

La legalidad del control del empleador sobre el correo electrónico asignado a sus trabajadores

Jorge A. Larrea De Rossi

Asistente de la Cátedra de Derecho Laboral Especial en la
Pontificia Universidad Católica del Perú.

*«El Derecho es esencialmente sentido común»
(Umberto Romagnoli)*

1. INTRODUCCIÓN¹

Un congresista norteamericano es sorprendido enviando correos electrónicos (*e-mail*) con propuestas sexuales a su practicante menor de edad; un trabajador español -de una importante firma bancaria alemana- es despedido en Barcelona por enviar, en el lapso de un mes y medio, 140 *e-mail* a sus amigos; una secretaria de un reconocido estudio de abogados limeño es sancionada por usar el *e-mail* institucional para difundir cuestionables comentarios políticos en épocas electorales; un ingeniero de una empresa industrial del callao es detectado cuando por *e-mail* ofrecía a una empresa competidora información sensible de su empleador; un funcionario de una empresa postal peruana es acusado de enviar imágenes pornográficas a través del *e-mail* de la empresa a -por lo menos- uno de sus compañeros de labores.

Los ejemplos podrían ser tan numerosos y variados como la infinidad de posibilidades y recursos que nos ofrecen -hoy por hoy- las Tecnologías de la

¹ Las explicaciones sobre las implicancias técnicas del uso del *e-mail* por parte de los trabajadores, así como el control empresarial que -técnicamente- se puede ejercer sobre este, han sido recogidas en entrevistas con el Sr. Sandro Marcone, de la Gerencia de la Red Científica Peruana y con la Srta. Natalie Gil, Jefa del Departamento de Producción de Sistemas del Banco de Crédito BCP, con quienes quedamos sumamente agradecidos. La mayoría de las definiciones de los conceptos técnicos aquí señalados se han obtenido en www.glosarium.com

Información y Comunicaciones² (TICs). Las situaciones comentadas no son ejemplos académicos sino recientes hechos de la vida real, que podrían seguirse dando en tanto las TICs de un empleador sean mal utilizadas por sus dependientes.

En la actualidad, la potestad (o no) del empleador de ejercer su facultad de fiscalización sobre el *e-mail* que le es asignado a sus trabajadores, viene siendo ampliamente debatida a nivel internacional, no existiendo -aún- una tendencia clara, ni a nivel legislativo, jurisprudencial ni doctrinario que de una solución definitiva al posible conflicto entre la facultad de fiscalización del empleador sobre las herramientas de trabajo -derivado de su derecho constitucional a la libertad de empresa- y el derecho a la intimidad del trabajador y al secreto de sus «comunicaciones privadas»; siendo que todo trabajador goza de estos derechos fundamentales -en su condición de persona- sin que puedan ser afectados por una relación laboral; es decir lo que en doctrina laboral se conoce como *derechos inespecíficos*, siendo que de comprobarse que una medida disciplinaria impuesta por el empleador -por ejemplo el despido- se produce en virtud a la afectación a estos derechos inespecíficos, se terminaría por afectar -en consecuencia- derechos laborales constitucionalmente protegidos (derechos específicos) como los prescritos en los artículos 23^o (penúltimo párrafo) y 27^o de la Constitución³.

² Según la OCDE (Organization for Economic Cooperation and Development) las TICs son aquellos dispositivos que capturan, transmiten y despliegan datos e información electrónica y que apoyan el crecimiento y desarrollo económico de la industria manufacturera y de servicios. OECD. Reviewing the ICT sector definition: Issues for discussion. Working party on indicators for the information society. Stockholm, 25-26, abril 2002.

³ El penúltimo párrafo del artículo 23^o de la Constitución Política del Perú de 1993, señala que: «Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador», mientras que el artículo 27^o garantiza que «La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario».

Lo cierto es que las nuevas tecnologías que usamos en nuestra actual y también nueva «sociedad de la Información»⁴, generan inevitablemente situaciones de conflicto entre empleadores y trabajadores, a las cuales el Derecho Laboral esta llamado a dar una solución adecuada y coherente con nuestros tiempos.

Creemos que esta nueva sociedad, que se ha configurado en virtud a las TICs y en la cuál el conocimiento y la información constituyen bienes esenciales de gran valor, exige un nuevo y moderno derecho⁵. En efecto, son nuevos los conceptos y nuevas las situaciones jurídicas que debemos afrontar hoy en día, y por tanto las repuestas del derecho no pueden mantenerse bajo la rigidez de antiguos esquemas jurídicos, conceptuados en un tiempo en el que quizás aún eran impensables los adelantos tecnológicos que presenciamos hoy. «(...) en el mundo tecnológico y su relación con el económico, se mueven diversos e importantes intereses que el derecho se ve obligado a regular. Parece lógico por tanto, que el derecho proporcione a la informática una regulación jurídica que es necesaria para su desarrollo», nos señala el Dr. Miguel Ángel Davara⁶, quien cita al profesor Hernández Gil que ya en 1973 comentaba el tema señalando: «No se trata de que el derecho va a ordenar

⁴ El Gobierno del Perú, en su «Plan de Desarrollo de la Sociedad de la Información en el Perú: La Agenda Digital Peruana» (Puede consultarse en: <http://www.peru.gob.pe/AgendaDigitalPeru/agendadigitalperu.htm>) señala que: (...) definimos la Sociedad de la Información como: «un sistema económico y social donde el conocimiento y la información constituyen fuentes fundamentales de bienestar y progreso, que representa una oportunidad para nuestros países y sociedades, si entendemos que el desarrollo de ella en un contexto tanto global como local requiere profundizar principios fundamentales tales como el respeto a los derechos humanos dentro del contexto más amplio de los derechos fundamentales, la democracia, la protección del medio ambiente, el fomento de la paz, el derecho al desarrollo, las libertades fundamentales, el progreso económico y la equidad social».

⁵ En efecto, el «Derecho Informático» es un área especializada del derecho que intenta regular las nuevas situaciones que plantea la actual Sociedad de la Información; materia que lamentablemente no se dicta en la mayoría de las Facultades de Derecho del Perú, pese a que actualmente las TICs estén vinculadas con todas las diferentes ramas del Derecho. Antonio Pérez Luño (PÉREZ LUÑO, A. Manual de informática y derecho. Barcelona: Ariel, 1996) definía al Derecho Informático como: una materia inequívocamente jurídica, conformada por el sector normativo de los sistemas jurídicos contemporáneos integrado por el conjunto de disposiciones dirigido a la regulación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, es decir de la informática y la telemática. Cabe indicar que aunque en América, actualmente, se sigue usando el término «Derecho Informático», el término ha devenido en obsoleto ya que no se trata de regular solamente la Informática, por lo que el término –actualizado- usado en Europa es «Derecho de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicaciones».

⁶ DAVARA RODRÍGUEZ, M. Manual de Derecho Informático. Navarra: Aranzadi, 2004. 6ª. edición.

nuevas realidades, sino que el derecho mismo va a experimentar, en cuanto objeto de conocimiento, una mutación, derivada de un modo distinto de ser elaborado, tratado y conocido»⁷.

En lo que a Derecho Laboral se refiere, las TICs han planteado –en los últimos años- situaciones jurídicas -relativamente nuevas- especialmente referidas a temas como el teletrabajo, nuevas condiciones de trabajo, el control y fiscalización de las labores mediante el uso de sistemas o instrumentos tecnológicos, la protección de la información de los trabajadores contenidas en bases de datos, el uso de las TICs para la selección y contratación de personal, el valor de las ordenes, directivas y hasta sanciones cursadas haciendo uso de las TICs, así como el uso extra laboral de las TICs puestas a disposición de los trabajadores, sea con fines sindicales o para un uso personal del trabajador, entre otras varias situaciones⁸.

En palabras de Salvador Del Rey: La ya asentada Sociedad de la Información y la revolución digital –que no ha hecho más que comenzar- nos pone frente a una de las transformaciones más profundas de la organización del trabajo en la empresa. La influencia creciente e imparable de las TICs afecta cada vez más a un número mayor de instituciones del derecho laboral tales como: el tiempo de trabajo, facultades organizativas y de control del empresario, lugar de trabajo, prevención de riesgos laborales, etc.⁹ Y es que en la actualidad la prestación de servicios se ve mediatizada por mecanismos telemáticos de comunicación (fax, correo electrónico, Internet); a su vez, el empresario tiene a su disposición un variada gama de instrumentos tecnológicos que le permiten ejercer más cómoda y eficazmente su

⁷ Hernández Gil, Antonio: Problemas socio culturales de la informática jurídica. Ponencia en la mesa redonda sobre teleinformática jurídica. Madrid: Fundación para el desarrollo social de las comunicaciones (FUNDESCO), 1973, citado por DAVARA RODRÍGUEZ, M. *Loc. cit.*

⁸ Actualmente, por ejemplo, la Tecnología permite utilizar un teléfono celular con el sistema GPS para conocer la ubicación exacta de los trabajadores; la videovigilancia es ya una práctica generalizada; mientras que –por ejemplo- en España se viene discutiendo sobre el supuesto derecho de los sindicatos a que los empleadores les proporcionen un espacio gratuito en las paginas *web* de las empresas y que se les permita hacer uso de *e-mail* protegidos por el fuero sindical, sobre este punto véase la sentencia de la Audiencia Nacional del 6.12.2001

⁹ DEL REY, Salvador. Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías: Reflexiones Introdutorias. En: AA.VV., Derecho Social y Nuevas Tecnologías, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.

poder de dirección y disciplina en la empresa (videocámaras, «rastros» informáticos en los ordenadores, etc.)¹⁰.

Toda esta dimensión tecnológica en la prestación de los servicios ha traído hasta nosotros una nueva clase de conflictos laborales, sintetizados por un lado, en los límites del uso extralaboral de estos medios tecnológicos por los trabajadores y el control empresarial de dicho uso; y por otro lado, en la utilización de nuevas tecnologías como parte del poder de dirección y vigilancia del empresario y su limitación en función de los derechos de los trabajadores. Se trata de conflictos a los que el ordenamiento laboral debe dar solución y que reavivan el tradicional debate sobre la vida privada del trabajador en el seno de la empresa¹¹.

