

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Laboral

EL E-MAIL LABORAL EN CHILE

Memoria para optar al grado académico de Licenciado
en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

RAÚL ALVARADO MONTECINOS
PABLO ANDRÉS BUSSENIUS CORNEJO

Profesor Guía: Víctor Ricardo Juri Sabag

Santiago de Chile, 2007

TABLA DE CONTENIDO

| | Pág. |
|--|-----------|
| RESUMEN..... | IX |
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| <u>CAPÍTULO I: EL CORREO ELECTRÓNICO Y LA EMPRESA</u> | 6 |
| I.1.- PRESENTACIÓN | 6 |
| I.2.- IDEAS PRELIMINARES | 8 |
| I.3.- DEL CORREO ELECTRÓNICO O E-MAIL | 15 |
| I.3.1 Concepto..... | 15 |
| I.3.2 Historia del correo electrónico..... | 17 |
| I.3.3 Características..... | 19 |
| I.3.4 Requisitos para ser usuario de correo electrónico..... | 20 |
| I.3.4.1 Poseer una dirección electrónica..... | 20 |
| I.3.4.2 Contar con un proveedor de correo..... | 21 |
| I.3.4.3 Disponer de un correo Web o de un cliente de correo electrónico..... | 22 |
| I.3.5 Estructura del mensaje de correo electrónico..... | 24 |
| I.3.6 Algunos aspectos técnicos de su funcionamiento..... | 25 |
| I.3.7 Redacción del mensaje..... | 26 |
| I.3.8 Transporte del mensaje..... | 27 |
| I.3.9 Aspectos técnicos referidos a su confidencialidad..... | 32 |
| I.3.10 Naturaleza jurídica..... | 35 |
| I.3.10.1 Como comunicación..... | 35 |
| I.3.10.2 Como correspondencia..... | 35 |
| I.3.10.3 Como herramienta de trabajo..... | 35 |
| I.3.10.4 Como herramienta de control..... | 36 |
| I.3.10.5 Como conjunto de datos..... | 36 |

| | |
|--|--------|
| I.3.10.6 Como documento..... | 38 |
| I.3.10.7 Como transmisor de material protegido por el derecho de autor..... | 40 |
| I.3.11 Tipos de correos electrónicos..... | 41 |
| I.3.12 Correspondencia digital v/s correspondencia física: Breve análisis de su diversidad..... | 42 |
| I.4.- HACIA UNA CONTEXTUALIZACIÓN DEL CORREO ELECTRÓNICO LABORAL..... | 46 |
| I.4.1 La irrupción de un nuevo modelo de producción: del fordismo al posfordismo..... | 47 |
| I.4.2 La flexibilidad como eje del nuevo paradigma..... | 54 |
| I.4.3 Cambios en las relaciones laborales: la crisis de la relación laboral normal..... | 57 |
| <u>CAPÍTULO II: EL E-MAIL LABORAL.....</u> | 64 |
| II.1.- PRESENTACIÓN..... | 64 |
| II.2.- EL E-MAIL LABORAL Y SUS PROBLEMÁTICAS..... | 65 |
| II.3.- EL USO PARA FINES NO EMPRESARIALES DEL CORREO ELECTRÓNICO POR PARTE DEL TRABAJADOR..... | 71 |
| II.4.- RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO FRENTE A TERCEROS POR ACTOS DEL TRABAJADOR..... | 77 |
| II.4.1 Empleado que produce un daño en uso regular del correo electrónico..... | 78 |
| II.4.2 Empleado que produce un daño en uso irregular del correo electrónico..... | 82 |
| II.5.- EL E-MAIL LABORAL COMO FUENTE DE TENSIONES ENTRE LA POTESTAD JURÍDICA DE MANDO DEL EMPLEADOR Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES..... | 88 |
| <u>CAPÍTULO III: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL E-MAIL LABORAL</u> | |
| III.1.- PRESENTACIÓN..... | 91 |

| | |
|---|------------|
| III.2.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN AL ÁMBITO LABORAL..... | 93 |
| III.2.1 La Drittwirkung der Grundrechte..... | 93 |
| III.2.2 El poder privado, el Estado Social de Derecho y la Teoría de los Valores como factores explicativos de la Drittwirkung..... | 95 |
| III.2.3 La Drittwirkung der Grundrechte en Chile..... | 97 |
| III.2.4 Derechos fundamentales entre privados: | |
| La peculiaridad de la relación laboral..... | 99 |
| III.2.5 Vigencia de los derechos fundamentales en la empresa: | |
| Concepto de ciudadanía laboral..... | 103 |
| III.2.6 La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales: | |
| El caso chileno..... | 105 |
| III.2.7 Algunos aspectos sobre el nuevo procedimiento de Tutela Laboral..... | 106 |
| | |
| III.3.- FUNCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES..... | 113 |
| | |
| III.4.- LA POTESTAD JURÍDICA DE MANDO DEL EMPLEADOR..... | 116 |
| | |
| III.5.- LA INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES..... | 119 |
| III.5.1 Concepto..... | 119 |
| III.5.2 Breve referencia a los antecedentes históricos de la garantía..... | 119 |
| III.5.3 Fuentes del derecho..... | 120 |
| III.5.4 Alcance del derecho..... | 122 |
| III.5.5 Límites a la inviolabilidad de las comunicaciones..... | 126 |
| III.5.6 El correo electrónico como instrumento protegido por la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones..... | 128 |
| | |
| III.6.- DERECHO A LA INTIMIDAD..... | 130 |
| III.6.1 Concepto..... | 130 |
| III.6.2 La dignidad humana como fundamento de la intimidad..... | 133 |
| III.6.3 Sus orígenes y evolución histórica..... | 134 |

| | |
|---|------------|
| III.6.4 La autodeterminación informática..... | 138 |
| III.6.5 Alcances del derecho a la intimidad..... | 141 |
| III.6.6 La intimidad en los pactos internacionales..... | 143 |
| III.6.7 La intimidad en el derecho comparado..... | 146 |
| III.6.8 La Constitución chilena y el derecho a la intimidad..... | 147 |
| III.6.9 Regulación legal de la intimidad..... | 151 |
| III.6.10 Derecho a la intimidad y el derecho laboral..... | 152 |
| | |
| III.7 CONFLICTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES CON OCASIÓN DEL CONTROL TECNOLÓGICO DEL EMPLEADOR..... | 156 |
| | |
| III.7.1 La colisión de derechos fundamentales..... | 158 |
| III.7.2 Cómo ha enfrentado el tema la Dirección del Trabajo..... | 164 |
| | |
| <u>CAPÍTULO IV: LA POTESTAD JURÍDICA DE MANDO DEL EMPLEADOR Y EL E-MAIL LABORAL.....</u> | 167 |
| | |
| IV.1.- PRESENTACIÓN..... | 167 |
| | |
| IV.2.- EL PODER REGLAMENTARIO Y EL E-MAIL LABORAL..... | 168 |
| | |
| IV.2.1 El Poder Reglamentario..... | 168 |
| IV.2.2 La Regulación del <i>e-mail</i> laboral..... | 171 |
| IV.2.3 Límites al poder reglamentario del empleador..... | 175 |
| IV.2.4 Propuestas de regulación del uso del <i>e-mail</i> laboral..... | 177 |
| | |
| IV.3.- EL E-MAIL LABORAL Y LA FACULTAD DE CONTROL DEL EMPRESARIO..... | 183 |
| | |
| IV.3.1 La Facultad de Control del empresario..... | 183 |
| IV.3.2 Impacto de las nuevas tecnologías en la configuración del Poder de Control..... | 183 |
| IV.3.3 El correo electrónico como método de control..... | 186 |
| IV.3.4 La Facultad de Control y el correo electrónico: Tipos de control <i>e-mail</i> laboral..... | 186 |
| IV.3.5 Tipos de control del <i>e-mail</i> laboral..... | 187 |

| | | |
|---------------|--|-----|
| IV.3.6 | Límites jurídicos a la Facultad de Control del empresario Vulneración de derechos fundamentales con ocasión del control del <i>e-mail</i> laboral..... | 190 |
| IV.3.7 | ¿Qué puede hacer el trabajador que ha visto vulnerados sus derechos fundamentales con ocasión del control del <i>e-mail</i> laboral?..... | 192 |
| IV.4.- | FACULTADES DEL EMPLEADOR PARA IMPONERSE DEL “CONTENIDO” DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS LABORALES | 197 |
| IV.4.1 | Argumentos a favor de un control sobre el contenido del <i>e-mail</i> laboral..... | 197 |
| IV.4.1.1 | La titularidad de los medios involucrados en el uso del correo electrónico laboral..... | 197 |
| IV.4.1.2 | La propiedad del mensaje..... | 199 |
| IV.4.1.3 | La adscripción de la infraestructura informática a los fines laborales..... | 199 |
| IV.4.1.4 | El control de la gestión empresarial..... | 200 |
| IV.4.1.5 | El control del cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales..... | 201 |
| IV.4.1.6 | Garantizar el patrimonio empresarial..... | 201 |
| IV.4.1.7 | El riesgo de daño a la imagen y prestigio de la empresa..... | 202 |
| IV.4.1.8 | Prevenir eventuales responsabilidades..... | 203 |
| IV.4.1.9 | La disponibilidad de acceso a una cuenta particular..... | 203 |
| IV.4.1.10 | El perjuicio patrimonial para la empresa..... | 203 |
| IV.4.1.11 | La Asimilación con una postal..... | 204 |
| IV.4.1.12 | Evitar eventuales conductas indeseadas de parte del trabajador..... | 207 |
| IV.4.2 | Argumentos que rechazan un control sobre el contenido del <i>e-mail</i> laboral..... | 207 |
| IV.4.2.1 | Los derechos fundamentales de los trabajadores..... | 207 |
| IV.4.2.2 | La protección penal..... | 207 |
| IV.4.2.3 | Posturas que asignan a la clave o password el carácter de indicador de privacidad..... | 208 |
| IV.4.2.4 | La relación fines – medios del control..... | 208 |
| IV.4.2.5 | Equiparación del correo postal con el correo electrónico a fines de su protección. Posturas que rechazan tal equiparación..... | 209 |
| IV.4.2.6 | Posturas que rechazan todo control ante la imposibilidad de realizar una discriminación previa..... | 211 |
| IV.4.2.7 | Finalmente, lo señalado a propósito del “uso social” de este medio de comunicación..... | 211 |

