



**EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO Y LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR: EL CONTROL DEL USO DEL CORREO  
ELECTRÓNICO Y DE INTERNET EN LA EMPRESA**

Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales

Dayana Barría Mansilla

Profesor Guía: Claudio Palavecino

Santiago, Chile

2009

A mi familia

*“Poderosa es la ley,  
pero más poderosa es la realidad”*

*GOETHE*

## INDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN</b>	<b>6</b>
<b>2. CAPÍTULO I</b>	
<b>ASPECTOS PRELIMINARES</b>	<b>8</b>
Relaciones laborales y Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación	<b>8</b>
Uso de las TICs por los trabajadores. El caso del correo electrónico e Internet	<b>8</b>
<b>3. CAPÍTULO II</b>	
<b>DEL CORREO ELECTRONICO</b>	<b>10</b>
<b>4. CAPÍTULO III</b>	
<b>BIENES JURÍDICOS EN CONFLICTO</b>	
Poder de Dirección del Empresario	<b>13</b>
Fundamentación	<b>13</b>
Límites	<b>20</b>
Derechos Fundamentales del Trabajador	<b>21</b>
Derecho a la intimidad	<b>24</b>
Inviolabilidad de las comunicaciones	<b>29</b>
<b>5. CAPÍTULO IV</b>	
<b>CONTROL Y ACCESO DEL EMPRESARIO AL CORREO</b>	
<b>ELECTRONICO DEL TRABAJADOR</b>	<b>35</b>
Justificación del control, vigilancia, e/o intervención	<b>35</b>
Formas de Control por parte del empleador	<b>36</b>
Condiciones y limitaciones para la procedencia del control	<b>42</b>
<b>6. CAPÍTULO V</b>	
<b>ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO</b>	
Estados Unidos	<b>45</b>
Unión Europea	<b>49</b>
Reino Unido	<b>49</b>

España	53
Finlandia	56
Latinoamérica	57
Brasil	57
Argentina	58
<b>7. CAPITULO VI</b>	
<b>ESTADO DE LA CUESTIÓN EN CHILE</b>	59
Uso abusivo del correo electrónico. Desvinculación del trabajador.	60
Falta de probidad del Trabajador	62
Incumplimiento grave de las obligaciones del contrato.	65
Defensa del trabajador ante la intervención del correo electrónico.	68
Medios electrónicos	68
Herramientas jurídicas	69
<b>8. CAPÍTULO VII</b>	
<b>FACULTAD DE CONTROL DEL EMPRESARIO EN</b>	
<b>ESTRUCTURAS COMPLEJAS</b>	76
Control del uso de herramientas electrónicas en las relaciones de sub_contratación.	76
<b>9. CAPITULO VIII</b>	
<b>CONTROL DEL USO DE CORREO ELECTRÓNICO RESPECTO</b>	
<b>DE LOS ALUMNOS EN PRÁCTICA</b>	81
<b>10. CONCLUSIÓN</b>	86
<b>11. BIBLIOGRAFÍA</b>	88

## **INTRODUCCIÓN**

En los últimos años, y producto de las exigencias que la modernidad ha impuesto a las empresas, se ha extendido en el ámbito empresarial el uso de nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Buena parte del proceso modernizador pasa necesariamente por el empleo generalizado de todos aquellos medios y avances tecnológicos a los que se va teniendo acceso. La necesidad de implementar sistemas y medios de trabajo que redunden en una mayor productividad y en una mejora de la eficiencia, ha venido a masificar dentro de las empresas el uso de herramientas de carácter tecnológico, cuyo máximo exponente es Internet y, dentro de ésta, el Correo Electrónico. Dichas herramientas vienen a hacerse necesarias dada la globalización de los mercados, pues ellas ofrecen indudables ventajas, principalmente en lo que dice relación con el acceso a todo tipo de información y en la celeridad de las operaciones.

De tal modo, el uso de las nuevas tecnologías en el seno de la empresa exige una nueva mirada, tanto por el uso que el trabajador da a esas herramientas como por el control que sobre ellas puede ejercer el empleador en su calidad de titular de las mismas. Así, por ejemplo, la posibilidad de que el empresario controle el correo electrónico utilizado por sus trabajadores, ha propulsado el debate sobre una cuestión en la que entran en juego diversos derechos constitucionalmente consagrados. Lo anterior, pues es grande la posibilidad de que se genere un conflicto entre el poder de dirección empresarial y su derecho de propiedad sobre las herramientas tecnológicas utilizadas en su empresa, y el ejercicio de los derechos fundamentales de sus trabajadores.

¿Por qué debiese interesarnos estudiar el tema en cuestión? Porque producto de la masificación del uso de estas tecnologías, han surgido nuevos conflictos que, aunque en principio parecieran ser fáciles de dirimir, sin embargo han dividido a la jurisprudencia y a algunas legislaciones a nivel comparado. Y, aun más, en lo que respecta a nuestro país, en nuestro ordenamiento no existe aún una norma legal que regule el uso de Internet y del correo electrónico dentro de la empresa o con fines laborales.

El conflicto que surge de la colisión del ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los trabajadores y el derecho del empresario a controlar y vigilar a los

mismos, a fin de verificar el cumplimiento de sus obligaciones y deberes laborales, resulta una cuestión difícil de resolver. Por ello, nuestra labor será analizar el estado actual de la situación, para determinar si el empleador puede acceder a la cuenta de correo electrónico que ha puesto a disposición del trabajador y, en caso de ser la respuesta afirmativa, bajo qué circunstancias y condiciones puede hacerlo, además de analizar la posible defensa del trabajador ante eventuales conductas intrusivas en el ejercicio de tales facultades.

Para resolver dicho debate y determinar los posibles efectos que pudiera tener la utilización del correo electrónico dentro de la empresa, deberemos comenzar intentando resolver previamente la cuestión que surge de la contraposición entre el poder de dirección del empresario y el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, entre las facultades del empresario para controlar las herramientas tecnológicas que pone a disposición de sus trabajadores y el derecho de éstos al respeto de sus derechos, consagrados no sólo constitucional sino que internacionalmente.

**CAPITULO I**  
**ASPECTOS PRELIMINARES**

**Relaciones laborales y las Nuevas Tecnologías de la Información y  
Comunicación**

Los avances tecnológicos vienen a presentar y configurar nuevas realidades sociales que a su vez generan nuevos conflictos jurídicos. En forma especial, la relación laboral ha sido fuertemente impactada por la innovación que ha venido a significar la aplicación de la informática como herramienta productiva o, al menos, de comunicación interna-externa. Y dicho impacto viene a repercutir, a su vez, en la realidad fuera de la empresa, toda vez que el derecho laboral ejerce una fuerte influencia en la economía toda, por su contenido normativo y su fuerte sentido de protección a la persona que pone su actividad a disposición de otra persona, con el fin de producir bienes o servicios que vendrán a satisfacer las necesidades de la población toda.

Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación interesan al Derecho laboral porque amplían las prerrogativas empresariales de dirección, sobre todo de la facultad de vigilancia y control de la actividad laboral. Las posibilidades de controlar las actividades de los trabajadores se ven ampliadas y mejoradas con la aplicación de estas tecnologías, tanto en calidad, como en cantidad e incluso en costos: a medida que ellas se masifican, están al alcance de mayor cantidad de personas, no restringiéndose ya sólo a las grandes empresas que cuentan con grandes recursos, sino que están ahora también al alcance y disposición de pequeños empresarios.

**Uso de las TICs por los trabajadores. El caso del correo electrónico e Internet**

Según un estudio aparecido en *Domeus.es*, el 74% de los trabajadores en la empresa usan el e-mail de la misma para asuntos privados, el 53% dedica al menos 3 minutos diarios a gestionar mensajes particulares, un 77% utiliza el correo a cualquier hora del día, un 10,2% cuando nadie le rodea, y un 7,3% en el descanso. Según otro estudio –*The Workplace Network*- realizado por *Vault.com*, un 54% de las empresas han tenido problemas con la red producto de lo anterior; y el 31% de



las empresas monitorizan la utilización de Internet en el trabajo.<sup>1</sup> En la misma corriente, una encuesta de KPMG dio como resultado que uno de cada cinco empresarios espía el correo de sus empleados y su uso de Internet. Los estudios efectuados en el mismo sentido revelan que entre el 30 y el 40% del tráfico en la red originado desde cuentas proveídas por las empresas no están relacionados con las actividades laborales; en el horario de trabajo tiene lugar el 70% de las visitas a los sitios pornográficos y más del 60% de las compras en línea, subastas y juegos de azar. Un estudio llevado a cabo el año 2000 reveló que el 80% de las empresas en Reino Unido cuenta con políticas internas que regulan el uso de Internet y el correo electrónico en el lugar de trabajo<sup>2</sup>.

En la misma línea, un estudio de la empresa "InfoSec", una entidad inglesa de seguridad computacional, asegura que el tráfico de los empleados por Internet puede costar a una compañía internacional hasta aproximadamente US\$2.063.000.-. Por cada trabajador que gane 20.000 libras al año (cerca de \$18 millones), le cuesta al empleador unas 2.500 libras (unos \$2.3 millones) en pérdidas de horas de trabajo, sólo por concepto de uso de Internet. La compañía norteamericana *SurfWatch*, productora de software destinado a evitar estas prácticas, estima que un tercio del tiempo que los trabajadores dedican a navegar por Internet se ocupa en entretenimiento, lo que llega a costar a las empresas norteamericanas cerca de mil millones de dólares en recursos computacionales perdidos.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Telcommunity.com/archivo/2000/04/13/inte2.html [2 de noviembre de 2008]

<sup>2</sup> Estudio de KPMG elaborado en el año 2000 entre las 2.000 mayores empresas de Reino Unido, [www.kpmg.co.uk/kpmg/uk/press/detail.cfm?pr=837](http://www.kpmg.co.uk/kpmg/uk/press/detail.cfm?pr=837) [10 de septiembre de 2006]

<sup>3</sup> <http://technology.guardian.co.uk/online/story/0,,246929,00.html> [10 de septiembre de 2006]

## CAPÍTULO II

### DEL CORREO ELECTRÓNICO

La historia del correo electrónico se remonta a algo más de 30 años atrás, cuando Ray Tomlison, un ingeniero de *BBN Technologies* diseñó un programa con 200 líneas de código, perfeccionando el software existente y creando los buzones electrónicos que hoy conocemos. Fue él quien ideó la famosa “@”, a fin de asegurarse que el mensaje llegara a destino. Para enviar el mensaje, se utilizó ARPA NET, la red militar que precedió al Internet que conocemos hoy en día.<sup>4</sup>

En forma generalizada, se entiende que el correo electrónico es una forma de transmisión de datos o de un conjunto de ellos, a través de un espacio virtual.

Podemos definir el correo electrónico como un “sistema de telecomunicaciones que permite enviar y recibir mensajes por un terminal de computador; utiliza un sistema de computadores en red o las líneas telefónicas conectadas a los computadores por medio de módems”<sup>5</sup> o como una herramienta que permite “transmitir datos y mensajes de una computadora a otra a través de una línea telefónica, de conexión por microondas, de satélites de comunicación o de otro equipo de telecomunicaciones y mandar un mismo mensaje a varias direcciones. El correo electrónico se puede enviar a través de la red de área local (LAN) de la empresa o a través de una red de comunicación nacional o internacional.”<sup>6</sup>

En términos simples, el correo electrónico constituye un servicio de mensajería electrónica que tiene por objeto la comunicación no interactiva de texto, datos, imágenes o mensajes de voz entre un “originador” y los destinatarios designados, y que se desarrolla en sistemas que utilizan equipos informáticos destinados y enlaces de telecomunicaciones<sup>7</sup>.

De lo señalado antes, el correo electrónico podría analizarse desde tres perspectivas:

---

<sup>4</sup> <http://www.delitosinformaticos.com/ciberderechos/usocorreo1.shtml>, [10 de junio de 2009]

<sup>5</sup> Compton's Interactive Enciclopedia 1996, “*email*” (en inglés)

<sup>6</sup> Enciclopedia Microsoft Encarta 2000 “ofimática”

<sup>7</sup> CASTRO B., A. “El uso legítimo del correo electrónico”. [www.delitosinformaticos.com/delitos/correo.shtml](http://www.delitosinformaticos.com/delitos/correo.shtml) [23 de septiembre de 2005.]

1. Como medio de comunicación, asemejándose a la correspondencia o al correo tradicional;
2. Como un conjunto de datos personales; y
3. Como transmisor de material protegido por el derecho de autor.

En el último caso, el correo electrónico permite transmitir a través de la red multiplicidad de material adicional al mensaje mismo, como documentos en formato de texto, imágenes, sonidos, etc.

Si se le considera como un conjunto de datos personales, entonces su manipulación estaría sometida a las normas relativas a la protección de datos personales. Ello, pues con los datos obtenidos a través de una cuenta de correo se puede construir un perfil personal del usuario, lo que vendría a vulnerar su intimidad, su vida privada.

Por último, si consideramos que el correo electrónico es un medio de comunicación que se asemeja a la correspondencia o al correo tradicional, y que por consiguiente tiene su misma naturaleza, diferenciándose únicamente en que se transmite a través de la Red mediante tecnología digital; en tal caso el *e-mail* se encontraría protegido por la garantía constitucional del artículo 19 N° 5 de la Constitución Política, que asegura el secreto de la correspondencia y de toda forma de comunicación privada.

En este sentido, entonces, podemos entender el correo electrónico como “toda correspondencia, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de la interconexión entre computadoras.”<sup>8</sup>

Sin embargo, por más que se intente asemejar el correo electrónico a la correspondencia postal, existen diferencias evidentes entre aquel y las cartas. Estas últimas tienen un formato tangible y es transportada por un único proveedor conocido; por el contrario, el correo electrónico es múltiple y fácilmente manipulable. Es originado en el computador del emisor, donde puede quedar registrada una copia del mismo; el *software* del sistema de correo electrónico puede generar automáticamente fechas y horas y registrar todos los datos que el remitente haya querido incluir.

Sin perjuicio de lo anterior, las notables diferencias entre el correo postal y el electrónico no debiesen significar una diferencia significativa en cuanto a la

---

<sup>8</sup> BUENOS AIRES. Informe preliminar Anteproyecto de Ley de Protección de Correo Electrónico. Asociación Argentina de Derecho de Alta Tecnología. En [www.aadat.org/informe\\_preliminar44.htm](http://www.aadat.org/informe_preliminar44.htm) [15 de abril, 2006]

protección de su secreto. Su soporte físico no debiese importar diferencias en dicho aspecto.

Se dice que el correo electrónico ha venido a sustituir al teléfono y, sobre todo, a las cartas. La pregunta entonces es: ¿debe aplicarse al correo electrónico el principio de secreto de las comunicaciones? ¿Puede entenderse como correspondencia un mensaje enviado a través de la red? Si aceptamos que el correo electrónico debe ser considerado como un medio de comunicación, entonces no cabe duda que la respuesta debe ser afirmativa. Al respecto, el abogado Alberto Cerda, del Centro de Investigaciones en Derecho Informático de la U. de Chile, opina que sea en el ámbito público o privado, el *e-mail*, al igual que el teléfono y la correspondencia, es un "medio de comunicación" y está sujeto a la garantía constitucional de la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, como un derecho fundamental de todas las personas.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Citado en ARAVENA, N. Al descubierto lado oscuro de los e-mails. [en línea] Centro de Estudios en Derecho Informático, U. De Chile, 22 de octubre, 2004. [http://www.cedi.uchile.cl/cedi\\_2003/mediosmail01.htm](http://www.cedi.uchile.cl/cedi_2003/mediosmail01.htm) [consulta: 21 de marzo de 2006]

### **CAPÍTULO III**

#### **BIENES JURÍDICOS EN CONFLICTO**

##### **Poder de Dirección del Empresario**

No existe, ni en nuestra legislación ni en el derecho comparado, una definición de lo que deba entenderse por Poder de Dirección, o una regulación general que nos permita establecer una definición del mismo. Sin embargo, de la sistematización que ha hecho la doctrina a partir de normas dispersas y de lo que al respecto ha dicho la autoridad administrativa, podemos entender el Poder de Dirección como “el conjunto de poderes, facultades y potestades que el ordenamiento jurídico laboral reconoce al empleador con el objeto de:

- a) organizar, dirigir y fiscalizar la actividad laboral de la empresa, establecimiento o faena, en cuyo caso la potestad de mando recibe el nombre de Poder de Dirección;
- b) Mantener la disciplina y el orden dentro de la empresa, establecimiento o faena, en cuyo caso la potestad es poder disciplinario y;
- c) Adecuar la naturaleza de los servicios a los requerimientos de la empresa, establecimiento o faena, ya sea en cuanto a la naturaleza de los servicios, al lugar, o a la duración y distribución de la jornada de trabajo, en este caso la potestad de mando se manifiesta como *ius variandi*”.<sup>10</sup>

##### **Fundamentación**

Existen diversas teorías para justificar la existencia del Poder de Dirección con el que cuenta el empresario. Hay quienes parten de la base que es el contrato de trabajo el que fundamenta este poder. Según la teoría contractualista, el poder jerárquico del empresario emanaría de un estado de subordinación propio de la relación contractual. Para otros, en cambio, es la empresa, como agrupación de personas reunidas y organizadas conforme ciertos estatutos que confieren

---

<sup>10</sup> Dirección del Trabajo, Dictamen 6077/405 de diciembre de 1998.

determinados poderes, se asemejaría –guardando las proporciones- a los poderes del Estado. De tal modo, el poder de dirección sería inherente al jefe de la empresa.

Entre las dos teorías antes expuestas, existe una teoría intermedia según la cual el aporte contractual del servicio prestado, más la empresa como actividad y organización, junto al interés público del buen funcionamiento de la empresa como entidad productiva, justifican la asignación al empresario de un conjunto de facultades que le permitan organizar y dirigir la empresa del modo que estime más convenientes.

Sin embargo, el fundamento más ampliamente aceptado respecto del Poder de Dirección del empresario es aquel que tiene su base en el principio de **libertad de empresa**, el cual, en un marco de economía de mercado, constituye uno de los pilares sobre los cuales se fundamenta nuestro sistema económico.

El referido principio o derecho, conocido en nuestra legislación como Libertad Económica, se encuentra garantizado constitucionalmente. En efecto, el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, dispone:

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 21º: El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”.

Cabe destacar que la libertad de empresa no es tan sólo un principio, una institución consagrada en la Constitución o garantizada por ella; se trata de un derecho subjetivo que, al estar garantizado en la Constitución, puede llegar incluso a ser considerado como un derecho fundamental, lo que por consiguiente daría a su contenido un carácter esencial que debiese ser respetado tanto por el legislador como por los particulares.

Es más, en el informe final redactado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, se hizo presente que se trata de “un nuevo derecho constitucional que tiene por objeto garantizar a todas las personas la libre iniciativa privada para desarrollar cualquier actividad económica, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución”

El principio de la libertad de empresa supone que el empresario tiene libertad para establecer y dirigir las condiciones en que se desarrollará su actividad, debiéndosele permitir recurrir a todos los mecanismos necesarios para afirmarse en el mercado. Lo anterior, con el obvio límite no infringir el fin social de su empresa y la propiedad que ella conlleva.

Claro está que la referida libertad de empresa no puede agotarse en la sola puesta en marcha de la actividad económica o empresarial a que hace referencia el texto constitucional, sino que abarca necesariamente desde la creación y el establecimiento de la misma hasta la lógica consecuencia de su organización y dirección. El empresario está facultado para tomar cualquier decisión y llevar a cabo cualquier política comercial que crea conveniente a sus intereses.

Además de la consagración Constitucional del referido Derecho de Libertad de empresa del que hemos hablado, nuestro legislador ha plasmado dicho principio también en normas de carácter laboral. Así, encontramos en el Código del Trabajo diversas disposiciones que hacen referencia al respecto:

Código del Trabajo:

Artículo 2: “Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan.”

Artículo 3, letra a), inciso 3º: “Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, **ordenados bajo una dirección**, para el logro de fines económicos...” (El destacado es nuestro).

Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad.

Artículo 154. “El reglamento interno deberá contener, a lo menos, las siguientes disposiciones:

5º. Las obligaciones y prohibiciones a que estén sujetos los trabajadores.”

Además del principio constitucional antes mencionado, el poder de dirección se fundamenta en el principio-derecho constitucional de propiedad, al ser el empresario el dueño de los recursos productivos y de las herramientas que pone al servicio de la consecución de sus fines empresariales. Como propietario de los medios de producción en su empresa, el empleador necesita tener un cierto control sobre el uso que se hace de ellos, razón por la cual el legislador le concede tal facultad, e incluso consagra ciertos medios para llevar a cabo el control referido. Así, además de los atributos del dominio que la legislación general otorga al propietario, la legislación laboral protege en forma específica la propiedad del empresario. A modo de ejemplo, podemos citar las siguientes disposiciones del Código del Trabajo:

Artículo 3 inciso 3º: “Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, **materiales** e inmateriales...” (El destacado es nuestro).

Artículo 160. “El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:

Nº 6: El perjuicio material causado intencionadamente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías”.

De todo lo anteriormente expuesto se puede desprender, entonces, que los poderes que detenta el empresario son un efecto mediato de la ley; pero una consecuencia inmediata de la celebración del contrato de trabajo, en virtud del cual el trabajador voluntariamente limita el libre uso de su tiempo y su actividad, en beneficio del empleador. En efecto, el deber de obediencia de este último se configura como contrapartida del poder de dirección del empresario precisamente para garantizar su efectividad.

