

Los límites a las facultades de control del empleador en la utilización por parte de los trabajadores de las nuevas tecnologías (correo electrónico e internet)

Daniel Ulloa Millares

Abogado Asociado del Estudio Rubio Leguía Normand Asociados.

Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Asociado de la SPDTSS.

Sumario

Introducción 1. Marco Constitucional. 2. El criterio de razonabilidad o proporcionalidad. 3. Los bienes de trabajo: una clasificación. 4. El control de acceso a internet y del correo electrónico. 5. La situación en Perú. 6. Un elemento importante: el uso por parte del sindicato. 7. Conclusiones.

Sumilla

En el presente trabajo se analizan las opciones que posee el empleador para supervisar de manera legal el uso de los medios informáticos que otorga a sus trabajadores, en especial al acceso a internet y la utilización del correo electrónico personal como el laboral. Para ello se toman en cuenta los elementos estudiados en decisiones jurisprudenciales nacionales así como experiencias de otros países.

INTRODUCCIÓN

Lamentablemente, cada cierto tiempo resulta común intentar modificar las normas jurídicas peruanas alegando su poca relación con la realidad, y a veces

hasta su vigencia efectiva¹. Contribuye a esta común impresión el estudio de normas que incluyen conceptos ambiguos o que expresan modelos que no se generan en la vida diaria sino en el escritorio de determinados pensadores o en la copia de códigos o normas existentes en otros países muy diferentes al nuestro y cuya aplicación resulta mínima o a veces inexistente².

Uno de los críticos ejemplos de lo antes indicado lo constituye el Derecho Laboral peruano (lo cual incluye a la regulación relativa a Seguridad Social): pensado para regular lo que se conoce como “contrato de trabajo”, es decir, todas las prestaciones personales remuneradas y subordinadas cuya aplicación práctica es muy reducida en nuestro país pues no cubre ni siquiera al veinte por cien de la población económicamente activa.

Consideramos que la situación antes indicada se basa, principalmente por la informalidad³ existente en nuestra realidad, motivada en esencia por criterios económicos, dado que en nuestro país cumplir las normas laborales no tiene incentivo alguno, a contrario, resulta más costoso para el contratante (empleador). A pesar del intento de la Ley 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, de fecha 2 de julio de 2003, la realidad sigue siendo severa para toda persona que se encuentra obligada a prestar servicios, constituyendo un verdadero privilegio en el Perú figurar en una planilla. Esto también es fomentado por el escaso número de inspectores que posee la Autoridad de Trabajo (133 según una última declaración del Ministro de Trabajo) para poder realizar las importantes labores de control que tiene actualmente concedidas por la Ley de Inspección Laboral (aprobada por Decreto Legislativo 910), creándose así

¹ Por ejemplo, actualmente se discute si debe sancionarse con mayor gravedad la violación de menores de edad, sancionar a los padres que maltratan físicamente a sus hijos.

² De la misma opinión era Manuel Santos Pasapera en su obra “*La novísima legislación peruana de minas*” publicada hace cien años (1905), tal como refiere Jorge Basadre, Historia de la República del Perú, Tomo X, Ediciones Historia, 1964, p. 4552. Un ejemplo reciente de este “desfase” (por la imposición de innecesarios requisitos formales para la celebración de varios convenios) lo podría constituir el texto del reglamento de la ley de modalidades formativas laborales, aprobado por D.S. 007-2005-TR.

³ Este concepto genera una importante discusión y tiene, a su vez, una ambigua definición, lo cual motivó que la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social lo incluyera como el primer tema de su Primer Congreso Nacional, realizado en la ciudad de Trujillo en octubre de 2004, tal como se puede ver del texto que contiene las ponencias presentadas. El tema de la informalidad lo desarrollaron los profesores Guillermo Boza, Elmer Arce, Fernando García, Pedro Morales, Mario Pasco, entre otros.

una realidad en la que prevalece la simulación contractual y el incumplimiento de las normas laborales o de seguridad social, motivado también por la inexistencia normativa de una presunción de laboralidad⁴.

En este escenario, discutir sobre los límites a las facultades de control del empleador, en especial sobre las nuevas tecnologías (correo electrónico e internet) que utilizan los trabajadores, puede parecer una exquisitez doctrinal. Empero, esto no puede cuestionar la importante prevalencia que el tema tiene en contextos que han superado el problema antes reseñado de la informalidad o en aquellas relaciones laborales locales formales que no cuentan con una adecuada protección. Asimismo, su correcta definición puede ser un instrumento que fomente (si bien indirectamente) la formalidad laboral, por lo que consideramos que su análisis se justifica, si bien no resulta ser, claro está, el primer problema a resolver en nuestra realidad⁵.

Como ya lo ha destacado la doctrina, el avance de las nuevas tecnologías ha modificado la forma actual de prestar servicios, en especial en las actividades en que prevalece el aporte intelectual, sin que la legislación laboral haya podido reaccionar en la creación de normas específicas. Así, siguiendo a Valdés dal Ré⁶, esta característica constituye una de las causas que han contribuido de manera decisiva al incremento de la vigencia y protección de los denominados “derechos laborales inespecíficos”, es decir, los derechos fundamentales que poseemos todos por el simple hecho de ser personas, que en nuestro sistema legal están consagrados (formalmente) en los tres primeros artículos de la Constitución de 1993, y que por expresa indicación constitucional, tal como se verá a continuación,

⁴ Tal como fue propuesta en el anteproyecto de Ley General de Trabajo, presunción que evitaría la injusticia actualmente existente impuesta a todos los que realmente prestan servicios de manera subordinada pero están vinculados con contratos civiles o mercantiles, pues aquellos no solamente no reciben sus beneficios laborales durante todo el tiempo laborado sino que, para obtenerlos, tienen que seguir un procedimiento administrativo o uno judicial durante varios años para acreditar lo que realmente vienen haciendo: que su relación es laboral. Ello sin el riesgo de perder con su reclamo la única fuente de ingreso que poseen.

⁵ Así como tampoco decidir si deben ser 15 ó 30 los días de descanso anual remunerado (vacaciones), por ejemplo.

⁶ En “*Los derechos fundamentales de la persona del trabajador*”, tema II de los informes generales presentados en el XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2003, p. 51.

tienen también plena aplicación dentro de una relación laboral, es decir, dentro de una prestación personal de servicios remunerada y subordinada⁷.

En este ensayo, fragmento de un trabajo más amplio que venimos realizando, vamos a repasar las opciones que tiene el empleador para realizar el control de la utilización de las nuevas tecnologías que otorga a sus trabajadores, en especial el correo electrónico y el acceso a internet.