Cuando hablamos de un uso indebido de las TICs, los casos van desde – siempre durante el horario de trabajo- hacer uso de la computadora para jugar, pasando por el acceso a páginas *web* que no tienen vínculo alguno con las labores¹², mantener conversaciones vía Chat o Messenger, realizar cursos a distancia haciendo uso de la computadora y el Internet de la empresa¹³, descargar fotografías, audios o videos de ocio, humorísticos o pornográficos, sobrecargar y hasta bloquear la red de la empresa, infiltración de virus y otros que afectan los sistemas del empleador, uso para fines personales del correo electrónico y hasta competencia desleal, espionaje industrial, fuga de información sensible o comisión de delitos informáticos¹⁴ mediante el correo electrónico asignado a los trabajadores.

¹⁰ SEMPERE NAVARRO, A. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. Vigilancia electrónica vs. Derecho a la intimidad y a la propia imagen (a propósito de las nuevas tecnologías en el marco laboral). En: AA.VV. Temas Actuales de Derecho Laboral. Normas Legales: Trujillo, 2005.

¹¹ *Ibid.*

¹² El tema del uso de páginas *web* distractivas, durante la jornada de trabajo, está tan extendido que hasta algunas *webs* han sabido aprovechar la debilidad de ciertos empleados.

Por ejemplo, www.ishouldbeworking.com («debería estar trabajando»). ofrece una variedad de formas para perder el tiempo (juegos, bromas, sorteos, etc.) y cuenta con un *panic button* (botón de pánico), que consiste en un *link* que conduce de inmediato a un sitio de negocios para así engañar a quien observe el monitor.

¹³ Para efectos del presente trabajo asimilaremos y utilizaremos indistintamente los conceptos de empleador, empresa y/o institución.

¹⁴ En el Perú los delitos informáticos están tipificados en el Capítulo X del Título V del Libro Segundo del Código Penal.

En efecto, dentro del concepto mayor del «control empresarial y los límites en el uso extralaboral de las TICs», nuestro trabajo de investigación se concentrará en el uso (y abuso) extra laboral -en horario de trabajo- del correo electrónico de la empresa, asignado a los trabajadores, y por tanto de la legalidad del control del empleador sobre el correo electrónico institucional. Haciéndose necesario, entonces, establecer mecanismos de control que permitan a los empleadores evitar los perjuicios que el uso inadecuado de esta herramienta de trabajo puede causarles.

Para efectos del presente trabajo –y en el marco de lo que pretende ser una futura investigación mayor- se han revisado referencias legislativas, jurisprudenciales y doctrinarias de España, Francia, Bélgica, Inglaterra, Estados Unidos, Brasil, Chile, Argentina y Uruguay, mientras que en nuestro país el Tribunal Constitucional se pronunció sobre un caso de despido por uso indebido del *e-mail* en la sentencia recaída sobre el expediente 1058 - 2004-AA/TC, conocido como el caso «Serpost»

Es nuestra hipótesis que realizar un control empresarial del correo electrónico asignado a los trabajadores –en sus aspectos exteriores y su contenido- de forma legal, razonable, proporcional y sin afectar los derechos constitucionalmente protegidos de los mismos, es posible. Estando por tanto el empleador -según nuestro entender- en la facultad, teórica y práctica, de sancionar las situaciones de un uso irregular, abusivo y desproporcionado¹⁵ del *e-mail* con fines extra-laborales; lo que implica no sólo un aprovechamiento desleal de los recursos de la empresa, sino también un perjuicio al empleador por las horas acumuladas de improductividad, así como los diversos perjuicios que eventualmente pudiesen derivarse del mal uso del correo electrónico asignado a los trabajadores.

Creemos que todo aquel que lea este trabajo, es consciente de que en más de una ocasión -durante la jornada laboral- hizo un uso personal y extra laboral del correo electrónico asignado por su empleador, en efecto, cierto es que los trabajadores utilizamos -eventualmente- el *e-mail* de la empresa para fines

¹⁵ Nótese que hacemos referencia a un «uso irregular, abusivo y desproporcionado», pues consideramos –como explicáremos en este trabajo- que sólo una conducta con tales características podría justificar un despido, dejando a salvo la posibilidad del empleador de aplicar sanciones menos graves a un uso extralaboral del *e-mail* que no tenga tales características.

personales¹⁶, pero desde una perspectiva legal consideramos que dicha actitud es –sin lugar a dudas– una infracción que aunque pudiese ser moderadamente tolerada por el empleador no genera un derecho de los trabajadores a un uso «social» del *e-mail* institucional, por lo que debemos preguntarnos ¿hasta dónde puede ser tolerable este uso?, ¿cuando se convierte en uso irregular, abusivo y desproporcionado?, ¿en que momento y cómo –este uso inadecuado– causa perjuicio al empleador?, ¿cuales son los mecanismos de control y fiscalización que puede usar el empleador?, ¿cuál sería la falta que estaría cometiendo el trabajador y cuál la sanción razonable y proporcional?, entre otras muchas interrogantes que segura y lamentablemente no podremos agotar de forma definitiva en este trabajo.

En todo caso, queda claro que respecto al *e-mail* la preocupación de los trabajadores gira en torno al desarrollo de su «vida privada» dentro de la empresa, mientras que el interés principal de los empleadores no es si los trabajadores gastan bromas a sus compañeros, si mantienen correspondencia electrónica con sus novias o si son adictos a la pornografía colgada en Internet. La preocupación empresarial, no es sino la misma de siempre: «productividad», ¿Que tan bien aprovechado está el tiempo de trabajo que los empleadores pagan? y ¿Cómo se usan y aprovechan las herramientas de trabajo que el empleador pone a disposición de sus dependientes?»¹⁷.

¹⁶ De acuerdo a los datos recogidos por APOYO, los internautas peruanos de entre 18 y 30 años son los que mayormente se conectan a Internet desde el Trabajo, principalmente los de Nivel Socio Económico A y B; utilizando el Internet en mayor porcentaje durante los días laborables, siendo el viernes el día de mayor uso. En cuanto al correo electrónico el 80% de los encuestados tiene un e-mail; la mayoría (con absoluta ventaja) utiliza un e-mail obtenido de Internet (Hotmail, Yahoo, etc.); de los encuestados el 85% señala que utiliza el *e-mail* para comunicarse con sus amigos e indican que mientras los *e-mails* personales ocupan el primer lugar de correo electrónico enviado y recibido, los de trabajo ocupan el quinto lugar de entre ocho opciones. Véase: APOYO Opinión y Mercado. Uso y actitudes hacia Internet 2004, Lima, APOYO Opinión y Mercado, 2004.

¹⁷ Idea tomada a partir de: FRAGALE, Roberto y LEONEL DE REZENDE, Joaquim. En: Tecnología Informática y Privacidad de Los Trabajadores, monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, Navarra: Aranzadi, 2003. p. 97 y siguientes.

2. EL CORREO ELECTRONICO ASIGNADO A LOS TRABAJADORES: UNA HERRAMIENTA DE TRABAJO FISCALIZABLE

2.1. Herramientas de trabajo

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, bien por resultar imprescindibles para su desenvolvimiento o bien por facilitarla¹⁸.

El Diccionario de Derecho Laboral de Guillermo Cabanellas¹⁹, precisa que las herramientas que la empresa les asigne, originan para los operarios, los deberes de uso adecuado y el de custodia.

La legislación nacional no hace mayores referencias sobre los útiles y/o herramientas de trabajo, aunque el Proyecto de Ley General del Trabajo establecería explícitamente entre los deberes del trabajador el de cuidar y conservar en buen estado los instrumentos y útiles que se le hubieren proporcionado para ejecutar sus labores²⁰.

En todo caso, la referencia legal expresa no resulta indispensable pues a partir del Principio de Buena Fe Laboral, se entiende que todo trabajador esta obligado a dar un uso adecuado a los útiles y/o herramientas de trabajo que su empleador le proporcione. La legislación nacional –sin embargo- sí contempla la posibilidad de

¹⁸ AGUT GARCÍA, Carmen. Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de trabajo y otros efectos de la empresa. En: Revista Tribuna Social, Valencia, fascículo 163, año 2004. pp. 24-36

¹⁹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario de Derecho Laboral. Buenos Aires: Heliasta, 1998.

²⁰ Esto quedaría establecido en el inciso 10 del artículo 50º de la Ley General de Trabajo, siendo una norma sobre la cuál se ha alcanzado consenso en el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo.

sanción, sea en virtud al a) y/o al inciso c) del artículo 25° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL)²¹.

Dentro de las TICs como herramientas de trabajo tendríamos –entre otras- a los teléfonos, telefax y celulares, las computadoras y todas sus partes integrantes y accesorias, las impresoras, fotocopiadoras y escáneres, el acceso y navegación en Internet, las diferentes aplicaciones y recursos electrónicos que se puedan facilitar mediante –por ejemplo- una Intranet institucional, las bases de datos, los programas, documentos, archivos y carpetas de archivos «colgados» –por ejemplo- en la red corporativa de la empresa y -desde luego- el correo electrónico como una herramienta de trabajo, hoy en día fundamental.

2.2. El correo electrónico personal y el correo electrónico laboral

El *e-mail* funciona básicamente como una relación entre computadoras: donde una es un **terminal** «cliente o usuario» y otra es un «servidor» de correo²² es decir, una computadora que contiene información que puede ser consultada por los usuarios. Esta es una computadora central que guarda el nombre de usuario del *e-mail* en un dominio²³ determinado. Por ejemplo, si el *e-mail* que la empresa le ha asignado a su trabajador es «trabajador@empresa.com», dónde «trabajador» es el usuario y lo que sigue después del signo arroba²⁴ («@») indica el dominio. Cuando

²¹ La LPCL señala, en su artículo 25° como falta grave laboral: a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad; y c) La apropiación, consuma o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor.

²² Un servidor de correo es una computadora donde se guardan todos los mensajes de correo, en espera de que se conecte el usuario al que van dirigidos y que los «recoja».