El poder de dirección a que estamos haciendo referencia tiene una doble dimensión: una general, que dice relación con la facultad de organizar laboralmente la empresa, y una singular o particular, que dice relación con la facultad de



organizar las prestaciones concretas de los trabajadores individuales. Es un poder de contenido múltiple, que abarca la facultad de dictar órdenes e instrucciones generales o particulares dirigidas a todos o a parte de los trabajadores; facultades disciplinarias o sancionadoras que son el complemento necesario para su materialización efectiva.

Podemos sintetizar, entonces, las facultades del empresario, en las siguientes:

- a. Facultades de organización;
- b. Facultades de orden;
- c. Funciones de fiscalización y control de la actividad laboral;
- d. Funciones disciplinarias. Estas últimas son la manifestación más evidente de la posición del empresario en la relación laboral. Su máxima expresión la encontramos en la facultad de despedir al trabajador.

De cada una de las facultades antes mencionadas, encontramos manifestaciones positivas en nuestro ordenamiento jurídico. Como ejemplo de ello encontramos las siguientes normas:

Código del Trabajo.

Art. 12, inciso 1º: “El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse...”

Art. 12, inciso 2º: “Por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, podrá el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos.”

Art. 24. “El empleador podrá extender la jornada ordinaria de los dependientes del comercio hasta en dos horas diarias en los períodos inmediatamente anteriores a navidad, fiestas patrias u otras festividades.”

Art. 154. "El Reglamento Interno deberá contener, a lo menos, las siguientes disposiciones:

10. Las sanciones que podrán aplicarse por infracción a las obligaciones que señale este reglamento, las que sólo podrán consistir en amonestación verbal o escrita y multa de hasta el veinticinco por ciento de la remuneración diaria, y

11. El procedimiento a que se someterá la aplicación de las sanciones referidas en el número anterior."

Hay que recordar que la relación laboral es una relación jurídica sinalagmática, es decir, que genera obligaciones para ambas partes, que son recíprocamente acreedora y deudora. Así como el empresario es deudor de la remuneración, es acreedor del trabajo de su empleado: tiene derecho a que el trabajador preste los servicios para los cuales fue contratado, con diligencia y observancia al principio de buena fe. En relación con lo anterior, Montoya Melgar ha señalado que "el empleador es titular del derecho a disponer del trabajo ajeno- y la consiguiente obligación que pesa sobre el deudor de ponerse a disposición del empresario- y derecho a que dicha disposición se desarrolle conforme a los principios de la buena fe".<sup>11</sup> Como manifestación de esa buena fe con que el trabajador debe ejercer sus funciones en la empresa, de su deber de actuar en forma responsable, diligente y productiva, se le ha de exigir una utilización correcta y adecuada de los medios informáticos que se pongan a su disposición. De tal modo, el abuso de los instrumentos de trabajo tecnológicos que el empresario pone a disposición de sus trabajadores supone una vulneración de la buena fe contractual, que bien puede ser suficiente para justificar una medida disciplinaria o sancionatoria que puede llegar al despido del trabajador, sobre todo en aquellos casos en que pueda acreditarse una pérdida significativa de horas de trabajo, o algún perjuicio económico. Tanto es así, que hay quienes estiman que el conflicto de derechos e intereses entre trabajador y empleador no debiese situarse en el ámbito de protección de la inviolabilidad de la correspondencia personal, sino en el ámbito de abuso o trasgresión de la buena fe contractual. Así, el trabajador que abuse, en su particular beneficio, de los medios de la empresa o infrinja una prohibición del empresario sobre el uso de los medios

---

<sup>11</sup> Montoya Melgar A. "La buena fe en el Derecho del Trabajo" Discurso leído el día 18 de junio de 2001, en el acto de su recepción como académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2001, citado en "El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa; su limitación en base al secreto de las comunicaciones" Inmaculada Marín Alonso, Ed. Tirant, Valencia, España 2005. Pág. 59

de la empresa para fines distintos a los que están destinados, debiese ser susceptible de sanción disciplinaria laboral, en la forma y grado que la legislación disponga.

Un autor destaca la tesis liberal en virtud de la cual, conforme la igualdad jurídica – formal, el trabajador cede una parte de su libertad al empresario. Según ello, al contratar, el trabajador, en bloque y a priori, acepta el poder empresarial, el que indefectiblemente lleva aparejado una limitación y un constreñimiento de la libertad del trabajador.<sup>12</sup>

Importante es tener presente también que el empresario es el dueño de los recursos tecnológicos. El correo electrónico es una herramienta de trabajo propiedad de la empresa, y ello significa que ésta tiene pleno poder de disposición a la hora de concretar las condiciones de uso del mismo. Desde el punto de vista técnico, el empresario puede controlar y archivar todo correo electrónico que entra o sale de sus redes de comunicaciones.

El control por parte del empresario respecto del uso que sus trabajadores hacen de los medios productivos, específicamente de las herramientas tecnológicas que aquél pone en manos de éste, es necesario y tiene variados fundamentos indudablemente justificados y justificables: evitar pérdida de información valiosa, controlar el uso del tiempo de trabajo de los trabajadores y su productividad, evitar propagación de virus en las redes de la empresa, etc. Lo anterior, pues si bien es cierto e innegable que Internet ha venido a constituir una potente herramienta dentro del sistema productivo de la empresa, indiscutible es también el hecho que los trabajadores pueden –y de hecho así lo hacen- utilizar los medios tecnológicos puestos por el empleador a su disposición, para fines extra laborales cuyos costos deben ser asumidos por el empleador. Y no se trata sólo del costo directo por el uso de Internet o del correo electrónico, sino por el costo que implica que el trabajador esté usando el tiempo que le corresponde al empleador, y por el cual paga, para fines particulares; por el riesgo que significa la posibilidad de fugas de información relevante para la empresa, el riesgo de infecciones a causa de virus informáticos, etc. Analizaremos esto con más detalle cuando nos aboquemos a estudiar el control del empresario, en sí.

---

<sup>12</sup> L.Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. I. Milan, 1915, pp. 52 y ss, cit. Por Humberto Romagnoli, "Autoridad y democracia en la empresa: teorías jurídico-políticas", en Cuadernos de Derecho del Trabajo, N°s 1-2 (1975-1976), p. 193

Cabe tener presente que, además de los riesgos ya mencionados derivados del uso indebido de los medios telemáticos puestos a disposición del trabajador, este uso indebido podría tener como consecuencia hacer al empleador responsable por los actos realizados por el empleado (responsabilidad por el hecho ajeno).

### **Límites**

El poder de dirección del empresario no es bajo ninguna circunstancia un poder absoluto o ilimitado. El derecho de propiedad del empresario sobre los medios productivos, el principio de libertad de empresa y el poder de dirección del empresario no pueden extenderse al punto de afectar los derechos fundamentales de los trabajadores: el empleador debe respetar la dignidad del trabajador, no sólo como tal, sino en su calidad de persona.

El poder de dirección, en cuanto su ejercicio, encuentra variados límites, entre los cuales está el respetar la naturaleza de los servicios pactados, por cuanto las órdenes y directrices del empleador deben estar referidas al desarrollo de la actividad que ha sido libremente acordada.

Por otra parte, el ejercicio del poder de dirección también se encuentra limitado al lugar y al tiempo destinado a la prestación de los servicios, de tal forma que el empleador no puede ejercer esta potestad en un lugar distinto a aquel que se encuentra establecido en el contrato de trabajo, ni tampoco fuera de la jornada pactada.

Asimismo, no puede el empleador ejercer las facultades del poder de dirección en contra de las instrucciones y mandatos de la autoridad, por cuanto éstas tienen el carácter de imperativas para todos los sujetos de la relación laboral.

Por último, el empresario no puede ejercer su poder de dirección vulnerando los derechos que la Constitución ha garantizado a sus trabajadores.

En síntesis, entonces, podemos clasificar los límites del poder de control o dirección del empresario en límites externos y límites internos.

1. Límites externos. Dicen relación básicamente con los derechos reconocidos a los trabajadores en diversos textos:

1. Constitución
2. Ley

3. Contrato: el ámbito de ejercicio del poder de dirección del empleador debe necesariamente circunscribirse al ámbito de la prestación laboral del trabajador.

2. Límites internos. El poder de control debe ser ejercido de manera regular; por quien esté legitimado para ello, nunca en forma abusiva y jamás debe implicar para el trabajador la imposición de una conducta antijurídica, dañina o técnicamente inadecuada. Estas últimas no se encuentran dentro del deber de obediencia del trabajador.

En relación con lo anterior, la Dirección del Trabajo ha dicho que “mientras el sistema jurídico dota al empleador de lo que la doctrina llama poder de dirección y disciplina, esto es, la facultad del empleador para dirigir y mantener el orden dentro de la empresa, que de alguna manera es la manifestación de los derechos constitucionales de propiedad y de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, dicha garantía se encuentra jurídicamente limitada por las garantías constitucionales dirigidas a proteger la dignidad y la honra de las personas.”<sup>13</sup>

La función limitadora que cumplen los derechos fundamentales de los trabajadores se ha de ver manifestada desde el inicio de la relación laboral (e incluso desde antes – durante el proceso de selección), durante ella, y al momento de su conclusión.

### **Derechos Fundamentales del Trabajador**

Es indudable el hecho que el trabajador, en su calidad de persona, tiene derechos que le son inherentes, los cuales deben ser respetados en cualquier lugar y situación en la que se encuentre. Lo anterior está reconocido constitucionalmente en aquello que conocemos como “eficacia directa de la Constitución”, lo que significa que la Constitución se aplica junto a la ley e incluso frente a ella. La Constitución atribuye derechos por sí misma, sin necesidad de que intervenga el legislador, es decir, que los derechos constitucionales son inmediatamente operativos, aun sin desarrollo legislativo.

Esta eficacia directa de la que hablamos es conocida en el derecho alemán como *Drittwirkung der Grundrecht*, que es entendida como la vigencia de los

---

<sup>13</sup> Dirección del Trabajo, Dictamen N° 287/14 de 11 de enero de 1996

derechos fundamentales entre particulares en el tráfico jurídico<sup>14</sup>, o efecto frente a terceros de los derechos fundamentales. Siguiendo esta doctrina, una autora señala que “los derechos fundamentales rigen inmediatamente como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones privadas, que no sólo informan de los derechos del ciudadano ante el poder público, sino en cualquier situación y frente también a otro sujeto privado.”<sup>15</sup> La doctrina de la que hablamos supone una eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito privado, una aplicación de los mismos en forma inmediata dado su carácter de derechos subjetivos incondicionales en las relaciones *i*usprivadas, lo que los hace oponibles, por consiguiente, no sólo a los poderes públicos sino también a los particulares, dándose así una eficacia horizontal o pluridireccional.

La mencionada eficacia directa está consagrada en nuestra legislación, manifestada expresamente en el artículo 6º de nuestra Constitución, que es del tenor siguiente:

“Art. 6. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”

En relación con lo anterior, ha surgido la noción de “ciudadanía en la empresa”, que implica en la empresa también deben ser garantizados y respetados los derechos que la Constitución asegura a los ciudadanos. Expresamente, nuestro legislador así lo ha dispuesto, y ha señalado en el Código del Trabajo, artículo 5º, inciso 1º, que tiene el siguiente tenor:

“El ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los

---

<sup>14</sup> Lizama Portal, Luis “Derecho a la intimidad de los trabajadores y nuevas tecnologías de la información y comunicación (NTIC).” “Derechos Fundamentales”, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, anuario N° 3/2004, editado 2005, Stgo, Chile.

<sup>15</sup> Rojas, Gloria. “La libertad de expresión”. Madrid, Ed. Trotta, 1991, Pág. 40.

trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.”

La modificación introducida al artículo 5º del Código del Trabajo vino a ser sólo la manifestación positiva de esta noción de “ciudadanía en la empresa”, que no es más que la afirmación de la vigencia plena de los derechos fundamentales del trabajador, en su calidad de persona, dentro de la relación laboral. Ocurre entonces, como señala Manuel Palomeque, “una ‘impregnación laboral’ de derechos de alcance general no circunscritos a la relación de trabajo. Se trata de derechos del ciudadano trabajador que ejercita como trabajador ciudadano.”<sup>16</sup> Podemos hablar entonces de “ciudadanía en la empresa”, y de “perpendicularidad de los derechos fundamentales”; esto es, que los derechos del trabajador en cuanto persona, sin ser específicamente laborales, se aplican a la relación laboral en cuanto son inherentes a su calidad de persona.

En relación con lo que venimos exponiendo, el profesor Carlos Palomeque ha acuñado el término de “derechos constitucionales laborales inespecíficos”, que a su entender son “derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por los ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales en razón de los sujetos y la de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer.”<sup>17</sup>

A decir de la Dirección del Trabajo, “los derechos fundamentales necesariamente se alzan como límites infranqueables de los poderes empresariales, siendo ésta no una afirmación teórica o meramente simbólica sino que un principio o valor normativo –función unificadora o integradora de los derechos fundamentales- que de forma ineludible debe irradiar y orientar la aplicación e interpretación de las normas laborales (...)”<sup>18</sup>

Estamos viviendo, así, un proceso de “Constitucionalización del Derecho del Trabajo”, que implica, por sobre todo, la valorización de los derechos fundamentales denominados inespecíficos o de la personalidad en las relaciones laborales. Así, los derechos laborales van adquiriendo crecientemente rango

---

<sup>16</sup> PALOMEQUE L., Manuel. “Los derechos laborales en la Constitución Española”, CEC (Cuadernos y Debates), Madrid, 1991, Pág. 31.

<sup>17</sup> Palomeque, Carlos. “Derecho del Trabajo”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1998, Pág. 140-150, citado por Lizama, Luis, Ob. Cit.

<sup>18</sup> Dictamen Nº 2856/0162, de 30 de agosto de 2002

constitucional, incluso, a decir de algunos, de modo privilegiado si se compara con el resto del derecho privado.

De lo que venimos señalando, podemos encontrar manifestaciones positivas en la misma legislación laboral, un ejemplo de lo cual es el artículo 154 del Código del Trabajo, que en lo pertinente dispone:

Artículo 154. El reglamento interno deberá contener, a lo menos, las siguientes disposiciones:

5º Las obligaciones y prohibiciones a que estén sujetos los trabajadores.

Inciso final: Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador.

Veamos cuáles son algunos de los derechos del trabajador que pudieran verse afectados por el uso que de su poder de dirección y /o control haga el empleador:

### **Derecho a la Intimidad**

Difícilmente encontraremos alguna referencia al derecho a la intimidad con anterioridad al siglo XIX. Indefectiblemente, la noción de intimidad o privacidad está ligada a lo que conocemos como Estado Liberal. Salvo vagas ideas aparecidas junto al surgimiento de la sociedad burguesa, que decían relación con la protección de cierto ámbito o esfera de la vida que se deseaba mantener en reserva, recién a fines del S. XIX surge, en el ámbito jurídico, la noción de este derecho a la intimidad o privacidad.

En efecto, en 1890 los autores Samuel Warren y Louis Brandeis (quien llegaría luego a ser juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América) publican un ensayo en la *Harvard Law Review*, en el cual sientan los fundamentos de este “derecho a estar solo” o “a ser dejado en paz” (“*to be let alone*”). Este nuevo “*Right to privacy*” comienza a partir de entonces a tomar vida y a desarrollarse básicamente a través de la jurisprudencia norteamericana.



Sin embargo, en la referida publicación lo que hicieron estos autores fue formular en forma orgánica aquello que ya había manifestado con anterioridad el juez Thomas A. Cooley en su obra *“The Elements of Torts”*, en que ya había definido este derecho como *“the right to be let alone”* (derecho a ser dejado en paz, o ser dejado solo).

En ambos casos, el fin perseguido era fijar un límite jurídico que impidiese a la prensa entrometerse en la vida privada de las personas.

Al igual que ocurre con muchos otros casos, el concepto de Intimidad o Privacidad es un concepto jurídico indeterminado. No encontramos en el ordenamiento jurídico una definición exacta de lo que debe entenderse por ‘derecho a la intimidad’. A mayor abundamiento, el hecho que nuestro ordenamiento no cuente con una regulación legal sistemática y general de este derecho –pese a estar reconocido y garantizado constitucionalmente- viene a perjudicar aún más la labor de establecer una definición para este concepto indeterminado.

El Diccionario de la Real Academia Española define Intimidad como “la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia<sup>19</sup>”.

El mismo texto define Privacidad como “el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión<sup>20</sup>”.

Empero, fuera de la definición que los diccionarios nos pueden dar en relación con lo que debemos entender por Intimidad o Privacidad, lo que en realidad ha de ocuparnos es determinar cuál es en definitiva el contenido de este derecho. Citando a Ugarte, podemos analizar el contenido del Derecho a la Intimidad desde dos puntos de vista: uno subjetivo, que dependerá de la voluntad del sujeto, en cuanto éste decide lo que de él no debe ser conocido públicamente; y uno objetivo, que dice relación con la existencia de una estructura autónoma de lo íntimo que debe ser protegido jurídicamente.<sup>21</sup> Asimismo, en la misma línea, Novoa Monreal señala que “(...) no existe un concepto absoluto de vida privada, con límites y contenidos fijos e inmutables. Es preciso aceptar, por consiguiente, que se ha de

---

<sup>19</sup> [http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=intimidad](http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=intimidad)

<sup>20</sup> [http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=privacidad](http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=privacidad)

<sup>21</sup> Ugarte, José Luis. . “El derecho a la Intimidad y la relación laboral”. Boletín oficial Dirección del Trabajo. N° 139/2000, Santiago, Chile. Pág.3.

trabajar con un concepto multiforme, variable e influido por situaciones contingentes de la vida social.”<sup>22</sup>

El mismo Ugarte, antes citado, dice al respecto: “El límite de la intimidad, entendida como zona ideal de protección, en estos casos difíciles, se determina utilizando una suerte de evaluación de riesgo moral: si el acceso por extraños o terceros a dicho hecho o aspecto de la vida, cuyo carácter íntimo está en duda, genera perturbación afectiva en el titular, entonces, dicho hecho o aspecto está dentro de la frontera de lo íntimo. Ahora, la turbación moral del afectado debe medirse, según un criterio de sujeto tipo o medio, como si a cualquier persona normal, atendida la concepción ética dominante en la sociedad acerca del recato y pudor, la invasión a dicha zona de la vida le hubiere producido una perturbación moral o afectiva.”<sup>23</sup>

El Derecho a la Intimidad o Privacidad ha sido reconocido en nuestra legislación a nivel Constitucional, consagrándose como un derecho garantizado, que debe ser respetado no sólo por las autoridades y órganos del Estado, sino por los particulares todos. En efecto, dispone el artículo 19 N° 4 de la Constitución:

Artículo 19. La constitución asegura a todas las personas:

4º El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.

Cabe destacar que la protección de la intimidad de la persona no sólo se consagra en los textos internos, en las Constituciones de cada país, sino que es reconocido, consagrado y garantizado a través de textos internacionales (Declaraciones, Convenios y Tratados), lo que a juicio de cierta doctrina ha venido a otorgarle a este derecho incluso un carácter de derecho supra constitucional.

Veamos algunos de estos tratados internacionales que consagran el derecho al que nos estamos refiriendo:

---

<sup>22</sup> Novoa Monreal, Eduardo. “El derecho a la vida y libertad de expresión”, Ed. HSI. México, 4º edición. México, 1989, p.26.

<sup>23</sup> Ugarte, José Luis. Ob.cit. Pág. 5

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. IX Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Mayo de 1948

Artículo 5 “Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.”

Artículo 10 “Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia.”

2. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Organización de la Naciones Unidas. New York, Diciembre de 1948

Artículo 12 “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

3. Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. 1966

Artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

4. Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969

Artículo 11 “Protección de la honra y de la dignidad.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

Interesante resulta la explicación que del contenido del derecho a la privacidad diera en su oportunidad la Asamblea Constitutiva del Consejo de Europa en su Resolución Nº 428 del 23 de enero de 1970, la cual es del tenor siguiente: “El derecho al respeto de la vida privada consiste, esencialmente, en poder realizar la vida como uno entiende, con un mínimo de injerencias. Conciérne a la vida privada, vida familiar y la vida del hogar, la integridad física y moral, el honor y la reputación, el hecho de no ser presentado bajo una falsa imagen, la no divulgación de hechos banales y bochornosos, la publicación sin autorización de fotografías privadas, la protección contra el espionaje y las indiscreciones injustificables o inadmisibles, la protección contra la divulgación de informaciones comunicadas o recibidas confidencialmente por un particular (...).”<sup>24</sup>

Tanto el concepto como lo que se entiende por intimidad en sí mutan a través del tiempo; y ocurre lo mismo con el contenido esencial del derecho mismo. A medida que la sociedad avanza, y con ella la tecnología y los medios utilizados para facilitar la comunicación, y así como todas las instituciones deben adaptarse a las nuevas realidades, lo que entendemos por intimidad y sus medios de protección deben adecuarse también a las nuevas situaciones.

