (norma citada).

- riesgos de apoderamiento de información confidencial del empleador. La obligación de “guardar reserva o secreto” integra el deber de fidelidad del trabajador (art. 85 LCT), encontrándose también regulado por la ley 24.766 de Confidencialidad de la Información, como por el art. 156 del Código Penal. Ahora bien, si el empleador carece de facultades para controlar el contenido de la información que remiten sus dependientes mediante el correo electrónico, las mentadas normas que regulan la reserva o secreto serían de una casi imposible aplicación.

- afectación de la imagen de la empresa. Es frecuente que en las direcciones de los correos electrónicos laborales se incluyan, además de las iniciales de los usuarios, el nombre de la empresa a la cual el trabajador pertenece. Esto hace que se vincule a la empresa con los correos electrónicos que sus empleados remitan, pudiendo, según su contenido, generar un perjuicio en la imagen de su nombre comercial.

Por ejemplo, el Tribunal del Distrito Federal 3 de Brasil consideró que existía justa causa de despido en tanto *“...las fotos pornográficas eran enviadas a través del proveedor de la reclamada. Esos e-mails eran enviados con el dominio “@HSBC.COM.BR”. El hecho, por si solo, es suficiente para que fuese afectada la imagen de la empleadora delante, inclusive, de sus clientes, desde que las fotos pornográficas estarían si tal sentido enviadas desde sus instalaciones...”*²⁶

²⁵ Woycik, Horacio E. El correo electrónico laboral y los conflictos vinculados con su posible reglamentación. En: EL DERECHO JURISPRUDENCIA GENERAL / Universidad Católica Argentina. Vol. 209 (2004). Buenos Aires (Argentina): Universidad Católica Argentina, p. 778.

²⁶ TRT do Distrito Federal, 3 Turma, RO 0504/2002. Revista de Derecho Internacional y del Mercosur. Año 6, Nro. 4, pag. 189. Citado en Woycik, Horacio E. El correo electrónico laboral y los conflictos vinculados con su posible reglamentación. En: EL DERECHO JURISPRUDENCIA GENERAL /

- eventual responsabilidad solidaria por el actuar del trabajador. La responsabilidad que empleador asume por los actos de sus dependientes surge del artículo 1113 del Código Civil: *“La obligación del que ha causado un daño se extiende a los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.”* En tal sentido se ha dicho que “si al empresario no se le allana el camino para poder verificar el contenido de los correos de sus trabajadores, tampoco se le podrá exigir la responsabilidad subsidiaria derivada de los actos de los mismos en los que haya podido existir comunicación por esta vía”²⁷.

Ahora bien, si consideramos al correo electrónico laboral como herramienta de trabajo, el empleador tendría facultad para controlar dicho correo, sin que las pruebas obtenidas en uso de tales facultades de control puedan ser consideradas ilegales.

Como ya lo adelantáramos, hay que distinguir el correo personal del trabajador, aún cuando el mismo sea utilizado en horario laboral, y el correo laboral, es decir, el proporcionado por la parte empleadora a su dependiente para fines exclusivamente laborales.

Resulta perfectamente claro que una cuenta de correo solicitada directamente por el trabajador a un proveedor de e-mail y cuya dirección electrónica contenga un dominio diferente al del empleador, por ejemplo el popular “Hotmail” o “Yahoo”, es, sin lugar a dudas, un e-mail personal al que por ninguna razón podría tener acceso el empleador, así se haya ingresado a dicha cuenta desde una computadora de trabajo, en horario laboral y usando la Internet de propiedad de la empresa.

Sin perjuicio de ello, el empleador válidamente podría bloquear el ingreso a dicha web de correo electrónico personal, restringir y delimitar la navegación y el acceso de sus trabajadores a esa y otras determinadas web de Internet, evitando así el uso de cuentas de correo personales y navegación extra laboral, durante la jornada de trabajo, facultad del empleador sobre la cuál no existe mayor discusión.²⁸

En cuanto al email laboral, es decir el asignado por el empleador y que tiene un dominio que suele identificar a la empresa, el acceso al contenido del correo electrónico debe ser el último medio a ser usado por el empleador para detectar una falta laboral, y es que –en principio- bastaría con ubicar los destinatarios, los nombres de los archivos adjuntos o el “asunto” del e-mail, para detectar un uso extra laboral del correo electrónico. Así cuando no exista una intromisión en el contenido del e-mail, no

Universidad Católica Argentina. Vol. 209 (2004). Buenos Aires (Argentina): Universidad Católica Argentina, p. 780.

27 Miranda de Hermida, Beatriz. El e-mail laboral en Argentina. DT-2001-B, pag. 1892.

28 Larrea de Rossi, Jorge A.. El despido motivado en el uso irregular del e-mail laboral.

se requerirá discutir sobre la necesidad o no del consentimiento o autorización del trabajador para la fiscalización o del requerimiento de una orden judicial.²⁹

El control del e-mail laboral que realiza la empresa, puede tener por fin:

1) Fin Preventivo o de Mantenimiento: evitar los perjuicios que causan los virus informáticos, evitar la sobrecarga de la red empresarial, evitar el exceso de capacidad de almacenamiento de las cuentas de correo o del servidor, etc. (lo cuál se puede llevar a cabo mediante un control externo de los e-mails y utilizando herramientas informáticas sin necesidad de ingresar a los contenidos)

2) Fin Organizativo: precisar la productividad individual de los trabajadores mediante la supervisión de su trabajo plasmado en e-mails y hacer un seguimiento de la correcta forma en que se brindan los servicios (por ejemplo, una adecuada atención al cliente cuando se da respuesta por e-mail para lo cuál es indispensable acceder al contenido del e-mail laboral)

3) Fin Fiscalizador: controlar de forma fiscalizadora y con afán disciplinario, el buen uso de las herramientas de trabajo a fin de aplicar sanciones a los infractores y/o reunir pruebas para sancionar diferentes faltas laborales (se trata de buscar, detectar y/o verificar situaciones irregulares para lo cuál es indispensable acceder al contenido del e-mail laboral)³⁰.