²³ Todas las computadoras conectadas a Internet, ya sean servidores o clientes, tienen que estar identificadas de alguna forma, lo mismo sucede para las *web*, por ello se utiliza la dirección IP que esta conformada por números, por ejemplo, 195.57.130.128. La dirección IP es única y exclusiva. Sería muy incómodo para los usuarios recordar y trabajar con números, por eso se utilizan los «nombres de dominio», es decir, nombres que usando letras se identifican con una determinada dirección IP, dónde *www.empresa.com* equivaldría a –por decir algo- 195.57.130.128 y el servidor de correo de «Empresa» tendría su propio IP.

²⁴ El signo de arroba (@) se entiende como «at» («en»), por lo que en el ejemplo se estaría diciendo: «trabajador» (usuario), «@» (en), «empresa.com» (el dominio de la empresa o institución que brinda la cuenta de correo electrónico).

alguien envía un mensaje desde esta dirección, ese mensaje pasa por el servidor del remitente, viaja por Internet y llega al servidor del destinatario, el cuál guarda el mensaje hasta que el destinatario se decida a abrir su cuenta de correo; en ese momento la computadora del destinatario se conecta al servidor y este le entrega al programa «cliente» –de correo electrónico- todos los nuevos mensajes.

Se puede enviar o recibir correo electrónico de dos formas:

- 1) Usando una cuenta de *e-mail* en un *webmail* de Internet sea gratuita como los Hotmail, Yahoo, etc., sea pagada como los servicios de la Red Científica Peruana (RCP), Terra y otras, o sea -en algunos casos- un servicio de *webmail* proporcionado por la misma empresa empleadora. Estas *webmail* brindan la posibilidad de revisar el correo electrónico en una *web* «colgada» en Internet, a la que se puede acceder desde cualquier computadora del mundo por medio de un determinado usuario y contraseña asignado.
- 2) O a través de la función POP3²⁵ y SMTP²⁶, que son protocolos que asociados a una cuenta de correo electrónico permiten enviar y recibir –respectivamente- *e-mail* utilizando un servicio de correo electrónico contratado y programas específicos como el Outlook, Pegasus, Lotus y otros. En este caso, el *e-mail* sólo se puede revisar en la computadora en la que este instalado el programa y configurada la cuenta de correo (pudiendo configurarse la misma cuenta en varias computadoras diferentes)

Existe la posibilidad de usar ambas figuras y/o combinarlas y es factible, también, que se use el servidor de la empresa que brinda el servicio de correo (Hotmail, RCP, Terra, etc.) o que la empresa empleadora tenga su propio servidor corporativo de correo electrónico.

²⁵ POP3: (Post Office Protocol 3). Tercera versión del protocolo diseñado para la gestión, el acceso y la transferencia de mensajes de correo electrónico entre dos máquinas, habitualmente un servidor y una máquina de usuario.

²⁶ SMTP: Protocolo de red basado en texto utilizado para el intercambio de mensajes de correo electrónico entre computadoras y/o distintos dispositivos.

Resulta perfectamente claro que una cuenta de correo solicitada directamente por el trabajador a un proveedor de *e-mail* (con costo o no) y cuya dirección electrónica contenga un dominio diferente al del empleador, por ejemplo el popular Hotmail, es –sin lugar a dudas– un *e-mail* personal al que por ninguna razón podría tener acceso el empleador (ni en los datos externos del *e-mail* ni mucho menos en su contenido) así se haya ingresado a dicha cuenta desde una computadora de trabajo y usando la Internet de propiedad de la empresa. Sin perjuicio de ello, el empleador validamente 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 la 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.

Sin embargo, la cuenta de correo que la empresa asigna a sus trabajadores – en nuestro ejemplo el trabajador@empresa.com– no es, ni puede ser considerada, una cuenta de correo personal, por el contrario esta es una herramienta de trabajo, propiedad del empleador, a la que llamaremos cuenta de correo o *e-mail* «laboral», que utiliza el dominio de la empresa y que –por lo tanto– se entiende que cualquier mensaje se envía en nombre y representación de la empresa empleadora, comprometiéndola con el contenido de los *e-mail*.

Tal como lo señala Thibault²⁷ «el correo electrónico es una herramienta de trabajo de propiedad de la empresa (...) no cabe un derecho social al uso del *e-mail* laboral, en la medida en que, no lo olvidemos, ello puede significarle al empleador unos determinados gastos, además de tener repercusiones negativas sobre la prestación laboral de sus empleados»

Para que el *e-mail* laboral pueda funcionar, el empleador requiere asumir los costos que implican contar con las computadoras, el *software* apropiado, el programa de navegación y el de correo electrónico, el pago del derecho a usar el dominio que

²⁷ THIBAUT ARANDA, Javier. «El uso del e-mail por los trabajadores y las facultades de control del empleador». Ponencia presentada el 30 de marzo de 2001 en el Seminario «Poder informático e intimidad: límites jurídico- laborales y penales al control empresarial», organizado por los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC. En: <http://www.uoc.es/web/esp/art/uoc/0109040/thibault-imp.html>.

haya establecido, la habilitación de las cuentas de *e-mail* asignadas a sus trabajadores, la arquitectura de la red empresarial (LAN), el acceso a un servidor de correo (o mantener un servidor corporativo propio), el mantenimiento y soporte técnico, la actualización y pago de licencias de todos ellos, los programas y herramientas antivirus, antispam²⁸, Proxy²⁹ y *firewall*³⁰, así como los filtros de seguridad necesarios, el pago del acceso a Internet que brinda el ISP³¹ y de ser el caso el pago adicional de la *data* es decir la infraestructura para lograr la conexión (CableNet, ADSL, Red Telefónica, Fibra Óptica, etc.).

El *e-mail* laboral, entonces, es asignado a los trabajadores por su empleador, como una herramienta de trabajo a fin de facilitar el cumplimiento de las labores; en tanto herramienta de trabajo –en principio- no debería haber un uso personal y extra laboral del mismo y siendo, en consecuencia, de uso exclusivo laboral no debería haber dificultad alguna para que el empleador controle esta herramienta y el buen o mal uso que se le de; mientras que la clave de acceso o contraseña (normalmente definida por el propio trabajador) no debería ser entendida como un indicio de una supuesta «privacidad» sobre el *e-mail* laboral, su fin no es evitar el control empresarial sobre el correo electrónico pues -como veremos- para llevar a cabo esta fiscalización no se requiere –técnicamente- de la clave del trabajador; por el contrario la función de esta clave es excluir el ingreso de otros trabajadores o de terceros a la cuenta de correo asignada, siendo por tanto de exclusiva responsabilidad del trabajador cualquier incidente vinculado al *e-mail* que la empresa le haya asignado.

²⁸ SPAM es un término inglés utilizado para definir el envío indiscriminado de mensajes de correo electrónico no deseados. Normalmente se aplica a mensajes publicitarios que bombardean el correo electrónico del usuario que los recibe en contra de su voluntad. En Perú, la Ley N° 28493 se refiere al SPAM como comunicaciones comerciales, publicitarias o promocionales no solicitadas, realizadas por correo electrónico.

²⁹ Servidor especial encargado, entre otras cosas, de centralizar el tráfico entre Internet y una red privada, de forma que evita que cada una de las máquinas de la red interior tenga que disponer necesariamente de una conexión directa a Internet. Algunos pueden contener al mismo tiempo mecanismos de seguridad que impiden accesos no autorizados desde el exterior hacia la red privada (como el *firewall*).

³⁰ El *firewall* (cortafuegos) es un dispositivo que se coloca entre una red local e Internet y cuyo objetivo es asegurar que todas las comunicaciones entre los usuarios de dicha red e Internet se realicen conforme a las normas de seguridad de la organización que lo instala.

³¹ *Internet Service Provider* («Proveedores de Internet»), compañías que han creado una conexión directa y permanente a Internet y que ofrecen la posibilidad de entrar en Internet a través de la señal que proveen.

2.3. El control sobre el correo electrónico laboral y su contenido, eventualmente, personal

Si bien es indiscutible que el *e-mail* laboral es una herramienta de trabajo – y por ello esta sujeta a fiscalización del empleador- el conflicto jurídico aparece cuando ese *e-mail* que no debió usarse para fines personales, en efecto se mal uso y contiene –o podría contener- información «personal» del trabajador, ante lo cuál aparecen varias interrogantes ¿como puede el empleador definir si un *e-mail* realmente contiene información personal o no sin acceder a su contenido? y ante la duda ¿como puede entonces el empleador ejercer su facultad fiscalizadora sobre la herramienta de trabajo?.

Siguiendo al doctor Jorge Toyama³², 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 que ya de por sí resulta siendo una infracción laboral. Así cuando no exista una intromisión en el contenido del *e-mail*, no se requerirá discutir sobre la necesidad o no del consentimiento o autorización del trabajador para la fiscalización.

Sin embargo, si lo que se busca es verificar situaciones de mayor gravedad, que el simple uso extra laboral del *e-mail*, como situaciones de acoso a otros trabajadores por *e-mail*, posible responsabilidad frente a terceros por el mal uso del correo electrónico institucional, competencia desleal, espionaje industrial, fuga de información sensible, transmisión de pornografía infantil o la comisión de delitos informáticos, o quizás tan sólo verificar que se respondió adecuadamente a un cliente, que se cumplió la instrucción impartida, que se envió la información encargada, etc. resultará insuficiente el control externo o superficial que se pueda hacer sobre el *e-mail*; incluso el simple uso extra laboral del *e-mail* fácilmente podría ser «disfrazado» utilizando títulos o «asuntos» que encubran el contenido del correo electrónico.

³² TOYAMA MIYAGUSUKU, J. Correo electrónico: entre la facultad de fiscalización, control del empleador y el derecho a la intimidad del trabajador. En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 83, agosto de 2005.