| | | |
|---------------|---|------------|
| IV.4.3 | Posturas intermedias..... | 211 |
| IV.4.3.1 | Las que exigen consentimiento previo de parte del trabajador..... | 211 |
| IV.4.3.2 | Posturas que bajo ciertos supuestos prescinden del consentimiento previo de parte del trabajador..... | 212 |
| IV.5.- | JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN COMPARADA RESPECTO DEL USO DEL E-MAIL LABORAL Y LAS FACULTADES DE CONTROL DEL EMPRESARIO..... | 215 |
| IV.5.1 | Legislación comparada..... | 215 |
| IV.5.1.1 | Gran Bretaña..... | 215 |
| IV.5.1.2 | Estados Unidos..... | 219 |
| IV.5.1.3 | Holanda..... | 221 |
| IV.5.1.4 | Japón..... | 221 |
| IV.5.1.5 | Italia..... | 221 |
| IV.5.1.6 | Portugal..... | 223 |
| IV.5.1.7 | España..... | 224 |
| IV.5.2 | Jurisprudencia..... | 227 |
| IV.5.2.1 | Estados Unidos..... | 227 |
| IV.5.2.2 | Francia..... | 229 |
| IV.5.2.3 | Bélgica..... | 231 |
| IV.5.2.4 | España..... | 232 |
| IV.5.2.4.1 | Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español..... | 232 |
| IV.5.2.4.1 | Jurisprudencia en lo Social..... | 239 |
| IV.6.- | LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS..... | 246 |
| IV.6.1 | Tipos penales que guardan relación con el correo electrónico..... | 248 |
| IV.6.1.1 | El artículo 161-A del Código Penal..... | 248 |
| IV.6.1.2 | Ley 18.168 General de Telecomunicaciones..... | 250 |
| IV.6.1.3 | Ley 19.223 sobre Delitos Informáticos..... | 251 |
| IV.6.2- | La figura penal en el derecho comparado..... | 251 |
| IV.6.2.1 | Portugal..... | 252 |

| | |
|--|------------|
| IV.6.2.2 España..... | 252 |
| IV.6.2.3 Francia..... | 255 |
| IV.6.2.4 Estados Unidos..... | 256 |
| IV.6.2.5 Italia..... | 256 |
| IV.6.2.6 Alemania..... | 259 |
| IV.6.2.7 Inglaterra..... | 259 |
| IV.7.- EL PODER DISCIPLINARIO Y EL <i>E-MAIL</i> LABORAL..... | 261 |
| IV.7.1 El Poder Disciplinario..... | 261 |
| IV.7.2 La Facultad Disciplinaria y el <i>e-mail</i> laboral..... | 262 |
| IV.7.3 Límites al poder reglamentario del empleador..... | 265 |
| IV.8.- EL <i>E-MAIL</i> LABORAL COMO CAUSAL DE CADUCIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO..... | 266 |
| IV.8.1 La terminación del contrato de trabajo en Chile | 266 |
| IV.8.2 La caducidad del contrato..... | 267 |
| IV.8.3 Caducidad del contrato derivada del uso del <i>e-mail</i> laboral..... | 269 |
| IV.8.4 Despidos fundados en una prueba que vulnera los derechos fundamentales..... | 273 |
| CONCLUSIONES FINALES..... | 278 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 290 |

RESUMEN

La presente investigación memorística trata del *e-mail* laboral en Chile, temática que, no obstante, ser de gran relevancia y actualidad, particularmente a partir del uso generalizado del correo electrónico en las empresas, no ha sido aún objeto de un adecuado tratamiento por parte de nuestro ordenamiento jurídico.

El capítulo primero lo dedicaremos al tratamiento de dos materias, que, si bien introductorias, nos resultarán de gran utilidad para alcanzar una adecuada comprensión del fenómeno del *e-mail* laboral: en primer lugar analizaremos al correo electrónico, en sus diversos aspectos y particularidades; luego, realizaremos un intento por contextualizar su introducción y masificación el ámbito laboral.

En el capítulo segundo de nuestra memoria, nos adentraremos en el *e-mail* laboral propiamente dicho, así como en las diversas problemáticas e interrogantes que se han planteado a su respecto. Entre otras, analizaremos: la licitud de su uso para fines extralaborales; las eventuales responsabilidades que podrían derivarse para el empresario como consecuencia de su utilización en la empresa; y, finalmente, identificaremos al correo electrónico como potencial fuente de tensiones entre la potestad jurídica de mando del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores.

Durante el capítulo tercero, desarrollaremos el tema de los derechos fundamentales en la empresa, para a continuación, detenernos en aquellas garantías constitucionales que presentan una mayor vinculación con el correo

electrónico. Asimismo, recurriremos al Derecho Constitucional en busca de respuestas sobre cómo afrontar y resolver la tensión entre la potestad jurídica de mando del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores.

Finalmente, en el capítulo cuarto, abordaremos las distintas manifestaciones que, a propósito del *e-mail* laboral, adquiere la tensión a que nos hemos estado refiriendo, prestando una particular atención al conflicto que se suscita con ocasión de la Facultad de Control del empresario.

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años hemos sido testigos, y en cierta forma partícipes, de una verdadera revolución tecnológica, económica y social. Y es que, desde fines del siglo pasado, asistimos a lo que diversos autores han bautizado como la “Tercera Revolución Industrial”.

Se trata ésta de una revolución tecnológica centrada principalmente en las tecnologías de la información, las que, a partir de la década de los setenta, irán progresivamente convergiendo para constituir un nuevo paradigma tecnológico-productivo, el que a su vez dará surgimiento a una sociedad de nuevo tipo, la Sociedad de la Información y el Conocimiento.¹

Uno de los rasgos distintivos de esta llamada Tercera Revolución Industrial o Tecnológica es que “no hace referencia exclusivamente al campo de la organización de la producción, sino que tiene que ver con la denominada apropiación social de la tecnología. La idea central es que asistimos a una nueva era en la que los cambios tecnológicos se producen en cascada, a una velocidad vertiginosa (en comparación con anteriores revoluciones tecnológicas) y que estos cambios afectan ya definitivamente a todos los campos de la organización social”.²

¹ Distintos autores han propuesto diferentes formas de categorizar a la nueva realidad que emerge a partir de la revolución de las Tecnologías de la Información. Así se encuentran, entre otras, denominaciones como: era, economía o sociedad de la información, del conocimiento o del aprendizaje; sociedad informacional o en red; sociedad post-industrial, post-fordista o post-moderna.

² BELZUNEGUI ERASO, Ángel. *Diversificación de las condiciones de trabajo y cambios organizativos en las empresas: un estudio sobre el teletrabajo*. Tesis doctoral. Barcelona, España. Univeritat Autònoma de Barcelona, Departament de Sociologia, 2001. p. 228. [en línea] <http://www.tdx.cesca.es/TESIS_UAB/AVAILABLE/TDX-0226102-142055//>

En muy poco tiempo, las TIC`s³ han revolucionado nuestra forma de comunicarnos y acceder a la información, modificando con ello la forma en que las personas e instituciones se relacionan, incidiendo en la vida cotidiana de cada uno y transformando ésta a pasos agigantados.

Sin embargo, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación también tienen su contrapartida, cual es, el surgimiento de problemas jurídicos hasta ahora inexistentes en diversos ámbitos de la economía y la sociedad.

Uno de esos ámbitos de la sociedad que se ha visto “revolucionado” por las nuevas tecnologías es ciertamente la empresa. “El vertiginoso avance de las Nuevas Tecnologías en este ámbito ha producido una auténtica revolución para la que, en muchos casos las empresas ni estaban preparadas ni se había evaluado el uso que los trabajadores podrían hacer de unas herramientas de límites no determinados”.⁴

La rápida y masiva introducción de las nuevas tecnologías en la empresa, particularmente Internet y correo electrónico, ha motivado el surgimiento de múltiples interrogantes para las cuales las respuestas no siempre han estado disponibles.

En lo que al correo electrónico respecta, se ha advertido como el uso indebido de esta herramienta de trabajo puede llegar a ocasionar a la empresa una serie de perjuicios que, se entiende, no tiene por qué tolerar o afrontar. “El más evidente y generalizado es la disminución del rendimiento de los trabajadores, pero también otros menos conocidos como la pérdida de calidad

³ Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC´s)

⁴ ALBELLA, Rodolfo Alonso. *El uso del correo electrónico en el lugar de trabajo*. [en línea] datospersonales.org, la revista de la Agencia de protección de Datos de la Comunidad de Madrid. Septiembre 2004. N° 11. <http://www.madrid.org/comun/datospersonales/0,3126,457237_0_460419_12299200_12276600,00.html>

de la red de comunicaciones, el uso del ordenador para negocios particulares, la recepción y difusión de virus en los sistemas de la empresa, la filtración de informaciones que integran el patrimonio empresarial a terceros, las prácticas de acoso sexual a otros compañeros de trabajo o la lesión del derecho de propiedad intelectual o industrial.

Esta realidad incontrastable respecto del uso del correo electrónico en las relaciones de trabajo ha provocado en las empresas una gran incertidumbre respecto de cómo deben proceder frente a sus empleados, cuáles son sus límites, precauciones que pueden tomar y la responsabilidad tanto civil como penal que puede generarles la monitorización de los *e-mails* que, como herramienta de trabajo, provee a aquéllos.

Dicha incertidumbre ha suscitado en el mundo una gran polémica debido a la falta de normas concretas, claras y específicas que faculten a la empresa, en determinados casos, a controlar y vigilar el correo electrónico de sus dependientes y, en su caso, la posibilidad de aplicar sanciones disciplinarias e incluso proceder al despido, si esta herramienta es usada para fines que excedan la función laboral propia del empleado”.⁵

Ante tal ausencia de normativas específicas, que regulen tanto el uso del *e-mail* laboral como las facultades que le caben al empresario a su respecto, no sería de extrañar que junto al uso cada vez más generalizado de esta herramienta de trabajo se tornen cada vez más frecuentes los conflictos derivados del mismo.