1. MARCO CONSTITUCIONAL

Como es evidente por su definición conceptual, en una relación laboral una parte dirige, fiscaliza y sanciona y la otra obedece, es controlada y es susceptible de ser “castigada”, inclusive con la finalización de su contrato. El término subordinación fue y es entendido como una sujeción del contratado hacia el contratante, sujeción teóricamente jurídica pero que normalmente también es económica y hasta personal. Así el profesor Javier Neves define a la subordinación como el *“vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción, de un lado, y dirección, del otro, son los dos aspectos centrales del concepto”*.⁸ Del mismo modo Sanguinetti indica que *“Naturalmente, al obligarse el trabajador a poner a disposición del empleador su actividad laboral, cede a éste el correlativo derecho de disponer de ella, aplicándola a la consecución de los objetivos que motivaron la celebración del contrato (...) La dependencia, entonces, pese a ser elemento que el Derecho del Trabajo cualifica*

⁷ Un tema muy importante para discutir y que escapa al objetivo de este ensayo consiste en definir si los derechos fundamentales también resultan de aplicación a todos aquellos que prestan servicios pero que no están sujetos a relaciones laborales formales sea porque una norma así lo determina (los practicantes por ejemplo) o porque el vínculo contractual no lo permite (comisionistas o locadores de servicios). Todo debería indicar que la respuesta debería ser positiva e inclusive con mayor aceptación y menor discusión que en el caso de las relaciones laborales dado que aquellos no están sujetos, teóricamente, a un “poder de dirección” legalmente consagrado.

⁸ En “Introducción al Derecho del Trabajo”, Ara editores, 1997, p. 36.

*como esencial y definitorio, no es en última instancia sino una consecuencia derivada de la obligación del trabajador de prestar sus servicios al empleador”.*⁹

Contra los naturales abusos que generó esta situación surgieron muchos años atrás los derechos laborales específicos¹⁰: derecho a una jornada limitada de trabajo, derecho a la salud y protección, derecho a un pago mínimo por el servicio prestado, derecho a protegerse de manera colectiva. Asimismo, como una garantía de protección, se optó por la constitucionalización de dichos derechos así como la búsqueda de su vigencia a nivel mundial con la creación de una entidad especializada, la Organización Internacional del Trabajo.

No obstante, existe otro conjunto de derechos que no tienen acogida laboral expresa pero que siguen perteneciendo a la persona cuando también actúa como trabajador y que necesariamente limitan la conducta del empleador. Son los denominados “derechos laborales inespecíficos”¹¹ y que han venido a cuestionar la incuestionable libertad del empleador para regular las prestaciones de sus contratados. La Jurisprudencia comparada y en algunas decisiones la nacional, han venido en reconocer este nuevo escenario de protección del trabajador, llegando inclusive a discutir y definir situaciones que décadas atrás parecían comunes o normales¹².

Si repasamos nuestro marco normativo podemos confirmar que existen todos los elementos que permiten sustentar enfáticamente la vigencia de los derechos laborales inespecíficos dentro de una relación laboral. En efecto, no sabemos si fue meditado o no por el Constituyente, pero el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución de 1993 es contundente:

⁹ En “Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos”, Ara editores, 1997, p. 48-49.

¹⁰ Aunque haya algunos que no participan de esta distinción. Ver posición de José Echeveste Costa “¿Es necesario distinguir derechos fundamentales específicos e inespecíficos del trabajador?” en XV Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 4 y 5 de diciembre de 2004, Salto, Uruguay, fcu, p. 89.

¹¹ Tal como los calificó el profesor español Palomeque, M.C.. Ver “*Los derechos laborales en la Constitución Española*”, Madrid, CEC, 1991, p. 31.

¹² Podemos incluir en este grupo a los casos de hostigamiento sexual y al denominado “mobbing” o acoso moral.

“Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.”

Notemos que el segundo párrafo del artículo 42 de la Constitución de 1979 tenía un texto similar, por lo que podemos deducir que el Constituyente de la década pasada solamente cambió el orden de las palabras de la norma existente. En efecto, dicho párrafo señalaba:

“En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad.”

Con lo cual, utilizando solamente los textos antes citados, podríamos afirmar que el Constituyente, ya casi treinta años atrás, siempre tuvo presente la protección de los derechos laborales inespecíficos en el contrato de trabajo, afirmación que nos parece muy generosa dada la escasa aplicación de esta doctrina en la jurisprudencia nacional. Empero, no está demás agradecer el tino del Constituyente en mantener un texto que no es programático, a contrario, es una excelente cobertura constitucional a un sinnúmero de problemas que se pueden generar en el desarrollo de las relaciones de trabajo.

Y es que no podemos entender que en la relación laboral, según lo señala el artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por D.S. 3-97-TR, el único límite existente para la actuación del empleador sea la razonabilidad:

“**Artículo 9.-** Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”

En efecto, textualmente se puede observar que la razonabilidad es un límite solamente previsto para la facultad sancionatoria del empleador. Asimismo, junto con las necesidades del centro de trabajo, condiciona la procedencia de las

modificaciones de todo lo relacionado con la jornada de trabajo (turnos, días u horas) y con la forma y modalidad del servicio.

Empero, esta interpretación resultaría incompleta, por decir lo menos, dado que la norma legal debe adecuarse al texto constitucional y no leerse ni mucho menos aplicarse de manera independiente a sus parámetros.

Así, todo análisis debe partir del respeto de los derechos constitucionales, sean específicos o no, para luego analizar la legislación de nivel primario.

En este sentido, existen en la Constitución derechos fundamentales (art. 1 al 3), luego derechos laborales (art. 22-29) y finalmente el derecho a la libertad de empresa (art. 59), cuyo contenido no debe ser olvidado, más aún cuando muchos empleadores son personas naturales. Así, Sagardoy nos recuerda en un reciente texto que “las tesis que descansan en la supremacía omnicomprendiva del empresario sobre el trabajador es apriorística, falta de realismo y voluntarista”¹³, por tanto el análisis no puede ser sometido a una ideología o sentimentalismo determinado sino que dependerá del caso en concreto.