Desde el punto de vista técnico, pueden utilizarse una variedad de programas y filtros para «monitorizar» el *e-mail* asignado a los trabajadores; las empresas grandes suelen tener sus propios servidores de correo corporativos y dado que como hemos señalado todo *e-mail* debe pasar por el servidor antes de entrar a la autopista de la información que es Internet, entonces técnicamente ese servidor puede ser programado para casi todo lo imaginable: desde filtrar los correos, detectar las *keywords*³³, bloquear la salida o el ingreso de ciertos *e-mail*, registrar los títulos, documentos adjuntos, remitentes y destinatarios de los *e-mail*, hasta guardar copia del *e-mail* que se intenta enviar fuera de la empresa o hacerle llegar copia del mismo al Gerente General, etc.

Incluso, si este control no se hiciera a nivel del servidor de correo corporativo de la LAN de la empresa, eventualmente se podría hacer a nivel del Router³⁴ del ISP –es decir el servidor gigante que maneja el ISP y al que llegan necesariamente todos los *e-mail* de los diferentes clientes del ISP antes de salir a Internet.

En Inglaterra, por ejemplo, un estudio³⁵ señala que el 55% de los empleadores encuestados controlaban el *e-mail* de sus trabajadores, mientras que otro estudio³⁶ señalaba que el 75% de los directivos empresariales encuestados pensaba que controlar y filtrar las actividades de los trabajadores en Internet era absolutamente necesario. En Estados Unidos, la AMA³⁷ en un estudio del año 2001 señaló que el 46.5% de los encuestados registran o controlan los *e-mail* de sus empleados. Mientras que la Fundación para la Privacidad publicó que la fuerza de trabajo *on-*

³³ Palabras claves previamente determinadas (por ejemplo «pornografía infantil») que al ser detectadas bloquean el ingreso o salida de un *e-mail*.

³⁴ Dispositivo que distribuye el tráfico entre redes. La decisión sobre a donde enviar los datos se realiza en base a información de nivel de red y tablas de direccionamiento.

³⁵ Publicado en: IRS Employment Trends, N° 703,2002 p. 5.

³⁶ Mencionado en la BBC News el 6 de junio de 2001, Citado por JEFFERY, Mark. En: Tecnología Informática y Privacidad de Los Trabajadores, monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. Navarra; Aranzadi, 2003, p. 122.

³⁷ La Asociación Empresarial Americana (AMA) estudia regularmente la gestión de recursos humanos en un grupo de empresas que en su conjunto emplean alrededor de una cuarta parte de la fuerza de trabajo de EE.UU.

*line*³⁸ en los Estados Unidos, en el 2001, era de 40.7 millones, de los cuales el 34% (14 millones) estaban sometidos a vigilancia continuada del correo electrónico³⁹.

Por otro lado, un estudio realizado en España por la empresa Domeus.es (correo electrónico y marketing) concluye que el 75% de los empleados que tienen acceso al *e-mail* en la empresa, lo utiliza también con fines personales y el 90% de ellos piensa que tiene «derecho» a hacerlo⁴⁰.

Una de las consecuencias perjudiciales del uso extra laboral del *e-mail*, es la disminución en la productividad; en algunos países estos efectos ya comienzan a ser medidos. Un estudio realizado por la empresa Pro Active Internacional en 15 países europeos reveló que el 23% del tiempo de conexión a Internet en el trabajo se dedica a fines privados, en detrimento de las tareas habituales que los empleados deberían estar realizando⁴¹.

En este contexto, consideramos que el control del *e-mail* laboral 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-mail* 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-mail* 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

³⁸ Se refiere a aquellos trabajadores que usan regularmente el correo electrónico o tienen acceso a Internet en el trabajo.

³⁹ Ambos informes son citados por FINKIN, Matthew W. En: Tecnología Informática y Privacidad de Los Trabajadores, monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. Navarra: Aranzadi, 2003. p. 281.

⁴⁰ Citado por THIBAUT, Javier. En: Tecnología Informática y Privacidad de Los Trabajadores, monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. Navarra; Aranzadi, 2003. p. 59 y siguientes.

⁴¹ Citado en «¡Cuidado con el uso del correo!» del Portal Universia. http://empleo.universia.es/contenidosHTML/mi_primer_dia/cuidado_correo.htm

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 y detectar situaciones irregulares como acoso entre trabajadores, contenidos sexuales u obscenos, correos difamatorios o injuriosos, fuga de información sensible de la empresa, delitos informáticos, *e-mail* que pudiesen causar un desprestigio de la empresa, *e-mail* que pudiesen ocasionar responsabilidad frente a terceros, etc. para lo cuál es indispensable acceder al contenido del *e-mail* laboral).

Consideramos que el empleador tiene la facultad legal para ejercer su poder de fiscalización no sólo sobre aspectos externos del *e-mail* laboral sino incluso sobre su contenido; siendo esta una herramienta de trabajo y existiendo una razonable preocupación empresarial por protegerse de los perjuicios que puede ocasionar el mal uso del *e-mail*, creemos que válidamente se puede ingresar al contenido de los *e-mail* asignados a los trabajadores, para lo cuál el empleador deberá tener en cuenta lo siguiente:

- 1) Debe contar con una clara política de uso de las TICs de la empresa y comunicársela a los trabajadores, definiendo aquí los usos, mecanismos, procedimientos, restricciones, etc. que sean aplicables a las TICs de acuerdo a la política de la empresa⁴².
- 2) Deberá precisar en los contratos de trabajo y/o en el Reglamento Interno de Trabajo, 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.
- 3) Deberá alertar a los trabajadores 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.

⁴² Por ejemplo debería definirse la prohibición de enviar o recibir cierto tipo de archivos adjuntos, la capacidad máxima de la cuenta de correo a fin de no causar daños en la red, las normas de conducta para un buen uso del e-mail, etc.

- 4) 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-mail* para sólo acceder al contenido de aquellos considerados realmente «sospechosos».
- 5) Deberá procurar contar con un servidor de correo propio y asistirse por personal especializado a fin de llevar a cabo auditorías informáticas serias y confiables.
- 6) Cuando realice auditorías específicas, deberá realizarlas 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 público.

Creemos que cuando una empresa tiene en cuenta las consideraciones planteadas y deja en claro el carácter de herramienta de trabajo fiscalizable del *e-mail*, su correcto uso, los mecanismos de control, así como las prohibiciones y sanciones, pues entonces ningún trabajador podría tener una razonable *expectativa de privacidad* cuando haga un uso personal del *e-mail* laboral y por tanto no podría validamente sentirse agredido en sus derechos fundamentales.

3. ¿UN CONFLICTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES?

Siguiendo al doctor Cesar Puntriano⁴³: Los derechos fundamentales no son absolutos, siempre presentarán límites, tanto internos como externos, pero en la situación particular de la relación laboral, para autores como Arce⁴⁴, se cierra aún más el límite propio de este derecho dado que se contrapone con la libertad de empresa que es también fundamentada y reconocida constitucionalmente, esto se tendría que salvar a través de una conciliación de intereses según el autor, sin atentar contra el contenido esencial de ningún derecho fundamental.

⁴³ PUNTRIANO ROSAS, César El uso indebido del correo electrónico laboral como causal de despido en nuestro ordenamiento legal. En: Revista Actualidad Jurídica, tomo N° 141, agosto de 2005.

⁴⁴ ARCE ORTIZ, Elmer. La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

Como hemos señalado, los derechos fundamentales involucrados en esta discusión jurídica son los de –por parte del trabajador- el derecho a la intimidad (artículo 2º inciso 7 de la Constitución y artículo 14º del Código Civil) y al secreto de las comunicaciones (artículo 2º inciso 10 de la Constitución y artículo 16º del Código Civil), y –por parte del empleador- el derecho a ejercer su facultad de dirección y control (recogido por el artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral) derivado del derecho a la libertad de empresa (artículo 59º de la Constitución).

3.1. Derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad de la persona se encuentra consagrado en el artículo 2º inciso 7 de la Constitución Política del Perú, y establece que «Toda persona tiene derecho (...) a la intimidad personal y familiar (...)».

Este derecho fundamental ha sido reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1984, donde se establece que «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»⁴⁵.

Este es un concepto indeterminado, pero podría definirse –a efectos de este trabajo de investigación- como aquella parte de la esfera íntima del trabajador en la cual se encuentran sus hábitos, preferencias, sus relaciones humanas, sus problemas de salud, etc.⁴⁶

En este mismo orden de ideas, Ossorio⁴⁷ lo define como el «derecho que todas las personas tienen de que le sea respetada su vida íntima» la cual se respeta a su vez con la abstención de «(...) publicación de retratos, divulgación de secretos,

⁴⁵ Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

⁴⁶ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución Política de 1993. Análisis Comparado. p. 104.

⁴⁷ OSORIO, M. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 1998. p. 314.

difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres y perturbando de cualquier otro modo su intimidad»

Existen constantes controversias en cuanto al alcance de dicho derecho en el ámbito de una relación laboral en la cual, por sus características particulares, algunas de sus manifestaciones se verán menoscabadas⁴⁸.

Autores como Baylos⁴⁹ señalan que el empleador debe respetar el derecho pero no tiene la obligación de «sujetar la organización productiva al ejercicio de derechos fundamentales de su personal».

Los Tribunales españoles han señalado, por ejemplo, que la intimidad es un derecho fundamental aplicable a las relaciones laborales. Vale decir, el trabajador no pierde en el desarrollo de su trabajo, el derecho a ser respetado en su intimidad. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que no se trata de un derecho absoluto sino que podrá ceder ante intereses constitucionalmente relevantes⁵⁰.

3.2. Derecho al secreto de las comunicaciones

El derecho al secreto de las comunicaciones se encuentra consagrado en el artículo 2º inciso 10 de la Constitución Política del Perú. El mismo que establece que: «Toda persona tiene derecho «Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. (...) Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal (...)».

⁴⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU, J. 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. p. 250.

⁴⁹ BAYLOS, Antonio. *Derecho del Trabajo: modelo para armar*. Trotta: 1991. p. 97 y siguientes.

⁵⁰ Así lo estima el Tribunal Constitucional Español en las SSTC Nos. 57/1994 de 28 de febrero, y 143/1994 de 9 de mayo.