En ningún momento debemos olvidar que, al igual como ocurre con cualquier otro derecho fundamental, el derecho a la intimidad no es absoluto. Bajo esa premisa, la tarea será hallar el justo equilibrio entre este principio y otros, cuando entran en conflicto; se deberá sopesar, caso a caso, situación a situación, cuál de ellos tiene más peso y en qué medida debe prevalecer. En este contexto, el hecho básico que debemos tener presente es que aun cuando un principio o derecho se imponga a otro en una determinada situación, ello no implica que este último desaparezca del ordenamiento jurídico, ni que el que haya prevalecido en la específica circunstancia, prevalezca sobre el otro siempre. Ello, pues el que en un ordenamiento jurídico no puedan existir normas contradictorias no conlleva

---

<sup>24</sup> Consejo de Europa. Asamblea Constitutiva. Resolución Nº 428, 23 de enero de 1970.

necesariamente el que no existan principios o derechos potencialmente contradictorios.

En concordancia con lo anterior, la Dirección del Trabajo, en Dictamen ya citado, ha señalado que los derechos fundamentales no son ilimitados o absolutos. Textualmente, la jurisprudencia citada señala que ellos “(...) reconocen como una consecuencia necesaria de la unidad de interpretación del ordenamiento constitucional ciertos límites a su ejercicio; límites que inexcusablemente deben fundarse en la protección de otros derechos o bienes constitucionales, que hacen conveniente o justificable la imposición de restricciones al derecho fundamental (...) De esta forma, todo derecho, en razón de su naturaleza limitada, debe ceder en su virtualidad protectora para armonizarse y compatibilizarse con otros bienes y derechos, también de relevancia constitucional”.<sup>25</sup>

### **Inviolabilidad de las Comunicaciones**

Si bien existe una directa relación entre el derecho a la privacidad o intimidad y el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, dada su distinta naturaleza, el Constituyente -incluso a nivel comparado- ha considerado pertinente considerarlos y abordarlos en forma separada, dado que si bien el derecho al respeto de la vida privada es el punto de partida del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, sus disposiciones son insuficientes para proteger estas últimas.

Conforme lo que venimos señalando, para don Eduardo Novoa Monreal, el fundamento de la inviolabilidad es diverso de aquel en que se basa el derecho a las comunicaciones privadas, pues el fundamento de aquélla se encontraría en el “derecho de quienes se comunican entre sí a no verse expuestos a que terceros que ellos no desean incluir, tomen ingerencia en la relación correspondiente y se impongan de lo que a su través manifiestan”.<sup>26</sup>

Fundamental para abordar este derecho y su relación con el tema que nos ocupa, será, al igual que hicimos con el derecho a la intimidad, delimitar el contenido del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Este último encuentra justificación en forma independiente del género del que se trate la comunicación: ésta no puede salir del ámbito de conocimiento del emisor y su

---

<sup>25</sup> Dirección del Trabajo, Dictamen 2856/0162

<sup>26</sup> Novoa Monreal, Eduardo. Cuestiones de Derecho Penal y Criminología. Ed. Jurídica Ediar-Conosur Ltda., Santiago, Chile, 1987, Pág. 208.

destinatario; es decir, el contenido de la misma debe ser secreto para todos aquellos que no participan en la misma.

El secreto de las comunicaciones es siempre aplicable, independiente de la ubicación de los interlocutores y de la propiedad de los medios a través de los cuales ella se transmite. Empero, hay que observar que la protección no abarca cualquier tipo de comunicación, sino que dice relación con la comunicación privada.

Señalan dos autores chilenos que podemos entender el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones como “aquella derivación y concreción del derecho a la vida privada, en virtud del cual se prohíbe a los poderes del Estado y a los particulares, la captación, interceptación, grabación y/o reproducción ilegal de una comunicación privada.”<sup>27</sup>

La protección de la intimidad de las comunicaciones no se reduce sólo a evitar la violación de su secreto y su posterior divulgación, también involucra el asegurar y el brindar la tranquilidad necesaria para realizar la comunicación, las cuales no deben verse amenazadas, pues este hecho crea en las personas un estado de tensión psíquica y física, que le impide usar estos medios en forma libre y segura.

La inviolabilidad de las comunicaciones privadas es un derecho de defensa frente a terceros, exigible tanto a los poderes públicos como a los particulares ajenos a la comunicación que se emite y a los interlocutores. Sin embargo, si analizamos a fondo la protección que se brinda a este derecho nos daremos cuenta que de lo que se protege es de la intromisión ilegítima, entendiendo entonces que puede existir algún tipo de legitimación para la intromisión en la misma.

Si bien el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones es un derecho consagrado en nuestro ordenamiento incluso a nivel constitucional, dado el impacto que las nuevas tecnologías han provocado en el seno de la empresa, ha venido a surgir la cuestión respecto a si dicho derecho es esgrimible en este ámbito, en relación con el uso de los medios tecnológicos.

El derecho que venimos tratando se encuentra consagrado en nuestra Constitución, que en su artículo 19 N° dispone:

Artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas:

N° 5. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y

---

<sup>27</sup> Álvarez Valenzuela, D. y Cerda Silva, A. “Sobre la inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas”, en “Anuario de Derechos Humanos”, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2005. Pág. 139

documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”.

Podemos observar que nuestra Constitución no habla de “correspondencia”, sino de “comunicaciones”, a diferencia de lo que ocurre con otros textos constitucionales, e incluso Acuerdos y Tratados internacionales. A modo de ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Organización de la Naciones Unidas. New York, Diciembre de 1948) dispone en su artículo 12:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su **correspondencia**, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Podemos entender entonces que nuestro constituyente quiso dar mayor amplitud al derecho en comento, quizá previendo que el término “correspondencia” podría restringir su ámbito aplicable o ser objeto de restricciones al momento de ser interpretado. Esta voluntad del constituyente quedó plasmada en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, pues al discutirse la norma que consagra este derecho, la Comisión manifestó que “(...) la redacción del texto tiende a cubrir toda forma de correspondencia, o sea, toda forma de comunicación espiritual y material entre dos individuos proyectado el uno hacia el otro, por cualquier medio que esté dentro de las posibilidades técnicas del país y de la sociedad de que se trata (...) la idea es la comunicación privada: puede ser telefónica, telegráfica, epistolar o por otras formas que todavía no se conocen (...) y, al decir ‘privadas’ el concepto se circunscribe obviamente a las comunicaciones que no son públicas, porque en las comunicaciones públicas no hay inviolabilidad”.<sup>28</sup> En efecto, las diferencias entre el correo postal y el electrónico no pueden ser relevantes en cuanto a su protección. El soporte material en el que viaja el mensaje no debe ser un obstáculo para considerar su inviolabilidad, aunque puede considerarse que en la actualidad tanto desde una óptica social como desde una óptica legal -no tenemos regulación específica al respecto -, pueda parecer que no se equiparan ambos correos.

---

<sup>28</sup> Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, citadas en “Sobre la Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas” Álvarez V., Daniel y Cerda S., Alberto. Ob. Cit., Pág. 140.

Desde el punto de vista social, y por la propia evolución en el uso del correo electrónico, en general se considera más trascendente la violación de un correo postal, de una carta ajena, que la de un correo electrónico. Así, se ha equiparado el correo electrónico a la postal, a efectos de su protección. Esta concepción está en el fondo de los argumentos a favor del control de las comunicaciones electrónicas en la empresa. No obstante, el simple hecho de tratarse de una comunicación -por un nuevo medio, pero con los mismos caracteres fundamentales-, ya le otorga la necesaria protección frente la intromisión externa. Ello se evidencia aun más, con la usual exigencia de una clave personal para acceder a la cuenta de correo, lo cual ya exterioriza el carácter privado de su contenido, sin que la falta de un contenedor físico -el sobre cerrado- sea óbice para mermar su privacidad. El hecho de que el mensaje de correo electrónico muestre de ésta o de otra forma un indicio de privacidad es suficiente para que se le aplique toda la protección de que goza la correspondencia postal. Asimismo, el hecho de ser técnicamente factible la intromisión de un tercero en el *e-mail* de una determinada persona, no lo hace jurídicamente lícito o justificable. En tal sentido se manifiesta el abogado Iñigo de la Maza, investigador en Derecho Informático de la Universidad Diego Portales: "La inviolabilidad de la comunicación no tiene que ver con lo que es factible hacer técnicamente, sino con una normativa. Los *e-mails* están protegidos por una presunción de privacidad"<sup>29</sup>.

En relación con lo anterior, cabe mencionar que el Código Penal Español también equipara en su artículo 197.1 correo postal y correo electrónico, castigando la vulneración de la intimidad de otro por parte de quien "sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico", o "intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación".

---

<sup>29</sup> Citado en ARAVENA, N. Al descubierto lado oscuro de los e-mails. [en línea] Centro de Estudios en Derecho Informático, U. De Chile, 22 de octubre, 2004. [http://www.cedi.uchile.cl/cedi\\_2003/mediosmail01.htm](http://www.cedi.uchile.cl/cedi_2003/mediosmail01.htm) [consulta: 21 de marzo de 2006]



## **Reconocimiento del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones en textos legales chilenos**

Además de la consagración constitucional del derecho en comento, nuestro legislador ha considerado regular su protección, ejercicio y sancionar su vulneración, a través de diversos cuerpos legales, a saber:

Artículo 146 del Código Penal:

“El que abriere o registrare la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad (...).”

Artículo 161-A del Código Penal:

“Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.”

Artículo 36 B de la Ley General de Telecomunicaciones:

“Comete delito de acción pública:

b) El que maliciosamente interfiera, intercepte o interrumpa un servicio de telecomunicaciones, sufrirá la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y el comiso de los equipos e instalaciones.”<sup>30</sup>

A decir de un considerado jurista nacional, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones no se ve vulnerado sólo cuando hay interceptación en sentido estricto (por ejemplo, cuando hay aprehensión física del soporte del mensaje o la

---

<sup>30</sup> Internet se comprende dentro de los servicios de telecomunicaciones regulados por la Ley en comento.

captación de otra forma del proceso de comunicación), sino también por la retención o el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (por ejemplo, leer la correspondencia guardada por el destinatario).<sup>31</sup>

De tal modo, entonces, habrá violación de las comunicaciones aun cuando no se lesione el derecho a la vida privada, como sucedería en el caso de una mera apertura de correspondencia, sin llegar a imponerse de su contenido.

Según lo expuesto, entonces, la única intervención legítima de las comunicaciones ha de ser autorizada por resolución judicial. Resolución que, en todo caso, ha de ser específica y razonada y que, en cuanto supone una injerencia sustancial en el ámbito de la esfera personal, ha de otorgarse conforme al principio de legalidad y al principio de proporcionalidad. Sin embargo, esto hoy en día no suele ocurrir de este modo, y no se aplica al envío de correos electrónicos por parte de un trabajador. Por ello, la doctrina ha ido construyendo una serie de mecanismos -que examinaremos más adelante- para acceder al contenido de estos correos, sin una resolución judicial. Se han ido matizando los derechos al entrar en contacto con otros, para que el empresario pueda acceder a esos correos. En el ámbito laboral, las comunicaciones suelen ser intervenidas sin antes haber acudido a un juez que haya permitido dicho acceso.

Las preguntas que debiésemos hacernos son: ¿podemos justificar que el empresario pueda acceder al contenido sustantivo de un correo electrónico? Y ¿Puede un trabajador, amparado en el "secreto de las comunicaciones" y en el delito tipificado en el Código Penal mandar cuantos correos quiera ya que le protege este derecho fundamental? Obviamente, tendremos que proceder a hallar un punto intermedio. Estudiaremos esto en el capítulo siguiente.

---

<sup>31</sup> Nogueira Alcalá, Humberto. "Dogmática Constitucional"; Talca, Ed. Universidad de Talca, 1997, Pág. 89

## CAPÍTULO IV

### CONTROL Y ACCESO DEL EMPRESARIO AL CORREO ELECTRÓNICO DEL TRABAJADOR

#### Justificación del control, vigilancia, e/o intervención

El control o vigilancia por parte del empleador del uso que del correo electrónico puesto a su disposición hagan los trabajadores, no es más que un ejercicio de la facultad de vigilancia que a aquél le concede el ordenamiento jurídico, enmarcado dentro de su poder de dirección, fundamentado, como se explicara anteriormente, en la libertad de empresa y en el derecho de propiedad del empresario sobre sus medios de producción.

No se trata de una justificación caprichosa al control que pueda ejercer el empleador. Este último se hace necesario para minimizar problemas de seguridad en general; evitar responsabilidades legales; controlar información valiosa de la empresa y el uso que hacen los trabajadores de su tiempo de trabajo; proteger su ancho de banda y reducir pérdidas de productividad, entre otras justificaciones. Está comprobado que, si bien no ocurre con la totalidad de los trabajadores, muchos de ellos navegan en la Internet en horario de trabajo y desde los servidores de la empresa, y de esa manera están arrastrando literalmente el nombre de la Compañía en todo el recorrido que hacen por la red.

Las cifras que expusiéramos en el primer capítulo, revelan una realidad inquietante: si bien es cierto que la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación en la empresa ha venido a redundar en mayor eficacia y productividad, no es menos cierto que al estar a disposición de los trabajadores, éstos hacen uso de ellas en el horario de trabajo, tiempo que le pertenece al empleador por cuanto paga por ello mediante la correspondiente remuneración.<sup>32</sup> Algunos minutos al día implican horas a la semana, días al año, cuyo costo debe asumir el empresario en caso de no tomar medidas al respecto.

Aun más, el tiempo de trabajo no es todo lo que puede perder el empresario por el uso indebido de Internet o del correo electrónico por parte de sus trabajadores: lo

---

<sup>32</sup> Además, cabe recordar que el Código del Trabajo en su artículo 21 señala que “Jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador debe prestar **efectivamente** sus servicios en conformidad al contrato” (el destacado es nuestro).

anterior implica además pérdida de productividad. Más aún, al circular libremente por la red, los mensajes de correo electrónico no son seguros y pueden implicar la importación de virus, su difusión e incluso su instalación en los sistemas informáticos de la empresa; el riesgo de perder información valiosa también es alto en tales circunstancias, sin mencionar que, al usar el correo corporativo, la empresa puede verse involucrada incluso en actos delictuales.

Un dato que da que pensar es el hecho que en dos años los programas informáticos de espionaje laboral se han duplicado, de lo que se puede deducir que la monitorización de los empleados es algo cada vez más frecuente, si bien en ocasiones esta vigilancia es tan extrema que puede ser lesiva para el derecho a la intimidad del trabajador y, más concretamente, al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Las empresas suelen justificar esas conductas alegando su finalidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales a las que obliga al trabajador el propio contrato, así como evitar problemas de seguridad, virus y fuga de datos; unos fines que, si bien son legítimos, pueden acarrear problemas legales.

No hay que perder de vista que los recursos informáticos, al ser proporcionados por la empresa, son propiedad de esta última, y por consiguiente deben estar estrechamente vinculados con el trabajo y la labor que se desempeña.

El problema, por lo tanto, se produce cuando no sólo se filtra, se realiza un control somero de la actividad del empleado, sino que se espía abiertamente a éstos. Actualmente, la situación es más delicada, ya que si bien las Tecnologías de la Información y la Comunicación no fueron diseñadas para vigilar al trabajador, es un hecho que las mismas permiten ejercer una vigilancia brutal del mismo. De hecho, hay disponibles programas que, instalados en el ordenador del empleado, muestra a distancia lo que hay en la pantalla, la navegación *web*, el correo electrónico, mensajería instantánea y *chats*, sin riesgo de ser descubiertos.

### **Formas de Control por parte del empleador**

A diferencia de las herramientas con que solía contar tradicionalmente el empleador para controlar y vigilar a sus trabajadores, las nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación poseen la capacidad de conservar todos y cada uno de los rastros dejados por el trabajador durante su utilización; de allí que los

empleadores no tarden en ejercer el control denominado como ciber vigilancia, a fin de evitar que se utilicen en forma abusiva o inapropiada las herramientas electrónicas en ambientes laborales.

Las empresas, al verse afectadas por el uso abusivo que hacen o pueden llegar a hacer sus trabajadores de los medio tecnológicos puestos a su disposición, han comenzado a utilizar diversos mecanismos para evitar los riesgos que dicho uso conlleva o puede acarrear a la organización. De ellas, ninguna es perfecta. Ninguna de ellas está exenta del riesgo de llegar a vulnerar algún derecho del trabajador, ninguna es absolutamente efectiva en cuanto a prevenir los riesgos del uso de la Internet o, específicamente, del correo electrónico, pero a medida que se vayan masificando y estudiando jurídicamente, pueden ser perfeccionadas tanto en sus aspectos técnicos, como en las repercusiones que pueden llegar a tener respecto de los derechos de los trabajadores afectados por las mismas.

Consecuentemente con lo antes señalado, han proliferado los programas para el control del correo electrónico. El acceso al contenido de un correo electrónico es muy fácil cuando se utilizan los sistemas corporativos de la empresa. Si el trabajador se sirve de una cuenta propia de correo gratuito a través de una web, el proceso de inspección desde la empresa es más laborioso pero igualmente factible.

Sin entrar en detalle y a modo ilustrativo, cabe mencionar algunas medidas utilizadas para realizar una protección lógica de los datos, las comunicaciones y los sistemas al interior de una empresa, a las que nos referiremos más abajo. Las hay básicas, como la instalación de programas antivirus, de identificadores de usuarios basados en contraseñas o tarjetas de acceso, y otras más complejas, como la utilización de cortafuegos para controlar los ingresos y salidas de datos en una red, la identificación por técnicas biométricas o firmas digitales, o el cifrado de las comunicaciones<sup>33</sup>.

En este sentido, el trabajo de Monserrat Hernández Rubio y Rodolfo Herrera Bravo: “Apoyado en estas medidas tecnológicas el empresario puede comprobar si el trabajador cumple o no con sus deberes laborales básicos y realiza el trabajo convenido. Además, le permiten controlar la productividad y utilización de los recursos, supervisando de forma rutinaria la actividad de los trabajadores. Igualmente, con ellos puede velar por la custodia de secretos profesionales y

---

<sup>33</sup> El cifrado del mensaje y la firma electrónica pueden ser utilizados tanto por el empleador, para prefabricarse una prueba en relación con la autoría del referido mensaje, lo que puede llegarle a ser muy útil en un eventual proceso judicial, como se verá más adelante, como así por el mismo trabajador, que mediante estas técnicas puede, si no evitar, al menos restringir el acceso que el empresario puede tener a los mensajes que envíe o reciba.

generar pruebas que lo protejan frente a posibles responsabilidades de la empresa por conductas de sus empleados.

“Lo anterior fundamenta la vigilancia del empresario, el cual se puede apoyar, incluso, en la implementación de instrumentos de escucha y filmación. Pensemos que de las circunstancias que habilitan al empresario, por ejemplo para despedir al trabajador por incumplimiento contractual grave y culpable, sólo se pueden conocer a través del control y supervisión a través de cualesquiera medios de vigilancia, ya sean previos o posteriores a la falta, medios que deberán ser adoptados de forma equilibrada, pero garantizando el resultado que se pretende”<sup>34</sup>.

A modo de ejemplo, las siguientes son algunas de las medidas adoptadas por las empresas, ya sea para controlar, restringir, vigilar o intervenir el uso que de Internet o del correo electrónico en específico hacen los trabajadores:

**Portales.** Consisten en una página web que contiene aquellos vínculos a los que pueden acceder los trabajadores, siendo sólo éstos a los que se permite el acceso. De esta manera, el empleador predetermina los sitios en la red que considera “deseables”, y puede asegurarse, dentro de cierto rango, que los trabajadores sólo visiten sitios relacionados con su actividad laboral.

**Bloqueo de Páginas Web.** Al contrario del caso anterior, en el que el empresario predetermina los sitios de la red que considera “deseables”, en este caso lo que ocurre es que el empleador establece cuáles páginas o sitios considera “indeseables”, y bloquea el acceso de los trabajadores a éstas. Esto puede obtenerse de dos maneras: bloqueando los sitios específicos a los cuales no se desea que los trabajadores accedan; y estableciendo palabras clave, las cuales, al estar incluidas en ciertas páginas, son detectadas por el computador, bloqueando el acceso.

**Software de vigilancia.** Consiste en un tipo de programas computacionales o informáticos que permite poner en manos del empleador –o de quien éste designe-, el control del acceso a Internet de los empleados. Estos programas permiten monitorear el tráfico de Internet, supervisar la utilización del ancho de banda, monitorear la utilización de las aplicaciones de la red, bloquear sitios improductivos,

---

<sup>34</sup> Hernández Rubio, Monserrat y Herrera Bravo, Rodolfo. "La legitimidad del control tecnológico sobre el trabajador" en [http://www.adi.cl/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_details&gid=7&Itemid=53](http://www.adi.cl/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=7&Itemid=53) [7 de agosto, 2009]

clasificar sitios visitados según productividad, avisar al administrador sobre actividades inusuales, etc. Estos programas constituyen verdaderos espías instalados dentro del computador del usuario, el que registra e informa todas las actividades realizadas en el servidor por el usuario.

Los programas de vigilancia, también llamados “espía” o *spyware*, recogen información sobre un usuario sin que éste tenga conocimiento de ello. Su función más común es la de reunir información sobre el usuario y distribuirla a empresas de publicidad o de otro tipo. Sin embargo también han sido usados con fines procesales, a fin de recopilar información respecto de sospechosos de delitos, como en el caso de la piratería de *software* o la pornografía infantil. Gracias al uso de estos programas espías, se puede tener acceso, por ejemplo, al teléfono del usuario, las páginas que visita, cuánto tiempo permanece en ellas y con qué frecuencia lo hace; qué tipo de software tiene instalado en su equipo; qué compras hace por Internet, etc.