De este modo, la protección constitucional del correo electrónico no debe aplicarse al trabajador a quien la empresa proporciona una dirección de correo electrónico corporativa, si previamente se le ha notificado expresamente que es de uso exclusivo para cuestiones laborales. El fundamento de esta postura radica en que "la dirección de correo electrónico le pertenece al empresario, es un bien del empleador. Tan así es que en ella figura el nombre o las iniciales de la empresa, que es quien tramitó el dominio, y el nombre del usuario – trabajador sólo figura a los efectos de una distribución direccionada del mensaje. Por ende, el contenido de los mensajes emitidos y recibidos, vía esa dirección de e-mail le pertenecen al empresario."³¹ Como la información que circula por ese medio le pertenece a la empresa, el trabajador no puede tener ningún tipo de expectativa de intimidad al respecto. Esto no significa que el dependiente abdique en el ámbito laboral su derecho a la intimidad, sino que el derecho tiene limitaciones y se ve matizado o modulado en atención a la consideración

29 Toyama Miyagusuku, Jorge. Correo electrónico: entre la facultad de fiscalización, control del empleador y el derecho a la intimidad del trabajador. En: *Dialogo con la Jurisprudencia* N° 83, Agosto de 2005

30 Larrea De Rossi, Jorge A.. *El Despido Motivado en el uso irregular del e-mail laboral*

31 Oviedo, María Natalia. *Control empresarial sobre los e-mails de los dependientes*. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2004, p. 25.

que merecen los intereses empresariales³².

D - Jurisprudencia:

A falta de norma laboral específica, la jurisprudencia ha venido a otorgar un marco de actuación, sentando ciertas pautas. No siempre en forma pacífica, en el sentido en que, como en todos los ámbitos, ha habido diversidad de posturas, pero útil para paliar el vacío legislativo que existe.

Me permito transcribir algunos de los fallos que considero más relevantes, además de los que se han ido citando a lo largo del presente trabajo, a los que me remito en honor a la brevedad:

*"Debe declararse nula el acta de constatación efectuada por un escribano a instancia del requerimiento por el querellante -arts. 166, 167 inc. 2 y concs. CPPN.-, a fin de constatar el registro de los gabinetes personales metálicos (lockers) asignados a sus empleadas y la exhibición de las comunicaciones capturadas del sistema de correo interno "intranet", toda vez que dicho accionar constituye una invasión a la privacidad, y tal invasión sólo se encuentra justificada si media una orden jurisdiccional debidamente fundada. No puede ser justificada la intromisión de las comunicaciones, dado que dentro de los derechos de una persona, ya sea como derivación del de la propiedad o como un derecho autónomo a la intimidad, existe un derecho a que se respeten por parte del Estado aquellos ámbitos privados donde sus titulares han exhibido un interés en que así se mantenga esa expectativa. El empleador tiene prohibido, en principio, leer e-mails enviados o recibidos por sus empleados y el contenido de tal prohibición no es otro que la violación del derecho de privacidad del trabajador, facultad que no comporta un elemento configurativo del débito contractual y que, por ello, hace a la indiscutible e impenetrable dignidad y autodeterminación que como sujeto titulariza. El correo electrónico posee características de protección de privacidad más acentuadas que la tradicional vía postal, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador de servicio, el nombre de usuario y un código o contraseña de acceso, que impide el acceso de terceros a él."*³³

Este fallo pone de manifiesto que al empleador le está vedado el ingreso al e-mail de sus dependientes, prevaleciendo en todo momento el derecho a la privacidad (intimidad), excepto orden de autoridad judicial competente. Considera que la apertura

³² Cardona Rubert, María B.. Control del correo electrónico de los empleados. Transgresión de la buena fe contractual, citado por Nieto, María Bibiana. El uso del correo electrónico laboral y el derecho a la intimidad del empleado. En: REVISTA JURIDICA ARGENTINA LA LEY / La Ley. Vol. A (2008). Buenos Aires. p. 605.

³³ CNPN I, CAPITAL FEDERAL, 18-5-2005. CARATULA: C.,M. PUBLICACIONES: JA 19-10-05, 82.

del correo electrónico laboral asignado al trabajador no forma parte de las facultades de control del empleador sobre sus dependientes.

“Configura injuria que exime al empleador de toda responsabilidad por el despido, la utilización durante el tiempo de trabajo de herramientas laborales para fines personales -en el caso, correo electrónico-, pues ello contraría los deberes que el ordenamiento le impone al trabajador, tales como el de manejarse con diligencia, poner la dedicación adecuada según las características del empleo y los medios instrumentales provistos, cumplir su prestación de buena fe y obrar con criterios de colaboración, solidaridad y fidelidad -arts. 21, 62, 63, 84 y 85, ley de contrato de trabajo 20744”³⁴.

En sentido contrario a su anterior, este fallo viene a destacar que el correo electrónico laboral es una herramienta de trabajo, otorgada por el empleador a sus dependientes, la cual deber ser utilizada exclusivamente con fines laborales, y, amparándose en las normas de la Ley de Contrato de Trabajo, limita el derecho de privacidad del trabajador en pos del deber de éste último de manejarse con buena fe, colaboración, solidaridad y fidelidad.

“El uso por el trabajador del correo electrónico que le proveyó el empleador, efectuado para fines personales, no configura injuria de tal magnitud que justifique el despido en los términos del art. 242 de la ley de contrato de trabajo 20744 (t.o. 1976), si no tenía antecedentes disciplinarios ni existía reglamento alguno sobre el uso de las herramientas laborales, considerando que la concesión de una clave personal de acceso permite inferir que existía cierta expectativa de privacidad en cuanto al uso del correo electrónico”³⁵.

Conforme este último pronunciamiento citado, en consonancia con otros (referenciado al pie de página), el empleador no puede tomar medidas disciplinarias sin advertirles a los trabajadores, en forma previa, cual es el uso que considera apropiado respecto el correo electrónico laboral, mediante un manual de instrucciones, reglamento interno y/o cualquier otro cuerpo normativo, para otorgarles la oportunidad a sus dependientes de rectificar su conducta³⁶.

34 CNLB X, CAPITAL FEDERAL, 13-8-2003. “García, Delia M. c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. -YPF-“. LL 2003 E, 926-106178.