Es así que cuando el empleador ejerce su poder de dirección se va a encontrar muchas veces con que debe limitar derechos que tiene el trabajador como persona (por ejemplo, cuando le cambia el turno de trabajo y con ello afecta su tiempo dedicado a estudiar o cuando le impone una determinada forma de vestir o de presentarse al trabajo, afectando así su imagen). Por tanto, considerando que el Tribunal Constitucional (en adelante “TC”) tiene la indiscutible facultad de revisar estos casos, dada la eficacia horizontal de los derechos fundamentales claramente aceptada en nuestro país¹⁴ resulta adecuado analizar los parámetros bajo los cuales el ejercicio del poder de dirección puede ser válidamente sustentado ante la

¹³ Juan Sagardoy Bengoechea en “*Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*”, Cuadernos Civitas, 2005, p. 38. En la misma línea, Jorge Toyama señala que la facultad de dirección resulta ser fruto de la libertad de empresa. Ver “*Los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa*”, En Diálogo con la jurisprudencia, Año 6, N° 19, abril 2000, p. 74.

¹⁴ Lo cual ha sido manifestado reiteradamente por el indicado Tribunal. Ver por ejemplo el considerando 19 de la sentencia emitida en el Exp. 1058-2004-AA, en los seguidos por Rafael García contra Serpost y los considerandos 8 y 9 del Exp. 976-2001-AA/TC, en los seguidos por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A.A.

utilización de las nuevas tecnologías. Y uno de los criterios que se viene utilizando sin mucha discusión es el criterio de proporcionalidad.

2. EL CRITERIO DE RAZONABILIDAD O PROPORCIONALIDAD

Este punto merece una previa advertencia pues en las decisiones emitidas en el último lustro, el TC ha seguido, como en otros temas, un irregular derrotero dado que en algunas ocasiones distingue el principio de razonabilidad respecto del principio de proporcionalidad (al cual también denomina “test de proporcionalidad”) y a veces los confunde.

Así por ejemplo, en el sexto fundamento de la sentencia de fecha 30 de abril de 2003 emitida en el Exp. N° 16-2002-AI/TC (acción de inconstitucionalidad presentada contra el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley 27755, Ley del Notariado) se define el “test de proporcionalidad”:

“El Tribunal Constitucional considera que tal como aparece planteada la cuestión controvertida, ésta puede resolverse bajo el test de proporcionalidad. En efecto, es pertinente preguntarse si el propósito legislativo de hacer del derecho de propiedad un derecho oponible frente a terceros (registrarlo), a través de la reducción de los costos que supone la obligatoria utilización de la escritura pública para la inscripción del mismo, no termina por sacrificar en tal grado el principio constitucional de la seguridad jurídica, que termina resultando desproporcionado aun cuando el fin resulte legítimo. Y es que si bien es cierto, tal como ha quedado dicho, la inscripción en el registro del derecho de propiedad dota de seguridad jurídica al ejercicio del mismo, también lo es que es importante que la legislación cree las condiciones suficientes para que la seguridad jurídica esté del mismo modo presente en el procedimiento previo a la inscripción, sobre todo si se considera que de lo que se trata es que el contenido de la inscripción sea fiel reflejo de la realidad.”

Esta confusión, aspecto claramente anotado por el profesor Rubio en una importante obra para entender la influencia de las decisiones del TC en nuestro ordenamiento¹⁵, busca ser precisada en los fundamentos 15 y 16 de la sentencia de

¹⁵ Rubio Correa, Marcial. En *“La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional”* p. 252 en adelante.

fecha 11 de octubre de 2004, emitida en el Exp. N° 2192-2004-AA/TC, en la cual el TC señala que:

“15 El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3° y 43°, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

16. El principio de proporcionalidad ha sido invocado en más de una ocasión por este Tribunal, ya sea para establecer la legitimidad de los fines de actuación del legislador en relación con los objetivos propuestos por una determinada norma cuya constitucionalidad se impugna (Exp. N.° 0016-2002-AI/TC), ya sea para establecer la idoneidad y necesidad de medidas implementadas por el Poder Ejecutivo a través de un Decreto de Urgencia (Exp. N.° 0008-2003-AI/TC), o también con ocasión de la restricción de derechos fundamentales en el marco del proceso penal (Exp. N.° 0376-2003-HC/TC). No obstante, este Colegiado no ha tenido ocasión de desarrollar este principio aplicándolo al control de la potestad sancionadora de la Administración, ámbito donde precisamente surgió, como control de las potestades discrecionales de la Administración.”

Posteriormente, el TC nuevamente toca el tema en los fundamentos 64 y 65 de la sentencia de fecha 1 de abril de 2005, emitida en el Exp. N° 48-2005-PI/TC que resuelve la inconstitucionalidad de varios artículos de la ley de regalía minera:

“64. Ahora bien, a efectos de determinar si en un caso concreto se está frente a una quiebra del derecho-principio a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio. Precisamente, uno de esos instrumentos a los que habrá de recurrir nuevamente este Tribunal es al test de razonabilidad.

65. El test de razonabilidad o proporcionalidad, como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia N.° C-022/96), es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad. Dicho test se realiza a través tres subprincipios: 1. subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2° subprincipio de

necesidad; y 3. subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. Criterios que en su momento fueron utilizados por este Colegiado en las sentencias 0016-2002-AI y 0008-2003-AI, entre otras.

1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

2. Subprincipio de necesidad. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

3. Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.”

Asimismo, el TC ha acogido expresamente la denominación del uso del “test” de proporcionalidad al determinar la invalidez de un decreto de urgencia, tal como se puede ver del sexto fundamento del Exp. N° 17-2004-AI/TC, con sentencia de fecha 6 de junio de 2005:

“El test de proporcionalidad en el análisis de la norma impugnada
Respecto de tal interrogante, este Colegiado considera que, aunque el Estado, dentro del modelo económico adoptado por la Constitución Política del Perú, tiene facultades de intervención en la vida económica y, en tal sentido, puede proponer y ejecutar decisiones tendientes a materializar los objetivos propuestos por dicho modelo o a evitar la alteración o distorsión del mismo, tal línea de comportamiento no supone, como se describe detalladamente en la citada Sentencia N° 008-2003-AI/TC, la adopción de cualquier tipo de medida o decisión dentro de cualquier contexto o circunstancia. En efecto, además de que las medidas o decisiones a adoptarse no solo no tengan por qué tener un carácter ordinario, sino excepcional, y además de que no se pueda ni se deba asumir que la sola invocación de finalidades aparentemente compatibles con la norma fundamental puedan, por sí solas, legitimar la puesta en marcha de todo tipo de alternativas, es un hecho inobjetable que del examen minucioso de las mismas (de tales alternativas) debe deducirse si, en efecto, eran las únicas posibles para lograr las finalidades propuestas, o si, por el contrario, existían otras distintas que, sin resultar excepcionales o urgentes, hubiesen podido servir a la consecución de los mismos propósitos. En

otros términos, se trata de practicar el consabido test de proporcionalidad en la verificación de la constitucionalidad, o no, de la decisión o decisiones adoptadas.”