Los programas espía pueden ser instalados en un ordenador mediante un virus, un troyano que se distribuye por correo electrónico (como el programa *Magic Lantern* desarrollado por el FBI), o bien puede estar oculto en la instalación de un programa aparentemente inocuo.

Los programas de recolección de datos instalados con el conocimiento del usuario no son realmente programas espías si el usuario comprende plenamente qué datos están siendo recopilados y a quién se distribuyen.

**Archivos que almacenan información sobre sitios visitados. Las carpetas COOKIES.** Un *cookie* es “un fragmento de información que se almacena en el disco duro del visitante de una página *web* a través de su navegador, a petición del servidor de la página. Esta información puede ser luego recuperada por el servidor en posteriores visitas.”<sup>35</sup>

A diferencia de lo que ocurre con los programas espías, los *cookies* generalmente no están ocultos al usuario, quien puede desactivar el acceso a la información de los *cookies*. Sin embargo, dado que un sitio *Web* puede emplear un identificador *cookie* para construir un perfil del usuario y éste no conoce la

---

<sup>35</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/Cookie> [5 de noviembre, 2008]

información que se añade a este perfil, se puede considerar a los *cookies* una especie de programa espía<sup>36</sup>.

Los usos más frecuentes de las *cookies* son:

- a) Llevar el control de usuarios: cuando un usuario introduce su nombre de usuario y contraseña, se almacena una *cookie* para que no tenga que estar introduciéndolas para cada página del servidor. Sin embargo una *cookie* no identifica a una persona, sino a una combinación de computador y navegador.
- b) Ofrecer opciones de diseño (colores, fondos, etc.) o de contenidos al visitante.
- c) Conseguir información sobre los hábitos de navegación del usuario, e intentos de *spyware*, por parte de agencias de publicidad y otros. Esto puede causar problemas de privacidad y es una de las razones por la que las *cookies* tienen sus detractores.

En lo que respecta específicamente al correo electrónico, las estructuras de redes corporativas son bastante complejas: Los ordenadores "clientes" se conectan mediante la red entre ellos, obteniendo de tal modo las aplicaciones necesarias (de servidores de ficheros). A Internet se conectan a través de un *router*<sup>37</sup>, y usa los servicios de aquella mediante el servidor. Todo esto es controlado desde la posición del administrador, que es una persona con unos privilegios exclusivos para el mantenimiento de toda la red. La consecuencia es que un ordenador cliente envía el correo electrónico desde su máquina y pasa al servidor, para enlazar, mediante el *router*, con la red de redes. El administrador es consciente, o puede ser consciente, del contenido del correo en cualquier momento: da igual que el correo no se haya mandado, o que se encuentre en el servidor. Esta es la persona que tiene más facilidades -además de formación técnica- para que esto se produzca. Además, los correos mandados siempre dejan rastros, en forma de archivos "*logs*" que se pueden encontrar en los ordenadores clientes y en el servidor.

---

<sup>36</sup> Por ejemplo, una página con motor de búsqueda puede asignar un número de identificación individual al usuario la primera vez que visita la página, y puede almacenar todos sus términos de búsqueda en una base de datos con su número de identificación como clave en todas sus próximas visitas (hasta que el *cookie* expira o se borra). Estos datos pueden ser empleados para seleccionar los anuncios publicitarios que se mostrarán al usuario, o pueden ser transmitidos (legal o ilegalmente) a otros sitios.

<sup>37</sup> Un **router** (en español 'enrutador' o 'encaminador') es un dispositivo hardware o software de interconexión de redes de computadoras. Este dispositivo interconecta segmentos de red o redes enteras. <http://es.wikipedia.org/wiki/Router> [5 de noviembre, 2008]



Además de las técnicas antes señaladas, existen aplicaciones que vulneran abiertamente la intimidad de un usuario. Programas como "spector"<sup>38</sup> por ejemplo, generan automáticamente decenas de imágenes del computador del empleado para inspeccionar cómo trabaja. Por supuesto, permite la lectura de los correos desde la empresa, pero no sólo eso: prácticamente cualquier cosa queda al descubierto. La licencia de uso de este programa está limitada a que el adquiriente avise a todas las personas que van a ser "observadas" mientras trabajan; no existe mayor exigencia ni forma de comprobar que el requisito señalado haya sido cumplido. Se trata del programa espía número uno en ventas en Estados Unidos, país que, según veremos más adelante, es quizá el más liberal en lo que respecta al control del uso de las herramientas informáticas por parte de los trabajadores<sup>39</sup>.

De igual forma, hay que señalar que en una red privada -configuración usual en el seno de una empresa de tamaño medio- la privacidad también se ve atenuada por la propia estructura de la red. En ella, la figura del administrador de la red puede poseer facultades exorbitantes e incluso desconocidas para los trabajadores. Entre ellas, puede estar el acceso a los cuerpos de los mensajes del correo electrónico, si no están protegidos con contraseñas o por cualquier otro mecanismo.

La introducción de estos medios informáticos y la facultad del empleador de controlar su uso, sin embargo, ha venido a aumentar el poder de supervigilancia del empresario sobre sus trabajadores, surgiendo así el denominado "poder informático", que podemos definir como "la capacidad propia del responsable de confrontar y agregar los datos más diversos entre ellos hasta el punto de transformar informaciones dispersas en una información organizada y remontarse así a los actos más banales del individuo a sus más íntimos secretos, y la posibilidad de encontrar inmediatamente y comunicar las informaciones así obtenidas a quien lo requiera."<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> "Instale Spector en su PC y éste grabará todo lo que su pareja, hijos y empleados hagan. Spector toma, secretamente, cientos de pantallazos cada hora, como una cámara de vigilancia. Con Spector, usted podrá ver cada conversación de chat, cada mensaje, cada web visitada y cada tecla apretada". Así reza la propaganda de este popular programa espía comercial. Este programa permite revisar todo lo que se haga en una computadora. Puede ser configurado para tome imágenes de la misma hasta con una frecuencia de un segundo. Esto permite ver cada página que se haya visitado, cada e-mail que se haya enviado o recibido y cada programa o documento que se haya abierto en el computador. <http://ww2.gm.es/merce/spyware.html> [11 de agosto, 2009]

<sup>39</sup> Hasta un 55% de las empresas norteamericanas cuentan con sistemas de rastreo de correo electrónico, capaces de interceptar y eliminar mensajes que contengan determinadas palabras o expresiones "prohibidas", marcas competidoras, nombres de directivos de otras compañías, términos escatológicos, sexistas u obscenos, etc.

<sup>40</sup> Ciacci, G. "Problema e iniziative in tema di tutela del dati personali, con particolare riguardo al dati sinistri" Política del Diritto, n° 4, 1991, Pág. 672; Foglia, R., "New Technologies and Control of individuals: Legal protection of Freedom and Dignity of Employees; en AAVV, Informatica e Ordenamento Giuridico, Guiffrem, Pág. 1573. Revista de Relaciones laborales, N° 15, Pág. 8.

Sin embargo, lo importante en lo que nos ocupa no es el cómo el empleador ejecuta el control del uso de la Internet y del correo electrónico, en específico, sino hasta dónde lo hace.

### **Condiciones y limitaciones para la procedencia del control**

A juicio de la gran mayoría de los autores, la interceptación ordinaria e indiscriminada del correo electrónico de los trabajadores en las empresas debe considerarse, a priori, fuera de la legalidad. Sin embargo, hemos visto a lo largo de este estudio que la realidad, en la práctica, es otra, y que los empresarios –por los motivos antes expuestos- necesitan, si no intervenir, controlar el uso que del correo electrónico puesto a su disposición hacen los trabajadores.

Justificar la intervención del correo electrónico del trabajador implica reconocer el hecho que ello significa imponer límites a los derechos fundamentales del trabajador. Para que ello proceda, indudablemente debe aplicarse el denominado “principio de proporcionalidad”, que analizaremos más adelante. De lo anterior, resulta que para aceptar la referida intervención ello debe ir precedido de un examen previo que supere el triple juicio de Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad propiamente tal.

1. **Juicio de Idoneidad:** impone la exigencia de analizar si con la medida adoptada es susceptible de obtener el objetivo propuesto. La imposición de la medida jamás debe ser vana, ni el resultado obtenido con la misma, distinto del querido cuando ella se impuso.

2. **Juicio de Necesidad:** exige que en forma previa a la imposición de la medida, se analice si ella es necesaria en el sentido que no exista otra más moderada, para la obtención del mismo propósito, con la misma eficacia.

3. **Juicio de Proporcionalidad:** implica determinar si de la aplicación de la medida adoptada se obtienen beneficios o ventajas mayores para el interés general que aquellos perjuicios que se causan a otros bienes o valores en conflicto.

Interesante en relación con lo planteado anteriormente es lo propuesto por el Grupo de Trabajo creado como órgano consultivo de la Unión Europea en materia

de protección de datos y vida privada. Este último publicó un documento que plantea ciertos principios que deben respetarse para justificar el control del empleador sobre el uso del correo electrónico y de Internet por parte de los trabajadores. En síntesis, los principios que debiesen respetarse, a decir de este grupo de trabajo, son los siguientes:

1. **Necesidad:** el empleador debe comprobar, primeramente, si la medida de vigilancia que ha decidido adoptar es absolutamente necesaria, atendido el objetivo que persigue. Lo anterior implica estudiar la posibilidad de adoptar medidas alternativas que impliquen una menor intromisión en la privacidad de sus trabajadores.
2. **Finalidad:** Los fines que motivan la vigilancia deben ser determinados, explícitos y legítimos. Dentro de este principio se inserta el principio de 'compatibilidad', que implica, por ejemplo que si la medida se adoptó para un fin A, con posterioridad la información obtenida en virtud de la aplicación de dicha medida no puede ser utilizada para un fin B.
3. **Transparencia:** El empleador debe, además de informar la medida que está tomando, hacerlo en forma clara y abierta.
4. **Legitimidad:** La intromisión en las comunicaciones del trabajador sólo puede hacerse cuando el fin perseguido sea legítimo. Como ejemplo, se señala el caso en que la empresa pretenda protegerse de la transmisión de información confidencial.
5. **Proporcionalidad:** Debe existir una relación proporcional entre el costo que significa para el trabajador la intromisión y/o eventual vulneración de sus derechos, y el beneficio que se obtiene para la empresa y la productividad, de la imposición de la medida.
6. **Exactitud y conservación de los datos**
7. **Seguridad**

La razonabilidad y la proporcionalidad de las medidas que adopte el empleador no pueden establecerse en abstracto. Ambas van directamente vinculadas al objetivo juicio de idoneidad y de necesidad.

El empresario, a la hora de utilizar medidas de monitorización laboral ha de respetar el denominado principio de proporcionalidad e intervención mínima, lo que implicaría que el control y vigilancia no se lleve a cabo de forma masiva e indiscriminada, y mucho menos de forma encubierta, así como que la finalidad que persigue esté justificada, de modo que las medidas sean indispensables para la seguridad y el buen desarrollo de la actividad productiva.

De este modo, una medidas bien tomadas tienen que ser justas y proporcionales, no anulando ni perjudicando la intimidad y privacidad del trabajador, e incluso prohibiéndose que se tomen en el caso que de ellas no se derive una desventaja considerable para la empresa y sí un perjuicio grave para la intimidad del trabajador.

Si el control se hace con el propósito de evitar los riesgos a que se ha hecho referencia con anterioridad en este mismo trabajo, entonces se parte de la base que el control será legítimo; si no se hace con el propósito de indagar en los aspectos propios de la vida íntima del trabajador, ya que cualquier control sobre la misma es presuntamente ilícito. Y es que, como antes se señalara, uno de los principales límites que tiene el empresario respecto de las facultades que le confiere el poder de control que el mismo legislador le reconoce, es la dignidad del trabajador.

Así las cosas, no siempre la intensidad y exhaustividad con que el empresario efectúe el control será aceptable constitucionalmente, porque el control puede ser innecesario, desproporcionado e ineficiente, amén de que puede llegarse a conculcar los derechos de las personas, porque en ocasiones parece presuponerse que sobre el trabajador no cabe confianza alguna, lo cual atenta contra la dignidad protegida por la Constitución.

En tal sentido, la Dirección del Trabajo, mediante Dictamen N° 0260/0019 de 24 de enero de 2002, estableció una línea de acción, al señalar que "de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos, pero en ningún caso podrá tener acceso al contenido de la correspondencia electrónica privada enviada o recibida por los trabajadores".

## **CAPÍTULO V**

### **ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO**

#### **Estados Unidos**

Internet nació en los Estados Unidos. Todos los servicios que esta red ha ido desarrollando con el correr del tiempo han tenido su nacimiento en esta nación. Aun así, Estados Unidos continúa manteniendo una legislación liberal en cuanto al uso de las nuevas tecnologías de la comunicación, al menos en lo que respecta a las empresas privadas y a la relación entre particulares.

Para comenzar el análisis de la situación estadounidense, nos será muy útil recurrir a la exposición de motivos de la Ley Federal de Privacidad (1974): “El uso creciente de computadores y tecnología de la información sofisticada, aunque es esencial para la operación eficiente del gobierno, ha magnificado la posibilidad de que se causen daños a la privacidad individual mediante la recolección, mantenimiento, uso o diseminación de información personal (...). El mal uso de ciertos sistemas de información puede poner en peligro las oportunidades que tiene un individuo para obtener empleo, seguros y crédito, así como su derecho a un juicio justo y a otras protecciones legales”<sup>41</sup>.

No obstante lo decidora que puede ser la exposición de motivos de esta ley, ella está referida a la relación Estado-particulares. La política norteamericana continúa siendo bastante liberal en cuanto deja en manos de los mismos particulares la regulación de la utilización de la red; la tendencia es auto regulatoria, principalmente para el sector privado. Las únicas excepciones a este respecto las constituyen los Estados de Connecticut y California. El primero, obliga a las compañías a revelar las prácticas de control que puedan llevar a cabo respecto de sus trabajadores; el segundo, ha extendido la protección del derecho de privacidad a las relaciones privadas.<sup>42</sup> En los demás Estados, las políticas internas de cada empresa definen qué se puede hacer, cómo, por qué medio, y hasta dónde. La jurisprudencia norteamericana en relación a los casos de usos irregulares del

---

<sup>41</sup> Privacy Act, United States Congress, 1974. Exposición de Motivos.

<sup>42</sup> El Código Penal del Estado de California penaliza una amplia gama de actividades relacionadas con la informática, como “... acceder, o instigar a otro a que acceda a cualquier computadora, sistema de computación o red informática, a sabiendas de que no se tiene autorización para ello.” Sección 502 (c)

correo electrónico en Estados Unidos ha sido mayoritariamente favorable a los intereses empresariales.

En lo que nos ocupa, el área laboral es, junto a la de los menores, una de las dos que cuentan con regulación específica sobre la protección del derecho a la privacidad. El año 1986 se aprobó la *Electronic Communications Privacy Act* (ECPA) o Ley de Privacidad de las Comunicaciones Electrónicas, la que a diferencia de legislaciones anteriores, se aplica tanto al sector público como al privado. Esta ley, que introdujo una enmienda al Título 18 (*Crimes & Criminal Procedure*) del Código de Estados Unidos, Capítulo 119 “*Wire & Electronic Communications Interception & Interception of Oral Communications*”, consta de dos partes o títulos:

- *Title I Interceptions of Communications and Related Matters*
- *Title II Stored Wire and Electronic Communications and Transactional Record Access*

Sus disposiciones más interesantes dicen relación con la prohibición de intervención no autorizada a toda persona o empresa, la prohibición de acceso no autorizado a mensajes almacenados en sistemas computarizados y la prohibición de interceptar mensajes durante su transmisión sin la debida autorización. La idea de la ley antes citada habría sido regular “...el creciente problema de acceso y uso, por personas no autorizadas, a las comunicaciones electrónicas que no deben estar disponibles al público.”<sup>43</sup>

La citada ley, que provee sanciones civiles y criminales a quienes vulneren sus disposiciones, proscribire:

- a) Toda interceptación intencional de comunicaciones electrónicas sin el consentimiento de quien es objeto de la misma, incluyendo, además del correo electrónico, la comunicación telefónica de voz (*voice mail*);
- b) El acceso ilegal a las comunicaciones electrónicas almacenadas en computadoras;
- c) La divulgación del contenido de cualquier comunicación electrónica almacenada en computadoras.

---

<sup>43</sup> SMEDINGHOFF, Thomas J. On-Line Law. Addison-Wesley Developers Press. 5ta. Reimpresión. EEUU, 2000.

Sin embargo, las prohibiciones señaladas no son absolutas, pues esta ley contempla dos excepciones a este principio general de prohibición de intromisión en las comunicaciones privadas:

- a) la excepción por consentimiento previo; y
- b) la excepción por uso para los negocios.

La primera excepción parece ser bastante clara: el control e interceptación de la comunicación no será ilegal si la parte afectada ha dado previamente su consentimiento. El asunto radica en cómo debe efectuarse el referido consentimiento. Puede ser expreso, mediante la firma de alguna declaración de política sobre correos electrónicos notificada al empleado, por ejemplo. Pero, ¿puede aceptarse la existencia de un consentimiento tácito? Así podría entenderse en aquellos casos en que el trabajador ingresa a los sistemas electrónicos, y éstos emiten un mensaje que advierte al usuario de la posibilidad de interceptación de las comunicaciones. Si el trabajador de todos modos ingresa al sistema, se entendería que acepta el hecho que no existan garantías a la privacidad de sus mensajes.

Empero, este 'consentimiento implícito' ha tenido una interpretación restrictiva, dada por la jurisprudencia estadounidense, la que ha señalado que esta excepción por consentimiento previo no debe incluir el 'consentimiento constructivo', es decir, aquellos casos en que el trabajador 'debió haber sabido' que sus comunicaciones podrían ser interceptadas.<sup>44</sup>

La otra excepción contemplada en esta ley, la excepción por uso para los negocios, es más controversial. Ella permite que el empleador controle e intercepte las comunicaciones de sus empleados aun cuando no hayan prestado previamente su consentimiento. Puede acogerse a esta excepción el empresario que provea a sus trabajadores del servicio de comunicación electrónica propio de la empresa, cuando el control e interceptación digan relación con el curso normal de los negocios del empleador, y que el contenido de la comunicación interceptada sea de interés legal para la empresa. Esta excepción no limita la forma ni el grado en que puede producirse el monitoreo de *e-mails*, no requiere que la empresa lo notifique a sus empleados, y sólo basta para su procedencia legítima que este monitoreo se produzca dentro del curso normal del negocio.

---

<sup>44</sup> Caso Deal Vs. Spears (1992)

Adicionalmente, las restricciones contenidas en la Ley de Privacidad de Comunicaciones Electrónicas sólo están referidas a la interceptación de mensajes “en tránsito”, mas no hay limitación alguna para el control y registro de los mensajes que se encuentran almacenados en los ordenadores de los trabajadores, situación que es mucho más probable y común que la interceptación de los mensajes en tránsito.

Además de la amplitud de las excepciones a la prohibición de interceptación de las comunicaciones electrónicas que ya existen en la legislación estadounidense, debemos resaltar que la Ley de Privacidad de las Comunicaciones Electrónicas de que venimos hablando fue modificada por las secciones 290 a 212 de la ley *USA Patriot Act*. De estas enmiendas, destacaremos las siguientes:

*Section 210: Scope of subpoenas for records of electronic communications.* (Alcance de las citaciones para los expedientes de comunicaciones electrónicas.) La Ley de Privacidad de las Comunicaciones Electrónicas, en su texto original, establece aquella información que el proveedor de un servicio de comunicación electrónica (ISP) le debe suministrar al gobierno cuando éste le solicita grabaciones electrónicas. Con la enmienda introducida, se añaden “*record of session times and durations of electronic communication as well as any identifying numbers or addresses of the equipment that was being used, even if this may only be temporary. For instance, this would include temporarily assigned IP addresses*” (el registro de la duración de las comunicaciones, así como cualquier identificación numérica o las direcciones del equipo utilizado, incluso si esto es sólo temporal. Por ejemplo, esto incluiría direcciones temporalmente asignadas por el IP.)

*Section 212: Emergency disclosure of electronic communications* (acceso a las comunicaciones de terceros, por emergencia) Antes de la enmienda, un proveedor de servicios de internet no podía divulgar registros de comunicaciones a terceros. Ahora, si el proveedor cree razonablemente que puede haber una emergencia que implique peligro de muerte o lesión física de cualquier persona, entonces el proveedor puede divulgar esta información. El problema es que no se especifica qué se considera “razonablemente”.