Nuestro país no escapa a esta falta de regulación legal del *e-mail* laboral, y es que no sólo las empresas han resultado “sorprendidas” frente a las nuevas tecnologías, sino también el derecho el que en sus diversas manifestaciones ha

⁵ OVIEDO, María Natalia. *Control empresarial sobre los <<e-mails>> de los dependientes*. Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2004, pp. 24 y 25.

tardado primero en asimilar y luego en dar las respuestas apropiadas al nuevo escenario.

Si bien dicha tardanza puede resultar atendible, en razón de que “el creciente, incesante y acelerado proceso de desarrollo y avance tecnológico no se compadece con el reflexivo y necesariamente más lento proceso de elaboración jurídica–dogmática y normativa”,⁶ ello no puede constituir una excusa per se para no afrontar las diversas implicancias jurídicas del fenómeno tecnológico.

La presente investigación memorística lleva por título “El *e-mail* laboral en Chile” y pretende abordar una temática que pese a ser de una indudable actualidad en las empresas, no ha sido aún objeto de un adecuado tratamiento y atención por parte de los actores que intervienen en el mundo del derecho.

A modo de concretizar el objeto que guiará nuestro estudio, podemos señalar como objetivos de nuestro trabajo los que siguen:

En primer lugar, repasar, aunque sea de modo tangencial, las transformaciones experimentadas en el mundo del trabajo a propósito de la incorporación de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral.

Luego, dar cuenta de los principales problemas e interrogantes que se plantean en relación con la utilización del *e-mail* laboral en la empresa, caracterizándolos como una muestra más de la diversidad de intereses existentes en la relación laboral.

Finalmente, abordar, a partir del *e-mail* laboral, la temática de los derechos fundamentales en la empresa.

⁶ GALDÓS, Jorge Mario. *Correo Electrónico, Privacidad y Daños*. [en línea] Alfa-Redi, Revista de Derecho Informático. Marzo del 2002, número 044. <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1557>>

Desde un punto de vista metodológico, el desarrollo de la presente investigación será a su vez empírico y dogmático. Asimismo, enfrentaremos el tema utilizando una metodología principalmente expositiva, sin dejar de lado, por cierto, la metodología crítica.

La normativa, doctrina y jurisprudencia españolas serán de referencia obligada durante todo el presente trabajo de investigación, ello, habida consideración tanto del estado de avance que ha alcanzado el debate en dicho país como de las similitudes existentes entre nuestro ordenamiento jurídico y el español, que como bien sabemos responden a una misma tradición jurídica continental.

Asimismo, y para el desarrollo de la presente memoria, recurriremos constantemente a la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, la que, en parte, ha venido a llenar el vacío representado tanto por la ausencia de una normativa específica sobre el tema como por la inexistencia de una jurisprudencia de parte de nuestros Tribunales Superiores de Justicia.

Finalmente, digamos que nuestro interés no es otro que el de contribuir a enriquecer y fomentar el debate dado en torno a estas temáticas, dejando de paso en evidencia la necesidad de una regulación específica que se haga cargo de esta y otras materias vinculadas a la introducción y utilización del elemento tecnológico en la empresa.

CAPÍTULO I

EL CORREO ELECTRÓNICO Y LA EMPRESA

I.1.- PRESENTACIÓN

Una de las naturales dificultades que se presentan a la hora de analizar al *e-mail* laboral es el factor tecnológico presente en el tema.

Coincidimos con Renato JIJENA, en que para un adecuado tratamiento jurídico del correo electrónico hay que previamente “considerar y entender la realidad fáctica del mundo de las TI antes de aplicar principios y normas jurídicas. Así, en el análisis no se puede desconocer la naturaleza y características de los correos electrónicos”.⁷

Un análisis que obvie, pase por alto, la naturaleza y características del correo electrónico será inevitablemente un análisis sesgado que puede llevar a apresuramientos, imprecisiones, en definitiva, a conclusiones erradas.

Es por lo anteriormente expuesto, que en este capítulo nos abocaremos:

Primero, a caracterizar al correo electrónico en sus diversos aspectos y particularidades. Con ello esperamos poder alcanzar una adecuada comprensión del fenómeno que, posteriormente, nos permita avanzar en las

⁷ JIJENA LEIVA, Renato. *Comercio Electrónico, Firma Digital y Derecho. Análisis de la Ley N° 19.799*. 2ª ed. Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 2005. p. 74.

problemáticas que surgen a propósito de su incorporación en el ámbito empresarial.

Luego, al contexto específico en que se da su introducción y masificación en el ámbito laboral, lo que nos ofrecerá un adecuado marco de referencia sobre su particular importancia y papel dentro de la empresa.

I.2.- IDEAS PRELIMINARES

Dos son los grandes exponentes de la nueva realidad surgida con ocasión de las Tecnologías de la Información y la Comunicación: Internet y correo electrónico.

Internet, “la red de redes”,⁸ no es sino “un conjunto mundial de servidores y redes computacionales entrelazados gracias a los llamados “proveedores de acceso o conectividad” –que son múltiples- y al uso de un único protocolo de comunicaciones, también conocido como “la telaraña de la información””.⁹

Internet ha venido a alterar la forma de vida de millones de personas que hoy en día utilizan la red en diferentes actividades de su vida cotidiana; sirve para informarse y educarse, para comerciar y entretenerse.

Su creciente importancia la ha convertido “en el sistema nervioso de la era de la información y de las comunidades virtuales”.¹⁰

De acuerdo con un reciente estudio de la consultora estadounidense Morgan Stanley,¹¹⁻¹² el número de usuarios de Internet en el mundo habría superado a finales del 2005 los mil millones.

⁸ La historia de Internet se entrelaza con la historia de la computación y sus aplicaciones militares y comerciales. “Internet fue originalmente concebida como una red militar, para propósitos de defensa en Estados Unidos, a fines de la década del 50. Las primeras pruebas con computadores se realizaron a comienzos de la década del 70. En ese entonces se le bautizó como ARPANET (Advanced Research Project Agency Network). La gran cantidad de computadores, de universidades y centros de Investigación conectados a esta red obligó a su división, separándose en una red militar y una civil. Esta última tomó el nombre de Internet y ha evolucionado hasta convertirse en lo que conocemos hoy”. RODRÍGUEZ SILVA, Eduardo. *El Correo Electrónico. Revista Chilena de Derecho Informático*, del Centro de Estudios de Derecho Informático. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. (3): 193 - 201, 2003.

⁹ JIJENA LEIVA, Renato. *Ob. Cit.*, p. 25.

¹⁰ *Ibidem*.

Jakob NIELSEN,¹³ reconocido "gurú" de la red, estima que el segundo millardo se alcanzará en torno al año 2015, cuando la mayoría de los internautas del mundo se encuentre en Asia. A los 3.000 millones de usuarios, sostiene el mismo autor, será mucho más difícil llegar, y esto probablemente no ocurra sino hasta el año 2040.

En lo que a nuestro país respecta, diversos estudios permiten formarnos una idea bastante acabada sobre el estado de Internet en Chile.

Un estudio desarrollado en conjunto por la Universidad Católica de Chile y la Cámara de Comercio de Santiago,¹⁴ estima que durante el año 2006, alrededor de un 40,2% de la población chilena estuvo "conectada a la red".¹⁵ Cifra que en el específico caso de de Santiago aumenta a un 48,2%.

Otro reciente estudio,¹⁶ proyectaba que el número de usuarios de Internet en Chile alcanzaría para marzo de 2007 los 306 usuarios por cada mil habitantes.

En cuanto al número total de conexiones efectuadas, la SUBTEL¹⁷ nos aporta los siguientes datos:

¹¹ Fuente: Morgan Stanley, 2005. [en línea] <<http://www.morganstanley.com/institutional/techresearch/gsb112005.html?page=research>>

¹² Otros datos relevantes aportados por el citado estudio, indican que el 36 por ciento de los usuarios de Internet están en Asia, mientras que el 24 por ciento reside en Europa. Igualmente llamativo resulta que solamente el 23 por ciento de los internautas están en América del Norte, un gran cambio con respecto a los últimos años.

¹³ NIELSEN, Jakob. *One Billion Internet Users*. 2005. [en línea] Alertbox, 19 de diciembre. <http://www.useit.com/alertbox/internet_growth.html>

¹⁴ Fuente: "WIP Chile 2006". [en línea] <http://www.wipchile.cl/esp/estudios/WIP_Chile_2006_informe.pdf>

¹⁵ El referido estudio entiende por "conectado a la red", a las personas que en los últimos 3 meses se han conectado al menos una vez a un computador y han usado Internet ya sea para consultar correo electrónico u otra actividad. La estimación del porcentaje de la población "conectada" a la red resultaría de combinar los datos de WIP CHILE con proyecciones de la encuesta CASEN del Ministerio de Planificación.

¹⁶ Fuente: Indicador de la Sociedad de la Información (ISI): Situación de las Tecnologías de la Información en Argentina, Brasil, Chile y México. Edición 2006. [en línea] <<http://www.paisdigital.org/files/Estudio%20ISI%20oct%2006%203.pdf>>

¹⁷ Fuente: SUBTEL [en línea] <http://www.subtel.cl/prontus_subtel/site/artic/20070212/asocfile/20070212182348/1_series_conexiones_internet.XLS>

| SERVICIO ACCESO A INTERNET: NÚMERO DE CONEXIONES TOTALES | | | | | | |
|--|-----------|---------------------|-------------------|---------------------------|-------------------|--------------------------|
| Año | Trimestre | Total de Conexiones | Crecimiento Anual | Penetración cada 100 hab. | Crecimiento Anual | Penetración % de Hogares |
| 2000 | IV | 585.489 | | 3,80 | | 15,01% |
| 2001 | IV | 698.127 | 19,24% | 4,48 | 17,9% | 17,69% |
| 2002 | IV | 757.760 | 8,54% | 4,81 | 7,3% | 18,99% |
| 2003 | IV | 836.007 | 10,33% | 5,25 | 9,1% | 20,24% |
| 2004 | IV | 805.315 | -3,67% | 5,00 | -4,7% | 19,29% |
| 2005 | IV | 906.079 | 12,51% | 5,57 | 11,3% | 21,47% |
| 2006 | I | 944.464 | | 5,75 | | 22,15% |

Ilustración N° 1. En este cuadro se muestra el número total de conexiones realizadas, así como el crecimiento anual experimentado entre los años 2000 y 2005.