En una de las sentencias esenciales para entender el derecho laboral peruano de la última década (la emitida en el Exp. N° 976-2001-AA/TC de fecha 13 de marzo de 2003) el TC indicó en la parte final del octavo fundamento:

“De ahí que, a juicio del Tribunal Constitucional, el control constitucional de los actos de particulares debe realizarse caso por caso y a través de un delicado juicio de **proporcionalidad y razonabilidad.**”

Y en el décimo primer fundamento, respecto de la validez de la protección del derecho a la estabilidad:

“Evidentemente, el que la Constitución no indique los términos de esa protección adecuada, no quiere decir que exista prima facie una convalidación tácita de cualquier posible desarrollo legislativo que se haga en torno al derecho reconocido en su artículo 27 o, acaso, que se entienda que el legislador se encuentre absolutamente desvinculado de la Norma Suprema. Si bien el texto constitucional no ha establecido cómo puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ella exige que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, éstas deban satisfacer un criterio mínimo de **proporcionalidad** o, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas "adecuadas".

En este sentido, tomando en cuenta los casos antes citados y la práctica constitucional española y colombiana, podemos decir con Sanguinetti que

“las limitaciones o restricciones impuestas a los derechos fundamentales serán contrarias a la Constitución cuando sean a) inadecuadas, por no ser aptas para conseguir el objetivo propuesto; b) innecesarias, por existir otras medidas susceptibles de conseguir el mismo objetivo sin obstaculizar su ejercicio y c) excesivas, por suponer un sacrificio desproporcionadamente amplio del derecho, en relación a la finalidad que se perseguía alcanzar, o ser posible recurrir a otros medios menos gravosos con el mismo fin^{16,}”

Dado que la utilización del criterio de proporcionalidad para definir los alcances de la protección de los derechos laborales inespecíficos es uno de

¹⁶ Sanguinetti, Wilfredo, “Derechos fundamentales y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español”, En revista Foro Jurídico, N° 2, julio 2003, p. 229.

indiscutible vigencia en la experiencia española, tal como lo relatan García Perrote¹⁷, Sanguinetti¹⁸, Valdés¹⁹, Sagardoy²⁰, entre otros, y tomando en cuenta las decisiones del TC antes citadas al resolver diversos temas, consideramos que la utilización de dicho criterio resulta plenamente válida no solamente en procedimientos constitucionales (acción de amparo) sino también por parte de la jurisdicción ordinaria laboral.

Es así que en el presente trabajo vamos a utilizar el criterio de proporcionalidad para presentar una propuesta de resolución de todos aquellos casos en que se enfrentan el poder de dirección del empleador con el derecho constitucional del trabajador a la intimidad y al secreto de las comunicaciones al utilizar determinados bienes del empleador, en especial el correo electrónico y el acceso a internet vía una computadora u ordenador. No olvidemos que muchas veces la utilización del criterio de la buena fe contractual puede llevarnos a conclusiones diferentes tal como lo pasamos a exponer.

3. LOS BIENES DE TRABAJO: UNA CLASIFICACIÓN

El trabajador recibe normalmente bienes del empleador para que desempeñe de manera adecuada su función, dado que el riesgo del negocio pertenece al empleador. También recibe otro tipo de bienes que buscan, principalmente, protegerlo contra determinados riesgos implícitos en la labor y, de manera secundaria, ayudarlo en su labor. Es así que se ha entendido que, en aplicación del principio de buena fe contractual, el trabajador debe utilizar dichos bienes con el cuidado necesario y exclusivamente para el fin del negocio y su propia seguridad, no así para actividades privadas o ajenas al objetivo determinado. Dentro de los bienes que se otorgan para el primer objetivo tenemos por ejemplo los escritorios, teléfonos, casilleros, papel, vehículos, computadoras, etc., los cuales denominaremos en adelante y por puro fin didáctico “herramientas de trabajo”. En

¹⁷ García-Perrote, Ignacio en “*Ley, convenio colectivo y derechos fundamentales del trabajador*”. Revista de Derecho Social N° 4, 1998.

¹⁸ Sanguinetti, Wilfredo, op. cit.

¹⁹ Valdés dal Re, Fernando op. cit.

²⁰ Sagardoy Bengoechea, Juan, op. cit.

el segundo grupo encontramos por ejemplo cascos, uniformes no inflamables, guantes, mascarillas, botas de hule, etc. Podemos denominar a estos, siguiendo el fin antes mencionado, como “condiciones de trabajo”, los cuales resultarían de obligatorio otorgamiento según lo prevé el novísimo reglamento de seguridad y salud en el trabajo aprobado por D.S. 9-2005-TR²¹.

El aspecto antes mencionado sustenta una primera posición sobre el control de las herramientas de trabajo: dado que el empleador es el que las contrata, paga y otorga, tiene pleno derecho a decidir a quién se las da, a quien se las retira y, aspecto que es el objeto del presente trabajo, a controlarlas en cualquier momento. Vamos a revisar este aspecto en los bienes que motivan el presente trabajo.

4. EL CONTROL DEL ACCESO A INTERNET Y DEL CORREO ELECTRÓNICO

Las nuevas tecnologías han logrado desplazar a la taquigrafía y a la máquina de escribir, imponiendo a la computadora (u ordenador en la terminología española) como herramienta esencial en toda labor intelectual o de transcripción de datos. Con ella se difundió la utilización de internet y de los correos electrónicos como medios de comunicación, resultando que hoy en día la comunicación epistolar sea una práctica casi en extinción.

En los países de cultura anglosajona la posibilidad de controlar estos bienes es bastante clara. Por ejemplo, las regulaciones referidas a telecomunicaciones vigentes en Gran Bretaña permiten controlar, interceptar y grabar las comunicaciones en caso se realicen para investigar o detectar usos no autorizados y para verificar si están siendo utilizadas para fines laborales, entre otros fines. Esta conducta es legal siempre que la persona que realice la interceptación haya hecho todos los esfuerzos razonables para informar a las personas que podrían utilizar el sistema de telecomunicaciones evaluado que las comunicaciones transmitidas pueden ser revisadas por el empleador. El Departamento de Comercio e Industria ha asumido la posición de que las obligaciones del empleador se

²¹ Esta norma fue publicada el jueves 29 de setiembre de 2005 en la sección de normas legales del Diario Oficial El Peruano.

extienden solamente a sus trabajadores y a cualquier otra persona que utilice el sistema, no así a aquellos que llaman o reciben llamadas desde el exterior²².