Dada la inexistencia de una protección adecuada a la privacidad de los trabajadores respecto de su correspondencia electrónica, ha tocado a los tribunales pronunciarse en relación con despidos fundados en el uso inapropiado de la red. Tales fallos han venido a sentar una incipiente doctrina en cuanto a la obligación de protección de la privacidad del trabajador. Según la jurisprudencia de que venimos hablando, mientras el trabajador cuente con una “*expectation of privacy*”, esto es, una “esperanza razonable de privacidad”, y mientras ello no involucre intereses públicos, su derecho debe ser siempre protegido.<sup>45</sup> Sin embargo, esta doctrina adolece de la debilidad que implica el hecho que la simple información al trabajador en el sentido que sus comunicaciones electrónicas pueden ser controladas, haría perder a éste su expectativa de privacidad y, por consiguiente, el control del correo electrónico vendría a ser legítimo. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso *McLaren v/s Microsoft Corp.*<sup>46</sup>

### **Unión Europea**

La Unión Europea ha intentado ser más específica en la regulación de las comunicaciones electrónicas, específicamente en cuanto al secreto de las mismas. En efecto, la Directiva de la Unión Europea sobre legislación del correo electrónico y normas para las nuevas tecnologías dispone en su artículo 5º:

“Los Estados miembros garantizarán, por medio de normas nacionales, la confidencialidad de las comunicaciones efectuadas a través de las redes públicas de telecomunicación y de los servicios de telecomunicación accesibles al público.”<sup>47</sup>

### **Reino Unido**

La normativa inglesa en este aspecto es abiertamente intervencionista.

En el Reino Unido, la regulación del uso de las comunicaciones internas durante el horario laboral fue modificada radicalmente una vez entró en vigencia, con fecha 24 de octubre de 2000, la Ley de Regulación de Poderes de Investigación

---

<sup>45</sup> Winters, Steven. “*The New Privacy Interest: Electronic Mail in the Workplace*”, en Berkeley Technology Law Journal, volumen 8 (Spring 1993).

<sup>46</sup> Court of Appeals of Texas, May 28, 1999.

<sup>47</sup> Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. 15 de diciembre de 1997.

(*Regulation of Investigatory Powers Act 2000*), aprobada por el parlamento británico en el mes de julio del mismo año. Esta norma permite a los empresarios británicos el "acceso rutinario" al correo electrónico y las llamadas telefónicas de sus empleados bajo el amparo de la ley. El consentimiento del trabajador ya no es necesario para realizar un barrido de los mensajes que éste haya enviado utilizando los medios puestos a su disposición por la empresa.

A la *Regulations of Investigatory Powers Act 2000* (Ley sobre Poderes Inquisitoriales, o Ley sobre Poderes Investigativos), que se aplica tanto para la relación Estado – particulares, como para las relaciones entre particulares, se agrega el hecho que la práctica judicial permite la monitorización de las comunicaciones de los trabajadores cuando –a decir de los empresarios- el fin que se persigue es el obtener información respecto al rendimiento laboral, la prevención de fraudes dentro de la empresa (como la vulneración de secretos de industria), etc.

La antes mencionada *Regulations of Investigatory Powers Act* nació para otorgar a las policías británicas las mayores facultades posibles para perseguir a los criminales y pedófilos en Internet. Esta ley, que regula el procedimiento que debe seguir la policía británica para obtener una orden judicial que le permita interceptar las comunicaciones electrónicas y el historial de navegación por Internet de algún sospechoso, vino a otorgar sin embargo, además, al gobierno británico, la facultad de regular la interceptación de las comunicaciones de los trabajadores. En razón de ello, se emitió la *Lawful Business Practice Regulations*, que no es más que una nómina de 'prácticas comerciales lícitas' que establecen los presupuestos para hacer legítima la intromisión de los empleadores en las cuentas de correo electrónico de sus trabajadores en la empresa, prescindiendo del consentimiento de estos últimos. Las razones que permiten esta intromisión van desde la seguridad nacional hasta asegurar el buen funcionamiento del sistema informático de la empresa.

Dado el impacto que esta legislación ha causado, con posterioridad se estableció el *Information Commissioner*: se trata de una autoridad encargada de controlar el tratamiento de los datos personales que pueden llegar a obtenerse en el uso de estas facultades concedidas a los empleadores, que ha pretendido mitigar los efectos de tan controvertida disposición.

El principio general en la normativa a que nos referimos es que no está permitida la interceptación de las comunicaciones electrónicas sin el consentimiento de los interlocutores. Pero se contemplan dos excepciones:

- Pueden interceptarse las comunicaciones electrónicas cuando pueda verse afectada la seguridad del Estado.
- Pueden interceptarse las comunicaciones de los trabajadores. Ahondaremos sobre este punto, dada su relevancia en consideración a la materia de este estudio.

La excepción que permite interceptar las comunicaciones de los trabajadores parte de la base que dicha interceptación sólo será lícita si el trabajador da su consentimiento. En este punto no hay conflicto, pues como hemos podido apreciar a lo largo del estudio, dicha regla o principio es universalmente aceptada y aplicada. El punto conflictivo dice relación con el hecho que pueden interceptarse lícitamente las comunicaciones electrónicas, aun cuando el trabajador no hubiese prestado su consentimiento, si ella está conectada con alguna de las “prácticas comerciales lícitas”<sup>48</sup>.

Los supuestos enmarcados dentro de estas prácticas comerciales lícitas que permiten la interceptación y registro de las comunicaciones de los trabajadores sin su consentimiento, son los siguientes:

- a) Constatación de hechos. Dice relación con la necesidad del empleador de registrar determinados hechos vinculados a la actividad empresarial, como la información relativa a pedidos o compras efectuadas por sus clientes.
- b) Comprobar o probar el cumplimiento de las normas. Dice relación directa con la potestad de control, vigilancia y disciplina del empleador. La idea es poder verificar que el trabajador está dando cumplimiento a las normas de conducta tanto internas de la propia empresa, como externas, o legales, aplicables a la generalidad de las personas.
- c) Interés general de seguridad nacional. Este acceso no es sólo limitado al empleador, sino que a él tienen acceso también las fuerzas de seguridad.

---

<sup>48</sup> Las referidas “prácticas comerciales lícitas” aparecen precisadas en la “*Lawful Business Practice Regulations*” o Reglamento sobre Prácticas Comerciales Lícitas, de 2000.

- d) Prevenir y detectar delitos.
- e) Investigar y detectar el uso no autorizado de los sistemas de telecomunicación. El propósito de esta excepción es asegurar al empleador que sus trabajadores no vulneran la política empresarial sobre uso de herramientas tecnológicas, como, por ejemplo, el correo electrónico e Internet.
- f) Interceptación (no registro) de las llamadas a las *helplines*.
- g) Asegurar el buen funcionamiento del sistema. En este supuesto, la justificación está dada por la necesidad del empresario de asegurar sus redes informáticas: comprobar la existencia de virus, asegurarse que el almacenamiento de ficheros personales de sus trabajadores no afecta la velocidad y eficiencia de sus sistemas, etc.
- h) Interceptación (no registro) para comprobar si la comunicación es relevante para la empresa. Se busca con esta excepción permitir al empresario acceder a la cuenta del correo electrónico de su trabajador, o al registro de sus llamadas telefónicas (buzón de voz), a fin de determinar si hay en ellos mensajes profesionales o comerciales que, en caso de ausencia del trabajador de su puesto de trabajo (por ejemplo, en caso de enfermedad), debiesen ser atendidos por la empresa antes que el trabajador se reincorpore.

Los apartados c), d) y e) dicen relación con excepciones generales, cuya aplicación no se limita a situaciones del ámbito laboral. Están establecidas respecto a los sistemas de telecomunicaciones que se encuentran a pública disposición, en las directivas de la Comunidad Europea N° 95/46/EC y 97/66/EC.

Las demás excepciones de aquellas antes señaladas (letras a), b), f) g) y h) sólo tienen aplicación en el contexto de una relación laboral. En primer lugar, la interceptación sólo debe decir relación con comunicaciones e información relacionada con actividades legítimas de la actividad u organización de la empresa.

Además, el control sólo debe aplicarse respecto de algún sistema de telecomunicaciones que esté completa o parcialmente destinado a usos relacionados con la actividad empresarial. Por último, quien realice el control o interceptación debe realizar el mayor esfuerzo razonable para informar a quienes hagan uso de los sistemas controlados, que éste es susceptible de interceptación<sup>49</sup>. Sólo bajo estos supuestos, tendrán aplicación las referidas 'prácticas comerciales lícitas' que permiten la intromisión en las comunicaciones de los trabajadores.

Esta nueva regulación ha generado un intenso debate en el Reino Unido acerca de hasta donde puede llegar el empresario en su poder de control de las comunicaciones, planteándose su posible confrontación tanto con el artículo 8 (derecho a la privacidad) de la Convención Europea de Derechos Humanos, que entró a formar parte de su ordenamiento jurídico en octubre de 2000 (*Human Rights Act*), como con la normativa vigente de protección de datos (*Data Protection Act*).

## **España**

Al igual que el caso chileno, no existen en la legislación española disposiciones que regulen la situación que nos ocupa. Sin embargo, España cuenta con una nutrida jurisprudencia que ha venido a ser fuente de respuestas a la situación que nos ocupa, al menos en el país ibérico. Han sido los tribunales españoles, sobre todo resolviendo aspectos de carácter constitucional, los que más han tenido oportunidad de pronunciarse respecto del conflicto a que da lugar el uso de Internet y del correo electrónico por parte de los trabajadores en la empresa.

Como señalábamos, España es quizá el país cuyos tribunales han tenido mayores oportunidades de pronunciarse en relación con el uso no autorizado de los recursos informáticos por parte de los trabajadores. Casos emblemáticos son aquel en que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó justificado el despido de dos trabajadores que durante dos meses intercambiaron correo electrónico considerado obsceno y despreciativo hacia sus subordinadas, o aquel a que dio origen el despido de un trabajador del *Deutsche Bank*, bajo el argumento de utilización inapropiada del correo electrónico, para lo cual aportó como prueba en el

---

<sup>49</sup> Al entrar en vigencia esta regulación, un comunicado oficial respecto a la misma señaló que "Los empresarios necesitan interceptar por una variedad de propósitos esenciales... creemos que ellos tendrán un claro derecho a hacerlo siempre que informen a sus empleados que las interceptaciones pueden tener lugar". *Draft Regulations on Lawful Business Practice Regarding the Interception of Communications*. Department of Trade and Industry, Londres, 2000, párrafo 34.

juicio algunos de los *e-mails* enviados por el trabajador. En este caso, el mismo Tribunal Superior de Cataluña declaró procedente el despido de quien, sin conocimiento ni autorización de su empleador, envió a través del correo electrónico mensajes extralaborales en horario de trabajo. Cabe destacar que para dar razón al despido, el tribunal prescindió del hecho que el empleador intervino el correo electrónico del trabajador para poder tomar la medida, sin mediar consentimiento de éste.

En otra ocasión, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía afirmó que el derecho fundamental que protege la utilización del correo electrónico en la empresa no se encuentra dentro del derecho al secreto de las comunicaciones sino dentro del derecho a la intimidad.

Siguiendo con la jurisprudencia Española, que es la más abundante en relación con el tema que nos ocupa, los tribunales de la península han considerado que es procedente el despido de un trabajador que usó el correo electrónico, a pesar de que habían sido todos advertidos por la empresa que no estaba autorizado el uso para motivos ajenos a la empresa. El Tribunal dice que tal advertencia era innecesaria porque el trabajador debe cumplir sus obligaciones de acuerdo con la buena fe, lo que excluye actividades ajenas al puesto de trabajo. Esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de Julio de 2000 la examinaremos más adelante a propósito del correo electrónico.

Respecto a la procedencia de medios electrónicos para producir prueba, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 16 de Octubre de 1998, admitió como prueba documental los "logs" de acceso del ordenador del trabajador: se trata del caso en que un trabajador usó Internet en horas de trabajo para asuntos "poco procedentes" con su trabajo, como compras de material pornográfico.

En sentencia de 15 de junio de 1999, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia consideró abuso de confianza el caso en que un trabajador utilizó los servicios informáticos de la empresa para asuntos personales, e incluso registrando en Internet una dirección de correo que correspondía al ordenador de la oficina comercial de la empresa.

En relación con el caso concreto del correo electrónico, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 5 de Julio de 2000, en un caso en el que dos trabajadores fueron despedidos por enviar correos electrónicos, durante un mes y medio, a dos compañeras. Dichos correos eran claramente obscenos, y en esta

empresa se había comunicado a los trabajadores que no estaba autorizado el uso de los medios informáticos para asuntos ajenos a la empresa. Es decir, había aviso previo, aunque ello no es lo concluyente en el fallo. El Tribunal consideró innecesaria la advertencia de la empresa de no poder usar particularmente el sistema informático, pues de acuerdo con el artículo 5 letra a) del Estatuto de los Trabajadores Español, éste obliga a los trabajadores a cumplir con sus obligaciones, entre los que está excluida la realización de actividades ajenas al puesto de trabajo en el horario laboral. La sentencia no considera acoso sexual, ni comportamiento obsceno y despreciativo tales correos, pero sí los considera trasgresión de la buena fe y abuso de confianza, por realizar actividades ajenas en el puesto de trabajo y por desobedecer las órdenes de la empresa de no usar los medios informáticos para uso particular. Por tales motivos consideró procedentes los despidos.

Sin embargo, la sentencia más emblemática ha sido la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 14 de Noviembre de 2000. El caso es el siguiente: el trabajador despedido, afiliado a sindicato, con 30 años de antigüedad, envió 140 correos electrónicos a 298 destinatarios, en un mes y medio, mediante los ordenadores de la empresa, con mensajes humorísticos, sexistas e incluso obscenos, con escaso costo económico para el empleador. El pronunciamiento del Tribunal fue el siguiente: "(...) dichos mensajes, ajenos a la prestación de servicios (de naturaleza obscena, sexista y humorística), se remitieron en horario laboral; cuando es así que la empresa demandada sólo permite utilizar el referido sistema de comunicación por motivos de trabajo. Concorre así un acreditado incumplimiento laboral del trabajador sancionado, que tanto por su contenido como por su reiteración en el tiempo, resulta expresivo de una entidad disciplinaria suficiente como para revestir de razonabilidad a la reacción empresarial; no pudiendo, por ello enmarcarse su decisión en motivaciones ajenas a las propias que disciplinan la relación de trabajo. Nuestra doctrina jurisprudencial ha venido señalando (en aplicación del artículo. 54.2 d) Estatuto de los Trabajadores) cómo esta causa de despido comprende, dentro de la rúbrica general de trasgresión de la buena fe contractual, todas las violaciones de los deberes de conducta y cumplimiento de la buena fe que el contrato de trabajo impone al trabajador, lo que abarca todo el sistema de derechos y obligaciones que disciplina la conducta del hombre en sus relaciones jurídicas con los demás y supone, en definitiva, obrar de acuerdo con las

reglas naturales y de rectitud conforme a los criterios morales y sociales imperantes en cada momento histórico; debiendo estarse para la valoración de la conducta que la empresa considera contraria a este deber, a la entidad del cargo de la persona que cometió la falta y sus circunstancias personales; pero sin que se requiera para justificar el despido que el trabajador haya conseguido un lucro personal, ni ser exigible que tenga una determinada entidad el perjuicio sufrido por el empleador, pues simplemente basta que el operario, con intención dolosa o culpable y plena conciencia, quebrante de forma grave y relevante los deberes de fidelidad implícitos en toda prestación de servicios, que debe observar con celo y probidad para no defraudar los intereses de la empresa y la confianza en él depositada. En el presente supuesto, la naturaleza y características del ilícito proceder descrito suponen una clara infracción del deber de lealtad laboral que justifica la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo con base en el citado artículo 54.2 d), al haber utilizado el trabajador los medios informáticos con que cuenta la empresa, en gran número de ocasiones, para fines ajenos a los laborales, contraviniendo así con independencia de su concreto coste económico temporal un deber básico que, además de inherente a las reglas de buena fe y diligencia que han de presidir las relaciones de trabajo, parece explicitado en el hecho y comprometiendo la actividad laboral de otros productores. Como señala la STSJ de Murcia 15 Junio 1999 (...) por razones elementales de orden lógico y de buena fe, un trabajador no puede introducir datos ajenos a la empresa en un ordenador de la misma, sin expresa autorización de ésta, pues todos los instrumentos están puestos a su exclusivo servicio (...)".

### **Finlandia**

El antecedente más reciente en la materia, en cuanto a legislación positiva, lo tiene Finlandia, cuyo parlamento (*Eduskunta*) aprobó en marzo de 2009 una reforma a la Ley de Protección de las Comunicaciones Electrónicas, reforma que permitirá a los empleadores, tanto público como privado, investigar indagar las comunicaciones electrónicas de sus empleados<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> La nueva ley ha sido denominada "Ley Nokia", debido a la presión que durante más de dos años habría ejercido el fabricante finlandés de teléfonos móviles para que se le permitiera supervisar las comunicaciones de sus empleados, después de sufrir varios casos de presunto espionaje industrial.



Con anterioridad a esta reforma, la empresa podía únicamente investigar el correo electrónico si su investigación estaba basada en la sospecha de filtraciones de secretos industriales, y requería previamente que esas actividades sospechosas fueran denunciadas. Por su parte, la referida investigación podía ser únicamente efectuada por la policía con la respectiva orden judicial.

Sin embargo, la reforma permitirá a los empleadores controlar datos del correo electrónico de sus empleados (como el destinatario y el remitente), el formato y tamaño de los archivos adjuntados, o la fecha y hora de los mensajes, aunque no podrán acceder al contenido de los mismos.

## **Latinoamérica**

### **Brasil**

Brasil tiene una de las legislaciones más estrictas en lo que se relaciona a la privacidad de los mensajes de datos. Conforme la legislación brasileña, la violación a la privacidad de un trabajador constituye para éste causa legal de renuncia justificada, e incluso podría resultar en responsabilidad civil del empleador por daños morales y en responsabilidad penal de los directores de la empresa infractora.

En efecto, la Ley 9269/96 trata sobre la vigilancia de las conversaciones telefónicas y las comunicaciones informáticas y telemáticas, y dispone que dicha vigilancia sólo será legal previa aprobación del tribunal competente. En particular, el artículo 10 de la referida ley dispone en forma expresa que la interceptación de una comunicación telefónica, informática o telemática sin la debida autorización de un tribunal, o para propósitos no autorizados por la ley, constituye delito<sup>51</sup>.

A mayor abundamiento, la jurisprudencia brasileña ha señalado que el uso de las herramientas informáticas por parte de un trabajador no justifica la intromisión por parte del empleador. En dicho sentido, la Corte Regional Tercera del Trabajo de Brasil señaló que “el hecho de que un trabajador se encuentre en su lugar de trabajo no anula sus derechos personales, siendo uno de ellos el derecho a la intimidad o privacidad.”<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> La infracción a esta disposición acarrea para el responsable una pena que va de dos a cuatro años de presidio.

<sup>52</sup> Caso RO 313/97, Corte Regional Tercera del Trabajo, República Federal del Brasil.

Como podemos apreciar, la legislación brasileña es a este respecto radicalmente opuesta a la política de autorregulación imperante en los Estados Unidos y, aun más, con la legislación de ciertos países europeos, especialmente el caso británico, que antes estudiáramos, que se caracteriza por su permisividad con los empresarios y empleadores.

### **Argentina**

No existen en el país trasandino normas específicas que regulen el asunto que nos ocupa. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han manifestado al respecto.

Algunos autores sostienen que el empresario tiene derecho a controlar al trabajador, fundamentado en el derecho de propiedad que le asiste sobre sus herramientas tecnológicas. Sin embargo, la jurisprudencia se ha manifestado en sentido contrario. En efecto, una sentencia dictada por la Sala Cuarta de la Cámara del Crimen falló a favor de la invulnerabilidad de la comunicación vía correos electrónicos. La Cámara del Crimen reivindicó la privacidad de los correos electrónicos y, en consecuencia, revocó un procesamiento contra un funcionario de una compañía multinacional, para el cual había servido como prueba la presentación de varios e-mails. El ejecutivo había sido procesado al tomar como prueba el juzgado de instrucción varios e-mails privados del Funcionario. Sin embargo, la Cámara declaró la nulidad de la prueba, porque "de lo contrario se asentaría la violación de las garantías constitucionales" de inviolabilidad de la correspondencia y protección de las acciones privadas "que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública". "La invulnerabilidad de esta forma de comunicación (los e-mails), y todo lo que se entienda por ella, era y sigue siendo una regla capital para el desenvolvimiento del derecho de autonomía o autodeterminación personal en un Estado constitucional y democrático de derecho", dijeron los camaristas. Los jueces destacaron que "el empleador tiene prohibido, en principio, leer e-mails enviados o recibidos por sus empleados", son riesgos de violar "el derecho de privacidad del trabajador".<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup>[http://www.noticiasdot.com/publicaciones/2005/0405/1304/noticias/noticias\\_130405-03.htm](http://www.noticiasdot.com/publicaciones/2005/0405/1304/noticias/noticias_130405-03.htm) [10 de agosto, 2009]

## CAPÍTULO VI

### ESTADO DE LA CUESTIÓN EN CHILE

La Situación actual del asunto que nos ocupa, no es muy distinta en Chile de lo que ocurre en otras latitudes; obviando los casos como el estadounidense y el británico, que como pudimos ver, son bastante liberales y permisivos en cuanto al control que el empresario puede hacer respecto del correo electrónico de sus trabajadores. En efecto, nuestra realidad es similar tanto en el hecho que el referido control es una constante innegable, como en el que el asunto no ha sido objeto de una regulación expresa o sistemática que nos permita darle una fácil solución.