35 CNLB X, CAPITAL FEDERAL, 17-11-2003. “Villarruel, Roxana Itatí“. LL 2004 C, 455-107258.

36 Cfr. CNTrab., sala VII, “Pereyra Leandro c/Servicios del Almacén Fiscal Zona Franca y Mandatos S.A.“, 27/03/2003. DT, 2003-B, 1524; CNTrab., sala X, “Villarruel, Roxana I., c/ Vestiditos S.A.“, 17/11/2003. LA LEY, 2004-C, 455; CNTrab. Sala III, “Acosta, Natalia M. c/ Disco S.A.“, 21/02/2005. LA LEY, 2005-C, 312; CNTrab., sala I, “Peiro, Ricardo F. c/ Ceteco Argentina S.A.“, 29/04/2005. LA LEY, 2005-E, 248; CNTrab. Sala X, “Zilberberg, Gustavo A. c/ Total Austral S.A.“, 10/06/2005; CNTrab. Sala IV, “Gelonch, Giselle Araceli c/ Carda S.A.“, 27/02/2006. DT, 2006-B, 1342.

Así, si el empleador otorga reglas claras sobre el uso del e-mail laboral, previas, advirtiendo el ejercicio de controles, monitorización, etc., a fin de asegurar el correcto uso de las tecnologías dentro de la empresa, el trabajador no podría tener expectativa de privacidad, y por lo tanto, el control rutinario de sus e-mails no implicaría lesión alguna a sus derechos.³⁷

Asimismo, los tribunales han establecido ciertas pautas para que el empleador pueda proceder a la apertura de las cuentas de correo electrónico de sus empleados. Ellas son: comunicar al trabajador el propósito y la necesidad de la apertura de la casilla de correo electrónico y requerir su consentimiento; además, el empleado deberá encontrarse presente al momento de la apertura. Excepcionalmente podría abrirse sin guardar estos recaudos en caso de que existiera algún peligro grave e inminente en relación al sistema informático³⁸.

E - Recaudos a tomar por el empleador para fiscalizar el e-mail laboral de sus empleados salvaguardando el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones:

Como hemos ya expresado, la jurisprudencia es conteste en afirmar que, a los efectos del control por parte del empleador del contenido del correo electrónico de sus dependientes, es necesario que exista una clara política preventiva, a los fines de noticiar a los usuarios el procedimiento de control, consecuencias para el caso en se emplee para fines extra laborales, etc.

De esta forma, tanto doctrina como jurisprudencia, han ido elaborando una serie de requisitos a tener en cuenta por los empleadores al momento de concretar el referido control. Podemos enumerar los siguientes:

1. La empresa debe contar con una clara política de uso de las TICs y comunicársela a los trabajadores, definiendo allí los usos, mecanismos, procedimientos, restricciones, etc. que sean aplicables.

2. Asimismo, se deberá precisar en los contratos de trabajo y/o en el Reglamento Interno de la empresa, que el e-mail asignado es una herramienta de trabajo de uso exclusivo para fines laborales y señalar las restricciones, prohibiciones y sanciones aplicables por el mal uso del e-mail institucional haciendo referencia a la política de uso de las TICs de la empresa.

³⁷ Cfr. "Pereyra, Leandro c/Servicios del Almacén Fiscal Zona Franca y Mandatos S.A.", 27/03/2003. DT, 2003-B, 1524.

³⁸ Cfr. CNTrab., sala X, "Villarruel, Roxana I., c/ Vestiditos S.A.", 17/11/2003. LA LEY, 2004-C, 455; CNLB X, CAPITAL FEDERAL, 13-8-2003. "García, Delia M. c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. -YPF-". LL 2003 E, 926-106178. Cfr. Corte de Casación de la República de Francia, sala de la Cámara Social, caso "Nikon" France 2/10/2001.

Los reglamentos de empresa, cuya validez y obligatoriedad han sido reconocidos por la doctrina y jurisprudencia nacionales, no obstante la ausencia de norma alguna que los contemple expresamente en nuestra ley laboral, son instrumentos adecuados de política laboral para regular, entre otras cosas, el uso de herramientas de trabajo por parte del trabajador³⁹.

3. Se deberá alertar a los trabajadores, en forma previa, sobre la existencia de los controles, sus mecanismos y sus fines, procurando que estos sean controles mecanizados permanentes, aplicables a la totalidad de trabajadores o a aquellos escogidos de forma aleatoria y sin ningún ánimo discriminatorio.

4. Se deberá procurar utilizar prioritariamente los mecanismos técnicos que permitan un control automatizado, antes que un control manual, dando prioridad a un control externo de los e-mails para sólo acceder al contenido de aquellos considerados realmente “sospechosos”.

5. Se deberá procurar contar con un servidor de correo propio y asistirse por personal especializado a fin de llevar a cabo auditorias informáticas serias y confiables.

6. Cuando se realicen auditorias específicas, deberá efectuarlo en presencia del trabajador afectado y, de ser el caso, en compañía de un representante sindical, algún otro trabajador como testigo y/o un notario publico.

Los usos indebidos del email laboral deberán entenderse, por tanto, como una infracción a las políticas de uso de las TICs, cuya inobservancia resulte en un incumplimiento contractual y la sanción se encuentre tipificada en el reglamento interno de trabajo.⁴⁰

Por ultimo, podemos agregar como requisito el consentimiento del trabajador, lo que implica su conformidad con el ejercicio del control por parte del empleador, lo cual despeja la posibilidad de una intromisión abusiva de este en la intimidad del trabajador.⁴¹

Es evidente que una información clara e inequívoca a los trabajadores sobre la correcta utilización del correo electrónico laboral, genera un marco adecuado para el uso eficiente y pacífico de esta herramienta de comunicación.

Por ultimo, se ha destacado la importancia de la participación del Sindicato a fin de procurar que la dignidad y la intimidad del trabajador no se vean conculcados, ya que,

39 Vázquez Vialard, Antonio. Tratado de Derecho del Trabajo, citado en Castro Nevares, Federico. E-mail y trabajo. En: JURISPRUDENCIA ARGENTINA / Lexis- Nexis. Vol. 2 (2007). p. 1332. CODEN: J.A.

40 Cf. Jorge A. Larrea De Rossi. El Despido Motivado en el uso irregular del e-mail laboral.

41 Castro Nevares, Federico. E-mail y trabajo. En: JURISPRUDENCIA ARGENTINA / Lexis- Nexis. Vol. 2 (2007). p. 1332. CODEN: J.A.

en la práctica, una reglamentación privada (entre empresarios y trabajadores, plasmando códigos de conducta relativos al uso del correo electrónico), podría convertirse en un simple mecanismo de adhesión, en virtud del cual el trabajador renuncie a la privacidad del correo electrónico, legitimando cualquier intromisión en sus comunicaciones.⁴²

V – DERECHO ESPAÑOL.