La cifras entregadas por la SUBTEL son un fiel reflejo de la creciente penetración de Internet en nuestro país. En efecto, si se comparan el total de conexiones efectuadas para igual trimestre de los años 2000 Y 2005, las mismas dan cuenta de un crecimiento acumulado en el lapso de 5 años cercano al 54,8 por ciento.

| Año | Trimestre | Total de Conexiones | Crecimiento Trimestral | Penetración cada 100 | Crecimiento Trimestral | Penetración % de |
|-----|-----------|---------------------|------------------------|----------------------|------------------------|------------------|
|-----|-----------|---------------------|------------------------|----------------------|------------------------|------------------|

| | | | | hab. | | Hogares |
|-------------|-----|---------|-------|------|-------|---------|
| 2002 | I | 718.199 | | 4,56 | | 18,00% |
| | II | 774.543 | 7,8% | 4,92 | 7,8% | 19,41% |
| | III | 767.173 | -1,0% | 4,87 | -1,0% | 19,23% |
| | IV | 757.760 | -1,2% | 4,81 | -1,2% | 18,99% |
| 2003 | I | 776.852 | 2,5% | 4,88 | 1,4% | 18,81% |
| | II | 829.803 | 6,8% | 5,21 | 6,8% | 20,09% |
| | III | 818.964 | -1,3% | 5,14 | -1,3% | 19,83% |
| | IV | 836.007 | 2,1% | 5,25 | 2,1% | 20,24% |
| 2004 | I | 823.974 | -1,4% | 5,12 | -2,5% | 19,73% |
| | II | 867.057 | 5,2% | 5,39 | 5,2% | 20,77% |
| | III | 854.400 | -1,5% | 5,31 | -1,5% | 20,46% |
| | IV | 805.315 | -5,7% | 5,00 | -5,7% | 19,29% |
| 2005 | I | 873.577 | 8,5% | 5,37 | 7,3% | 20,70% |
| | II | 940.695 | 7,7% | 5,78 | 7,7% | 22,29% |
| | III | 851.840 | -9,4% | 5,24 | -9,4% | 20,18% |
| | IV | 906.079 | 6,4% | 5,57 | 6,4% | 21,47% |
| 2006 | I | 944.464 | 4,2% | 5,75 | 3,2% | 22,15% |

Ilustración Nº 2. En este cuadro se muestra el número total de conexiones realizadas, así como el crecimiento trimestral experimentado entre los años 2002 y 2006.

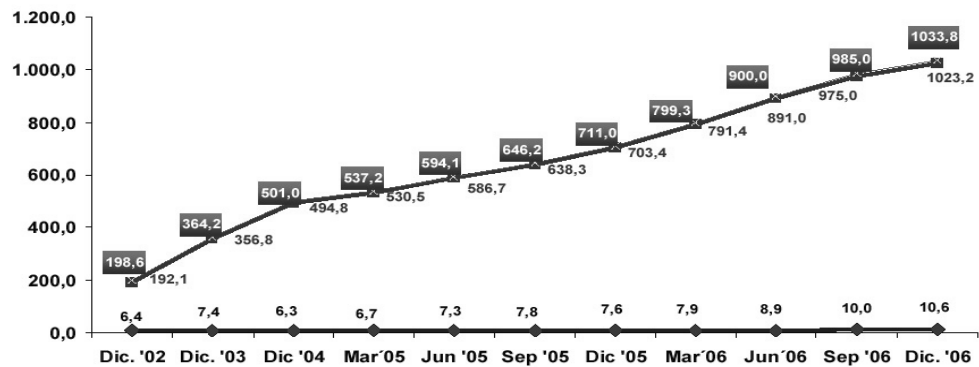
Por último, cifras recientemente entregadas señalarían que Chile habría superado ya el millón de conexiones de banda ancha. Ello según el Barómetro Cisco de la Banda Ancha,¹⁸ estudio elaborado por la consultora especializada International Data Corporation (IDC), que en su última versión, que recoge las

¹⁸ Fuente: Estudio de Banda Ancha en Chile. [en línea] <<http://www.ciscoredaccionvirtual.com/redaccion/multimedia/descargar.asp?archivo=1043>>

cifras del cuarto trimestre del año 2006, arrojó que el país alcanzó 1.034.000 conexiones.

La trascendencia de esta última cifra radica en que la introducción del acceso a Internet a alta velocidad es especialmente importante para la transformación de las sociedades de la información, al ofrecer nuevas posibilidades y perspectivas de futuro sobre el modo en que Internet puede constituir una plataforma para mejorar el desarrollo social y económico de los países.

**Tendencia del Mercado - Total Conexiones
(en miles)**



—◆— L. Dedicadas Internet —■— ADSL+CM+Inal. Fijo —○— Total Conexiones

Fuente: International Data Corporation Chile, API

Ilustración Nº 3. En este cuadro se muestra el número total de conexiones de Banda Ancha realizadas entre diciembre de 2002 y diciembre de 2006.

Si bien Internet ofrece una amplia gama de servicios de las más diversas índoles, la aplicación más utilizada en el mundo es, sin lugar a dudas, el correo electrónico.

El correo electrónico se encuentra en el corazón de Internet y constituye uno de los pilares sobre los que se asienta la Sociedad de la Información, tanto por el número de usuarios como por la frecuencia con que se utiliza.

Su uso, generalizado en nuestra sociedad, ha venido a transformar los modos de comunicación interpersonal.

A continuación presentamos diferentes cuadros con la evolución del correo electrónico en el mundo.¹⁹

Cifras de *e-mails* enviados.

| AÑO | VALORES 10¹² |
|------------|------------------------------------|
| 2001 | 9 |
| 2002 | 11 |
| 2003 | 12.5 |

Evolución del número de buzones de correo.

| AÑO | VALORES EN MILLONES |
|------------|--------------------------------|
| 2001 | 547 |
| 2002 | 708 |
| 2003 | 930 |
| 2004 | 1258 |
| 2005 | 1715 |

¹⁹ Fuente: Asociación de Usuarios de Internet. [en línea] <<http://www.aui.es>>

Tipos de buzones, 2003.

| TIPO DE BUZON | VALORES |
|---|----------------|
| Webmail | 38% |
| Correos internos (empresas/organizaciones) | 36% |
| ISP - Usuarios finales | 13% |
| ISP corporativo | 7% |
| Negocios externalizados (outsourced) | 4% |
| Teléfonos móviles | 2% |

I.3.- DEL CORREO ELECTRÓNICO O *E-MAIL*²⁰

I.3.1. Concepto

En nuestra legislación nacional no es posible encontrar una definición de correo electrónico, aún más, la utilización misma del término correo electrónico pareciese ser extraña para el legislador. En efecto, y pese a su uso corriente y generalizado por parte de la población, dicha denominación no aparece empleada en texto legal alguno.²¹

Ante tal ausencia de una definición legal es que deberemos recurrir a otras fuentes para formarnos una noción, por cierto introductoria, de lo que es el correo electrónico.

Comencemos por señalar que la Real Academia Española, dentro de las acepciones de la palabra “correo”, define al correo electrónico como un “Sistema de comunicación personal por ordenador a través de redes informáticas”.²²

Luego, definiciones legales encontramos en Perú a propósito de la ley N° 28.493, que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado (SPAM), la que en su artículo 2° define al correo electrónico como: “Todo mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras o cualquier otro equipo de tecnología similar. También se considera correo

²⁰ *E-mail* no es más que la contracción de “*Electronic Mail*”.

²¹ En referencia al correo electrónico sólo es posible encontrar la expresión “correspondencia electrónica” empleada en el artículo 218 del Código Procesal Penal.

²² Véase Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. [en línea] <<http://www.rae.es>>

electrónico la información contenida en forma de remisión o anexo accesible mediante enlace electrónico directo contenido dentro del correo electrónico”.²³

En casi idénticos términos, la definición prevista en el artículo 2º del Anteproyecto de Ley de Protección al Correo Electrónico de la República Argentina, elaborado en el año 2001 por el Ministerio de Infraestructura y Vivienda de dicho país: “toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras”.²⁴

En la legislación Norteamericana, en concreto, en la Electronics Communications Privacy Act, se define al correo electrónico como “un servicio de mensajería electrónica, donde dos comunicantes transmiten un mensaje digital entre dos ordenadores a través de un servidor y que se mantiene registrado electrónicamente hasta el momento en que el receptor accede a él”.

Por otra parte, definiciones doctrinales encontramos en María de los Reyes CORRIPIO GIL-DELGADO, para quien “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 y enlaces de telecomunicaciones”.²⁵

Mientras que para Jorge Mario GALDOS, el *e-mail* “refiere al sistema mediante el cual se puede enviar y recibir mensajes desde una casilla de correo

²³ Fuente: Diario Oficial El Peruano. [en línea] <<http://www.editoraperu.com.pe/elperuano>>

²⁴ COMISIÓN DE ESTUDIO DE CORREO ELECTRÓNICO. *Informe Preliminar del anteproyecto de Ley de protección del Correo Electrónico*. [en línea] <<http://www.secom.gov.ar/documentos/proteccion-email/informepreliminar.doc>>

²⁵ CORRIPIO GIL-DELGADO, María de los Reyes. *Regulación Jurídica de los Tratamientos de Datos Personales Realizados por el Sector Privado en Internet*. Agencia de Protección de Datos. Madrid, 2000, p. 68.

de una persona hacia la casilla de correo de otra. Es un sistema que permite la emisión y recepción de mensajes”.²⁶

Desde un enfoque lingüístico, el correo electrónico ha sido definido como “una correspondencia individual, colectiva, real o virtual de intercambio de textos digitalizados con una forma, función, contenido, estructura, lengua y estilo propios. Esta identidad textual implica, en primer lugar, un entorno específico de comunicación, en segundo, una relación abierta entre los coenunciadores y, finalmente, una modalidad revolucionaria en la manera de transmitir la correspondencia”.²⁷

Por último, y desde una mirada técnica, digamos que el correo electrónico es “información contenida en un dispositivo de almacenamiento magnético que puede ser transmitido de un ordenador a otro a través de sistemas de redes de ordenadores. [...] Esta información contenida en dispositivos de almacenamiento magnéticos es gestionada por programas informáticos de correos que traducen esa información almacenada en palabras, imágenes y sonido”.²⁸

I.3.2. Historia del correo electrónico

Algunos sostienen que habría sido Leonard Kleinrock, profesor de informática de la Universidad California y considerado por muchos como el verdadero inventor de la tecnología Internet, el primero en enviar, en octubre de 1969, un mensaje de correo electrónico.