Sin perjuicio de lo anterior, a través de normas dispersas, de los principios que rigen nuestro ordenamiento, de los escritos de la doctrina y de nuestra jurisprudencia, es posible salvar el vacío en que pareciera dejarnos la laguna existente a este respecto.

Tal como lo viéramos anteriormente, la discusión se produce básicamente entre dos posturas, que sostienen:

a) El empleador es dueño de los medios productivos de la empresa, lo que incluye mesas, teléfonos y, claro, los computadores, las redes y los correspondientes *software*. Al ser dueño, además las facultades directivas del empleador incluirían la posibilidad de controlar las comunicaciones privadas de sus empleados que se envían durante la duración de la jornada de trabajo, porque se supone que son parte del proceso productivo y que en ningún caso son privadas. Pensar lo contrario, señalan quienes sostienen estos argumentos, implicaría pasar por encima del derecho de propiedad que sobre los bienes productivos tiene el empleador.

b) Una postura contraria sostiene que la Constitución protege en forma expresa las comunicaciones privadas (Art. 19 N° 4) en términos que se nos asegura la “inviolabilidad del hogar y de ***toda forma de comunicación privada***” (el destacado es nuestro) y que los documentos privados *sólo* pueden interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas ***determinados por la ley***. (El destacado es nuestro). Entonces, cualquier tipo de restricción del empleador atentará contra esta garantía fundamental relativa a la privacidad, vulnerando los derechos

fundamentales que corresponden al trabajador, en forma inherente a su calidad de persona.

Para hacer una aplicación concreta de lo que hemos estudiado anteriormente, en relación con lo que ocurre en nuestro país respecto del control del uso del correo electrónico, partamos recordando que, al respecto, la Dirección del Trabajo señaló que "de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos, pero en ningún caso podrá tener acceso al contenido de la correspondencia electrónica privada enviada o recibida por los trabajadores".<sup>54</sup>

Tanto los mecanismos con los que cuenta el empresario para hacer efectivo el control del uso que del correo electrónico pueden hacer los trabajadores, como las condiciones y límites a los que debe someterse para llevarse a cabo, que analizáramos en el Capítulo IV, son aplicables y, de hecho, se aplican en Chile. Veamos, entonces, qué consecuencias pueden aparecer, en nuestro país, de la aplicación del referido control.

#### **Uso abusivo del correo electrónico. Desvinculación del trabajador**

De lo que hemos estudiado con anterioridad, podríamos concluir que, enmarcado dentro de sus facultades sancionatorias, el empleador podría tomar como máxima medida disciplinaria respecto de un trabajador que ha hecho uso abusivo del correo electrónico puesto a su disposición por la empresa, el despido de aquél. Sin embargo, para esto debemos, primeramente, determinar qué ha de entenderse por uso abusivo y, luego, si dicho eventual uso abusivo es suficiente para legitimar una medida así de drástica. Para establecer como posible y legítima la desvinculación del trabajador por el motivo referido, deberemos antes justificarla.

Comencemos señalando que el correo electrónico, al ser proporcionado por la empresa, debiese destinarse a un uso estrictamente profesional, por cuanto se trata de una herramienta de trabajo propiedad de aquélla, no debiendo, en consecuencia, utilizarse para fines particulares. Pero aun en este caso, la facultad de control de la empresa sobre el correo debiese limitarse únicamente a comprobar si realmente se utiliza el correo electrónico para el fin para el que se destinó, sin más intromisión, que sería a todas luces ilegítima. Y en todo caso debe mantenerse la privacidad de los mensajes, sin que un acceso indiscriminado a los mismos sea

---

<sup>54</sup> Dirección del Trabajo, dictamen 0260/0019 del 24 de enero de 2002

aceptable. El simple hecho de ser el correo electrónico proporcionado por la empresa una herramienta de trabajo, no obsta a que la interceptación del mismo sin la debida justificación pueda considerarse lesiva para los derechos fundamentales del trabajador.

En la misma línea, hicimos referencia antes a la buena fe con que debe desarrollarse la actividad laboral. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que “las relaciones laborales han de desarrollarse en un clima de confianza, el que se genera en la medida que las partes cumplan sus obligaciones en la forma estipulada, fundamentalmente de buena fe y respetando el deber de fidelidad y lealtad que les afectan. Es por esta razón que ante ciertas conductas del trabajador, debidamente comprobadas, la legislación autoriza al empleador a poner término al vínculo contractual, sancionando al dependiente con la pérdida de las indemnizaciones que, en otro evento, le habrían correspondido”<sup>55</sup>.

Asimismo, y haciendo uso de las facultades sancionatorias que el ordenamiento confiere al empleador, enmarcadas dentro del Poder de Dirección al que hiciéramos referencia en capítulos anteriores, el empleador podría tomar medidas en contra del trabajador que infringiera las instrucciones que al respecto el empleador le hubiese impartido.

En síntesis, entonces, podemos decir que existen dos grandes razones que vendrían a legitimar el despido del trabajador por el uso que éste haga del correo electrónico proporcionado por el empresario: la vulneración del principio de buena fe y el abuso de confianza, y la indisciplina o desobediencia.

Nuestro legislador laboral ha materializado en normas concretas lo que venimos señalando. La primera razón de las señaladas en el párrafo anterior se encuadra, en nuestra legislación, dentro de la causal N° 1 letra a) del Artículo 160 del Código del Trabajo: **Falta de probidad en el desempeño de sus funciones**. La segunda, por su parte, se encuadra dentro de la causal N° 7 del mismo artículo: **Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato**. Analizaremos cada una de ellas por separado.

---

<sup>55</sup> Corte Suprema, RDJ, Tomo XCIX (2002), N° 3, (Julio-Septiembre), Sección 3

## **1. Falta de probidad del trabajador**

Tradicionalmente se ha entendido que falta de probidad es sinónimo de una actuación de mala fe. Se entiende, indiscutida e indiscutiblemente, que sin perjuicio de las obligaciones que configuran la relación jurídica entre las partes, no puede desconocerse que el contrato de trabajo se encuentra también marcado por su contenido ético, es decir, por el imperio de ciertos principios que las partes deben respetar; entre ellos, el deber de fidelidad y lealtad a que ambas se encuentran obligadas, atendidas, entre otras, las circunstancias de alta competitividad en que se desarrollan, en el mundo moderno, las actividades empresariales. Por lo mismo, las relaciones laborales han de desenvolverse en un clima de confianza, el que se genera en la medida que las partes cumplan con sus obligaciones en la forma estipulada, fundamentalmente, de buena fe.

En relación con la causal en estudio, la jurisprudencia ha resuelto, reiteradamente, que para que exista la causal de falta de probidad se requiere que los hechos que la configuren y, por consiguiente, justifiquen el término de la relación laboral, deben reunirse dos requisitos copulativos, a saber: resultar nítidamente probados y revestir cierta magnitud, gravedad o significación.<sup>56</sup> Analicemos ambos requisitos:

### **a) Gravedad**

Un tema relevante que debiésemos tomar en cuenta para determinar el nivel de responsabilidad que pueda llegar a tener el trabajador por el uso hecho del correo electrónico proporcionado por el empleador, así como la gravedad del referido uso o abuso, dice relación con la titularidad de la cuenta (“dominio de la empresa” o “dominio genérico”). En relación con esto podemos distinguir dos situaciones: si la empresa ha contratado un dominio propio, y ésta permite que sus empleados se valgan de dicho dominio, o si se utiliza uno gratuito o, igualmente, no tiene un nombre relacionado con la organización empresarial.

Como venimos señalando, deberá tenerse una diferente consideración respecto del uso del correo electrónico proporcionado por la empresa y aquel de uso particular del trabajador, contratado por él mismo al margen de su relación laboral con la empresa.

---

<sup>56</sup> Corte Suprema, RDJ, T. XCIX (2002), N° 3 (Julio-Septiembre), sección 3.

En cuanto al correo electrónico particular del trabajador, es evidente que cualquier intromisión en el mismo supone una vulneración de derechos fundamentales. Ello no obsta a que la empresa imponga, en aplicación de su facultad directora de la relación laboral, la prohibición o restricción que crea oportuna respecto a la utilización del correo electrónico particular durante la jornada laboral, el incumplimiento de la cual podría ser sancionable, incluso con el despido en caso de reiteración o de mayor gravedad.

En el primer caso, la gravedad del uso extralaboral de la cuenta que pueda hacer el trabajador es mayor. Ello, porque dicho uso puede poner en entredicho a la empresa para la cual el trabajador presta sus servicios. En el segundo, al utilizarse un correo propio -contratado por el trabajador- quien se compromete es el titular de la cuenta. En general, si el trabajador tiene una dirección de correo electrónico cuyo nombre de dominio se parezca, o acaso sea, idéntica a la empresa a la que presta sus servicios y ha hecho un mal uso de él, tendría un ámbito de gravedad mas amplio que aquel que ha usado un correo gratuito (tipo *yahoo*).

En el primer caso el trabajador está usando no sólo la infraestructura y herramientas físicas del empleador: la contratación de un dominio de Internet es algo que no es gratuito, al contrario de lo que ocurre en el segundo caso. Por otra parte, en el primer caso aparece mencionado el nombre de la empresa, no así en el segundo. La consecuencia es clara: el trabajador puede incluso contratar productos con cargo a la empresa con fines ilegales o al menos no apropiados. Otro elemento más a ponderar para determinar la gravedad de los hechos.

Por otra parte, recordemos que el uso indebido que del correo electrónico en la empresa puede llegar a hacer el trabajador puede hacer incurrir al empleador en la obligación de resarcir los perjuicios que dicho uso puede causar a terceros, además de al mismo empresario: nos referimos a la responsabilidad por el hecho ajeno, contemplada en el artículo 2.320 del Código Civil. En relación con esto, nuestra jurisprudencia ha señalado que “Para que surja la responsabilidad por el hecho ajeno, se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: 1. que exista un vínculo de subordinación o dependencia entre dos personas; 2. que este vínculo sea de derecho privado; 3. que ambas personas sean capaces de delito o cuasidelito; 4. que el subordinado o dependiente haya cometido un hecho ilícito, y 5. que la víctima pruebe la responsabilidad del subordinado o dependiente.”<sup>57</sup> Más

---

<sup>57</sup> Corte Suprema, RDJ, T. XCV (1998), N° 1, (Enero-Abril), sección 1.

aún, y esto vendría a empeorar la situación del empleador respecto de la responsabilidad que podría caberle por la actuación de su trabajador, la misma Corte ha dicho que “basta que una persona preste servicios a las órdenes de otra, para que aquélla tenga el carácter de dependiente respecto de ésta, sin que se tome en cuenta ninguna otra consideración.”<sup>58</sup> De lo que venimos señalando, entonces, resulta que si, por ejemplo, el trabajador, haciendo uso extralaboral del correo electrónico proporcionado por la empresa, o utilizando la infraestructura –ya sea física o tecnológica- de la misma, propaga un virus que infecta las redes de terceros, o comete cualquier otro acto que pueda resultar ilícito, el empleador, como propietario de los sistemas, y conforme lo antes señalado, podría resultar obligado a resarcir perjuicios, en relación con la responsabilidad que le cabe por el hecho culposo (o doloso) de sus dependientes.<sup>59</sup>

Por último, para determinar la significación de la responsabilidad del trabajador respecto del uso o abuso del correo electrónico proporcionado por la empresa, habrá que revisar si el empleador ha autorizado o no la utilización de aquél para fines no laborales, si se han establecido medidas de seguridad, códigos de conducta, etc., cuyas infracciones vendrían a agravar la falta del trabajador. Sin embargo, analizaremos esto último cuando estudiemos la causal de Incumplimiento Grave de las obligaciones del contrato. En lo que respecta al requisito de gravedad, este último es un concepto abstracto, pero que debe ser analizado en concreto: el tribunal, considerando la actividad, el oficio, nivel cultural, reiteración de la falta, ambiente en que se producen los hechos, apreciando todas esas circunstancias, señalará si el uso que el trabajador ha hecho del correo electrónico constituye abuso y, por consiguiente, puede encuadrarse dentro de la causal.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> Corte Suprema, RDJ, T. LXXXIII (1986), Nº 2 (Mayo-Agosto), sección 1.

<sup>59</sup> A modo de ejemplo, citamos dos casos que se produjeron en Estados Unidos y Reino Unido. En el primero de ellos, la empresa norteamericana *Chevron Corp* fue obligada a pagar 2,2 millones de dólares a cuatro demandantes que recibieron correo electrónico con contenido sexual y que fueron acosados por un empleado a través del sistema de correo electrónico de la compañía. Asimismo en 1997 *Nonwich Union* (empresa británica) pagó 450.000 Libras esterlinas por daños, cuando fue demandada por mensajes de correo electrónico con contenido difamatorios concernientes a *Wester Provident Association*, enviados internamente entre miembros de *Nonwich Union*.

<sup>60</sup> La conducta del trabajador puede llegar a tener tal gravedad que puede incluso hacerlo responsable por los daños causados: de tal modo, además de la sanción disciplinaria propia de la relación laboral, puede surgir una responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados y, en caso de que haya mala fe, incluso responsabilidad penal, puesto que su conducta podría ser considerada constitutiva de delito.



## b) Debidamente comprobada

La falta de probidad, como causal de terminación del vínculo laboral, según lo impone el numerando primero del artículo 160 del Código del Trabajo, debe ser “debidamente comprobada”, exigencia probatoria que, según han dicho nuestros tribunales, sólo puede ser atribuida a la intención del legislador de que este motivo, particularmente grave, se acredite en el proceso de forma indubitable, a fin que el tribunal llegue a una plena convicción de la configuración de la causal.

A fin de probar la existencia de la causal, el empleador que la invoca puede recurrir a cualquiera de los medios probatorios que el Código del Trabajo contempla. Respecto a esto no cabe ninguna duda. El problema se suscita respecto a si los correos electrónicos del mismo trabajador cuyo abuso se invoca como causal, pueden ser presentados como prueba en el proceso.

En principio, no parece haber inconveniente alguno respecto de la presentación en juicio de un correo electrónico, aplicando el principio de equivalencia de soportes: lo asimilamos a prueba documental. Además, en los procedimientos laborales, la prueba se aprecia con arreglo al sistema de la sana crítica, estando facultados los jueces del fondo para asignarles a los medios de prueba adjuntados por las partes el valor probatorio que en su razón ella les produzca, con arreglo a las normas de la lógica y al conocimiento que da la experiencia.

El problema se produce respecto de la forma en que se obtuvo la prueba. El proceso de obtención de la prueba tiene un límite claro: los procedimientos a través de los cuales se obtenga la prueba no pueden suponer la violación de derechos fundamentales o libertades públicas. Volvemos, entonces, a las condiciones y limitaciones señaladas en capítulos anteriores, a las cuales debe sujetarse el empleador para controlar el correo electrónico proporcionado a los trabajadores, y el uso que éstos hacen de aquél.

## **2. Incumplimiento grave de las obligaciones del contrato**

Vimos antes, al analizar la causal de falta de probidad, que la gravedad de la actuación del trabajador se veía incrementada en el evento que el empleador hubiese establecido ciertas directrices en cuanto a la forma en que habría de ser usado el correo electrónico proporcionado por la empresa, o el acceso al correo

electrónico de cuya cuenta es titular el trabajador, haciendo uso de la infraestructura proporcionada por el empresario.

En directa relación con ello, el legislador ha considerado digno de sanción, al punto de no dar derecho al pago de indemnización alguna para el trabajador sancionado, el hecho que éste incumpla –gravemente- con las obligaciones que el contrato le ha impuesto y que consecuentemente el trabajador ha aceptado al ponerse a disposición del empleador.

Sin embargo, no cualquier incumplimiento da lugar a la sanción de la que venimos hablando. De la sola redacción de la norma se desprende que el incumplimiento debe ser grave, y a este respecto se ha pronunciado nuestra jurisprudencia, señalando que “para los efectos de configurar la causal 7ª es necesario que el incumplimiento de las obligaciones que impone el contrato sea de tal entidad y magnitud que afecte en su esencia el acatamiento de las obligaciones contractuales, por cuanto va más allá de aquellas infracciones aceptadas por las partes o por la ley, tales como faltar un día en el mes o llegar atrasado cinco minutos; más aún, no debe existir duda alguna respecto a que el trabajador con su actuar excedió no sólo los márgenes propios del contrato de trabajo sino también las demás estipulaciones que se entienden pertenecerle, ya sea por la costumbre o la propia conducta de las partes.”<sup>61</sup>

Además del requisito de gravedad del incumplimiento, la conducta que constituye incumplimiento debe estar establecida en el contrato de trabajo, o en el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad, pues de no ser así, la referida conducta no podría ser considerada como incumplimiento. En tal sentido se ha pronunciado la Corte Suprema.<sup>62</sup>

De acuerdo con lo señalado, no existe impedimento alguno en el hecho que las partes, de común acuerdo, establezcan en el contrato –o el empleador, en el Reglamento Interno- que un hecho constituye incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, aun cuando normalmente tal hecho no revista la gravedad necesaria como para constituir la causal invocada, de incumplimiento grave de las obligaciones contractuales.<sup>63</sup> De tal modo, entonces, se haría plenamente aplicable la causal de incumplimiento grave de las obligaciones del contrato para justificar el despido del trabajador, si en el contrato o en el

---

<sup>61</sup> C. Suprema. Rol N° 3.587, de 16 de mayo de 1994.

<sup>62</sup> C. Suprema. Rol N° 2.955, de 7 de marzo de 1994

<sup>63</sup> C. Suprema. Rol N° 7.966, de 14 de abril de 1993.

Reglamento, se hubiese establecido, por ejemplo, que el trabajador no podría usar el correo electrónico para fines personales.

En directa relación con lo anterior, la jurisprudencia ha señalado que "La elevación al carácter de esencial de una obligación, mediante una cláusula contractual que considera su incumplimiento como grave y constitutivo de causal de término del contrato de trabajo, ha obedecido en la especie a la necesidad de aumentar el rendimiento de la empresa, constituyendo respecto del empleador una expresión de su facultad de administración y, para el trabajador, una obligación correlativa más del vínculo laboral, que no importa renuncia anticipada de los derechos que le asegura la legislación laboral. La calificación de esencial de la obligación, asignada de común acuerdo, no importa crear una causal de despido justificado, las que están establecidas en la ley, pero sí una circunstancia de hecho que el juez de la causa calificará en su momento."<sup>64</sup>

Así, entonces, si el empresario ha emitido órdenes por medio de comunicaciones hacia los trabajadores, advirtiéndoles que los equipos informáticos sólo pueden ser utilizados para trabajar y no para uso particular y estos desobedecieran, estarían incurriendo en causa de despido.

### **Defensa del trabajador ante la intervención del correo electrónico**

De lo que hemos estudiado hasta el momento, hemos podido ver que, dentro de ciertos límites y bajo ciertas condiciones, el empleador puede controlar el uso que los trabajadores hacen del correo electrónico dentro de la empresa, y que incluso puede llegar a intervenirlos. Sin embargo, nada garantiza que el referido control o la eventual intervención se lleven a cabo cumpliendo las restricciones a que más arriba se ha hecho referencia, y que por consiguiente no vulneren los derechos que la Constitución ha garantizado al trabajador. Por ello, el trabajador cuenta con ciertos mecanismos de "defensa" ante una eventual invasión de su privacidad o vulneración de su derecho a la inviolabilidad y secreto de sus comunicaciones. Dichos mecanismos pueden ir desde medios informáticos, contrarrestando aquellos que usa el empleador para llevar a cabo el control o eventual intervención, hasta herramientas jurídicas que el ordenamiento le confiere tanto en su calidad de trabajador, como en su calidad de ciudadano.

---

<sup>64</sup> C. Santiago. Rol N° 3.497-96. G. J. N° 197, año 1996, p. 180

## 1) Medios electrónicos

Así como han proliferado los programas para controlar el correo electrónico, han aparecido sistemas de cifrado para dificultar la intromisión ajena. Como ejemplo de ello, la empresa *AbsoluteFuture.com* ha iniciado un servicio que permite el envío de correo cifrado. De esta manera, el remitente puede, además, fijar en qué fecha y hora quiere que se destruya su mensaje, y si el receptor podrá o no obtener copias del mismo.

La función inmediata del cifrado es el suministro del servicio de confidencialidad, sea de los datos o del flujo de tráfico. Es además es una pieza fundamental para el logro de otros varios servicios. Este mecanismo supone procedimientos y técnicas de gestión de claves, capaces de generarlas y distribuirlas de manera segura a lo largo de la red. En efecto, el trabajador podría usar las herramientas de encriptación (cifrado) para que resultara imposible la lectura de los correos electrónicos que envía. Con los algoritmos que se usan hoy en día (hasta 512 bits), resultaría virtualmente imposible acceder a un determinado tipo de información con el simple uso de un software, como PGP.<sup>65</sup>

El sistema de encriptación PGP funciona como un algoritmo del tipo de clave pública o asimétrica. "En un sistema de clave pública, cada usuario crea una privada y otra pública. Se puede cifrar un mensaje con la pública y descifrarlo con la privada (no se puede cifrar y descifrar con la misma clave). El usuario difunde la pública, poniéndola a disposición de cualquiera que quiera enviarle un mensaje. Una vez que el mensaje ha sido recibido por el usuario, éste podrá descifrarlo con su clave privada. El esquema se puede considerar como si fuese un buzón con dos llaves, una para abrir y otra para cerrar". "Cualquiera puede introducir un mensaje en el buzón y cerrarlo, pero solamente el propietario podrá abrirlo"<sup>66</sup>. Una gran ventaja de este esquema criptográfico es que, al contrario que los sistemas tradicionales donde la clave de cifrado y descifrado coinciden, no es necesario encontrar un procedimiento seguro para enviarla al recipiente del mensaje.