En la práctica estadounidense, la mentalidad moderna sobre el derecho de propiedad permite a los empleadores comprobar el uso que se da a las herramientas de trabajo dado que la empresa es dueña de dichos bienes,²³ pues ello puede implicar otros supuestos más severos, como lo puede ser la responsabilidad empresarial por casos de acoso sexual. Por ejemplo, en 1995 la compañía Chevron pagó más de dos millones de dólares a cuatro empleadas a cambio de que retiraran los cargos que habían presentado por acoso sexual, dado que recibían constantemente mensajes electrónicos con chistes subidos de tono²⁴. En esta misma línea, el caso Smyth apuró la implementación de normas sobre el uso del correo electrónico laboral en miles de empresas de Estados Unidos, país en el cual, según lo indica la Asociación de Management de Estados Unidos, más de la mitad de las compañías norteamericanas practica alguna forma de control en la utilización de los correos de sus trabajadores. Asimismo, esta asociación estima que el 75% de las empresas ya habían implementado, al 2003, políticas propias y definidas respecto al uso del correo electrónico laboral y casi un 25% ya había despedido a algún trabajador por violar estas normas.²⁵

En el citado caso, el señor Michael Smyth cuestionó judicialmente su despido por haber remitido un correo electrónico “cáustico” alegando que los comentarios realizados eran claramente confidenciales. Empero el Juez Federal de Filadelfia que resolvió el caso en 1996 rechazó la demanda determinando que los controles

²² “To this end, the Telecommunications (Lawful Business Practice) (Interception of Communications) Regulations 2000 legitimise interceptions made for various purposes including establishing compliance with regulatory or self-regulatory practices or procedures, investigating or detecting unauthorised use of telecommunication systems, and monitoring communications to see if they are of a business nature. Such conduct is lawful only if the person making the interception has made all reasonable efforts to inform every person who may use the telecommunications system in question that communications transmitted by means thereof may be intercepted.” En “Labour Law”, Simon Deakin y Gillian S Morris, tercera edición, Butterwoths, 2001, p. 353.

²³ Tal como lo reseña el profesor titular de la Universidad de Cádiz Ignacio de Cuevillas Matozzi en “El control del e-mail en la empresa y el derecho a la intimidad” en www.enplenitud.com

²⁴ Según lo refiere la nota periodística publicada en la edición digital del diario argentino “Clarín” el 7 de julio de 2003 (www.clarin.com/diario/hoy/t-585421.htm).

²⁵ Ver nota 24.

de la empresa no violaban el derecho a la privacidad del señor Smyth.²⁶ Solamente en el estado de Connecticut están obligadas las empresas a hacer públicas las medidas de control que ejercen sobre sus trabajadores²⁷.

Esta primera opinión también ha sido asumida en varias sentencias emitidas en países que poseen una cultura jurídica similar a la nuestra, a saber por ejemplo, España y Uruguay:

- 1) El señor Gregorio Giménez, un técnico con más de treinta años de antigüedad en la nómina del Deutsche Bank de Barcelona envió en cinco semanas 140 correos electrónicos de carácter sexista, otros humorísticos y, en algunos casos, obscenos, mediante la dirección electrónica otorgada por su empleador, a pesar que existía la advertencia en la empresa de la naturaleza exclusivamente profesional que debía tener el uso del correo electrónico. La empresa, una vez detectado el uso abusivo del correo, revisó los contenidos de los mensajes sin contar con la aprobación del trabajador, a fin de decidir la sanción que iba a aplicar, la cual fue finalmente el despido. Recurrido el cese, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña mediante decisión de fecha 14 de noviembre de 2000 consideró que el trabajador transgredió la buena fe contractual y violó los deberes de conducta exigibles, al haber defraudado la confianza e interés de la empresa, violentando el deber de lealtad laboral. Asimismo señaló que en este caso *“concorre así un acreditado incumplimiento laboral del trabajador sancionado, ya que su actitud supone la pérdida de tiempo de trabajo efectivo, tanto del trabajador al confeccionar y enviar los mensajes como de sus compañeros al recibirlos y leerlos”*. Empero, más que la existencia de la falta, lo interesante de esta sentencia, que fue finalmente confirmada por el Tribunal Supremo mediante decisión de fecha 7 de enero de 2002, justificó la necesidad de la empresa de revisar el correo *“a efectos de*

²⁶ Ver nota 24.

²⁷ De Cuevillas, op. cit.

*precisar la incuestionable naturaleza de los mensajes judicialmente apreciados”.*²⁸

- 2) Una empresa certifica mediante su servicio de vigilancia que un trabajador dedicaba casi hora y media de su jornada laboral diaria a atender sus asuntos personales a través de Internet, por lo que procedió a despedirlo. Cuestionado judicialmente el cese, el Juzgado de primera instancia declaró improcedente el despido por considerar que la empresa había vulnerado el derecho a la intimidad personal del trabajador al haber controlado el uso que éste hacía del correo electrónico y del acceso a Internet. Recurrida esta decisión, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia revocó la decisión y declaró legal el despido señalando que *“la empresa asigna al trabajador una dirección de correo electrónico personal y pleno acceso a Internet, pero ciertamente lo hace para el desarrollo de su actividad dentro de la empresa, no para su utilización en asuntos privados y particulares”* agregando que el derecho a la intimidad debe ser *“calificado de distinta manera según se desarrolle en la empresa, con sus instrumentos y dentro del horario de trabajo o fuera de él, en un ámbito de domicilio privado o en su horario de esparcimiento personal”*. Por eso el fallo considera que la empresa tenía derecho a vigilar sus instrumentos de trabajo y que la prueba obtenida era válida y suficiente.²⁹

- 3) Analizando la naturaleza del correo electrónico laboral (distinto del correo electrónico privado o particular) el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º Turno de Uruguay en su sentencia N° 312/2004 de fecha 26 de agosto de 2004 advierte que *“en principio no se podrán establecer excepciones (mas allá de la autorización judicial) que permitan la interceptación del correo electrónico, pues no podríamos imponer limitaciones donde la ley no lo indica expresamente (artículo 10 de la Constitución). Sin embargo, la naturaleza del correo electrónico laboral propone una nueva interpretación en la medida que se considera que el*