Sin embargo, la mayoría de los autores coinciden en atribuir a Ray Tomlinson, un ingeniero de la empresa BBN (Bolt Beranek and Newman),

²⁶ GALDOS, Jorge Mario. *Publicación electrónica citada*.

²⁷ LÓPEZ ALONSO, Covadonga. *El correo electrónico*. [en línea] Estudios de Lingüística del Español (ELiEs). 2006, vol. 24. <http://elies.rediris.es/elies24/lopezalonso_cap2.htm>

²⁸ BLÁZQUEZ, Blanca. *Aspectos jurídicos sobre el control del uso del correo electrónico por parte de las empresas en el ámbito laboral*. [en línea] <<http://www.mgabogados.com/despacho/controldelemail.htm>>

contratada por Estados Unidos para construir la red Arpanet,²⁹ el primer correo electrónico de la historia.

En los primeros tiempos del correo electrónico, no existía un programa de correo propiamente dicho que permitiera enviar mensajes de un usuario a otro; lo que se hacía era colocar en un directorio predeterminado el fichero que contenía el mensaje que queríamos que se leyera. De ese modo, cuando el destinatario quería saber si tenía correo, entraba en dicho directorio, y miraba si había algo.

Fue Tomlinson, en 1971, quien tuvo la idea de crear un programa que permitiera enviar estos mensajes de un ordenador a otro distinto. Los programas que creó para tales efectos se llamaron originalmente SNGMSG (para enviar los mensajes) y READMAIL (para leerlos).

Como prueba de su idea, se envió un mensaje a sí mismo utilizando el @ (ARROBA), que en inglés significa at (en tal lugar), para especificar el destinatario del mensaje. Su creador no recuerda exactamente qué escribió en este primer mensaje de correo electrónico, mas sí el contenido de su segundo mensaje: en él explicaba cómo se debían enviar los mensajes de correo a través de la red local, y establecía el uso de la @ para especificar el usuario que lo enviaba.

En Julio de 1971, Larry Roberts crea el primer programa de gestión de correo electrónico, que permitía listar, leer condicionalmente, archivar, responder, o reenviar mensajes de correo. El programa se llamó RD, y permitía ordenar los mensajes según su asunto o fecha de envío, junto con otras funciones que facilitaban su uso.

²⁹ Que como vimos, es el antecedente de Internet.

A partir de RD se crean nuevos programas de gestión, entre otros: NRD, WRD, BANANARD. John Vittal logró mejorar este último programa, creando MSG, que es considerado el primer programa moderno de gestión de correo electrónico. Entre otras novedades, permitía el reenvío de mensajes o direccionar automáticamente las respuestas.

El uso del correo electrónico se extendió de forma gradual en la década de los setenta, con la utilización de los mainframes (supercomputadores) y miniordenadores basados en redes locales, y tuvo un rápido crecimiento con el uso de Internet en la década de los ochenta.³⁰

I.3.3. Características

A objeto de señalar las principales características del correo electrónico, recurriremos a algunos autores que resultan ser lo suficientemente clarificadores al respecto:

ALBARRÁN LOZANO, DE PABLOS HEREDERO Y MONTERO NAVARRO, caracterizan al correo electrónico como “un medio electrónico (utiliza medios electrónicos de gestión y transporte); asíncrono (no necesita sincronía de envío y recepción); ubicuo (permite su acceso en diferentes lugares); digital: (utiliza información digitalizada); informático: (está en relación con las tecnologías de la información)”.³¹

Argiro GIRALDO QUINTERO, por su parte, también nos aporta con algunas otras características del correo electrónico: “Virtual por cuanto representa una nueva forma de correo postal, sin ser correo postal; múltiple porque no es único, pueden coexistir infinidad de copias; ubicuo porque puede estar en cualquier

³⁰ Véase *Breve Historia del Correo Electrónico*. [en línea] <http://www.telecable.es/personales/carlosmg1/historia_correo.htm>

³¹ ALBARRÁN LOZANO, Irene, DE PABLOS HEREDERO Carmen, MONTERO NAVARRO Antonio. *Uso del correo electrónico: un análisis empírico en la UCM*. [en línea] <<http://www.ucm.es/BUCM/cee/doc/9909/9909.htm>>

PC, instantáneo porque al mismo tiempo puede estar en todos ellos, reproducible porque puede expedirse infinidad de copias y manipulable porque la naturaleza misma del correo electrónico obliga al operador del sistema a manipular y enrutar mensajes”.³²

Finalmente, señalemos como bondades del correo electrónico frente a otras formas de comunicación: su rapidez y fiabilidad en la recepción y envío de mensajes; el hecho de que no requiera simultaneidad entre remitente y receptor; su facilidad de archivo, reenvío e integración; por último, su comodidad y bajo costo.

I.3.4. Requisitos para ser usuario de correo electrónico

Para que una persona pueda enviar un correo a otra se requiere:

I.3.4.1 Poseer una Dirección Electrónica.

Cualquier persona que desee estar en forma activa en la red, precisa, en primer término, de una dirección que sea identificable desde cualquier ordenador, “en una Red de computadores, como lo es Internet, es posible individualizar a los computadores y dentro de cada uno de ellos a los usuarios. De este modo, al enviar un correo electrónico a cualquier destinatario que cuente con una casilla electrónica previamente habilitada, permitirá que el mensaje llegue a su receptor final”.³³

³² GIRALDO QUINTERO, Argiro Artenio. *El Secreto en la Comunicación por Correo Electrónico*. [en línea] Alfa-Redi, Revista Electrónica de Derecho Informático. Agosto de 2000, número 25. <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=539>>

³³ ARRIETA CORTÉS, Raúl. *Derecho a la Vida Privada: Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas*. *Revista Chilena de Derecho Informático*, del Centro de Estudios de Derecho Informático. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. (6): 147 - 157, 2005.

Pues bien, una dirección de correo electrónico es un conjunto de palabras que identifican a una persona que puede enviar y recibir correo, cada dirección es única y pertenece siempre a la misma persona.

El signo @ (ARROBA), presente en toda dirección de correo electrónico, es el que divide a ésta en dos partes: el NOMBRE DEL USUARIO (a la izquierda del arroba) y el DOMINIO (a la derecha del arroba).

El NOMBRE DEL USUARIO se forma por un conjunto de signos o palabras libremente elegidos por su titular, con la única limitación que dicha dirección no coincida con la correspondiente a otra persona.

El DOMINIO, por su parte, es el que por lo general identifica a un computador, a un ordenador en particular. Se divide en subdominios, separados todos ellos entre puntos. Aquel dominio que está situado más a la derecha se llama dominio del más alto nivel, y corresponderá siempre a uno de una pequeña lista de nombres genéricos de 3 o más caracteres (.com,.net,.int,.edu,etc) o un código territorial de 2 caracteres basados en la ISO 3166 (.es,.fr,.cl,etc). Junto a los dominios de primer nivel encontramos los de segundo nivel, ligados a los anteriores y referidos a la entidad titular. Finalmente, junto a todos ellos, pueden aún coexistir nombres de dominio de tercer nivel que aparecen entre ambos y añaden, a los nombres geográficos de primer nivel, otra indicación de tipo genérico.

I.3.4.2 Contar con un Proveedor de correo

Las direcciones son proporcionadas por los proveedores de correo, que son quienes ofrecen el servicio de envío y recepción. De modo que para poder usar, enviar y recibir correo electrónico, generalmente, habrá que estar registrado en alguna empresa que ofrezca este servicio (gratuita o de pago).

El registro permite tener una dirección de correo personal, única y duradera, a la que se puede acceder mediante un nombre de usuario y una clave o contraseña. Tanto la dirección como la clave son escogidas arbitrariamente por el usuario y asignadas por la empresa administradora.

I.3.4.3 Disponer de un Correo WEB o de un cliente de correo electrónico.

Existen dos formas de acceder al correo electrónico:³⁴ el **correo WEB** y el llamado **correo POP**. Cada una de ellas tiene sus ventajas e inconvenientes.

I.3.4.3.1 Correo WEB:³⁵

Es un servicio que permite enviar y recibir correos mediante una página Web diseñada para ello, y por tanto usando sólo un programa navegador web. Al correo Web se accede desde una página de Internet en lugar de a través de un programa de correo. Los principales servidores de webmail son: hotmail, gmail, yahoo.

Ventajas del webmail

- El webmail no requiere ninguna configuración especial ni tener instalados programas adicionales, como el correo POP.
- Los mensajes pueden leerse, escribirse y enviarse desde cualquier lugar, siempre que se cuente con un explorador y conexión a Internet.

³⁴ Sin embargo, cada vez hay más servicios mixtos que permiten al usuario decidir cómo utilizar su correo. Así por ejemplo, es posible encontrar cuentas POP en la web y webmail en el programa de correo: Al configurar una cuenta en un programa de correo es posible utilizar el protocolo HTTP en lugar de POP. Es decir, se puede configurar una cuenta de correo-web (las que lo permitan) para recibirla directamente al PC. También hay algunos correos web (como Gmail y Yahoo!) que permiten configurar un acceso POP de forma gratuita. Asimismo, muchos proveedores ofrecen la posibilidad de acceder a las cuentas POP a través de una página web, donde podremos ver los mensajes que todavía no hemos descargado al ordenador. Así, también es posible acceder a una cuenta POP mediante el navegador desde cualquier ordenador conectado.