PGP es un software gratuito, y la obtención de claves para su uso también. Significa eso que cualquiera tiene acceso a él, y significa también que la "inviolabilidad de hecho" para los mensajes de correo electrónico de los trabajadores es muy fácil de conseguir. La falta de información sobre el correcto

---

<sup>65</sup> <http://www.pgp.com>

<sup>66</sup> <http://www.delitosinformaticos.com/ciberderechos/usocorreo1.shtml>, [10 de agosto de 2009]

funcionamiento del correo electrónico provoca el poco uso de éste y otros programas parecidos. En la actualidad, no hay ningún pronunciamiento sobre la legalidad o no del uso por parte de un trabajador de mecanismos de cifrado en sus mensajes de correo electrónico.

## **2) Herramientas jurídicas de defensa**

Si bien hay quienes entienden que el único conflicto o litigio laboral digno de amparo judicial es el que invoca el ejercicio de derechos avaluables en términos económicos,<sup>67</sup> no cabe duda que la infracción del deber del empleador de cumplir con su obligación de proteger la dignidad del trabajador, o la vulneración por parte de aquél de los derechos fundamentales de éste, puede ser sancionada por los tribunales, ya sea mediante acciones civiles ordinarias de indemnización de perjuicios por el daño causado, o mediante acciones constitucionales, dada la eficacia directa de la Constitución, consagrada en nuestra ley fundamental en su artículo 6º, que en su inciso segundo en su efecto dispone:

“Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”

La afectación de los derechos del trabajador, producida por la intromisión del empleador en la correspondencia privada del trabajador, queda resguardada por las acciones civiles y penales correspondientes, junto con constituir una infracción a las obligaciones que impone el contrato de trabajo, cuya gravedad, establecida judicialmente, podría llegar a constituir causal de despido indirecto. De hecho, en directa relación con lo anterior, en una sentencia de 1999, la Corte de Apelaciones de Rancagua declaró que constituía falta de probidad el ingreso, sin autorización de su usuario, a la oficina de éste y a su computador, más aún, en el evento de considerarse este ingreso como necesario por una emergencia impostergable,

---

<sup>67</sup> Ver Ugarte Cataldo, José, “Los derechos fundamentales y la relación laboral: el largo camino a los tribunales “ en Anuario del Derecho del Trabajo y Seguridad Social, N° 2/2001, Santiago,

cuando él tenía un objetivo preciso y no era ingresar a archivos o páginas webs que se encontraban en el computador, interfiriendo en la privacidad del usuario.<sup>68</sup>

Recientemente, en el marco del nuevo procedimiento laboral, en un juicio por despido vulneratorio de derechos fundamentales, en procedimiento especial de tutela laboral, el juez del trabajo de Copiapó, por sentencia de fecha 15 de septiembre de 2008, acogió la demanda interpuesta por una trabajadora que fue despedida por incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, acusada de haber entregado información confidencial a través de vías electrónicas a personal de otra empresa.

Aun cuando en definitiva el juez acogió la demanda de la trabajadora, al hacer el análisis respecto del juicio de idoneidad, aceptó como legítimos los siguientes argumentos del empleador:

- a) Es legítimo que el empleador pretenda controlar los medios tecnológicos que son de su dominio y que, como tal, pone a disposición de sus trabajadores para el cumplimiento de sus funciones;
- b) es legítimo que el empleador pretenda controlar las herramientas que proveen sus sistemas computacionales, las que implican para él un costo en el cual debe incurrir; y
- c) es legítimo que el empleador pretenda evitar que pueda filtrarse a terceros información que resulta confidencial para su empresa y sus negocios.

Luego de concluir afirmativamente respecto de estas interrogantes, el Juez continúa con el triple juicio a que hicieramos referencia anteriormente: Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad, para determinar si esos derechos legítimos que tiene el empleador no han sido ejercidos vulnerando otros derechos resguardados constitucionalmente.

Así, respecto del Juicio de Necesidad, el sentenciador concluye que el empleador no tenía otros medios para enterarse de la circunstancia que su trabajadora se comunicaba con una empleada de otra empresa vía Messenger, más que la lectura que hizo de los respaldos de las conversaciones. Al hacerse esta pregunta, en la sentencia el Juez señala: “La respuesta rotunda es no, toda vez que las posibilidades en estos casos son muy limitadas, ya que se trata de

---

<sup>68</sup> Corte de Apelaciones de Rancagua, 12.021999

conversaciones instantáneas, a través de un mecanismo electrónico –como muy bien lo reconoció el testigo Francisco Lagos Peralta “es como un teléfono con escritura”, donde las únicas opciones distintas serían más graves y vulneratorias como por ejemplo intervenir directamente el Messenger –si es que se pudiese- o derechamente tener un vigilante toda la jornada de trabajo, que estuviese constatando que no se hable con terceros. De lo anterior, que evidentemente la menos invasiva resulta ser la lectura y utilización de los respaldos de la conversación privada.”

Respecto del juicio de proporcionalidad, la sentencia señala: “La prueba documental rendida, como ya se analizó, en ninguna parte ilustró a este juzgador en el sentido de que se haya establecido en el reglamento interno, que las conversaciones electrónicas de los trabajadores, efectuadas desde equipos computacionales de la empresa, serían respaldadas en archivos que convertirían esta información en pública. Si se hubiese establecido tal advertencia, quizá ello pudiese haber llegado a justificar la utilización contra el emisor de su información, ya que éste sabría desde antes que existe esa posibilidad y por lo mismo habría moldeado su actuar a tales exigencias. Es dable preguntarse entonces, si alguien podría pensar que la señorita Madrid Obregón [la demandante], de haber sabido que existía tal advertencia en el reglamento interno ¿habría reproducido a su amiga ese mail de don Jorge León Navas, poniendo en riesgo su trabajo?, evidentemente que no. Y si emitió esa comunicación y tantas otras más, lo hizo, que duda cabe, en la confianza de que dicha conversación se mantendría en el ámbito de lo estrictamente privado. Ilustrador al respecto son los dichos de la misma afectada cuando afirma que en ese periodo ella vivía con Ema Pía –la receptora de la información- y que de haber querido hacer algo malo –traspasar información confidencial- sin que fuese conocido por sus jefes, podría perfectamente haber esperado que llegase el término de la jornada para luego en el hogar entregarle esa información; por el contrario si lo hizo a través de Messenger fue en la confianza de que nadie sabría de esta conversación por que entendía que era privada –de hecho se lee en el respectivo respaldo de la conversación que pide que esto no lo comente a nadie pues fue enviada exclusivamente a Matías y David R-. Conclusión de lo anterior, es que la actividad de don Jorge Godoy Frías, presenta un primer problema para auto justificarse, cual es el hecho de que si es que se quería ejercer ese control debía estar previsto en el reglamento interno y no lo estaba. Así no

basta en este punto, el compromiso y lealtad mostrado hacia la empresa por don Francisco Omar Lagos Peralta, cuando señaló que en todos los trabajos estaría prohibido almacenar información personal dentro de los equipos de la empresa y que a su juicio, la información personal pasa a ser pública cuando se deja en el disco duro de un computador, ya que a ella puede acceder cualquiera. Evidentemente el razonamiento vertido por él, pierde sustento frente a la interpretación ya efectuada por la Dirección del Trabajo y por lo demás, porque él no reconoce que un respaldo de una conversación por Messenger sigue dentro del ámbito de lo privado, toda vez que como se refirió no se ha manifestado consentimiento de hacerlo público y porque de una simple ojeada él y don Jorge Godoy Frías, como ambos lo reconocieron, pudieron ver en el encabezado, antes de revisar el contenido, que era una comunicación dirigida por doña María Natalia a doña Ema Pía. Lo prudente habría sido cerrar dicha comunicación y haber dado cuenta a su compañera de trabajo de que se había producido accidentalmente ese respaldo; o siendo desconfiados ¿qué fines se perseguían leyendo sus conversaciones?, pareciera que más allá del morbo que ello pudiese representar, finalmente se produjo una inaceptable desviación de la inocente lectura, pasando a constituirse en el fundamento de la desconfianza y la consecuente pérdida de la fuente laboral.

Luego la actividad del empleador, a través del señor Godoy Frías, no solo es cuestionable en la forma que se ha planteado, también en lo que sigue: luego de revisar el contenido de todas las conversaciones respaldadas de la señorita Madrid Obregón, sin su consentimiento, como se estableció no menos de 37 HOJAS, se determina utilizar éstas en su contra, según ellos por la gravedad de los hechos que contenían y que significaron una pérdida de confianza intolerable, en palabras de don Jorge Godoy Frías, ya que ellos tenían estrategias importantes que no podía ser desviadas a canales no autorizados, ya que ello les podría significar perder el contrato con su mandante, etcétera; no obstante y fundando supuestamente la causal invocada "entrega comprobada de información confidencial a personal profesional de Salfa por un conducto irregular", sólo se incorporó, como se estableciera en el considerando sexto, el correo extensamente descrito en el referido considerando, el cual a todas luces por su texto se trataba de una información ya enviada a Salfa Construcciones, así por lo demás quedó refrendado de la confesional de la señorita Madrid Obregón y del señor Godoy Frías. Luego la



tal entrega de información confidencial a la fiscalizada no era tal, toda vez que Salfa ya contaba con dicha información, con lo cual es del todo irrelevante que se le envíe nuevamente. Con todo, para salvar esta situación, se esbozó por los testigos Godoy Frías y Lagos Peralta que lo cuestionable era que esta información iba dirigida a la gerencia de la empresa Salfa y no a un mando medio; con lo cual surge la pregunta de si la demandada en verdad velaba por sus intereses o los de Salfa, ya que a lo más a ésta última pudiese serle desagradable tal filtración. A mayor abundamiento, el texto de la comunicación utilizada para fundar el despido, no refiere ninguna estrategia, ni ninguna información secreta y ni siquiera algo importante, sólo se trata de un correo en el cual se reiteran excusas fundadas en la divergencia existente en los puntos de vista de ambas empresas, las cuales son propias de una relación de trabajo, pero en nada demuestran una determinada línea de acción o de posibles consecuencias. Por lo anterior, resulta desproporcionado que se haya decidido, pasar por alto que dicha información estaba contenida en un respaldo accidental de una conversación electrónica privada, para luego leerla completamente e invocarla como causa del despido, toda vez que la gravedad invocada en el supuesto actuar de la trabajadora y la necesidad de protección de la empresa frente a ello, no se condice de ningún modo con la protección esperable hacia la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

No es un obstáculo al razonamiento anterior, la proyección que efectúa el empleador, relativa a que quizá cuánta más información habrá comentado la trabajadora, toda vez que ha quedado demostrado que pudiendo acceder al respaldo de al menos 37 hojas de conversaciones privadas, la demandada no ha encontrado nada más que le mereciera la opinión de presentarla al juicio, con lo cual, como se señaló, la entrega de información confidencial, no ha sido más que aquello que refirió la trabajadora afectada "una conversación privada donde a modo de "cahuín" de chisme, se remitió dicho e-mail, no alcanzando en caso alguno los ribetes que ha querido mostrar la empresa. Por lo demás esta pérdida de confianza alegada, por cierto que jamás podría fundar por si misma el despido, toda vez nadie refirió que doña María Natalia haya estado contratada a través de la modalidad de cargo de exclusiva confianza de aquellos que refiere el inciso segundo del artículo 161 del Código del Trabajo. Tampoco constituye un obstáculo la obligación de abstención de transmitir o traspasar información, contemplada en el reglamento interno, ni la alusión extensiva a la confidencialidad de la información hecha por la

sociedad demandada en el mismo reglamento, toda vez que como ha quedado de manifiesto, es cuestionable que se pueda hablar de traspaso de información cuando ya estaba entregada y que se pueda hablar de confidencial, cuando por el desarrollo temporal de los hechos ya no lo era, pero por sobre todo, por que la importancia invocada no era tal que justificase desconocer la protección de un derecho fundamental como lo es el de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y luego de ella el derecho a la intimidad.

Con lo razonado, este juez, como lo expresará en lo resolutive, estima que el demandado no ha dado suficientes fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, por lo que necesariamente deberá instarse por la protección del derecho fundamental del trabajador, materializando con ello lo tutela judicial efectiva del mandato contenido en el inciso primero del artículo quinto del Código del Trabajo, que ha dispuesto que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tienen como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos. La norma citada viene a ser sin duda, el correlato laboral, del principio de vinculación directa, contenido en el inciso segundo del artículo sexto de nuestra Constitución Política de la República, el cual dispone que sus preceptos –entre ellos los derechos y garantías reconocidos– obligan tanto a titulares como integrantes de los órganos del Estado, como a toda persona, institución o grupo.”

De tal manera, del tenor de la sentencia expuesta, la primera dictada en nuestro país en materia de tutela de derechos fundamentales del trabajador, se desprende que si bien el Juez estima legítimos los derechos que el empleador tiene para controlar los medios tecnológicos que pone a disposición del trabajador, en el caso en comento el ejercicio que se ha hecho de dicho control, ha vulnerado derechos fundamentales de la trabajadora, sin que dicha vulneración haya resultado proporcional a algún beneficio o ventaja que pudiera considerarse mayor a los derechos vulnerados. En otras palabras, la relación costo-beneficio que ha resultado de la actitud del empleador no justifica la vulneración de los derechos de un trabajador.

Lo anterior va en el mismo sentido de los Dictámenes emanados por la Dirección del Trabajo. Este organismo, en Dictamen N° 3441/072 emitido con fecha 20 de agosto de 2008, había dicho que “(...) si bien la utilización de programas

computacionales se enmarca dentro de las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce a todo empleador y que derivan tanto del derecho de propiedad como del derecho a desarrollar toda actividad económica (que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen), en modo alguno ello significa que el empleador pueda, sin limitación alguna, decidir la implementación de un programa computacional que, como en el caso que nos ocupa, tenga la propiedad de controlar a distancia un computador utilizado por otro, (en este caso, un trabajador) toda vez que deberá respetar, además de los límites que emanan del propio contrato de trabajo, los derechos constitucionales de los trabajadores, especialmente en lo relativo a la privacidad, honra y vida privada de los trabajadores.”

En síntesis, si bien nuestro ordenamiento jurídico reconoce la facultad y poderes de dirección que posee el empleador, así como su derecho de propiedad sobre los medios tecnológicos que pone a disposición de sus trabajadores, estas facultades y derechos deberán siempre ejercerse con respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores que puedan verse involucrados.

## **CAPÍTULO VI**

### **FACULTAD DE CONTROL DEL EMPRESARIO EN ESTRUCTURAS COMPLEJAS**

#### **Control Del uso de herramientas electrónicas en las relaciones de subcontratación**

Si bien ha quedado establecido que el empleador puede legítimamente controlar el uso que sus trabajadores hacen de las herramientas tecnológicas puestas a su disposición, bajo los supuestos establecidos, cabe ahora preguntarnos qué ocurre en el caso de aquellos trabajadores que prestan servicios para determinado empresario, el cual no es su empleador; cuál es la situación del problema que nos ha ocupado durante este estudio, en aquellos casos en que el trabajador presta servicios para un tercer empresario, que no fue quien lo contrató: es decir, en la situación que conocemos como “*outsourcing*”, en que determinada empresa “cede” sus trabajadores para que éstos presten servicios a otra.

En los casos señalados, en que los trabajadores prestan servicios para un segundo empresario, ¿tiene este último alguna facultad de control sobre aquellos trabajadores?

Sabido es que se han masificado nuevas modalidades de contratación de trabajadores: el trabajo a distancia o teletrabajo, y la subcontratación; las empresas han comenzado a ‘abastecerse’ en forma creciente de trabajadores a través de terceros que ponen a disposición de éstas mano de obra contratada por éstos.<sup>69</sup>

Aquellos trabajadores cuyo servicio se ha externalizado, pero que sin embargo prestan sus servicios “*in office*”, es decir, dentro de las dependencias del empresario principal, suelen también tener acceso a las mismas herramientas tecnológicas a las cuales tienen acceso los trabajadores que han sido directamente contratados por el empresario principal: suelen tener acceso a correo electrónico y a Internet. En esos casos, ¿Quién se entiende que provee el acceso? ¿El empleador directo o el empresario principal, receptor de los servicios? Si quien los

---

<sup>69</sup> Según el mensaje con que fue despachado el Proyecto de Ley sobre Trabajo en Régimen de subcontratación, y que regula el funcionamiento de empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios (2943-13), la cantidad de trabajadores suministrados, esto es, que prestan servicios a través de terceros, alcanzaría a 240.000 trabajadores aproximadamente.

provee es el empresario principal, como propietario de tales recursos, ¿Puede basarse en el argumento del derecho de propiedad para controlar el acceso y uso que dichos trabajadores hacen de tales recursos? ¿Los presupuestos para dicho control son los mismos que los analizados a lo largo de este estudio o han de ser distintos? ¿Puede basarse en el poder de dirección conferido al empresario? ¿Hará el empleador directo de intermediario entre el empresario principal y el trabajador? Este asunto es el que intentaremos dilucidar en este apartado.

Existe en el caso supuesto una dualidad de empresarios: el empresario principal, usuario de los servicios del trabajador “cedido”, y el empresario contratista, que es quien contrata los servicios del trabajador, y con quien, en definitiva, se establece el vínculo laboral; sin perjuicio de lo cual, sin embargo, es el empresario principal quien se beneficia del trabajo de quienes son contratados por el contratista. La relación laboral se configura entre el trabajador y la empresa de servicios que provee el trabajador para la tercera empresa o empresa usuaria; es la empresa que provee los servicios la responsable de las obligaciones laborales emanadas de la relación laboral. Sin embargo, y precisamente en razón de este beneficio que obtiene el empresario principal, la ley ha establecido responsabilidades subsidiarias respecto de las obligaciones del contratista para con sus propios trabajadores, no obstante lo cual, el empresario es un tercero frente a dichos trabajadores.

En este sentido, la Ley N° 20.123, de 16 de octubre de 2006, que regula el Trabajo en Régimen de Subcontratación y el funcionamiento de Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios, incorpora, en reemplazo de la responsabilidad subsidiaria hasta hoy vigente y cuyo paradigma es la disposición del artículo 64 del Código del Trabajo, una responsabilidad solidaria de la empresa principal o usuaria en el cumplimiento de las obligaciones laborales respecto de los trabajadores de la empresa de servicios transitorios, que prestan servicios para la empresa principal.

Si bien el problema que nos ocupa es independiente de si los servicios de estos trabajadores tercerizados son prestados dentro o fuera del o los establecimientos del empresario principal, se vuelve más complejo en el primer caso: cuando el trabajador presta sus servicios “*in office*”. Ello, porque, tal como señala Montoya Melgar, “el empresario principal que no controla el lugar de desenvolvimiento del trabajo de los empleados del contratista, no se encuentra en condiciones técnicas, e incluso físicas, de ejercer poder directivo alguno sobre los trabajadores del

contratista”<sup>70</sup>. Pero en el caso que sí lo controla, ¿puede entenderse que puede ejercer sobre ellos el mismo poder directivo o de control que está facultado a ejercer sobre sus propios trabajadores?

No cabe duda que al empresario que hace uso de estos servicios le interesa que ellos sean prestados acorde al sistema productivo que ha implementado en su propia organización. Sin embargo, éstos no son sus trabajadores, no los vincula por consiguiente la relación laboral que fundamenta el poder de dirección que la ley confiere al empleador, toda vez que éste radica en el contratista. En este caso estamos ante dos relaciones: una civil, existente entre el empresario principal (usuario de los servicios de los trabajadores) y el contratista, y una laboral, existente entre este último y los trabajadores. No existen dos empleadores, o co-empleadores. ¿Cómo puede entonces el empresario principal asegurarse que estos trabajadores cumplen debidamente con su prestación? En el asunto específico que nos ocupa, si estos trabajadores prestan sus servicios dentro de las dependencias del empresario principal, lo más seguro es que éste haya puesto a su disposición las mismas herramientas tecnológicas que ha puesto a disposición de sus propios trabajadores para hacer más eficiente el proceso productivo. ¿Cómo controlará el uso que de éstos hacen aquéllos, sin el poder directivo que faculta dicho control?

Podríamos sostener, como punto de partida, el argumento que el derecho de propiedad que tiene el empresario principal sobre estas herramientas le faculta para controlar su uso, sea quien sea el usuario de las mismas. ¿Es ello suficiente? Podríamos sostener, por otra parte, que existe una vía indirecta de control: el empresario principal imparte instrucciones al contratista, quien a su vez las transmite a sus trabajadores. Pero hablamos de instrucciones; éstas permiten hasta cierto punto resolver el problema *a priori*. ¿Pero qué pasa con el control que resulte necesario efectuar? En otras palabras, ¿quién es el acreedor de las obligaciones del trabajador?