²⁸ Reseña incluida en la página web de Comisiones Obreras, la cual puede revisarse en www.comfia.net/actual/general/deutsche/supremo.htm

²⁹ Reseña publicada en la revista Actualidad Laboral, edición de agosto 2002, p. 16.

trabajador no es dueño de la cuenta sino que lo es el empresario que proporciona la misma para fines exclusivamente laborales, y por ende las normas deben tender en este caso a proteger los intereses de una persona jurídica como propietaria de la cuenta de correo, que le asigna a un trabajador para su uso y administración en nombre del cargo que desempeña y para fines estrictamente laborales... Es de sentido común que el trabajador ha de utilizar las herramientas informáticas para cumplir su prestación laboral, y que el uso reiterado de las mismas para fines particulares en el centro de trabajo y en horario laboral implica un incumplimiento grave y culpable del contrato de trabajo”³⁰

Entonces, para esta primera posición, que cuenta con efectiva recepción jurisprudencial en la experiencia comparada, el empleador puede revisar el uso del correo electrónico, el acceso a internet y también el contenido de los mismos. Algunas razones que sustentan esta posición son:

- El empleador es el dueño de las herramientas de trabajo,
- El trabajador recibe las herramientas no para su libre disposición o diversión sino para colaborar con su prestación de servicio,
- El correo tiene identificación empresarial (el dominio, es decir, lo que sigue a la @), por lo que su mala utilización compromete la imagen de la empresa,
- Si existen reglas de utilización del correo o de internet previamente comunicadas que señalan la prohibición del uso para fines privados o ajenos a la prestación laboral, entonces se puede presumir que todo mensaje emitido tiene contenido laboral, y, por tanto, que esta sujeto al control empresarial. En efecto, para esta posición, si el trabajador desea comunicarse electrónicamente tiene acceso a cuentas de correo gratuitas en la red (hotmail o yahoo) por lo que no tiene necesidad de utilizar el correo otorgado por la empresa, el cual es una herramienta de trabajo, en

³⁰ Spiwak Lew, Patricia, en “Intimidad e interceptación de las comunicaciones electrónicas”, en XV Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 4 y 5 de diciembre de 2004, Salto, Uruguay, fcu, p. 112.

el caso que este permitido remitir mensajes dentro de la jornada de trabajo. De lo contrario, dicha remisión así como el acceso a internet, debe ser realizado fuera de jornada, sea en cabinas públicas o en el domicilio del trabajador. Si es una práctica aceptada, por lógica y razonable, que un empleador pueda prohibir llamadas a celulares o de larga distancia nacional o internacional desde sus teléfonos (para eso el trabajador que las quiera realizar puede contratar un servicio celular o llamar desde cualquier otro teléfono), el correo electrónico y el acceso a internet no son de libre disposición del trabajador sino como ya se ha indicado, herramientas de trabajo y deben ser utilizadas solamente con ese fin.

Empero, si bien coincidimos con las tres primeras razones antes mencionadas, somos de opinión que si el empleador cede el uso de algunos de sus bienes a sus trabajadores, ello no le permite revisarlos **en su contenido** en cualquier momento: dicha revisión debe incluir la autorización previa del usuario³¹ o su presencia aceptando la intervención al momento de la supervisión. Alegar que dichos bienes son herramientas de trabajo y que la revisión busca verificar un uso apropiado de las mismas no resulta un argumento suficiente ni adecuado cuando aquella conducta puede vulnerar derechos constitucionales y cuando pueden existir otras modalidades de control que no lesionen aquellos derechos. Justamente es este el escenario que enfrenta los derechos constitucionales de ambas partes y cuya resolución depende, entre otros elementos, de resolver si la intromisión resulta proporcionada.

En esta línea se encuentra la práctica jurisprudencial francesa según una importante sentencia emitida por el Tribunal Supremo de fecha 2 de octubre de 2001³²: El señor Frédéric Onof fue contratado por la compañía Nikon France como jefe del departamento de topografía el 22 de abril de 1991 y fue despedido el 29 de junio de 1995 por la comisión de falta grave, al haber utilizado los medios informáticos puestos a su disposición por la empresa para realizar asuntos personales. Este uso indebido fue comprobado por la empresa al revisar los

³¹ Para evitar algún abuso en la obtención de esta autorización, ella debería ser otorgada en cada caso específico y no de manera general al inicio de la relación laboral o cada cierto tiempo.

³² 99-42.942, Arrêt n° 4161 du 2 octobre 2001, Cour de cassation – Chambre sociale, en www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-423942arr.htm

mensajes que mantenía el señor Onof en la carpeta “personal” de la computadora asignada por la empresa. A diferencia del Tribunal de Apelaciones de París, que confirmó el despido del trabajador, el Tribunal Supremo anuló dicha decisión y señaló lo siguiente: *“Dado que el empleado tiene derecho, durante las horas de trabajo y estando en el centro de trabajo, al respeto a su intimidad y vida privada; que esta implica en particular el derecho al secreto de su correspondencia: que el empleador no puede violar esta libertad fundamental y tomar conocimiento de los mensajes personales emitidos por el empleado y recibido gracias a un medio informático puesto a su disposición para desarrollar su trabajo y esto es válido aunque el empleador haya prohibido el uso no profesional de la computadora”*. Con esto queda claro que en Francia un empleador no puede abrir el correo electrónico personal de sus trabajadores porque constituye una violación del secreto de correspondencia.

5. LA SITUACIÓN EN PERÚ

El 3 de abril de 2003 se publicó en la separata de normas legales del Diario Oficial El Peruano la Resolución Jefatural N° 88-2003 INEI la cual aprobó las normas para el uso del servicio del correo electrónico **en las entidades de la administración pública**, Directiva N° 5-2003-INEI/DTNP. Esta norma es de cumplimiento obligatorio en las entidades del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, organismos autónomos, organismos públicos descentralizados, gobiernos regionales, locales y empresas públicas y tiene como características principales las siguientes:

- Define al correo electrónico *institucional* como una herramienta de comunicación e intercambio de información oficial entre personas, no una herramienta de difusión indiscriminada de información, con la excepción de las listas de interés establecidas por las instituciones para fines institucionales.
- Que cada institución establecerá, de acuerdo a su política institucional, la asignación de cuentas de correo electrónico institucional a todos o a parte de sus trabajadores, es decir, no es un derecho de todos los trabajadores.