³⁵ Otras denominaciones de Correo Web son: Webmail, correo electrónico de sitio web o correo basado en web.

- Permite ver y almacenar los mensajes siempre en el mismo sitio (en un servidor remoto, accesible por la página Web) en vez de en un ordenador personal concreto.
- Los mensajes no tienen que descargarse al ordenador.

Desventajas de webmail

- El usuario tiene que estar conectado a Internet mientras lee y escribe los mensajes.
- Es difícil de ampliar con otras funcionalidades, porque la página ofrece unos servicios concretos y no podemos cambiarlos.
- Suele ser más lento que un programa de correo, ya que hay que estar continuamente conectado a páginas web y leer los correos de uno en uno.
- Los servidores de webmail comerciales normalmente ofrecen espacio limitado para el almacenamiento de los mensajes y muestran propaganda en los mensajes.
- No se pueden guardar los mensajes en el disco duro.
- Cuando la conexión a Internet es lenta, puede ser difícil enviar los mensajes.
- Los mensajes enviados utilizando webmail son unas veinte veces más grandes, ya que el mensaje se envuelve en código html, por lo que hace más lento su uso.

I.3.4.3.2 Correo POP:³⁶

Se diferencia del anterior en que, para la gestión del correo, es necesario contar con un programa cliente de correo electrónico,³⁷ éstos son, programas o

³⁶ Si bien POP es el protocolo de correo electrónico más empleado, existen otros como IMAP (*Internet Message Access Protocol*) que se configuran en el programa de gestión de correo de la misma manera. La diferencia está en el hecho de que los correos residen en el servidor, y esto permite crear varios buzones en una misma máquina.

³⁷ Cliente de correo electrónico o también llamado en inglés *mailer* o *Mail User Agent* (MUA).

softwares que permiten leer y enviar *e-mails*. Una de sus principales funciones de estos programas es la de interaccionar con los servidores (los MTA),³⁸ entregándoles los mensajes que el usuario desea enviar para que éstos sean remitidos a su correspondiente dirección de destino. También se encargan de aceptar el correo que llega al usuario. Algunos ejemplos de programas de correo son Mozilla Thunderbird, Outlook Express y Eudora.

Ventajas de los Cliente de correo:

- Suelen incorporar muchas más funcionalidades que el correo web, ya que todo el control del correo pasa a estar en el ordenador del usuario. Por ejemplo, algunos incorporan potentes filtros anti-spam.
- No se necesita estar conectado para redactar los mensajes, sólo hay que conectarse a la hora de enviarlos
- Descarga de golpe todos los mensajes que tenemos disponibles, y luego pueden ser leídos sin estar conectados a Internet (además, se quedan grabados en el ordenador).
- Es más rápido que el correo Web.

Desventajas de los Cliente de correo:

- Necesitan que el proveedor de correo ofrezca este servicio, ya que no todos permiten usar un programa especializado (algunos sólo dan correo web).
- El programa debe ser configurado antes de usarse.

Reuniéndose todos estos requisitos, emisor y destinatario del mensaje electrónico serán considerados usuarios de sus respectivas cuentas o casillas de correo electrónico.

I.3.5. Estructura de un mensaje de correo electrónico

³⁸ MTA: Agentes de Transferencia de Mensajes

De acuerdo con la RFC 2822,³⁹ normativa técnica que define el estándar del formato de mensaje de Internet, todo mensaje de correo se encuentra dividido en tres partes:

1. **Cuerpo del mensaje:** Contenido en sí del correo. En él se encuentra la información útil que se intercambian el remitente y el destinatario.
2. **Encabezados del mensaje:** Información que se encuentra precediendo al cuerpo del mensaje. Enuncia los datos del remitente, los lugares por donde ha ido pasando el correo, los programas utilizados para su envío.
3. **Envoltura del mensaje:** En ella se encuentra la información del destinatario, que será utilizada por las máquinas para hacer llegar el correo a su destino. Equivale al “sobre” del mensaje.

I.3.6. Algunos aspectos técnicos de su funcionamiento

En términos técnicos, el correo electrónico es “un conjunto de instrucciones redactadas bajo un protocolo predeterminado, en el cual se transportan contenidos determinados por un remitente, los que son entregados a destinatarios definidos previamente por éste. Este conjunto de información es fragmentada en varios paquetes etiquetados con la indicación de su origen y destino. Los paquetes viajan a través de las redes y sistemas de Internet, por diversas vías, hasta encontrarse en los equipos del destinatario, lugar donde son reagrupados automáticamente, posibilitándose su lectura”.⁴⁰

La comunicación entre computadores en la red “es posible a través de medios electromagnéticos, y se basa en protocolos técnicos ampliamente

³⁹ La RFC 2822 define el estándar del formato de mensaje de Internet y se encuentra disponible en <<http://www.ietf.org>>

⁴⁰ ÁLVAREZ, Daniel. *Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas*. Revista Chilena de Derecho Informático, del Centro de Estudios de Derecho Informático. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. (5): 191 - 202, 2004.

conocidos, que permiten que cualquier computador del mundo pueda expresarse en un “lenguaje” común, comprensible por los demás”.⁴¹

Es gracias a la existencia de dichos protocolos técnicos de intercambio de correo electrónico entre computadores, que no es obstáculo para que la comunicación se efectúe el que existan diferencias entre los computadores que se conectan: “el correo electrónico es una aplicación que se puede efectuar entre computadores de distinta tecnología, con distintos sistemas operativos y distintas capacidades, ya que Internet utiliza en su base TCP/IP y luego utiliza el protocolo SMTP (*Simple Mail Transfer Protocol*) para la transferencia del correo. Esta conjugación de protocolos permite que computadores fabricados con distinta tecnología y capacidades puedan interactuar en correo electrónico”.⁴²

Mientras que en el envío del correo electrónico intervienen principalmente tres protocolos: El SMTP, otro que especifica el formato de los mensajes, y el MIME, descritos en las RFC 2821, RFC 2822 y RFC 2045 respectivamente. En su recepción, existen tres protocolos posibles: El POP3 y el IMAP, si se tienen los programas apropiados y el http, si el proveedor ofrece webmail.⁴³⁻⁴⁴

I.3.7. Redacción del mensaje

⁴¹ RODRÍGUEZ SILVA, Eduardo. *Art. Cit.*

⁴² BOIZARD PIWONKA, Alicia y PEREZ ARATA, Miguel. *Internet en acción*. Santiago de Chile, Ed. McGraw-Hill, 1996, p. 76.

⁴³ El protocolo POP3 es el más sencillo. Sus siglas hacen referencia a *Post Office Protocol* (protocolo de correo de oficina) y su funcionalidad es la de descargar los mensajes del buzón del usuario, residentes en el servidor de correo. Con este protocolo sólo se pueden leer los mensajes recibidos en el ordenador desde el cual se han recogido. El protocolo IMAP (*Internet Message Access Protocol*), sirve para gestionar el correo recibido, sin necesidad de descargarlo al ordenador desde el que se accede para poder leerlo. Este protocolo ofrece la posibilidad de gestionar el correo dentro del propio servidor. Con una serie de instrucciones se pueden crear diferentes carpetas para almacenar los mensajes, moverlos entre carpetas, leerlos, ver las cabeceras, marcar aquellos que están leídos, etc. Es posible realizar exactamente las mismas tareas que permite desarrollar un servicio de *webmail*.

⁴⁴ Todas estas normas técnicas se encuentran disponibles en: <<http://www.ietf.org>>

Para que la transferencia del mensaje se pueda realizar en forma exitosa, se deben completar dos datos absolutamente necesarios: las direcciones del o los destinatarios del mensaje y el mensaje a enviar.

“Cuando el programa recibe ambos, destino y contenido del mensaje, construye un mensaje que incorpora estos datos junto a la fecha y remitente en un solo archivo, el cual viajará a través de Internet hasta la casilla de destino. Este mensaje equivale a las hojas de papel que uno introduce en un sobre, en una carta tradicional y que, en adelante, llamaremos "contenido del sobre", para hacer una analogía con el correo tradicional.

A su vez, cuando se produce el despacho del correo, el servidor de correo, junto con enviar este "contenido del sobre", transfiere, en forma separada, los datos de origen y destino de este contenido, de manera que el receptor de esta información (el servidor), pueda hacer el despacho correspondiente.

En síntesis, cuando un mensaje de correo electrónico viaja por la Internet, está compuesto por dos partes: la información del sobre y el contenido (que incluye también, destino del mensaje, y además típicamente, fecha, origen, etc.)”⁴⁵

I.3.8. Transporte del mensaje

El envío de un mensaje de correo es un proceso largo y complejo, que se inicia cada vez que el usuario presiona el botón de envío del mensaje. Veamos a continuación como opera:

“El mensaje se transfiere al servidor de correo, que está asignado a la tarea de enviar estos mensajes.

⁴⁵ RODRÍGUEZ SILVA, Eduardo. *Art. Cit.*

El servidor de correo recibe la información del "sobre", es decir, destinatario del mensaje y remitente. Junto con ello, recibirá la información del "contenido del sobre" (el mensaje).

El servidor de correo identificará el servidor de correo que atiende al destinatario del mensaje o, en su defecto, a un intermediario definido para tal efecto. Ambos, intermediario o destino final, son otros computadores, conectados a Internet, que actúan como servidores de correo en otras redes. Al completar el despacho, el mensaje será borrado del computador que lo envía.

Si por alguna razón, el despacho no puede ser realizado en ese momento, el servidor de correo almacenará el mensaje, y reintentará posteriormente. Esta operación se repetirá en forma sucesiva hasta que el mensaje pueda ser enviado, o hasta que se cumpla un número de reintentos límites, o un plazo de espera que fluctúa entre las 24 y 72 horas, pero que se configura en cada servidor. Después de esto, si el mensaje no ha podido ser despachado, es devuelto al remitente, con una breve explicación del problema.

Si el despacho es exitoso, el servidor de correo registra, en un archivo, los datos básicos del despacho realizado (remitente, destino, hora de envío, etc.). Este archivo es llamado "logfile" en inglés, y habitualmente se le traduce al español como "bitácora".