La dificultad antes señalada es sólo una de las que se produce a raíz de esta situación; es sólo una de las tantas a que da origen. Fue precisamente esta situación la que motivó la Ley sobre Trabajo en Régimen de Subcontratación, a la que antes hicimos referencia. Esta Ley vino a agregar al Código del Trabajo un nuevo Título VII en el Libro I, que se encarga de regular el trabajo en régimen de subcontratación. Por otra parte, busca llenar un vacío en nuestra legislación actual,

---

<sup>70</sup> Montoya Melgar, Alfredo. “El poder de Dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas” en Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales Nº 48, Madrid, 2004, Pág. 137

cual es definir lo que se entiende por trabajo en subcontratación, con lo que se pretende dar mayor claridad a este tipo de relaciones laborales.<sup>71</sup>

En relación con el tema que nos ocupa, se introdujo un nuevo artículo al Código del Trabajo, que es del tenor siguiente: “Artículo 183 E, inciso 3º: Sin perjuicio de los derechos que se reconocen en este Párrafo I al trabajador en régimen de subcontratación, respecto del dueño de la obra, empresa o faena, el trabajador gozará de todos los derechos que las leyes del trabajo le reconocen en relación con su empleador.” De acuerdo con esta disposición, los mismos resguardos que debe tener el empresario respecto de sus propios trabajadores en cuanto al control y registro del uso que éstos hacen de Internet o el correo electrónico, deberá tenerlos o tomarlos respecto de los trabajadores que le han sido suministrados por una tercera empresa (la empresa de servicios transitorios). El incumplimiento de esta obligación podría ser sancionado conforme lo dispuesto en la misma ley.

Conforme a la Ley en comento, entre la empresa que suministra los trabajadores y la empresa usuaria debe celebrarse un contrato de provisión de trabajadores transitorios, so pena de presumirse de derecho que el trabajador ha sido contratado por el empresario principal. Por consiguiente, en la situación que nos ocupa, en este contrato podría estipularse la obligación de los trabajadores suministrados de cumplir y respetar la política de la empresa respecto al uso de las herramientas tecnológicas que el empresario principal pone a disposición de sus propios trabajadores.

Además, la misma Ley señala que en el contrato de trabajo que celebren el trabajador y la empresa de servicios transitorios, deberá estipularse las labores que el trabajador deberá prestar para la usuaria. Debemos entender por extensión que dicho contrato debiese contener las obligaciones que deberá cumplir para con la usuaria, dentro de las cuales debiesen estipularse aquellas relativas al uso del correo electrónico e Internet y demás herramientas tecnológicas que ponga a su disposición el empresario principal o usuario. A mayor abundamiento, la Ley dispone que el trabajador transitorio quedará sujeto al reglamento interno de higiene y seguridad de la empresa usuaria, con lo que se refuerzan las facultades

---

<sup>71</sup> La ley en comento define régimen de subcontratación como “aquel realizado en virtud de un contrato de trabajo para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en virtud de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta o riesgo, con sus propios elementos y con trabajadores bajo su dependencia, por una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica”. Art. 183 A.

con que puede contar el empresario principal para controlar el uso del correo electrónico, y los fundamentos para efectuar dicho control, legítimamente.

Lo anteriormente señalado se ve reforzado con la disposición introducida en virtud del nuevo artículo 183 N, inciso 2°, que es del tenor siguiente: “Asimismo, el contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios deberá señalar si los trabajadores puestos a disposición tendrán o no derecho, durante la vigencia de dicho contrato, a la utilización de transporte e instalaciones colectivas que existan en la usuaria.” Asimismo, amplía aún más las facultades del empresario principal o usuario, toda vez que señala expresamente que la empresa usuaria “tendrá la facultad de organizar y dirigir el trabajo, dentro del ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición por la empresa de servicios transitorios. Además, el trabajador de servicios transitorios quedará sujeto al reglamento de orden, seguridad e higiene de la usuaria.” (Artículo 183 X).

Sin embargo, así como amplía las facultades del empresario principal, pone límites a estas mismas, pretendiendo evitar los abusos a que ello podría dar lugar. Es así como el legislador introdujo en el Código del Trabajo el artículo 183 Y, según el cual “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce a la usuaria tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.- La usuaria deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral.”

El problema es que la ley señala expresamente que la relación laboral se establece entre el trabajador y la empresa que suministra sus servicios, la que, por consiguiente, debiese ejercer sobre aquel las facultades de control, dirección, supervigilancia y disciplina que precisamente en su carácter de empleadora le corresponden; y sin embargo expresamente, la misma Ley dispone que el trabajador queda sometido a la facultad de dirección y control del empresario principal. Es aquí donde se produce el problema, pues es esta facultad de control la que fundamenta la facultad que tiene el empresario para controlar, registrar, intervenir, según sea el caso, el uso que el trabajador hace de Internet, y del correo electrónico proporcionado por la empresa.

Previo a la introducción de las normas relativas al trabajo en régimen bajo subcontratación, la norma hacía subsidiariamente responsable al dueño la obra o faena, o sea, al empresario principal, por las obligaciones de tipo laboral que



competen al contratista respecto de sus trabajadores. En este sentido, la jurisprudencia entendió que al establecer esta subsidiariedad, la ley había dado al empleador (usuario de los servicios) ciertas facultades de control. En efecto, en una sentencia del año 2002, la Corte Suprema declaró que “La responsabilidad legal indirecta que afecta al dueño de la obra o faena tiene su fundamento, por una parte, en el provecho que reporta del trabajo prestado en su interés por los dependientes del contratista y, por la otra, en el imperativo de cautelar el debido cumplimiento de las obligaciones laborales y provisionales que benefician a esos trabajadores.

Con la introducción de las normas sobre trabajo en régimen de subcontratación, la responsabilidad subsidiaria se reemplazó por una responsabilidad solidaria. El incremento de la responsabilidad del usuario de los servicios reafirmaría la tesis según la cual este último tiene ciertas facultades de control y, por consiguiente, tiene también el deber de respetar los derechos de los trabajadores tal cual debe hacerlo el empleador directo. Esto, sumado al planteamiento manifestado por la Corte, permitiría concluir que hayan o no estipulado las partes la forma en que se utilizarían los medios electrónicos puestos a disposición del trabajador, de todos modos el empresario principal debe respetar y cumplir para con el trabajador sus derechos del mismo modo que lo haría con sus trabajadores directos.

## **CAPÍTULO VII**

### **CONTROL DEL USO DE CORREO ELECTRÓNICO RESPECTO DE LOS ALUMNOS EN PRÁCTICA**

Nuestra legislación laboral dispone en forma expresa que entre el empresario y el alumno o egresado de alguna institución de educación superior o de la enseñanza media técnico profesional que presta servicios para aquél a fin de cumplir con el requisito de la práctica profesional, no existe relación laboral; no da origen a contrato de trabajo. Por consiguiente, y en atención a aquello, no tendría el empresario facultad de control sobre el alumno que realiza su práctica. Nos encontramos nuevamente con un problema similar al que se produce respecto de los trabajadores que son 'facilitados' por un tercer empleador, y que analizamos en el capítulo anterior.

Ahora bien, si lo que justifica la intervención del empleador en el correo electrónico de sus trabajadores y el control sobre el uso que éstos hacen de Internet y, en general, de las herramientas tecnológicas que el empresario pone a su disposición, encuentra su fundamento último precisamente en la relación laboral, entonces podríamos afirmar que el alumno que realiza su práctica profesional en la empresa está exento de dicho control. Sin embargo, dicha afirmación puede resultar apresurada si consideramos que el 'practicante' está –en la realidad– sometido a las mismas reglas que rigen la organización empresarial. El asunto estará entonces en determinar qué tipo de relación vincula al empresario y al alumno que realiza su práctica en la empresa. Si es una relación civil, entonces deberemos buscar la justificación del control en argumentos distintos de los ya estudiados. ¿Qué tipo de contrato celebra el empresario y el 'practicante'? Si la relación en este caso está regida por las normas del derecho común, entonces debemos entender que las partes podrán pactar para su relación las disposiciones que estimen pertinentes, limitándose exclusivamente a respetar el derecho ajeno y las disposiciones legales. Pero, ¿Qué ocurrirá si las partes nada disponen en relación con el asunto que nos ocupa? Bien podría el empleador disponer en el contrato con el practicante que éste deberá respetar las normas que rigen su

organización empresarial, como por ejemplo el reglamento interno, en caso que éste disponga normas relativas al control, intervención del correo electrónico.

Respecto de los alumnos que realizan su práctica para obtener un título técnico-profesional, nuestro ordenamiento contempla algunas normas que pudiesen servirnos para dilucidar el asunto que nos ocupa. En efecto, el Decreto Exento N° 109/2002 del Ministerio de Educación, que establece normas respecto al desarrollo y aprobación del proceso de titulación de los (as) alumnos (as) de enseñanza media técnico profesional, dispone en su artículo 3° que “El proceso de titulación consistirá en una Práctica Profesional desarrollada en empresas afines con las tareas y actividades propias de su especialidad de acuerdo a un “Plan de Práctica”, elaborado y acordado **entre el profesor guía del establecimiento educacional, el tutor de la empresa y el estudiante...**” (El destacado es nuestro). De la disposición citada podemos desprender, entonces, y en principio, que la primera forma de resolver el problema será regular en el “Plan de Práctica” antes mencionado las obligaciones que deberán cumplir tanto el alumno como el empresario que recibe a aquél en sus instalaciones para realizar su práctica profesional. Este Plan de Práctica puede disponer, por ejemplo, que el alumno estará sujeto al Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, las herramientas tecnológicas que el empresario pondrá a su disposición y la forma de utilizarlos, y las facultades que tendrá sobre el alumno el empresario, todo lo cual, obviamente, no puede sobrepasar los límites impuestos por la ley.

Lo anterior, sin embargo, no resuelve el problema de fondo, pues la misma fórmula vendría a solucionar todo el asunto que nos ocupa. Claro, pues regulando expresamente la forma en que alumno, trabajador suministrado o trabajador directo, podrá usar Internet o el correo electrónico, el problema que nos ocupa no existirá. Las partes lo habrán resuelto de antemano. El conflicto surge precisamente cuando las partes no han regulado o establecido la forma de solucionarlo. ¿Qué ocurre, en este caso concreto, si el alumno simplemente ingresa a la organización empresarial a desarrollar su práctica profesional y nunca las partes siquiera previeron la posibilidad que pudiera surgir un problema respecto del uso de los medios de comunicación tecnológicos existentes en ella?

Esto último es más fácilmente solucionable –aunque también ello pudiese cuestionarse-, pues la disposición que más arriba citáramos dispone en su artículo 4° que el citado Plan de Práctica debe elaborarse y revisarse “contextualizando las

tareas y criterios de realización de la empresa y asignando aquellas tareas y exigencias que ésta considere necesarias”, lo que debe concordarse con lo que señala el artículo 7º de la misma norma, que dispone que para aprobar la práctica profesional el alumno deberá “b) demostrar el logro de las tareas y exigencias del Plan de Práctica, **de acuerdo a lo evaluado por el tutor de la empresa**” (el destacado es nuestro).

En el caso de los alumnos que realicen su práctica para acceder a un título profesional, sin embargo, el asunto es más confuso y complejo, pues no existe una norma general que aborde el tema. Es cada entidad educacional en particular la que dicta su propio Reglamento de Práctica profesional, y es cada empresa ‘receptora’ de alumnos en práctica la que a su vez celebra un convenio de práctica profesional con el mismo alumno. Queda entonces, una vez más, en manos de los particulares regular el asunto que nos ocupa. Mas si las partes no han sido precavidas, ¿cómo lo resolvemos?

¿Deberemos acudir a los principios generales, entonces? ¿Qué tipo de relación vincula al alumno que realiza su práctica profesional y el empresario? ¿Es una relación civil? De ser la respuesta afirmativa, entonces la solución al problema puede resultar aún más sencilla que en el caso de una relación laboral. Ello, por cuanto el respeto que se deben mutuamente es el que se deben mutuamente –la redundancia, vale- dos particulares cualesquiera. El respeto al derecho de inviolabilidad de las comunicaciones no tendrá límite amparado en la facultad de control del empleador, pues no hay tal. El empresario no tendrá derecho a intervenir el correo basado en su facultad de control de sus trabajadores, pues no hay tal. Sin embargo, no hay que olvidar que los medios tecnológicos de comunicación de que dispone el alumno al interior de la empresa siguen siendo de propiedad del empresario.

Veamos. El correo electrónico, como herramienta, es indudablemente propiedad del empresario. Pero como medio de comunicación, y por consiguiente su contenido, es sin lugar a dudas propiedad absoluta del alumno, en su calidad de persona, de ciudadano, y parte de su intimidad y privacidad.

Como vemos, si no existe en nuestra legislación una regulación específica en relación con el control que puede hacer el empleador respecto del uso del *e-mail* por parte de sus trabajadores, aun más difícilmente existirá regulación del tema

respecto de los alumnos en práctica, toda vez que la relación misma del empresario con los “practicantes” debe ser regulada por los particulares.

De tal modo, entonces, consideramos que la mejor forma de afrontar este conflicto es aplicar por analogía lo que hemos manifestado en capítulos anteriores, respecto de la relación empresario – trabajadores. Ello, por cuanto la calidad de alumno en práctica no le resta a éste su calidad de ciudadano, ni le confiere al empleador más derechos, al menos en cuanto limitación de garantías fundamentales, que aquellos concedidos respecto a sus propios trabajadores.

## **CONCLUSIÓN**

Como hemos podido ver a lo largo del estudio, es innegable el aporte que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, cuya máxima expresión es Internet y, dentro de ésta, el Correo Electrónico, han significado para el proceso productivo de las empresas, lo que ha incidido principalmente en un incremento tanto de la eficiencia como de la productividad. Sin embargo, hemos podido ver también que esta masificación del uso de las herramientas informáticas, básicamente Internet y el correo electrónico, ha traído consigo un efecto indeseable, cual es el abuso que de ellas hacen los trabajadores dentro de la empresa.

La falta de una regulación expresa y la escasa jurisprudencia existente relativa al tema, ha venido a dejar en manos de los particulares y de la doctrina el resolver el asunto. Lamentablemente, nos encontramos frente a una laguna legal respecto de los límites de utilización por parte de los trabajadores del correo electrónico que el empleador pone a su disposición, así como del control que ejerce este último de los mensajes de los mismos, en uso de su poder de dirección. Este vacío normativo nos recuerda que la sociedad siempre camina más rápido que el Derecho.

Sin embargo, la existencia de un vacío normativo o una laguna legal no significa que el problema quede sin solución. El Derecho siempre viene a dar las respuestas cuando éstas se necesitan.

En el caso que nos ocupó durante este estudio, vimos que cada situación se encuentra delimitada por el ejercicio de los derechos fundamentales, de una y otra parte involucrada. Así, el que el empleador proporcione a sus trabajadores las herramientas tecnológicas que juzgue necesarias, el que ponga a disposición de sus empleados una cuenta de correo electrónico, no le autoriza para controlar en forma arbitraria las comunicaciones que aquéllos mantengan a través de ella. Por su parte, tampoco el que el ordenamiento entregue al trabajador un conjunto de derechos y garantías, puede justificar el que éste realice todo aquello que desee,

despojando así al empresario de la facultad de dirección y control, y de otros derechos que el mismo ordenamiento le confiere, como el derecho de propiedad sobre su empresa y los medios productivos de la misma.

Frente a un conflicto, se deben ponderar los bienes y derechos constitucionalmente protegidos. El examen de tal ponderación debiese dilucidar si el eventual recorte que se produce a través de los medios de vigilancia y control utilizados por el empleador respeta las garantías constitucionales de los trabajadores afectados.

Así, entonces, frente al conflicto que se suscita por el ejercicio y respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores, y a los derechos que –si bien a veces se olvida que existen- la ley entrega al empleador, debemos ponderar caso a caso los bienes y derechos protegidos. Ni el ejercicio de las facultades organizativas del empleador pueden significar una lesión para los derechos fundamentales del trabajador, ni la ausencia absoluta de control sobre la actividad de los trabajadores puede significar un desmedro de los legítimos derechos del empresario.

Entonces, la solución probablemente no esté en el limitar el uso de Internet y del correo electrónico, o en restringir o censurar sus contenidos o accesos, pues ello podría incluso llegar a ser contraproducente para la misma empresa. La solución, dada la ausencia de regulación, debiese estar en el acuerdo al que lleguen las mismas partes respecto de un uso racional de las herramientas tecnológicas. Dada la falta de regulación legal y carencia de jurisprudencia al respecto, lo más aconsejable será establecer en las empresas acuerdos entre empleadores y trabajadores relativos al uso del correo electrónico.

Sin embargo, y si bien lo señalado antes es lo más recomendable dado el estado actual de la cuestión que nos ha ocupado, no podemos continuar dejando al arbitrio de los particulares un tema que puede resultar tan sensible, dada la abierta posibilidad de que derechos fundamentales se vean vulnerados. Bueno sería que el legislador se hiciera cargo del tema, cayendo en la cuenta que el asunto debe ser tratado más allá que en los escritos de la doctrina y en contratos de trabajo o reglamentos internos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. Constitución Política de la República. Chile. 1980. Editorial Jurídica de Chile.
2. D.F.L. N° 1. Código del Trabajo. Chile. 2003. Editorial Jurídica de Chile.
3. Estatuto de los Trabajadores, España. Real Decreto Legislativo 1/1995
4. *Regulations of Investigatory Powers Act 2000*
5. *Telecommunications (Lawful Business Practice Interception of Communications) Regulations 2000*. SI2000 N° 2669
6. ALARCÓN, Manuel R. Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación y Derecho del Trabajo. Madrid, Ediciones Bomaizo, 2004. 232p.
7. ALVAREZ, D. y CERDA, A. Sobre la inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas. Ley N° 19.927 que tipifica los Delitos de Pornografía Infantil. Anuario de Derechos Humanos: 137-142, 2005
8. ARAVENA, N. Al descubierto lado oscuro de los e-mails. [en línea] Centro de Estudios en Derecho Informático, U. De Chile, 22 de octubre, 2004. [http://www.cedi.uchile.cl/cedi\\_2003/mediosmail01.htm](http://www.cedi.uchile.cl/cedi_2003/mediosmail01.htm) [consulta: 21 de marzo de 2006]
9. Asociación Argentina de Derecho de Alta Tecnología. BUENOS AIRES. Informe preliminar Anteproyecto de Ley de Protección de Correo Electrónico [en línea] <[www.aadat.org/informe\\_preliminar44.htm](http://www.aadat.org/informe_preliminar44.htm)> [15 de abril, 2006]
10. CASTRO B., A. "El uso legítimo del correo electrónico" [en línea] <[www.delitosinformaticos.com/delitos/correo.shtml](http://www.delitosinformaticos.com/delitos/correo.shtml)> [23 de septiembre de 2005.]
11. Hernández Rubio, M. y Herrera Bravo, R."La legitimidad del control tecnológico sobre el trabajador" [en línea]. <[www.adi.cl/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_details&gid=7&Itemid=53](http://www.adi.cl/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=7&Itemid=53)> [15 de julio de 2009.]
12. LIZAMA P., Luis. Derecho a la intimidad de los trabajadores y nuevas tecnologías de la información y comunicación (NTIC). Derechos Fundamentales, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, anuario N° 3/2004, editado 2005, Santiago, Chile.
13. MARIN ALONSO, Inmaculada. El Poder de Control Empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005. 277p.



14. MARTÍNEZ FONS, Daniel. El Poder de Control del Empresario en la Relación Laboral. Madrid, CES, 1988. 376p.
15. MONTOYA M., Alfredo. El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas. Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales. (48): 135-145, enero 2004.
16. NOGUEIRA A., Humberto. Dogmática Constitucional. Talca, Ed. Universidad de Talca, 1997
17. NOVOA MONREAL, Eduardo. Cuestiones de derecho penal y criminología. Ed. Jurídica Ediar-Conosur Ltda., Santiago, Chile. 1987.
18. NOVOA MONREAL, Eduardo. El derecho a la vida privada y la libertad de información. Ed. S.XXI. México, 1997. 224p.
19. PALOMEQUE, Manuel. Los Derechos laborales en la Constitución española. CEC (Cuadernos y Debates), Madrid, 1991, 124p.
20. PARADA M., John. Los Derechos Fundamentales del Trabajador como límite al poder de dirección del empleador. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Valparaíso, Chile. Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho. 112h.
21. ROJAS, Gloria. La libertad de expresión. Madrid, Ed. Trotta, 1991.
22. ROMAGNOLI, Humberto. Autoridad y democracia en la empresa: teorías jurídico-políticas. En Cuadernos de Derecho del Trabajo, N°s 1-2 -(1975-1976)
23. SEGOVIANO A., Ma. Luisa. El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores. Revista Jurídica de Castilla y León.(2):145-187, feb. 2004.
24. SMEDINGHOFF, Thomas J. On-Line Law. Addison-Wesley Developers Press, 5ª reimpresión, EEUU, 2000.
25. UGARTE, José Luis. El derecho a la intimidad y la relación laboral. Boletín oficial Dirección del Trabajo. N° 139/2000, Santiago, Chile.
26. UGARTE C., José. Los derechos fundamentales y la relación laboral: el largo camino a los tribunales. En Anuario del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, N° 2/2001, Santiago, Chile.
27. WINTERS, Steven. The new privacy interest: electronic mail in the workplace. En Berkeley Technology law journal, volumen 8 (spring 1993).