- Que el tener una cuenta de correo institucional compromete y obliga a cada usuario a aceptar las normas establecidas por la institución y a someterse a ellas.
- Que la institución debe garantizar la privacidad de las cuentas de correo electrónico institucional y que la oficina de informática podrá realizar las medidas correspondientes respecto de la cuenta de correo sólo en caso se detecte la comisión de faltas graves en su utilización. No obstante no se menciona cuáles serán esas medidas ni tampoco los procedimientos para la detección de estas faltas, los cuales deben ser establecidos por la oficina de informática de cada institución.
- Que los usuarios deben tener contraseñas y conocer las diferencias entre los correos electrónicos institucionales y las cuentas privadas. Se considera como mal uso del correo institucional utilizarlo para fines comerciales o financieros ajenos a la institución, participar en cadenas, distribuir mensajes con contenido impropio o lesivo a la moral o para temas personales.

La oficina de informática o quien haga sus veces en cada institución es la responsable de que se cumpla la directiva antes citada y podrá elaborar un código de ética adicional a dicha directiva.

Jurisprudencialmente, el año pasado el TC tuvo la oportunidad de opinar sobre parte de este tema³³. En este caso el sub gerente de recursos humanos del empleador descubrió mensajes con contenido pornográfico en la bandeja de entrada del correo electrónico del poseedor anterior de la computadora que le fue entregada, información que no había sido borrada de la máquina. Dichos correos habían sido remitidos desde la dirección electrónica asignada a otro trabajador de la empresa. Entonces, en lugar de confirmar con el remitente o con el destinatario el envío y recepción de dicha información, el sub gerente pidió a un notario público que certificara este descubrimiento. El hecho sustentó la imputación de falta grave y posterior despido del trabajador que tenía asignada la dirección electrónica remitente, sin que se le permitiera acudir al centro de trabajo durante el

³³ Se puede revisar la sentencia en <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/1058-2004-AA.html>

periodo que transcurrió entre la imputación y el cese. Luego de despedido, el trabajador inició un proceso de amparo alegando imputación arbitraria de falta grave, violación de su derecho de defensa, libertad de trabajo y debido proceso, sin que su pretensión fuera amparada en las dos instancias iniciales.

El TC consideró que el procedimiento de despido fue inconstitucional porque:

- Se incumplió con el principio de tipicidad (considerando 7),
- Se impuso una sanción inadecuada (considerando 8),
- La carta de imputación y la de despido no explicaban los motivos que las sustentaban ni tampoco las pruebas (considerando 9),
- Se impidió al despedido acceder a los elementos informáticos que permitieran la sustentación de sus descargos (considerando 12),
- No se verificó si el despedido fue quien realmente remitió los correos pornográficos, dado que solamente se confirmó que salieron de la máquina que él tenía asignada (considerando 15).

Si bien bastaban estos argumentos para la procedencia del amparo, el TC aprovechó la ocasión para manifestar su opinión sobre la facultad del empleador de controlar los medios informáticos que otorga a sus trabajadores. Y sobre esto deja importantes y discutibles mensajes:

- Toda herramienta de trabajo que sea un instrumento de comunicación y reserva documental no carece de determinados elementos de autodeterminación personal (considerando 17),
- Que la fuente o soporte de las herramientas de trabajo (soportes de comunicaciones y documentos) le pertenezcan al empleador no es argumento válido para sustentar una titularidad exclusiva y excluyente (considerando 18),
- La aplicación del artículo 23 de la Constitución en las relaciones laborales (considerando 19), lo cual supone implementar mecanismos razonables que no distorsionen el contenido de los derechos

involucrados y que permitan cumplir los objetivos laborales (considerandos 20 y 23).

Lo que el TC pareciera señalar en esta decisión es que toda facilidad técnica o informática que suponga instrumentos de comunicación y reserva documental (por ejemplo teléfonos, correos electrónicos, discos duros de computadoras, casilleros) que sea otorgada por el empleador a sus trabajadores para desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que persigue, no pertenece de manera exclusiva al empleador: el trabajador tiene, en cada una de esas facilidades, un ámbito íntimo, al cual aquel no puede acceder sin autorización.

Bajo esta lógica se entendería claramente coherente lo señalado por el TC en el considerando 21:

“si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, **la única forma de acreditarlo** era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución.” (lo resaltado es nuestro).

Para el TC el correo electrónico no es de quien lo paga o de quien lo otorga: una vez entregado, es del trabajador. Y solamente él o el juez pueden revisar su contenido.

Siguiendo esta línea de análisis, si en algún momento un empleador desea verificar el buen uso de esta herramienta de trabajo, deberá acercarse al trabajador y pedirle que muestre sus mensajes. Pero el trabajador tendrá pleno derecho a negarse, alegando su derecho a la intimidad. El empleador, entonces, debe dar media vuelta y no podrá verificar si el trabajador redacta bien sus mensajes, si ha cumplido con sus órdenes o si remite información confidencial a un tercero.

Consideramos que la posición asumida por el TC es muy estricta e irreal por lo que necesariamente deberá atenuarse. En efecto, dicha opinión resulta desproporcionada y muy onerosa para el empleador, quien también tiene derechos fundamentales: si bien es verdadera la idea de que el trabajador puede disfrutar de su derecho a la intimidad y al secreto de sus comunicaciones dentro de la relación laboral ello no justifica que pueda usar de manera descontrolada o irrazonablemente una herramienta de trabajo. Caso contrario, un empleador nunca podría evaluar la conducta del trabajador en el uso de los indicados bienes o

tendría que asumir los costos de todas las conductas de sus trabajadores, sin distinguir los casos estrictamente laborales de aquellos que no lo sean³⁴.

No obstante lo indicado, debemos señalar que no coincidimos con aquellos que diferencian al correo laboral (o institucional en términos de la resolución jefatural antes citada) del correo personal o privado, aceptando un control absoluto en el primero³⁵, tal como se ha mencionado líneas arriba. Tal como lo señala el TC, todo medio de comunicación supone eventualmente un uso privado, el cual está vedado a toda persona, inclusive al empleador. Empero, el respeto de dicha intimidad no puede cuestionar el uso adecuado que deba hacerse del bien otorgado para fines laborales. Así por ejemplo, los vehículos que se otorgan al personal de dirección pueden válidamente ser intervenidos por el empleador para verificar el kilometraje, el uso no laboral realizado, etc. De la misma forma, el uso del teléfono y del correo electrónico puede ser verificado, limitado y hasta finalizado por el empleador, siendo algunas de las modalidades que respetan el principio de proporcionalidad en nuestra opinión el verificar:

- Los tiempos de acceso y utilización de la herramienta de trabajo, según la contraseña o “password” utilizado,
- Las direcciones electrónicas a las cuales se han remitido mensajes o de las cuales se han recibido mensajes,
- Las direcciones de páginas de la red (web) revisadas por cada usuario,
- El nombre, tipo y tamaño de los programas o archivos “bajados” de internet, aspecto que se puede observar en el servidor sin ingresar a la revisión de cada máquina,

³⁴ Tal como lo detalla Luis Antonio Fernández Villazón en “Las facultades empresariales de control de la actividad laboral”, Aranzadi, 2003, p. 107-148.