Finalmente, el mensaje llega al servidor de correo de destino, donde se verifica la identidad del destinatario, y su capacidad de recibir otro mensaje. Si estas condiciones lo permiten, el mensaje se almacenará en la casilla electrónica del destinatario, desde donde podrá ser leído. Si alguna de esas razones no lo permite, por ejemplo, que el usuario no exista, o que el nuevo mensaje no quepa en el disco de almacenamiento, entonces el servidor de

correo descarta ese mensaje y despacha un mensaje al remitente, indicando, brevemente, la causa del problema que impide su correcto despacho.

Es necesario hacer notar, que la "información del sobre" es utilizada como una referencia para hacer el despacho, de la misma manera que en el correo tradicional, y que el mensaje, en cambio, es tratado de manera independiente.

El servidor de correo, con la información del sobre, ubica al computador que debe recibir el mensaje, y se lo transfiere con el procedimiento recién descrito. En este intercambio, es posible que un mensaje de correo circule por varios servidores de correo sucesivamente, antes de llegar a su destino final, debido a que la configuración de las redes de computadores no siempre admite la conexión directa de todos los computadores, sino a través de intermediarios. En todo caso, cada vez que el correo se mueve de un computador a otro, tanto el sobre como el contenido se irán copiando y borrando sucesivamente hasta llegar a su destino final, donde será almacenado en la casilla del receptor.

Cabe mencionar que durante este transporte, la identidad del receptor sólo es verificada cuando el mensaje es recibido por el computador de destino, no así el dominio del destinatario que es verificado al momento del despacho".⁴⁶

Ahora bien, y para una mayor claridad respecto del camino que recorre todo correo electrónico una vez que es enviado, nos valdremos del siguiente esquema explicativo:⁴⁷

⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁷ Ejemplo tomado de sitio *web* <http://es.wikipedia.org/wiki/Correo_electronico#Historia>

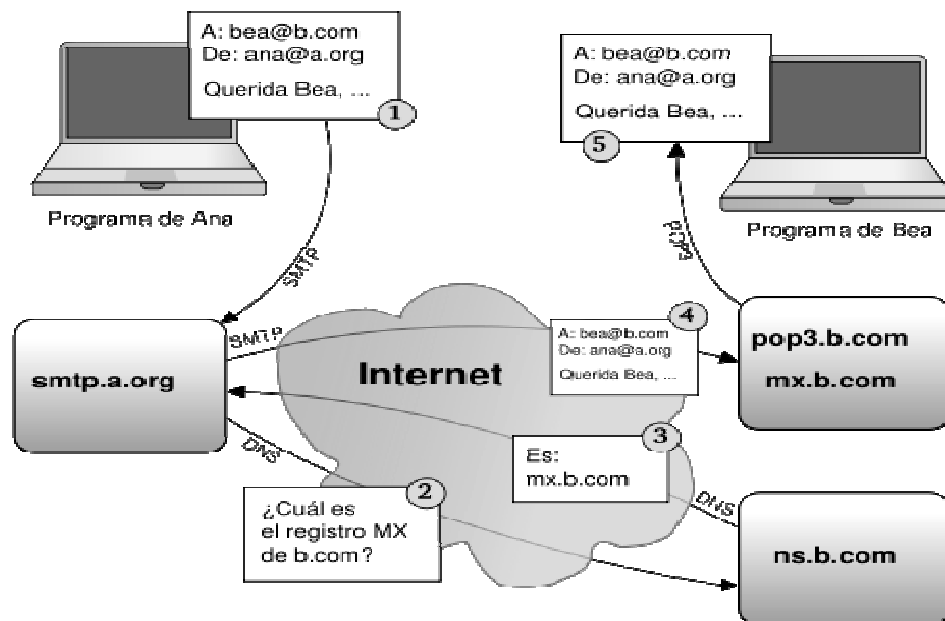


Ilustración Nº 4. La figura corresponde a la representación gráfica del ejemplo que hemos utilizado para explicar el transporte del mensaje.

“En este ejemplo ficticio, Ana (ana@a.org) envía un correo a Bea (bea@b.com). Cada persona está en un servidor distinto (una en a.org, otra en b.com), pero éstos se pondrán en contacto para transferir el mensaje. Por pasos:

Ana escribe el correo en su programa cliente de correo electrónico.⁴⁸ Al darle a Enviar, el programa⁴⁹ contacta con el servidor de correo⁴⁹ usado por Ana (en

⁴⁸ Como vimos en su oportunidad, un “cliente de correo electrónico”, es un programa de ordenador usado para leer y enviar *e-mails*.

⁴⁹ Un servidor de correo es una aplicación que nos permite enviar mensajes (correos) de unos usuarios a otros, con independencia de la red que dichos usuarios estén utilizando. Para lograrlo se definen una serie de protocolos, cada uno con una finalidad concreta:

SMTP, *Simple Mail Transfer Protocol*: Es el protocolo que se utiliza para que dos servidores de correo intercambien mensajes.

POP, *Post Office Protocol*: Se utiliza para obtener los mensajes guardados en el servidor y pasárselos al usuario.

este caso, smtp.a.org). Se comunica usando un lenguaje conocido como protocolo SMTP.⁵⁰ Le transfiere el correo, y le da la orden de enviarlo.

El servidor SMTP ve que ha de entregar un correo a alguien del dominio b.com, pero no sabe con qué ordenador tiene que contactar. Por eso consulta a su servidor DNS,⁵¹ y le pregunta que quién es el encargado de gestionar el correo del dominio b.com. Técnicamente, le está preguntando el registro MX⁵² asociado a ese dominio.

Como respuesta a esta petición, el servidor DNS contesta con el nombre de dominio⁵³ del servidor de correo de Bea. En este caso es mx.b.com; es un ordenador gestionado por el proveedor de Internet⁵⁴ de Bea.

El servidor SMTP (smtp.a.org) ya puede contactar con mx.b.com y transferirle el mensaje, que quedará guardado en este ordenador. Se usa otra vez el protocolo SMTP.

Más adelante (quizás días después), Bea aprieta el botón "Recibir nuevo correo" en su programa cliente de correo. Esto empieza una conexión,

IMAP, *Internet Message Access Protocol*: Su finalidad es la misma que la de POP, pero el funcionamiento y las funcionalidades que ofrecen son diferentes.

Así pues, un servidor de correo consta en realidad de dos servidores: un servidor SMTP que será el encargado de enviar y recibir mensajes, y un servidor POP/IMAP que será el que permita a los usuarios obtener sus mensajes.

⁵⁰ SMTP, *Simple Mail Transfer Protocol*: Es el protocolo que se utiliza para que dos servidores de correo intercambien mensajes.

⁵¹ El *Domain Name System* (DNS) es una base de datos distribuida y jerárquica que almacena información asociada a nombres de dominio en redes como Internet. Aunque como base de datos el DNS es capaz de asociar distintos tipos de información a cada nombre, los usos más comunes son la asignación de nombres de dominio a direcciones IP y la localización de los servidores de correo electrónico de cada dominio. Los Servidores DNS (*name servers*), contestan las peticiones de los clientes, los servidores recursivos tienen la capacidad de reenviar la petición a otro servidor si no disponen de la dirección solicitada (usando el protocolo DNS).

⁵² MX = *Mail Exchange* (Intercambiador de Correo): Es un tipo de registro DNS y define el lugar donde se aloja el correo que recibe el dominio.

⁵³ Un dominio de Internet es un nombre de equipo que proporciona nombres más fácilmente recordados en lugar de la IP numérica. Permiten a cualquier servicio moverse a otro lugar diferente en la topología de Internet, que tendrá una dirección IP diferente.

⁵⁴ Un proveedor de servicios de Internet (o ISP por el [acrónimo](#) inglés de *Internet Service Provider*) es una empresa dedicada a conectar a [Internet](#) a los usuarios o las distintas [redes](#) que tengan, y dar el mantenimiento necesario para que el acceso funcione correctamente.

mediante el protocolo POP3 o IMAP, al ordenador que está guardando los correos nuevos que le han llegado. Este ordenador (pop3.b.com) es el mismo que el del paso anterior (mx.b.com), ya que se encarga tanto de recibir correos del exterior como de entregárselos a sus usuarios. En el esquema, Bea recibe el mensaje de Ana mediante el protocolo POP3.

Ésta es la secuencia básica, pero pueden darse varios casos especiales: por ejemplo, una persona puede no usar un programa de correo electrónico, sino un webmail. El proceso es casi el mismo, pero se usan conexiones HTTP al webmail de cada usuario en vez de usar SMTP o IMAP/POP3”.

I.3.9. Aspectos técnicos referidos a su confidencialidad

“*E-mail* es un método de comunicación global, inmaterial e instantáneo. Esas tres características lo convierten en un medio jurídicamente inexplorado, extremadamente vulnerable desde un punto de vista psicológico, técnico y legal”.⁵⁵

Hablar de confidencialidad del correo electrónico implica necesariamente hablar de dos aspectos que le son consustanciales, éstos son: la existencia de múltiples copias y las facultades de que dispone el operador del sistema.