Belda Pérez - Pedrero⁵¹ afirma que el secreto de las comunicaciones debe entenderse como la libertad de relacionarse con otra u otras personas distantes, a través de un medio destinado a tal efecto sin que trascienda el contenido del proceso comunicativo.

Este derecho se dirige a garantizar la impermeabilidad de la comunicación frente a terceros ajenos a la misma, sea cual sea su contenido. Se presume que el contenido de la comunicación es secreto para todos aquellos que no participan en la misma, independientemente del lugar donde se desenvuelve la persona.

Al respecto Núñez⁵² afirma que: «(...) Dadas las características del correo brindado por el empleador a sus trabajadores, no encontramos que se pueda hablar de comunicación privada, muy por el contrario, dado que el empleador brindó al trabajador una cuenta para uso estrictamente laboral, quedando prohibida la utilización del mismo para fines personales, entonces el empleador debe suponer, con estricta justicia y dado que fue para dicho fin que le otorgó la cuenta de correo electrónico al trabajador, que todas las comunicaciones que se envíen desde esas cuentas de correo, deben ser únicamente de tipo laboral y no de tipo personal o privado».

3.3. La facultad de dirección y control del empleador

Manuel Luque Parra⁵³, señala que el poder empresarial organizacional es un poder privado derivado de la libertad constitucional de empresa que incide sobre una relación laboral con la finalidad de adecuar los recursos humanos a las necesidades de la empresa para hacerla más competitiva.

El profesor Montoya entiende el mismo como el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta

⁵¹ BELDA PÉREZ – PEDRERO, E. III Jornadas sobre Informática y Sociedad. 2000. Instituto de Informática Jurídica. UOCO. ICADE. p. 73. citado por TOYAMA MIYAGUSUKU, J. Op. cit.

⁵² NUÑEZ PAZ, Sandro Alberto. ¡Alerta: tienes un e-mail! La facultad fiscalizadora y la inviolabilidad de las comunicaciones. En: Revista Actualidad Laboral, octubre 2004. p. 25

⁵³ PARRA LUQUE, Manuel. Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral. Barcelona: José María Bosch, 1999. p. 31, citado por TOYAMA MIYAGUSUKU, J. Op. cit.

y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa y también señala que el poder de dirección del empresario vendría integrado por tres grandes facultades: la facultad de decidir ejecutivamente, la facultad de dictar órdenes y la facultad de control y vigilancia.⁵⁴

En el Perú, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en su artículo 9° señala que: «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(...)».

La facultad de dirección que esta ley otorga al empleador—basada en el derecho a la libertad de empresa, reconocido en el artículo 59° de la Constitución— comprende no sólo la posibilidad de dirigir la prestación de trabajo del subordinado, sino la facultad fiscalizadora sobre la misma, cuya justificación se encuentra en la necesidad del empleador de poder valorar la calidad de la prestación brindada por el sujeto dependiente y, en caso de ser deficiente, tomar las medidas correctoras del caso⁵⁵.

De esta forma, a partir de la libertad de empresa, reconocida constitucionalmente, el empleador cuenta con las facultades que le permiten regular, reglamentar, dirigir, modificar, adecuar, complementar, reemplazar y extinguir las condiciones de trabajo dentro de determinados límites que suelen contraerse en derechos adquiridos por los trabajadores o prohibiciones establecidas en normas legales⁵⁶.

⁵⁴ MONTOYA MELGAR, A. El Poder de dirección del empresario. Madrid: Instituto de Estudios Políticos 1965. p. 44 y 142, citado por VICENTE PACHÉS, F. Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo. En: Revista Tribuna Social, Valencia, fascículo 157. 2004. p.21 y 22

⁵⁵ TOYAMA MIYAGUSUKU, J. Op. cit.

⁵⁶ PUNTRIANO ROSAS, César. Op. cit.

3.4. La ponderación de derechos y el test de razonabilidad

Definidos los derechos en juego, y atendiendo a todo lo expuesto sobre las características técnicas particulares del *e-mail* laboral y los riesgos a que un empleador se ve expuesto cuando un trabajador hace un mal uso de esta herramienta de trabajo, cabe hacer una ponderación de derechos y tomar posición sobre cuál de ellos debe prevalecer y limitar al otro.

Los trabajadores no pierden el ejercicio de sus derechos fundamentales al someterse a un contrato de trabajo y de hecho estos son plenamente vigentes y efectivos al interior de las empresas, en tanto el trabajador los ostenta por su condición de persona o ciudadano. Sin embargo, el ejercicio de estos derechos dentro de la empresa –como consecuencia de las especiales características de la relación de trabajo- van a ser objeto de una cierta «modalización» o «acomodación», para hacerlos compatibles con las exigencias de la propia relación laboral, produciéndose una cierta contractualización de los derechos fundamentales en la empresa. Ello significa, que en el ejercicio por parte del trabajador de sus derechos fundamentales, éstos quedan circunscritos a unas exigencias contractuales (bajo conceptos como lealtad, buena fe, confianza, etc.) que se hacen prevalecer sobre las que se derivan del desarrollo pleno de los propios derechos⁵⁷.

Frente a ello, entendemos que ante supuestos en que los intereses organizativos del empresario afecten considerablemente los derechos fundamentales de los trabajadores, se daría una situación de conflicto, en la que debe primar el respeto por los derechos constitucionales de los empleados, pues de otra forma estaríamos vaciando de contenido los principios y fines básicos del derecho laboral como disciplina jurídica que busca equilibrar las desigualdades entre empleadores y trabajadores.

⁵⁷ VICENTE PACHÉS, F. Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo En: Revista Tribuna Social, Valencia, fascículo 157, 2004. p.25

Pero siempre que se hable de derechos en conflicto, no se puede establecer de antemano cuales deben primar sobre cuales otros y en todo caso un análisis serio debe procurar siempre lograr el menor perjuicio para ambas partes.

Los derechos fundamentales son principios jurídicos, muchas veces como en este caso indefinidos e indeterminados, y al existir conflictos entre ellos se debe dar una solución partiendo de cada caso concreto pues no es posible establecer reglas a priori en materia de conflicto de derechos constitucionales, dado que será en el supuesto particular del caso concreto en el que se pueda y deba apreciar de que forma un principio entra en conflicto con otro y cual debe prevalecer.

La técnica jurídica para dar solución a esta problemática es la Ponderación, será mediante la ponderación que uno de los principios en conflicto cederá ante el otro o se hallará un punto de equilibrio entre ambos a fin de llegar a una solución.

Al aplicar la técnica de la ponderación se debe tener en cuenta el análisis de los hechos del caso concreto, y los fundamentos jurídicos y políticos de cada uno de los principios en conflicto.

En la medida que un principio afecte a otro se esta estableciendo un «límite» a uno de ellos y todo límite debe ser razonable, por lo que al conflicto de principios se debe aplicar el test de razonabilidad.

El test de razonabilidad implica que este límite que se pretende ejercer tenga las siguientes características:

- Desde un análisis jurídico: Que tenga un fin lícito (constitucionalmente legítimo)
- Desde un análisis fáctico: Que cumpla con ser:
 1. Necesario: No existe otra alternativa menos gravosa. Es decir, no existe otra medida más moderada para conseguir el propósito con igual eficacia (juicio de necesidad).
 2. Adecuado: Es la medida idónea para alcanzar el fin perseguido. Es decir, si tal límite es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad).

3. Proporcional: No debe eliminar completamente al otro principio en conflicto, ni vaciar de contenido a ese derecho. Es decir, que sea una medida ponderada y equilibrada, en tanto de ella se derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre los otros valores en conflicto (juicio de proporcionalidad)

Al hacer nosotros el análisis de ponderación ante este conflicto de derechos constitucionales—derecho a intimidad y secreto de las comunicaciones privadas, por parte de los trabajadores y el derecho de control por parte del empleador, en virtud a su derecho de libertad de empresa- veremos con claridad que el punto de equilibrio entre ambos principios viene dado por las claras indicaciones que debe recibir el trabajador respecto a las políticas de control de las herramientas de trabajo de su empleador. Así, no es viable argumentar que se viola intimidad alguna, allí donde no es posible ejercerla, ni se violentan las comunicaciones «privadas», allí donde no es posible que estas existan.

Si los empleadores mantienen informados a sus trabajadores de que la herramienta de trabajo «correo electrónico» es supervisada mediante los mecanismos de control que la empresa haya establecido y han ordenado que el uso de esta herramienta sea exclusivamente laboral, entonces no es posible tener ninguna «expectativa de privacidad» respecto al uso de este instrumento y en la medida que la relación laboral de por sí exige que el tiempo de trabajo sea dedicado a eso, «trabajar», no es posible pretender hacer un uso extra-laboral de la herramienta de trabajo durante la jornada de labores. Siguiendo esta lógica todo uso del *e-mail* institucional debe entenderse con fines laborales y en tal medida su contenido sólo puede ser información vinculada a las labores y por tanto — lógicamente- esta es información de interés para el empleador y perfectamente pasible de ser revisada.

Haciendo el análisis del test de razonabilidad a la medida de control del empleador sobre el contenido de los *e-mail*, tendríamos que esta resulta «necesaria» en tanto un determinado *e-mail* implique una razonable sospecha de un mal uso del correo electrónico como herramienta de trabajo y esta no pueda ser detectada fehacientemente mediante un simple control externo; resulta «adecuada» en tanto

una fiscalización sobre el contenido resulta –por sentido común- indispensable para, por ejemplo,,identificar un supuesto de competencia desleal o espionaje industrial y será «proporcional» en tanto dicha fiscalización esta previamente contemplada en las normativas de la empresa por las cuales debe registrarse el trabajador.

En cambio, al hacer el mismo análisis sobre la conducta infractora del trabajador tendríamos que esta «no resulta necesaria», pues todo trabajador puede utilizar un *e-mail* personal o cualquier otro instrumento propio para realizar comunicaciones privadas, no existiendo justificación alguna para usar las herramientas de trabajo para tales fines, «no resulta adecuada» pues se esta haciendo un uso indebido de los bienes de la empresa y «no resulta proporcional» por ser una conducta expresamente prohibida por el empleador.