³⁵ Ver Nuñez, Sandro, “¡Alerta: tienes un e-mail!” en revista Actualidad Laboral, octubre 2004, p. 26. Para el citado autor un correo laboral no es una comunicación privada si es que se advirtió previamente la prohibición de su utilización privada (p. 25). Empero siguiendo este criterio, el empleador también podría escuchar cualquier conversación telefónica si es que, previamente, advirtió a sus trabajadores que los teléfonos de la empresa solamente pueden utilizarse para fines laborales.

- El tamaño de los documentos que acompañan los mensajes remitidos o recibidos así como el formato de los mismos (por ejemplo: texto –doc-, imagen –jpg-, sonido –wma- entre otros).

En efecto, al empleador le interesa verificar el funcionamiento del correo electrónico dado que ello puede suponer pérdida de tiempo de trabajo, infracciones de las normas de propiedad intelectual y de protección de datos personales, fuga de información, hostigamiento sexual, etc. Por tanto, la utilización del correo no debe escapar al control empresarial³⁶.

Empero, ninguna de las modalidades antes indicadas, calificadas por Montoya Melgar como sistemas de control formal³⁷, supone o permite revisar el contenido del mensaje enviado o recibido por el trabajador investigado, con lo cual su derecho al secreto de las comunicaciones (antes que el derecho a la intimidad, el cual tiene un ámbito diferente) no se vería afectado.

En esta línea de análisis tampoco creemos correcta la idea de que la investigación de tipo judicial sea la “única forma” de determinar el uso inadecuado del correo electrónico: dicho procedimiento será útil cuando se quiera conocer el contenido de los mensajes enviados por el trabajador, pero el uso inadecuado no se limita al contenido sino también a la emisión o recepción excesiva, tal como detallamos anteriormente.

De otro lado, y siguiendo a Falguera i Baró³⁸, es imprescindible distinguir en cada caso la conducta del trabajador cuando utiliza el correo electrónico como sujeto activo (emisor) o como sujeto pasivo (receptor), existiendo mayor responsabilidad en la primera situación. Así, sin necesidad de entrar a revisar y analizar el contenido de las informaciones transmitidas, un empleador podrá autorizar tácitamente el uso personal de esta herramienta de trabajo, uso que tendrá como límite la buena fe contractual o la razonabilidad, aspectos que podrán ser

³⁶ Tal como lo señala Ignacio Pinto Clapés en la página web del centro para empresas y profesionales de Microsoft (www.microsoft.com/spain/empresas/asesoria).

³⁷ Alfredo Montoya Melgar, “Derechos del trabajador e informática” en Estudios en homenaje al doctor Néstor de Buen, 2003, p. 541.

³⁸ En “Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador”, texto en www.ceveal.com, marzo de 2000. También en “Relaciones laborales”, N° 22, 2000.

válidamente controlados por el empleador analizando los elementos externos de las comunicaciones³⁹. Al igual que el control del servicio telefónico, la utilización social del correo debe ser permitida siempre que sea razonable.

Cosa distinta es la posición del usuario pasivo: si el empleador autoriza la difusión de la dirección electrónica, sea en tarjetas o en su página web, luego no puede restringir el que cualquier tercero pueda remitir mensajes al poseedor de la indicada dirección y, por tanto, sancionar al trabajador por el contenido de los mensajes que recibe, conocimiento que le sería vedado. Esto es la base de la publicidad y los correos spam o correos basura, aspecto en el cual las empresas válidamente pueden establecer filtros.

Por tanto, siempre será útil contar con un código de conducta interno (el reglamento interno debería tener claramente definidos los usos permitidos del correo electrónico, sea el laboral como el privado durante la jornada de trabajo, como lo establece la resolución del INEI antes citada) a ser comunicado a todos los trabajadores de manera previa a la concesión del correo. Asimismo, la entrega de una contraseña genera mayor responsabilidad del trabajador en la utilización de cada herramienta.

6. UN ELEMENTO IMPORTANTE: EL USO POR PARTE DEL SINDICATO

En la doctrina comparada se discute el derecho que tendrían las organizaciones sindicales a que la empresa les asigne una cuenta de correo o, en una posición más modesta, de remitir a los correos laborales de los trabajadores mensajes de contenido sindical. Al respecto, y dada la ausencia de normas en nuestro ordenamiento, pareciera como válido que el empleador decida si le da o no una cuenta de correo a la organización sindical que lo solicita: el ejercicio de la libertad sindical debe suponer una neutralidad por parte del empleador y no imponerle que asuma costos que no le corresponden.

³⁹ Falguera señala que el uso activo del correo electrónico en nada difiere de la utilización del correo escrito, del fax, del teléfono, etc.

En cambio, la utilización de los correos laborales como destinatarios de las emisiones de la organización sindical sería una conducta en la que el empleador no podría interferir dado que dicha organización resultaría un tercero como cualquier otro, salvo, claro está, que se sature el sistema por la remisión de correos con contenidos de grandes dimensiones, es decir, cuando se abuse de la utilización de la herramienta de trabajo.

7. CONCLUSIONES

El análisis necesariamente tendrá que ser casuístico⁴⁰ pues las características varían en los diferentes supuestos ya analizados por la jurisprudencia pero también hay ideas comunes dado que siempre se deberán respetar los derechos constitucionales involucrados y los elementos que conforman el criterio de proporcionalidad reconocido por el TC. Asimismo, debemos ser conscientes que todo trabajador (así como el empleador) tiene derechos fundamentales, y que ellos no pueden ser dejados de lado por la exigencia estricta de la buena fe contractual o por un principio protector mal entendido.

⁴⁰ Además de Falguera, Antonio Sempere Navarro y Carolina San Martín llegan a la misma conclusión. Ver “*Vigilancia electrónica vs. Derecho a la intimidad y a la propia imagen (a propósito de las nuevas tecnologías en el marco laboral)*”, en “*Temas actuales de Derecho Laboral*”, Editorial Normas Legales, 2005, p. 325-346.