En España, ante la ausencia de una regulación laboral específica del correo electrónico laboral, el debate se plantea entre las facultades de control del empleador y el derecho a la intimidad de los empleados.

El art. 18 de la Constitución Española garantiza el secreto de las comunicaciones, mencionando expresamente las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas.

“Artículo 18 C.E.:

1. Se garantiza el [derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.](#)
2. *El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.*
3. *Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*
4. *La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”*

Parte de la doctrina concuerda con que las comunicaciones electrónicas encuentran cabida dentro del ámbito de protección otorgado por dicho precepto, puesto que no son más que una clase de comunicación, aunque no aparezcan expresamente contempladas⁴³.

En la sentencia 231/1988, caso Paquirri, se afirma que "Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 de la C.E. aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la "dignidad de la persona", que reconoce el art. 10 de la C.E., y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para

⁴² González, Graciela Edith. El correo electrónico en el ámbito laboral. En: DOCTRINA LABORAL (continúa como: DOCTRINA LABORAL Y PREVISIONAL). Vol. 18, no. 232 (Dic. 2004). Buenos Aires. Errepar, p. 1204. CODEN: 227.

⁴³ Tinto Gimbernat, M. “El secreto de las telecomunicaciones electrónicas en los ordenamientos jurídicos español y norteamericano”. III Jornadas sobre Informática y Sociedad. 2000. Instituto de Informática Jurídica. UPCO. ICADE. Pág. 252.

mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo."⁴⁴

Se exige como requisito necesario para la interceptación de comunicaciones intervención judicial, tal y como señala el art. 18.3 CE.

El empresario podría imponer determinadas restricciones y limitaciones de uso del correo electrónico, así como de la utilización de Internet por parte de sus trabajadores, en el ejercicio de su poder de dirección y organización del trabajo.

Así, el art. 5.c ET señala que "*los trabajadores tienen como deber básico cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus actividades directivas*".

De la misma forma, el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores, como eje del poder de dirección y control de la actividad laboral, establece que "*el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario*". Sin embargo, el punto clave de este art. 20 es su apartado tercero, en virtud del cual "*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*".

En este poder de dirección y organización del trabajo radica el principal fundamento del empresario para acceder y controlar las comunicaciones electrónicas realizadas por los trabajadores. Lo que implicaría que el empresario puede, en ejercicio de ese poder de dirección y control, establecer los mecanismos técnicos, como programas que permitan verificar que sus trabajadores llevan a cabo un uso correcto del correo electrónico, y del acceso a Internet, instrumentos que el empresario ha puesto a disposición del trabajador para el cumplimiento de su prestación laboral⁴⁵.

También debemos tener en cuenta el artículo 64.1.4. del Estatuto de los Trabajadores, que establece como competencia del Comité de Empresa "*la de emitir informe sobre las decisiones adoptadas por el empresario sobre la implantación o la revisión de sistemas de organización y control del trabajo*". Este artículo origina una nueva reflexión acerca de la validez de sistemas de control, del trabajador y de su rendimiento que afecten a su intimidad, si previamente éste ha prestado su consentimiento.

Parece claro que del hecho de que la computadora y la dirección del e-mail sean propiedad del empresario, provista por éste al trabajador, ello no podría habilitarle un

44 Villahermosa Iglesias, Alfonso. Apuntes sobre el correo electrónico en la empresa

45 Pérez De Los Cobos Orihuel, Francisco. Sobre el buen uso del ordenador y su control por el empresario. 7 de enero de 2001.

acceso indiscriminado sobre la actividad laboral ejercida por el dependiente mediante el uso del e-mail, porque de lo contrario se verían vulnerados derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad (arts. 18.1CE y 4.2.e. ET), el derecho a la libre comunicación entre personas y libertad de expresión (art. 20.1.a. CE) y el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

La Jurisprudencia de los Tribunales españoles ha oscilado entre otorgar preeminencia a las facultades de control del empleador o priorizar el derecho a la intimidad de los trabajadores, existiendo resoluciones judiciales en ambos sentidos.

El Tribunal Superior de Murcia consideró un abuso de confianza la conducta del empleado que utilizó los servicios informáticos de la empresa para fines particulares y que incluso publicó en Internet una dirección de correo que correspondía al ordenador de la oficina comercial de la empresa⁴⁶.

Luego, en una relevante sentencia de fecha 10/04/2003, el Tribunal Superior de Madrid consideró que la verificación del empleador del contenido del ordenador portátil utilizado por el trabajador era una medida adecuada, idónea, necesaria y equilibrada, que no violaba garantías fundamentales del trabajador.

En base a la doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal consideró que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones:

- 1 - si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad);
- 2 – si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad);
- 3 – si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).⁴⁷

En el caso concreto, y siguiendo dichos parámetros, el Tribunal dispuso que “... *la medida de retirar al trabajador el ordenador portátil, herramienta de trabajo y propiedad de la empresa, y proceder, con su oposición y sin su presencia, a verificar su contenido, resulta una medida adecuada al existir razonables sospechas de la comisión de graves irregularidades cometidas por el trabajador en el desarrollo de su*

⁴⁶ Sentencia del 15/6/99, Ar. 2504.

⁴⁷ Woycik, Horacio E.. El correo electrónico laboral y los conflictos vinculados con su posible reglamentación En: EL DERECHO JURISPRUDENCIA GENERAL / Universidad Católica Argentina. Vol. 209 (2004). Buenos Aires (Argentina): Universidad Católica Argentina, p. 783.

trabajo; es idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria por cuanto el resultado de la Inspección del correo electrónico serviría de prueba de tales irregularidades, siendo evidente que dejar en manos del actor el ordenador conllevaría la desaparición y destrucción de la prueba y por tanto, de todo vestigio de su irregular conducta; y equilibrada, pues el registro se limitó (nada hay para sospechar lo contrario) a la verificación de la irregularidad, teniendo como única finalidad obtener conocimiento de cuál era su comportamiento laboral".

El Tribunal, por tanto, consideró válida la prueba así obtenida y declaró procedente el despido del reclamante por haber infringido los deberes de fidelidad y lealtad, probidad y confianza implícitos en toda relación laboral⁴⁸.

En mayo de 2000, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña había considerado al correo electrónico como una "herramienta propia del empleador", sosteniendo que resultaba innecesaria la advertencia de la empresa de no poder usar para fines personales los medios informáticos⁴⁹.