Interpretar lo contrario implicaría amparar un «abuso de derecho» por parte de los trabajadores, en virtud a un vacío legal por no existir regulación expresa sobre el *e-mail*; en efecto no seria jurídicamente razonable admitir que el empleador tiene derecho a fiscalizar las herramientas de trabajo y que habiendo prohibido un uso personal de estas, cuando un trabajador incumple sus obligaciones laborales puede ejercer un abuso de derecho e impedir que se verifique y demuestre su infracción al alegar un supuesto derecho a las comunicaciones privadas.

Entiéndase la figura del «abuso de derecho» como la que comete el titular de un derecho subjetivo cuando actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero que resulta contraria a la buena fe, la moral, las buenas costumbres, o los fines sociales y económicos del derecho.

Por tanto allí donde formalmente podría parecer que existe un derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas enfrenteado al poder fiscalizador del empleador sobre herramientas de trabajo de su propiedad, creemos que la ponderación de derechos debe llevarnos a concluir que todo empleador esta facultado a ejercer su poder fiscalizador sobre el contenido de los *e-mail* laborales, cuando se ha tenido en cuenta las consideraciones ya planteadas.

4. CRITERIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y NUESTRA CRÍTICA

Aunque el análisis de la ponderación de derechos y el test de razonabilidad ha venido siendo aplicado por el TC en sus diferentes resoluciones, no se aplicó a la sentencia que sobre el mal uso del *e-mail* por un trabajador de Serpost emitió el TC en el expediente 1058 - 2004-AA/TC; por el contrario el TC se ha limitado a señalar que el correo electrónico es equiparable al correo postal y en esa medida recibe la protección del secreto de las comunicaciones privadas consagrada en el artículo 2º inciso 10 de la Constitución y por tanto sólo es posible acceder a los correos electrónicos de los trabajadores bajo una autorización judicial.

Así el TC ha señalado que: según el artículo 2º, inciso 10, de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo.

Señalando luego que: aún cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce. No en vano el artículo 23º de nuestra norma fundamental contempla expresamente que «Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador». Por consiguiente y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de

inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos.

Sin perjuicio de ello, el TC aclara que: cuando se alega que la relación laboral no puede desconocer los derechos fundamentales del trabajador, ello no significa tampoco que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse o desnaturalizarse. En tales supuestos, es evidente que el empleador no solo puede, sino que debe, hacer uso de su poder fiscalizador e, incluso, disciplinario. Sin embargo, en tales supuestos, la única forma de determinar la validez, o no, de una medida de tal índole es, en primer lugar y como ya se anticipó, respetar las propias limitaciones establecidas por la Constitución y, en segundo lugar, implementar mecanismos razonables que permitan, sin distorsionar el contenido de los derechos involucrados, cumplir los objetivos laborales a los que se encuentran comprometidos los trabajadores y las entidades empleadoras a las cuales pertenecen.

En consecuencia, el TC critica no la facultad de la empresa de investigar la infracción sino el procedimiento utilizado para determinar la responsabilidad, por ello señala que: Lo que se plantea en el presente caso no es, sin embargo, que la empresa demandada no haya podido investigar un hecho que, a su juicio, consideraba reprochable, como lo es el uso de un instrumento informático para fines eminentemente personales, sino el procedimiento que ha utilizado a efectos de comprobar la presunta responsabilidad del trabajador investigado.

Creemos que el grave error del TC es señalar que sólo se puede acreditar el uso indebido del e-mail mediante una investigación judicial. Para el TC no es suficiente la facultad fiscalizadora del empleador. Este es el principal punto a criticar, nuestra postura es que la facultad fiscalizadora del empleador es suficiente para verificar el buen uso y el contenido de los e-mail laborales, siempre que se haya establecido una política de uso de las TICs en la empresa, lo cuál elimina toda expectativa de privacidad del trabajador y establece a priori el procedimiento a seguirse. Exigir una investigación judicial resulta siendo un obstáculo absurdo que haría imposible ejercer el control del empleador y cuya exigencia estaría amparando un abuso de derecho por parte del trabajador.

Nuestras críticas a la sentencia del TC serían las siguientes:

1. Consideramos que en el caso del correo electrónico no siempre se estará tratando de un aspecto que involucre la «intimidad o privacidad» del trabajador. Pues si entendemos «intimidad» como la zona espiritual íntima y reservada de una persona⁵⁸, resulta claro que –por ejemplo- un *e-mail* con fines comerciales o con chistes no contiene información «intima», de igual forma el trabajador que remite un *e-mail* a numerosos destinatarios, re-envía cadenas o similares no tiene ninguna intención de mantener en «secreto» la información allí contenida. Por lo que consideramos que en la discusión jurídica se debe dejar de lado el tema de la «intimidad» y limitarse al análisis de si se vulnera o no el derecho al secreto de las comunicaciones.
2. No cabe duda –tal como lo reconoce el propio TC- que la computadora, el módem, el Internet y la propia cuenta de correo electrónico asignada al trabajador son herramientas de trabajo –de propiedad del empleador- y asignadas al dependiente con fines laborales. Por tanto, consideramos que deben estar sujetos a un control de su buen uso.
3. Las características del funcionamiento de Internet y del correo electrónico nos llevan a concluir que no es correcta la equiparación del *e-mail* con el correo epistolar y además que dichas características hacen desaparecer cualquier «expectativa de privacidad» que pudiese tener un trabajador respecto a sus comunicaciones electrónicas usando la red empresarial.

En efecto, el *e-mail* y el correo epistolar tienen características totalmente diferentes, la Internet se ha creado en el contexto de la Sociedad de la Información bajo la concepción de «compartir información», la Internet no ha sido creada para fortalecer la privacidad. Como ya se ha explicado el *e-mail* tiene características técnicas –indispensables para su funcionamiento- que están por demás alejadas de buscar proteger la privacidad de las comunicaciones. La realidad tecnológica del *e-mail* hace que incluso los especialistas lo consideren un medio «inseguro» de transmitir información, tanto así que se

⁵⁸ Definición de la Real Academia Española.

recomienda a los abogados, por ejemplo, no enviar información sensible de sus clientes por vía correo electrónico y preferir siempre para ello los viejos –y siempre confiables- sobre, tinta y papel.

En todo caso, si se quiere persistir en equiparar el correo electrónico con el postal se tendría que tener en cuenta la regulación que existe sobre los servicios postales, así tenemos que la Resolución Directoral N° 040-2001-MTC/15.20 que aprueba las «Normas complementarias sobre objetos prohibidos de circular en envíos postales»⁵⁹, señala los supuestos en los que el operador postal efectuará la comprobación del contenido de los envíos postales y las medidas a tener en cuenta.

Por tanto, el TC no ha tenido en cuenta que incluso en el correo epistolar existen supuestos –como resulta lógico- en los que se puede acceder al contenido de los correos sin necesidad de una orden judicial.

Cabe señalar que en nuestro ordenamiento jurídico sólo se ha previsto el supuesto de una orden judicial para la interceptación de documentos en situaciones de índole penal⁶⁰, por lo que el TC en verdad al exigir una orden judicial para que el empleador pueda comprobar si se hace o no un buen uso del *e-mail*, termina por dejar al empleador sin forma jurídica de ejercer tal control.

4. Consideramos que si el TC reconoce que usar las herramientas de trabajo para un aprovechamiento personal resulta en una infracción laboral –que según nuestra legislación puede ser sancionada hasta con el despido- el admitir que no es posible ejercer un control sobre el contenido de los *e-mail* de los trabajadores sería fomentar un abuso de derecho, en la medida que el razonamiento consecuente sería: si no es posible ejercer un control real y eficaz sobre el mal uso de las herramientas informáticas puestas a disposición de los

⁵⁹ Esta norma señala los supuestos en que los operadores postales podrán exigir a sus usuarios, presentar sus envíos abiertos para verificar el contenido, antes de ser admitidos, sin perjuicio de los controles de las autoridades policiales o de los procedimientos electrónicos o cualesquiera otras formas de control que se establezcan.

⁶⁰ Sobre el particular véase la Ley N° 27697, que incluso limita la Autorización Judicial a únicamente determinados delitos.

trabajadores, entonces su mal uso puede continuar ejerciéndose de forma impune bajo una incorrecta interpretación del derecho a la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones, que resultaría en un ejercicio abusivo de tal derecho en perjuicio de los intereses del empleador.

5. Creemos haber demostrado que al hacer una ponderación de derechos constitucionales y aplicando el test de razonabilidad, resulta –a nuestro criterio– que debe protegerse el derecho del empleador a resguardarse de todos los perjuicios ya señalados que se pueden derivar del mal uso del *e-mail*, así como su derecho a controlar y fiscalizar el buen uso de las herramientas de trabajo y el aprovechamiento del tiempo de trabajo contratado, antes que otorgar protección –sustancial o formal– a un uso y aprovechamiento personal de estas herramientas (que desde ya se constituyen en un ilícito laboral)

5. LA SANCIÓN DISCIPLINARIA LABORAL

Al detectarse un uso indebido del *e-mail* laboral, partiendo del supuesto de la existencia de un procedimiento de uso del mismo y de la inclusión de su uso indebido como falta grave en el Reglamento Interno de Trabajo, el empleador podrá aplicar las sanciones correspondientes, teniendo en consideración al principio de razonabilidad, es decir, que exista un equilibrio entre la falta cometida y la sanción aplicada, lo cual se determinará en cada caso concreto.

Por ello, como habíamos adelantado, creemos que sólo un uso «irregular, abusivo y desproporcionado» del *e-mail* laboral podría sustentar una medida disciplinaria como el despido; así creemos que será «irregular» todo uso extra laboral y/o contrario a las políticas sobre uso de las TICs de la empresa o que infrinja el Reglamento Interno de Trabajo; será «abusivo» un uso del *e-mail* que cause perjuicios de cualquier tipo al empleador o que en cuanto a su contenido resulte inaceptable y será «desproporcionado» un uso del *e-mail* laboral que exceda los razonables límites de tolerancia que pudiese haber fijado el empleador o que por sus características de número, tamaño, etc. resulte exagerado y reprochable.