Pero, la Sentencia que destapó la polémica ha sido la conocida ya como "el caso Deutsche Bank". Dicha Sentencia declara procedente el despido de un trabajador que había enviado 140 mensajes de correo electrónico caracterizados por la propia sentencia como "humorísticos, sexistas e incluso algunos obscenos a sus compañeros de trabajo y amistades", y, por lo tanto, ajenos a la actividad profesional de la empresa.

La sentencia considera probado que el empleado utilizaba el correo electrónico para fines personales en horario laboral, cuando la empresa había establecido claras directrices en contra de esta habitual práctica. Es por ello que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ve un acreditado incumplimiento laboral del trabajador sancionado y que su utilización del e-mail supone una pérdida de tiempo de trabajo efectivo, como había alegado la propia empresa.

Así lo expone claramente el Tribunal en su FJ. 4º, al señalar que "*...el trabajador, sin conocimiento ni autorización de la empresa demandada, envió, a través del correo electrónico que él tienen asignado en la compañía, 140 mensajes a 298 destinatarios, entre ellos a la dirección de correo electrónico de otros compañeros. Dichos mensajes, ajenos a la prestación de servicios, y de naturaleza obscena, sexista y*

48 Ídem nota anterior.

49 Sentencia del 5/7/2000, publicada en la Actualidad Laboral BDE 137727.

humorística, se remitieron en horario laboral; cuando es así que la empresa demandada sólo permite utilizar el referido sistema de comunicación por motivos de trabajo... Concorre así, un acreditado incumplimiento laboral del trabajador sancionado que, tanto por su contenido como por su reiteración en el tiempo, resulta expresivo de una entidad disciplinaria suficiente como para revestir de razonabilidad a la reacción de la empresa”⁵⁰. Continúa señalando en el mismo FJ. que “la naturaleza y características del ilícito proceder descrito suponen una clara infracción del deber de lealtad laboral que justifica la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo con base en el art. 54.2.d. ET, al haber utilizado los medios informáticos de la empresa para fines ajenos a los laborales, contraviniendo así, con incidencia de su coste económico-temporal, un deber básico que, además de ser inherente a las reglas de la buena fe y diligencia que, en virtud del art. 5 ET, deben presidir las relaciones laborales, compromete, asimismo, la actividad laboral de otros trabajadores”⁵¹.

Sin embargo, el 11/06/2003, el Tribunal ratificó una sentencia del Juzgado de lo Social Nº 32 de Barcelona, que consideró inválidas las pruebas obtenidas al monitorear la computadora de una empleada. El fallo entendió que en este caso en particular había existido una intromisión desproporcionada del empresario en el derecho fundamental al “secreto de las comunicaciones” de la trabajadora despedida, por entender que no existió una búsqueda finalista de archivos legítimos, sino el intento de objetivar una causa de despido frente a la previa interposición por parte de la trabajadora de una acción de extinción del contrato de trabajo por mobbing (art. 50 ET).⁵²

VI – BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO.

El derecho comparado es de vital importancia, toda vez que a su tradicional función como instrumento vital para un mejor conocimiento del sistema jurídico nacional, mediante la comparación con otros países y el aditamento del método histórico, se ha sumado el proceso de integración apreciado en Europa y que, de una forma mas incipiente, también se vive en América.

De esta forma, el derecho comparado es una herramienta ineludible para llevar a cabo más fácilmente ese proceso de integración; adicionalmente servirá también como instrumento de cohesión en los procesos de unificación jurídica de alcance universal, y

50 “Deutsche Bank c/ R., G.G.” TS Cataluña, sala de lo social, 2000/11/14.

51 Ídem nota anterior.

52 Woycik, Horacio E.. El correo electrónico laboral y los conflictos vinculados con su posible reglamentación En: EL DERECHO JURISPRUDENCIA GENERAL / Universidad Católica Argentina. Vol. 209 (2004). Buenos Aires (Argentina): Universidad Católica Argentina, p. 784.

permitirá la importación de sistemas jurídicos mas avanzados por parte de aquellos países que tienen un desarrollo jurídico inferior.⁵³

REGULACIÓN EN EUROPA:

La Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, deroga la Directiva 97/66/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de datos personales. Esta nueva Directiva, a través de su artículo 5, impone a los Estados miembros la obligación de garantizar la confidencialidad de las comunicaciones.

El Documento del 22/04/2002, no vinculante, elaborado por la Unión Europea, contiene recomendaciones respecto la delimitación en el uso de la tecnología en la empresa y el establecimiento de los modos de llevar a cabo la vigilancia y control empresarios, estableciendo principios generales a tener en cuenta, como ser el principio de necesidad, o sea, que la medida de control sea absolutamente necesaria para la empresa; principio de finalidad, es decir, dejar en claro cuales son los fines perseguidos; principio de transparencia en cuanto a que el control del e-mail no debe ser secreto; principio de legitimidad, por ejemplo que el control tenga como finalidad evitar la transmisión de información a la competencia; principio de proporcionalidad y principio de seguridad.

PORTUGAL:

La Constitución de Portugal regula en su artículo 34 la inviolabilidad de la correspondencia. En el mismo texto legal, el artículo 26 contiene el derecho a la intimidad. Y en el artículo 32.8 de la Constitución se declara la nulidad de todas las pruebas obtenidas mediante abusiva intromisión en la correspondencia. La Ley portuguesa criminaliza el acceso indebido a las comunicaciones y, toda vez que los mensajes de correo electrónico constituyen una forma de comunicación privada, existen ciertas disposiciones legales que impiden el acceso por terceras personas a su contenido. Así, la Ley 109/91 sobre Criminalidad Informática regula la interceptación ilegítima de las comunicaciones; por lo tanto, el empresario no podrá interceptar las comunicaciones electrónicas de sus trabajadores ni abrir o acceder a los mensajes de correo electrónico, cuando estos mensajes sean de naturaleza privada y no tengan el consentimiento del trabajador. Con la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2003 de la Ley 99/2003, de 27 de agosto, fue aprobado el nuevo Código del Trabajo, que en su

⁵³ Castro Nevares, Federico. E-mail y trabajo. En: JURISPRUDENCIA ARGENTINA / Lexis- Nexis. Vol. 2 (2007). p. 1333. CODEN: J.A.

artículo 21 consagra expresamente, el derecho de confidencialidad del trabajador relativo al contenido de los mensajes electrónicos de naturaleza personal.

FRANCIA:

Pese a no existir una regulación específica, el Tribunal Supremo francés ha marcado un importante precedente: el empleador no puede tener conocimiento de los mensajes personales enviados por un empleado y recibidos por éste a través de una herramienta informática puesta a su disposición para su trabajo sin violar el secreto de la correspondencia. Ni aún en los casos en que el empresario hubiera prohibido la utilización extra laboral de la computadora. El trabajador tiene derecho, incluso en su tiempo y lugar de trabajo, al respeto a su intimidad y su vida privada.

En el caso "Tareg Al Baho, Ministere Public/ Françoise V, Merc F. et Hans H.", el Tribunal de París condenó a los demandados (Directores de una Escuela Superior de Física y Química Industrial de París) por violación del secreto de correspondencia del demandante, porque sospechaban que el mismo estaba siendo usado para fines personales, mas la Justicia francesa entiende que las cuentas de correo electrónico están amparadas por el secreto de correspondencia.

Sobre el despido por parte de Nikon France de un empleado, en octubre de 2001, el Tribunal Supremo Francés equiparó el correo electrónico del empleado a la correspondencia, por lo que consideraba ésta inviolable: "un empresario no puede tener conocimiento de los mensajes personales enviados por un trabajador y recibidos por éste a través de un útil de informático puesto a su disposición para su trabajo sin violar el secreto de correspondencia, aunque el patrón haya prohibido la utilización no profesional del ordenador".⁵⁴

REINO UNIDO:

En el Reino Unido, la regulación del uso de las comunicaciones internas durante el horario laboral ha sufrido un cambio radical con la entrada en vigor de la Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (la "RIP Act"), donde se establecen las circunstancias bajo las cuales el control de las comunicaciones es autorizado. Se dispone que la supervisión del correo electrónico se encuentre permitida cuando ambas partes de la comunicación hayan consentido dicho control o cuando el empleador cuenta con razonables argumentos para considerar que existe tal consentimiento.⁵⁵

La RIP Act faculta al Secretario de Estado a regular los supuestos en los que se autoriza el control de las comunicaciones. Dicha reglamentación tuvo lugar con las

54 Arrêt 02.10.01 Cour de Cassation. SA Nikon France / Frédéric O.

55 Can my company monitor my telephone and email use? Ver www.yourrights.org.uk

Telecommunications (Lawful Business Practices) (Interception of Communications) Regulations 2000⁵⁶, por las que se autoriza el control de comunicaciones sin el consentimiento de las partes intervinientes, cuando sea con el fin de: comprobar si dichas comunicaciones son relevantes para el negocio; asegurar el cumplimiento de normas legales y disposiciones internas; prevenir o detectar un delito; investigar o detectar un uso no autorizado del sistema; y/o comprobar el grado de cumplimiento del personal con sus tareas, entre otros supuestos.⁵⁷

Las normas de la Data Protection Act 1998 también resultan de aplicación si las comunicaciones de los trabajadores son grabadas. El Draft Code of Practice establece pautas a ser seguidas por el empleador en la supervisión del correo electrónico laboral, éstas son: optar por controlar el tráfico de la red en lugar del contenido de los correos electrónicos; establecer una política de comunicación electrónica que sea notificada al personal; haber advertido a los empleados sobre las facultades de la compañía de controlar la casilla de correo del personal en su ausencia; controlar con el objetivo de comprobar el cumplimiento de los servicios a los clientes, utilizando la información obtenida mediante el control sólo para tal fin, excepto cuando se detecte la comisión de un delito o una seria inconducta del empleado; proveer medios que permitan a los empleados eliminar del sistema e-mails recibidos o enviados; y no abrir mails de carácter claramente personales de los empleados.⁵⁸

ITALIA:

En el artículo 15 de la Constitución se regula que la libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación son inviolables. Su limitación sólo puede provenir por un acto motivado de la autoridad judicial con la garantía de la ley.⁵⁹

BÉLGICA:

En fecha 26 de abril de 2002 se sancionó el Convenio Colectivo de Trabajo N° 81 relativo a la protección de la vida privada de los trabajadores y al respeto del control de los datos electrónicos de la comunicación en red⁶⁰, entre las tres centrales sindicales

56 Dictadas en virtud de las Regulations of Investigatory Powers Act 2000, y vigentes desde 24/10/2000. Ver www.hmso.gov.uk/si/si2000/20002699.htm

57 Working on-line and on-message, ver en www.legalpublishing.co.uk/leicester/law-explained/company-ecommerce.htm

58 Pto. "6.3.2 – E-Mail Monitoring" del Draft Code of Practice, pág. 31.

59 "La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge"

60 Convention collective de travail n° 81 du 26 avril 2002 relative a la protection de la vie privée des travailleurs a l'égard du contrôle des données de communication électroniques en réseau

(Confederación General del Trabajo, Confederación Sindical Cristiana y Confederación Liberal de Sindicatos) con la Federación de Empresas Belgas y otras dos asociaciones patronales⁶¹.

Dicho Convenio establece pautas para el control de los empleadores de las comunicaciones realizadas a través de la red, que sean transmitidas o recibidas por los trabajadores. El control empresarial, debe sustentarse en alguno de los siguientes motivos: impedir comunicaciones ilícitas y contrarias a las normas aceptadas de conducta o que puedan afectar la dignidad de otras personas; proteger los intereses económicos, financieros o comerciales de la empresa; preservar la seguridad de la empresa; preservar la seguridad de la empresa y sus instalaciones; conservar la integridad de la política empresarial en lo que concierne a las comunicaciones electrónicas y la utilización de Internet.⁶²

El empleador debe limitar su control a la investigación específica que está realizando respecto determinado empleado, siempre que existan otras pruebas de un uso abusivo del sistema electrónico, y el control sea necesario para identificar al responsable. La empresa deberá establecer e informar a su personal y a las entidades sindicales su política de control en materia de correo electrónico.⁶³

El Tribunal de Trabajo de Bruselas dictó sentencia el 2 de mayo de 2000, basado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, entendiendo que el envío de correo electrónico por un trabajador pertenece a su vida privada.

HOLANDA:

La Ley de Protección de Datos Personales de 2001, permite el monitoramiento de las actividades electrónicas de los trabajadores, siempre que haya participación de los Sindicatos o Representantes de los Trabajadores en la concreción del control.