Así creemos que el despido no sería una sanción razonable cuando se trate de las coordinaciones para almorzar entre dos trabajadores vía *e-mail*, pudiendo serlo sí en el caso de que un trabajador envíe pornografía infantil a sus colegas; sin embargo ello tendría que analizarse en cada caso concreto y de acuerdo a las políticas sobre uso de las TICs del empleador.

Núñez señala: El caso de la indebida utilización de la correspondencia electrónica en materia laboral debe analizarse sobre el caso particular, siendo muy arriesgado el establecer sanciones predeterminadas para ciertos casos por la variedad de posibles faltas que se pueden presentar y la configuración que les da el empleador, dado que no será lo mismo que, un trabajador remita pornografía a sus amigos, que un profesor de educación primaria remita pornografía a sus alumnos. En ambos casos, el hecho es el mismo (remisión de pornografía) siendo que en el segundo caso el tema se agravaría, dado que el remitente es un profesor, y ello sí ameritaría el despido⁶¹.

Los casos menos graves tendrían que ser sancionados con amonestaciones o suspensiones y creemos válido que se tomen medidas organizativas a fin de que técnicamente se puedan hacer modificaciones de control y restricción sobre trabajadores infractores. Consideramos que sería válido también sancionar de formas más graves las conductas reincidentes luego de las advertencias o sanciones previas.

Ante la situación de sancionar con el despido a un trabajador, la causal sería la de Incumplimiento injustificado de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral y/o la Inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo, falta prevista en el literal a) del artículo 25° de la LCPL, así como el Uso indebido de bienes o servicios del empleador en beneficio propio o de terceros, literal c) del artículo 25 de la LPCL.

Pudiendo derivarse otras causales de despido, a partir de la fiscalización del *e-mail*, como la de proporcionar información reservada del empleador a terceros, falta grave tipificada en el literal d) de la LPCL.

⁶¹ NUÑEZ PAZ, Sandro Alberto. ¡Alerta: tienes un e-mail! La facultad fiscalizadora y la inviolabilidad de las comunicaciones. En: Revista Actualidad Laboral, octubre 2004, p. 23

6. DERECHO COMPARADO

Toda la doctrina, jurisprudencia y los marcos legislativos existentes, en derecho comparado, reconocen que el control del empresario responde a una justa y necesaria preocupación, estando posibilitado legalmente—en teoría- a llevar a cabo dicho control, en virtud a su facultad de fiscalización. Pero la dificultad se presenta en el «¿cómo?» se debe llevar a cabo este control. Y es allí dónde empiezan a darse las diferencias interpretativas, legislativas, jurisprudenciales y doctrinales sobre cuál es la forma en que se debe llevar a cabo esta vigilancia sobre el buen uso de los *e-mail*; existiendo posiciones que lo reducen a un control casi ineficaz y otras que lo vuelven un control en exceso intrusivo, dónde el principal punto de conflicto es la discusión sobre si el control puede alcanzar la posibilidad de tener, eventualmente, acceso al contenido de los *e-mail* remitidos o recibidos por los trabajadores.

Pareciese que tanto el Tribunal Constitucional Peruano⁶² como la Corte de Casación francesa⁶³, entenderían la posibilidad de control del empleador como restringida a los datos externos sobre remitentes y destinatarios, títulos y «tamaño» del *e-mail*, pero nunca a su contenido. Si bien las respectivas resoluciones judiciales no señalan ello de forma expresa, se entiende que reconocen la facultad de fiscalización del empleador pero critican el procedimiento por el cuál se accede al contenido del *e-mail*, lo cual podría conducir a una conclusión paradójica, según la cual los empresarios legalmente pueden ordenar a los trabajadores no hacer uso privado de del *e-mail*, pero en ningún caso pueden abrir los correos electrónicos que los trabajadores puedan enviar o recibir incumpliendo la citada orden. Por ello, la única interpretación jurídica posible de dichas sentencias judiciales es que la prohibición de abrir los correos electrónicos no impide imponer sanciones disciplinarias a los trabajadores que transgredan la prohibición de hacer uso de los mismos para fines privados⁶⁴.

⁶² El Tribunal Constitucional resuelve un caso de despido por uso indebido del e-mail en el Exp. 1058 - 2004-AA/TC, conocido como caso «Serpost».

⁶³ La Corte de Casación resuelve un caso de despido por uso indebido del e-mail en su sentencia del 2 de octubre de 2001, conocido como caso «Nikon».

⁶⁴ Siguiendo a VIGNEAU, Christophe En: Tecnología Informática y Privacidad de Los Trabajadores, monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. Navarra: Aranzadi, 2003. p. 185 y siguientes. y a De Benalcázar, I., Droit du Travail et Nouvelles Technologies, Paris, Gualiano éditeur, 2003.

En el mismo sentido, en Bélgica, el Tribunal de Trabajo de Bruselas⁶⁵ señaló que el envío de correos electrónicos personales desde la empresa pertenece a la vida privada del trabajador y concluyó que la mera constancia del número de correos, su tamaño y sus caracteres principales eran datos suficientes para proceder a una sanción sin necesidad de intervenir en el correo.

Por su parte, Inglaterra⁶⁶ y Estados Unidos⁶⁷ tienen marcos regulatorios y jurisprudenciales en favor del control empresarial del correo electrónico de los trabajadores —y el acceso al contenido de los mismos— estableciéndose ciertas pautas y principios básicos a seguir⁶⁸, así se considera válido el control sobre el sistema utilizado para el negocio del controlador (es decir sobre las comunicaciones almacenadas en la propia red empresarial del empleador), se suele exigir que los empleadores informen a los trabajadores tanto de la posibilidad de la vigilancia como de los propósitos de la misma, se resalta la importancia de implementar una clara política con respecto al uso privado del correo electrónico y la Internet, se procura no dar a los trabajadores una falsa expectativa de privacidad y siempre que sea posible se debe procurar priorizar los controles automáticos tales como filtros, bloqueos y otros programas más que los exámenes manuales, siendo que la analogía del correo epistolar o postal con el correo electrónico no ha sido admitida por los tribunales norteamericanos.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Trabajo de Bruselas del 2.05.2000 citada por Oviedo, María Natalia. Control empresarial sobre los e-mails de los dependientes, Buenos Aires, Hammurabi, 2005. p. 249 y siguientes.

⁶⁶ Véase la Human Rights Act 1998, la Data Protection Act 1998, la Regulation of Investigatory Powers Act 2000, la Lawful Business Practice Regulation 2000 y la propuesta de «Código de Prácticas del Comisario de la Información»

⁶⁷ Véase la Electronic Communications Privacy Act y The Federal Wiretapping Act, ambas de 1986 y las resoluciones judiciales en los casos: Fraser v. Nationwide Mutual Ins. Co., Smith v. Pillsbury Co., Restuccia v. Burk Technology Inciso, Bonita P. Bourke v. Nissan Motor Co., Steve Jackson Games Inciso v. United States, United States v. Reyes, Egle Investment Systems Co. v. Einar Tamm, McLaren Jr. v. Microsoft Co., entre otras.

⁶⁸ Sobre la regulación Inglesa, Seguimos a JEFFERY, Mark En: Tecnología Informática y Privacidad de Los Trabajadores, monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. Navarra: Aranzadi, 2003. P. 121 y siguientes. y del mismo autor: ¿Carta blanca para espiar a los trabajadores? Perspectivas inglesas sobre poder informático e intimidad. Octubre de 2001, en http://www.uoc.es/web/esp/art/uoc/0109042/jeffery_imp.html y sobre la regulación en Estados Unidos, seguimos a FINKIN, Matthew W.. En: Tecnología Informática y Privacidad de Los Trabajadores, monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. Navarra: Aranzadi, 2003. p. 277 y siguientes; y a OVIEDO, María Natalia. Control empresarial sobre los e-mails de los dependientes, Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 258 y siguientes.

De otro lado, la jurisprudencia española⁶⁹ no es uniforme sobre la materia y aunque se venía consolidando la posición que señala que este control sobre el contenido de los *e-mail* es legal y los despidos motivados por esta causa son procedentes, existen también sentencias judiciales que resuelven de forma contraria. La legislación laboral española ignora totalmente esta nueva realidad, no existiendo regulación específica sobre la materia. Los abogados españoles han venido sosteniendo que el control empresarial del *e-mail* de los trabajadores se enmarcaría en el artículo 20.3⁷⁰ del Estatuto de los Trabajadores (ET) y en consecuencia esta norma permitiría el control sobre el correo electrónico.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia del 5 de julio de 2000 declaró procedente el despido de dos trabajadores que venían intercambiando *e-mail* de contenido altamente obsceno y denigrante sobre dos trabajadoras de la misma empresa, hecho denunciado por una de ellas que consideraba que se había creado un ambiente desagradable de trabajo, por lo que el empleador llevo acabo una auditoria informática que determino el despido; en esta sentencia, el Tribunal señaló: «no nos encontramos ante una comunicación privada entre particulares cuyo secreto debe ser preservado, sino ante una utilización indebida de medios e instrumentos de la empresa para fines ajenos a los estrictamente laborales, pudiendo la empleadora ejercer un control sobre la forma de utilizar tales medios, que son de su propiedad». Mientras que en su sentencia del 14 de noviembre de 2000⁷¹, el mismo tribunal, declaró procedente el despido de un trabajador que envió 140 mensajes a 298 destinatarios, durante la jornada laboral, haciendo uso del correo electrónico asignado y en un periodo de aproximadamente mes y medio. Cabe destacar que el tribunal resolvió basándose en la infracción laboral cometida no

⁶⁹ En favor de la capacidad empresarial de acceder a los correos electrónicos de los trabajadores, se ha resuelto en las sentencias de SSTSJ Murcia 15.06.1999, Catalunya 05.07.2000 y 14.11.2000, País Vasco 31.10.2000, Galicia 04.10.2001, Madrid 04.12.2001, entre otras. En sentido contrario se ha resuelto en las sentencias de STSJ Andalucía 25.02.2002, Madrid 31.01.2002, SSTSJ Catalunya 11.06.2003, y la reciente Sentencia del Tribunal Supremo del 28 de junio de 2006.