BRASIL:

Se destaca la Sentencia del Tribunal Regional de Trabajo TRF-DF-RO 0504/2002. Acordão 3º Turma, en la que el juez Douglas Alentar Rodrigues en su voto no reconoce la existencia del derecho a la privacidad en el uso de herramientas de trabajo otorgadas a los trabajadores para ejercer las tareas asignadas mediante el respectivo contrato de trabajo, pero que dicha herramienta de correo electrónico concedida por la empresa no debe ser equiparada a las correspondencias postales o telefónicas, que son objeto de tutela constitucional del artículo 5º inciso XII de la

61 Conf. Von Potobsky, Geraldo, Tendencias del Derecho del Trabajo (Crónica Internacional); TySS – 2002 – pág. 1017 y sigs.

62 Ídem nota anterior.

63 Ídem nota anterior.

Constitución.

Pero por otro lado, la sentencia del Tribunal Superior de Trabajo de 18 de mayo de 2005 publicada el 10 de junio de este mismo año⁶⁴, le concede a las empresas brasileñas el derecho a controlar el correo electrónico de sus empleados.

Ante la ausencia de normas específicas para el uso del correo electrónico de empleados en Brasil, el juez citó casos de otros países como EE.UU. y el Reino Unido.

CHILE:

Ante la ausencia de una normativa legal específica y considerando la plena vigencia de los derechos fundamentales en el interior de la empresa, tales como el derecho a la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones, la Dirección del Trabajo ha hecho uso de sus facultades para esbozar ciertos criterios sobre la materia. Precisamente, en uno de sus más recientes dictámenes -Ordinario 0260/0019 de la Dirección del Trabajo, de fecha 24 de Enero del 2002- se asume el tema relativo a las condiciones de uso de los correos electrónicos de la empresa por los trabajadores, y a las facultades que conciernen al empleador a su respecto.

Sostiene la Dirección del Trabajo que "... de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores".

Pero en ningún caso podrá el empleador tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores.

ESTADOS UNIDOS:

A nivel federal rige el Electronic Communications Privacy Act de 1986 ("ECPA"), por el cual, como principio general, prohíbe la interceptación internacional de comunicaciones orales, por cable o electrónicas. El capítulo segundo del ECPA, conocido como Stored Communications Act, prohíbe el acceso a comunicaciones electrónicas archivadas. Sin embargo, ambos regímenes contienen importantes excepciones: el consentimiento de una de las partes de la comunicación, o ser el proveedor del sistema informático (tal el caso del empleador), supuestos en los cuales la interceptación de las comunicaciones realizadas en el curso ordinario de los

64 NÚMERO ÚNICO PROC: rr-613/2000-013-10-00 PUBLICAÇÃO : DJ - 10/06/2005 PROC. Nº TST-RR-613/2000-013-10-00.7 ACÓRDÃO 1ª Turma. Joa Oreste Dalazen, Ministro Relator del Proceso. JOD/rla/jc PORVA ILÍCITA. "E-MAIL" CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO

negocios se encontraría autorizada⁶⁵.

Así los empleadores se encontrarían habilitados a supervisar la correspondencia electrónica de su personal, si previamente notifican y obtienen el consentimiento del mismo en tal sentido. Los reclamos efectuados por trabajadores con motivo de la violación a su derecho de privacidad, no han prosperado judicialmente, en gran medida por la imposibilidad de probar la existencia de una razonable expectativa de privacidad en las comunicaciones electrónicas con el e-mail laboral⁶⁶.

VII – CONCLUSIONES.

Hemos visto a lo largo del desarrollo del presente trabajo, las diversas formas de compatibilizar los intereses en juego sin que ello derive en vulneración de derechos.

Ante el evidente vacío legal que impera tanto en nuestro país como en la mayoría de los restantes países, la solución viene a ser proporcionada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, mediante la elaboración de pautas y lineamientos.

Vimos que, tomando ciertos recaudos de vital importancia como ser una clara política sobre el uso de las nuevas tecnologías en la empresa, la notificación previa al trabajador del monitoreo por parte del empleador del correo electrónico laboral, la intervención del Sindicato en cuanto a la elaboración de Códigos de Conducta, entre otras pautas, el empresario podrá ejercer sus facultades de control y organización, sin que ello conculque derechos fundamentales del trabajador. Asimismo observamos que a efectos de evitar vulneración en el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del trabajador, este último no debe mantener ni un mínimo margen de expectativa de privacidad. Ello se logra mediante la expresada notificación y, aun mejor, el consentimiento prestado por el trabajador, aunque será necesaria la intervención del Sindicato para que dicho consentimiento no se torne en una mera adhesión, derivando en renuncia de derechos irrenunciables.

Previo a emplear una medida de control, sería conveniente que se aplique a dicha medida el juicio de proporcionalidad elaborado por la jurisprudencia española. Se trata de lograr un procedimiento que proteja los derechos personales del trabajador en el centro de trabajo y, también, los derechos de los empresarios, para evitar las situaciones de abuso.

⁶⁵ Privacy in the work place. The impact of technology, Schulte, Roth & Zabel LLP seminar April 25, 2001. Monitoring Employee's electronic communications, Scott A. Gold y Adam J. Heft, page 6.

⁶⁶ Fallos "Smyth vs. Pillsbury Co.", 914, Supp. 97 (E.D. Pa. 1996) y "McLaren vs. Microsoft Corp.", N° 05-97.00824-CV, 1999 WL 339015 (Tex. App. May 28, 1999) citados por Scott A. Gold y Adam J. Heft en Monitoring Employee's electronic communications.

Es decir, intentar encontrar un equilibrio entre lo que es un derecho fundamental constitucional, que es el derecho a proteger tanto la intimidad del trabajador y el secreto de las comunicaciones, y el derecho que tiene el empresario respecto del conjunto de medios y la organización del trabajo en la empresa.

Evidentemente, se torna necesaria la sanción de una ley laboral específica que regule el uso de las nuevas tecnologías aplicadas en la empresa y desarrolle la problemática que se genera respecto de la utilización correo electrónico laboral por parte del trabajador, efectuando una integración armónica con el régimen legal vigente a fin de evitar situaciones contradictorias generadoras de incertidumbres al momento de la aplicación de la norma.

VIII – BIBLIOGRAFIA.

- Agut García, Carmen. Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de trabajo y otros efectos de la empresa. Revista Tribuna Social, Valencia, fascículo 163, año 2004. Pág.24-36.
- Álvarez, José Cuervo. Privacidad del correo electrónico por parte del trabajador.
- Belda Pérez Pedrero, E. "El derecho al secreto de las comunicaciones: algunos apuntes sobre su protección en las relaciones por correo electrónico". III Jornadas sobre Informática y Sociedad. 2000.
- Cardona Rubert, María B.- Control del correo electrónico de los empleados. Transgresión de la buena fe contractual.
- Carrio, Alejandro. Derecho constitucional a la privacidad: zonas claras de protección y zonas de penumbra, LA LEY, 1993-C, 752.
- Castro Nevares, Federico. E-mail y trabajo. En: JURISPRUDENCIA ARGENTINA / Lexis- Nexis. Vol. 2 (2007). p. 1331-1334.
- Cifuentes, Santos. El derecho a la intimidad. ED, 57-832.
- De Cuevillas Matozzi, Ignacio. El control del e-mail en la empresa y el derecho a la intimidad: consideraciones jurídicas a raíz de una resolución judicial. En: REVISTA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS / Atilio Aníbal Alterini. Vol. 2002 (2002). Buenos Aires: La Ley, p. 1397.
- Díaz Molina, Iván. El derecho a la vida. LA LEY, 126-985.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel. Tratado de derecho constitucional, T. II, 2da Ed. Depalma, Bs. As., 1994, p. 354.
- Goldenberg, I. La tutela de la vida privada. LA LEY, 1976-A, 576.
- González, Graciela Edith. El correo electrónico en el ámbito laboral. En: DOCTRINA

LABORAL (continúa como: DOCTRINA LABORAL Y PREVISIONAL). Vol. 18, no. 232 (Dic. 2004). Buenos Aires: Errepar, p. 1197.

- González Frea, Leandro. Uso indebido del e-mail por parte del trabajador. Despido con causa. Septiembre de 2003.

- Larrea De Rossi, Jorge A.- El Despido Motivado en el uso irregular del e-mail laboral.

- Livellara, Carlos Alberto. El control empresario sobre el correo electrónico laboral

En: DERECHO DEL TRABAJO / La Ley. Vol. B (2007). p. 1285-1296.

- Miranda de Hermida, Beatriz. El e-mail laboral en Argentina. DT-2001-B, pag. 1892.

- Moeremans, Daniel E.- Protección del e-mail como extensión del derecho a la intimidad. La Ley. Vol. E (2007). p. 740-754.

- Nieto, María Bibiana, Montesano, María Inés y Urbano Salerno, Marcelo. El uso del correo electrónico laboral y el derecho a la intimidad del empleado. En: REVISTA JURIDICA ARGENTINA LA LEY / La Ley. Vol. A (2008). Buenos Aires: La Ley, p. 602-608. ISBN: 0024-1636.

- Oviedo, María Natalia. Control empresarial sobre los e-mails de los dependientes. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2004, p. 25.

- Palazzi, Pablo Andrés. Aspectos legales del correo electrónico no solicitado (derecho de enviar, derecho a no recibir y a no distribuir correo electrónico). En: JURISPRUDENCIA ARGENTINA. Vol. 1 (2004). p. 920. ISBN: 987-1016-45-X.

- Pérez De Los Cobos Orihuel, Francisco. Sobre el buen uso del ordenador y su control por el empresario. 7 de enero de 2001.

- Rufino, Marco A.- Consecuencias de la utilización del correo electrónico e Internet en el ámbito laboral. Crónicas temáticas. En: DOCTRINA JUDICIAL / La Ley. Vol. 2005-3 (2005). Buenos Aires: La Ley, p. 68. ISBN: 1514-3376.

- Tinto Gimbernat, M. "El secreto de las telecomunicaciones electrónicas en los ordenamientos jurídicos español y norteamericano". III Jornadas sobre Informática y Sociedad. 2000. Instituto de Informática Jurídica. UPCO. ICADE. Pág. 252.

- Toyama Miyagusuku, Jorge. Correo electrónico: entre la facultad de fiscalización, control del empleador y el derecho a la intimidad del trabajador. En: Dialogo con la Jurisprudencia N° 83, Agosto de 2005.

- Vaninetti, Gustavo Juan. Correo electrónico: control laboral. Intimidad. Los llamados "compromisos de confidencialidad". En: EL DERECHO JURISPRUDENCIA GENERAL / Universidad Católica Argentina. Vol. 225 (2008). Buenos Aires (Argentina): Universitas SRL, p. 160-165.

- Vaninetti, Hugo Alfredo. Libertad de expresión del trabajador en el ámbito laboral.

Utilización del correo electrónico. En: EL DERECHO JURISPRUDENCIA GENERAL / Universidad Católica Argentina. Vol. 223 (2007). Buenos Aires (Argentina): Universitas SRL, p. 608-613.

- Vázquez Vialard, Antonio. Tratado de Derecho del Trabajo, citado en Castro Nevares, Federico. E-mail y trabajo. En: JURISPRUDENCIA ARGENTINA / Lexis- Nexis. Vol. 2 (2007). p. 1332.

- Veltani, Juan Darío. Después de la entrada en vigencia de la ley 26388, ¿constituye delito el control del correo electrónico laboral por parte del empleador? En: EL DERECHO JURISPRUDENCIA GENERAL / Universidad Católica Argentina. Vol. 231 (2009). Buenos Aires (Argentina): Universitas SRL. p. 878-889.

- Villahermosa Iglesias, Alfonso.- Apuntes sobre el correo electrónico en la empresa.

- Villahermosa Iglesias, Alfonso. Privacidad Laboral, en/revista/data/49-14.asp.

- Virgili, Claudio Sebastián. Cuestiones que plantea el uso del e-mail en la relacion de trabajo. Universitas SRL. Vol. 31 (2004). p. 29.

- Von Potobsky, Geraldo, Tendencias del Derecho del Trabajo (Crónica Internacional); TySS – 2002 – pág. 1017 y sigs.

- Woycik, Horacio E.- El correo electrónico laboral y los conflictos vinculados con su posible reglamentación. En: EL DERECHO JURISPRUDENCIA GENERAL / Universidad Católica Argentina. Vol. 209 (2004). Buenos Aires (Argentina): Universidad Católica Argentina, p. 775.

- Zabala de González, Matilde. Derecho a la intimidad. Bs. As. 1982, p. 87.