⁷⁰ Artículo 20 inciso 3 del ET: «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».

⁷¹ Véase también la STSJ de Murcia de 15 de junio de 1999 sobre uso indebido del correo electrónico.

entrando al análisis de si el registro en el contenido del *e-mail* violaba o no algún derecho constitucional del trabajador⁷².

En España⁷³ –a partir de la jurisprudencia- se pueden deducir los siguientes criterios para ejercer un control válido sobre el *e-mail* laboral: debe quedar claramente establecido que esta prohibido el uso extralaboral del *e-mail* institucional; es obligatorio informar al trabajador de la existencia de los controles y las condiciones o regulación del uso del correo electrónico; los eventuales controles deben ser lo menos incisivos posible y el control debe ser estrictamente justificado para la finalidad que se persigue, no debiendo tomarse mas conocimiento que el imprescindible para la comprobación de lo perseguido en el registro; los criterios de selección de los trabajadores a ser controlados no puede ser discriminatorio y en los casos en que no sea un control permanente y cotidiano deberá responder a un criterio aleatorio; el control deberá realizarse con la máxima discreción hacia terceros, en el sentido de que la información que se obtenga se trate con absoluta reserva; por último, en España se considera que debe haber una intervención de la representación sindical en la adopción de los medios de control, informándoseles de la instalación de los

⁷² Un interesante análisis sobre este caso en concreto se puede apreciar en Toyama Miyagusuku, J. Correo Electrónico y Falta grave Laboral. En: Dialogo con la Jurisprudencia, Lima, Tomo N° 38, Noviembre de 2001.

⁷³ Siguiendo a THIBAUT, Javier. En: Tecnología Informática y Privacidad de Los Trabajadores, monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. Navarra: Aranzadi, 2003. P. 59 y siguientes; a SEMPERE NAVARRO, A. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales. Navarra: Aranzadi, 2002. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina. El derecho del trabajo español ante las revoluciones tecnológicas: el uso del correo electrónico en la empresa y la vigilancia a través de videocámara. En: Revista Jurídica del Perú N° 52, noviembre de 2003. RUBIO DE MEDINA, María Dolores. El Despido por utilización personal del correo electrónico. Bosch: Barcelona, 2003. AA.VV., Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación y Derecho del Trabajo (selección de ponencias de las XIV jornadas catalanas de derecho social 6 y 7 de febrero del 2003 – Terrasa, Barcelona), Barcelona: Bomarzo, 2003. 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, 2004. GARCÍA NINET, José Ignacio: Sobre el uso y abuso del teléfono, del fax, del ordenador y del correo electrónico de la empresa para fines particulares en lugar y tiempo de trabajo. Datos para una reflexión en torno a las nuevas tecnologías. Revista Tribuna Social, Valencia, fascículo 127, 2001. MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, Juan. El despido disciplinario y las nuevas tecnologías. En: Actualidad Jurídica Aranzadi, Madrid, fascículo 526, 2002. VICENTE PACHÉS, Fernando. Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo. En: Revista Tribuna Social, Valencia, fascículo 157, 2004. OVIEDO, María Natalia. Control empresarial sobre los e-mails de los dependientes. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 252 y siguientes. entre otros.

medios de control y de sus características, así como al momento de un determinado registro o auditoría esta debe realizarse con la presencia de un representante legal de los trabajadores o, en ausencia de este, de otro trabajador de la empresa⁷⁴.

En América Latina, Argentina⁷⁵ y Uruguay⁷⁶ manejan ciertos criterios en favor del derecho de control del empleador, así —con diferentes matices— jurisprudencia de ambos países ha resuelto que la naturaleza del correo electrónico laboral propone una nueva interpretación de los derechos y siendo que el empresario proporciona el *e-mail* para fines absolutamente laborales debe tenderse a proteger los intereses del empleador, exigiéndose que los trabajadores tengan conocimiento de las prohibiciones sobre el uso del *e-mail*. Por su parte, la Dirección de Trabajo de Chile⁷⁷ se ha pronunciado sobre el tema y si bien señala que el empleador no puede tener acceso a la correspondencia electrónica «privada» del trabajador, sí puede establecer medidas de control que, previamente notificadas, podrían incluso anular toda «privacidad» en los *e-mail* tales como exigir que todo *e-mail* que pretenda enviar un trabajador deba ir con copia a un superior o una gerencia determinada⁷⁸.

⁷⁴ Esto en virtud a lo dispuesto por el artículo 18° del ET que señala: Inviolabilidad de la persona del trabajador.- Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.

⁷⁵ Véase la sentencia del 27 marzo del 2003 de la Sala VII de la Cámara Laboral de la Ciudad de Buenos Aires, y el «Anteproyecto de Ley Protección Jurídica del Correo Informático» elaborado por la Secretaría de Comunicaciones de la Nación así como el proyecto de Ley de Protección del Correo Electrónico presentado en el 2002 por los diputados argentinos Fontdevilla y Ubaldini.

⁷⁶ Véase la Sentencia N° 312 del 26 de agosto de 2004, del Tribunal de Apelaciones del Trabajo.

⁷⁷ Véase el Ordinario 0260/0019, de fecha 24 de enero de 2002, de la Dirección del Trabajo de Chile.

⁷⁸ Siguiendo a Oviedo, María Natalia. Control empresarial sobre los e-mails de los dependientes. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

7. CONCLUSIONES

1. El empleador tiene derecho a ejercer un control sobre las herramientas de trabajo que pone a disposición de sus trabajadores y el *e-mail* es una de ellas, por lo que debe estar sometido a algún tipo de control sobre su adecuado uso.
2. El uso incorrecto del *e-mail* institucional implica no sólo un aprovechamiento desleal de los recursos de la empresa, sino que también significa horas de improductividad por la dedicación de tiempo -dentro de la jornada laboral- a un uso personal del correo electrónico, e incluso la eventualidad de una serie de perjuicios para la empresa, que hemos descrito a lo largo de este trabajo.
3. Se hace necesario, entonces, que los empleadores establezcan mecanismos de control que -en un marco de razonabilidad y sin afectar derechos fundamentales- les permitan evitar los perjuicios que el uso inadecuado de esta herramienta de trabajo puede causarles. Deberán contar con una clara política de uso de las TICs y una regulación interna sobre el uso del *e-mail*, estableciendo las sanciones y advirtiendo a los trabajadores del tipo y formas de control que se ejercen sobre sus cuentas de correo asignadas y procurando no generarles ningún tipo de expectativa de privacidad sobre el *e-mail* laboral.
4. Si un trabajador utiliza el *e-mail* que la empresa le asigna, se entiende que lo hace para desempeñar sus labores, por tanto el contenido de ese *e-mail* es laboral y de interés del empleador, en consecuencia factible de ser revisado. Si -pese a estar prohibido- el trabajador hace uso personal del *e-mail* laboral ha cometido una falta y el contenido de ese *e-mail* esta sujeto a fiscalización a fin de determinar la comisión de una segunda falta laboral. No cabe alegar un derecho a la «privacidad o secreto de las comunicaciones» allí donde estaba prohibido dar tal uso a una «herramienta de trabajo», ni realizar comunicaciones íntimas, secretas o personales y por tanto no existía una válida expectativa de privacidad, una interpretación contraria estaría amparando un «abuso de derecho» por parte del trabajador a fin de apañar una falta laboral.

5. La forma adecuada de llevar a cabo este control es un punto nada pacífico, existe gran discusión sobre el tema, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Consideramos que el control puede efectuarse validamente sobre aspectos externos y sobre el contenido de los *e-mail* laborales y debe llevarse a cabo preferentemente mediante medios técnicos -si el problema lo causa la tecnología- pues la solución también debería estar en manos de la tecnología- por lo que las empresas deberían usar servidores de correo corporativos, filtros, bloqueos, *firewalls* y programas de monitoreo que permitan identificar remitentes, destinatarios, frecuencias de uso, documentos adjuntos, palabras clave entre otros. A falta de estas herramientas informáticas que permitan un control «externo» o en los casos en que este no sea suficiente (delitos informáticos, pornografía infantil, fuga de información sensible, etc.) debe entenderse que el empleador tiene la facultad de hacer un control de los contenidos de los *e-mail*, no pudiéndose considerar dicho control -de ninguna forma- como una afectación ilegal al secreto de las comunicaciones.
6. Consideramos que es incorrecta la equiparación del *e-mail* con el correo postal o epistolar, pues la naturaleza propia (definida por la tecnología) del *e-mail* pone de manifiesto grandes diferencias con el correo tradicional y aun si se insiste con esa comparación, la Ley establece supuestos en los que se puede hacer in situ un control sobre el contenido del correo postal por parte de los operadores de correo.
7. El eventual conflicto de derechos fundamentales y el punto de equilibrio entre ellos o cuál debe prevalecer, debe analizarse mediante la ponderación de principios fundamentales y el test de razonabilidad en cada caso concreto, sin embargo consideramos que en el control empresarial sobre el *e-mail* asignado a sus trabajadores, se hace bastante claro que no siempre existirá un tema de «intimidad» en los *e-mail* monitoreados y que no resulta correcto hablar de violación del secreto de las comunicaciones privadas. Pues el hacer un uso extralaboral del correo electrónico institucional es una infracción laboral y por tanto no es viable argumentar que se viola intimidad alguna, allí donde no es posible ejercerla, ni se violentan las comunicaciones «privadas», allí donde no es posible que estas existan.

8. Respecto a cuál debe ser la sanción adecuada ante la falta del trabajador según nuestro entender, las situaciones de un uso irregular, abusivo y desproporcionado del *e-mail*, con fines extra-laborales, justifica y amerita un despido. Pero consideramos que sólo una conducta con tales características o la reiterancia -luego de una advertencia o sanción previa- podrían justificar un despido, dejando a salvo la posibilidad del empleador de aplicar sanciones menos graves a un uso extralaboral del *e-mail* que no revista mayor gravedad. Por lo que la política de la empresa sobre el uso del *e-mail* y las consecuencias del incumplimiento de esa norma, deben quedar claramente establecidas para los trabajadores.