María Helena BARRERA y Jason MONTAGUE, nos advierten sobre la existencia de las múltiples copias que se generan cada vez que se envía un correo electrónico: “el usuario conoce de la existencia del original, y si lo desea puede destruirlo, guardarlo, copiarlo. Las copias temporales sin embargo son corrientemente ignoradas: Los archivos temporales creados en el momento de la redacción pueden ser de dos clases. Primo, aquellos propios del sistema, que generalmente desaparecerán una vez desactivado el programa. Segundo,

⁵⁵ BARRERA, María Helena y MONTAGUE OKAI, Jason. *Correspondencia Digital. Recreando Privacidad en el Ciberespacio*. [en línea] Alfa-Redi, Revista de Derecho Informático. Octubre de 1999, número 015. <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=345>>

aquellos creados en los archivos de URLS visitadas ("historia"), de programas como Netscape Communicator o Internet Explorer. Incluso luego de su desactivación, el contenido de las direcciones visitadas puede ser consultado por cualquier otro usuario si no se ha tomado la precaución de borrarlo antes. Las copias creadas después de enviarse el mensaje quedan grabadas en el servidor del proveedor de acceso. Cada mensaje enviado se guarda en un archivo general de salvaguardia o backup. Si el correo tradicional funcionase como el electrónico, el servicio postal estaría autorizado a guardar una copia de todos y cada uno de los mensajes enviados en todos y cada uno de los puntos por donde el mensaje ha transitado, incluyendo copias permanentes en el punto de envío y en el de recepción".⁵⁶

“En el momento en que el usuario envía el mensaje, no solamente se han creado múltiples copias del mismo, sino que dichas copias están potencialmente diseminadas en todo el mundo, dependiendo del punto de partida y de llegada del mensaje”.⁵⁷

En cuanto a las facultades de que dispone el operador del sistema, partamos por reconocer un hecho que a estas alturas resulta innegable, que el correo electrónico “es exactamente la clase de comunicación que demanda la intervención de terceros, generalmente de carácter privado en su control y mantenimiento. [...] La naturaleza misma de trabajo de los operadores del sistema implica procesar, manipular y enrutar mensajes”.⁵⁸

Una completa enumeración de las facultades con que cuenta el administrador de un computador, es la que nos entrega Eduardo RODRÍGUEZ SILVA:

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ *Ibidem.*

“Es posible por tanto, que quien posea los privilegios del administrador de un computador:

- Revise los correos electrónicos almacenados en un computador.
- Configure un servidor de correo para almacenar una copia de los correos entrantes y salientes, copia que después puede ser revisada por él mismo o por un tercero.
- Intervenga, detenga o desvíe el despacho de un correo electrónico, cuando dicho correo cumpla o no cumpla, ciertas condiciones predeterminadas. Por ejemplo, que detenga todos los correos enviados a la Universidad de Chile, o que envíe un aviso al administrador cada vez que un mensaje de correo electrónico se adjunta con un archivo de sonido, o que no permita la recepción de mensajes que superen un cierto tamaño, o que no permita el envío de mensajes a una cierta dirección electrónica.

También es posible que quien posea los privilegios del administrador:

- Haga copias de respaldo de los correos electrónicos para garantizar que la pérdida de un mensaje, sea transitoria, recuperando la copia almacenada.
- Revise, a través de programas automáticos, las bitácoras del correo electrónico para generar estadísticas de las recepciones y envíos de los usuarios de dicho servidor
- Revise, a través de programas destinados para tal efecto, los correos electrónicos que transitan por el servidor buscando virus computacionales. De ser encontrados, dichos correos son rechazados para evitar la infección de los destinatarios, y devueltos al remitente con un aviso alertando sobre el problema.

Todas estas acciones, pueden ser realizadas por el administrador de un computador sin que el remitente, o el destinatario de los mensajes, tenga plena conciencia de que son realizadas”.⁵⁹

En atención a todo lo señalado, podemos afirmar que, desde un punto de vista técnico, la confidencialidad de los correos electrónicos se encuentra en una situación de evidente precariedad.

I.3.10. Naturaleza jurídica

En general, podríamos sostener que el correo electrónico presenta una naturaleza múltiple: dependiendo de la perspectiva desde la cual se le analice, el correo electrónico posee una distinta naturaleza.

I.3.10.1 Como comunicación:

El correo electrónico es, en primer lugar y ante todo, un acto de comunicación interpersonal. Son las propias definiciones de correo electrónico, vistas a propósito de su concepto, las que destacan dicha calidad de los correos electrónicos.

I.3.10.2 Como correspondencia.

Dicha naturaleza resulta evidente para quienes equiparan el correo electrónico y el correo tradicional, cuestión sobre la cual volveremos más adelante.

I.3.10.3 Como herramienta de trabajo:

⁵⁹ RODRÍGUEZ SILVA, Eduardo. *Art. Cit.*

La consideración de los correos electrónicos como herramienta de trabajo se entiende y justifica dentro del contexto de lo que es el *e-mail* laboral,⁶⁰ donde el correo electrónico es provisto por la empresa al trabajador.

María FERNÁNDEZ LÓPEZ, catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla, refiriéndose a los medios informáticos puestos a disposición del trabajador por parte del empresario, referencia perfectamente aplicable al correo electrónico laboral, sostiene que “Son herramientas de trabajo, en cuya manipulación se incorpora la prestación de los trabajadores y sobre esto existe una amplia aceptación jurisprudencial, una vez que se ha superado la tesis que apuntaba la posibilidad de entender en algunos aspectos el ordenador del trabajador como una especie de “efecto personal” a efectos de cubrirlo con la tutela del art. 18 ET. Los ordenadores, pues, en su consideración más elemental y primaria, son herramientas de trabajo, propiedad de la empresa y como tales han de ser valorados”.⁶¹

I.3.10.4 Como herramienta de control:

Se trata, a decir de algunos, de “un <<codiciado método de control>>, ya sea porque facilita de forma notable el control de la ejecución de la actividad encargada, ya sea por las consecuencias derivadas de un uso incorrecto del mismo”.⁶²

I.3.10.5 Como conjunto de datos:

⁶⁰ El correo electrónico laboral lo constituye aquella cuenta proporcionada por el patrono privado o bien por la Administración Pública a sus trabajadores o servidores públicos.

⁶¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Nuevas tecnologías y Control del Empresario*. Revista Chilena de Derecho Informático, del Centro de Estudios de Derecho Informático. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. (7): 27 - 96, 2005.

⁶² GOÑI SEIN, José Luis. *Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos*. En: ALARCÓN, Manuel Y ESTEBAN Ricardo (Coordinadores). *Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación y Derecho del Trabajo*. Ed. Bomarzo, 2004, p. 76.

Es, específicamente, la dirección del correo electrónico la que se considera un dato personal, ya que es ésta la que puede permitir la identificación del usuario de la misma.

Que las direcciones de correo electrónico sean consideradas datos personales en nuestro país, resulta de los amplios términos con que Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada o Protección de Datos de Carácter Personal conceptualiza a los datos personales. La citada Ley, en su artículo 2º, define a los datos personales como “los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”.

Comparte lo señalado, Alberto CERDA, para quien deben “calificarse como tales (como datos personales) a los datos relativos a dirección de correo electrónico, más conocidos como *e-mail*. De modo que, desde que el dato puede ser asociado a una persona, la condición de identificación queda satisfecha”.⁶³

En igual sentido se ha pronunciado la Agencia Española de Protección de Datos,⁶⁴ la que, a propósito de una consulta formulada en torno a si la venta o cesión de un fichero con direcciones de correo electrónico podía ser considerada como cesión de datos, concluye, que aun las direcciones de correo electrónico que no muestran directamente datos relacionados con el titular de la cuenta (sino una denominación abstracta o un conjunto de caracteres alfanuméricos sin significado alguno), constituyen datos de carácter personal, al poderse llegar a identificar al titular de la cuenta mediante una consulta al servidor que gestione el dominio a que la misma hace referencia.

⁶³ CERDA SILVA, Alberto. *Intimidación de los Trabajadores y tratamiento de Datos Personales por los Empleadores*. *Revista Chilena de Derecho Informático*, del Centro de Estudios de Derecho Informático. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. (2): 35 - 59, 2003.

⁶⁴ Véase texto íntegro del informe jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos en sitio web [en línea]
<https://www.agpd.es/upload%2FCanal_Documentacion%2FInformes%20Juridicos%2FOtras%20cuestiones%20de%20interes%2FOC%20%281999-0000%29%20%28Direcci%F3n%20de%20correo%20electr%F3nico%29.pdf>

Desde ya, adelantemos que el correo electrónico puede permitir la elaboración de perfiles personales del usuario y por ende provocar que su intimidad quede vulnerada. “Por ejemplo, a simple vista una dirección puede evidenciar el nombre y apellidos del usuario, el lugar geográfico de origen, su lugar de trabajo e incluso aspectos más delicados como su inclinación política, religiosa o sexual, dependiendo del servidor que proporcione la dirección de correo. En el caso que el usuario haya proporcionado más datos de su vida privada en el momento de adquirir la cuenta, también desde su perfil se pueden determinar números de teléfono, dirección domiciliaria, gustos o incluso su profesión. Dentro del conjunto de datos también la transmisión de mensajes electrónicos hace posible que pueda averiguarse la dirección IP del usuario (protocolo de Internet) que es en sí misma un dato personal, pues si se llega a descifrar la misma, se puede identificar la terminal del usuario (y en ocasiones con cierta destreza acceder a sus archivos) pero también la situación nominativa del titular”.⁶⁵

1.3.10.6 Como documento.

La aptitud documental de los correos electrónicos resulta de lo señalado en la Ley 19.799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha firma, particularmente de los amplios términos con que dicha ley conceptualiza al documento electrónico, que permiten incluir al correo electrónico dentro de la misma.

La referida Ley, en su artículo 2º, literal d), define al documento electrónico como “toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior”.

⁶⁵ CASTRO BONILLA, Alejandra. *El uso legítimo del correo electrónico*. En: Congreso Mundial de Derecho Informático. (II, 2002, Madrid). Madrid, España. Universidad Complutense, Facultad de Derecho. 23 p. [en línea] <<http://www.ieid.org/congreso/ponencias/Castro%20Bonilla,%20Alejandra.pdf>>

Aptitud documental que se ve reforzada por la definición de “electrónico” contenida en el artículo 2º, literal a) de la citada norma: “características de la tecnología que tiene capacidades eléctricas, digitales, magnéticas, inalámbricas, ópticas, electromagnéticas u otras similares”.

Aún más, las comunicaciones a través de correo electrónico en que se identifica su emisor por cualquier medio constituirían “documentos electrónicos con firma electrónica simple”, ello como consecuencia, una vez más, de los amplios términos empleados por la ley 19.799, esta vez para definir a la “firma electrónica”. En efecto, el artículo 2º, literal d) de la Ley la define como: “cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor”.

Comparte lo dicho, Francisco GONZÁLEZ HOCH, Máster en Derecho Universidad de Harvard y profesor de Derecho Civil Universidad de Chile, para quien: “Ante la definición legal amplia de lo que se entiende por firma electrónica, basta un nombre al final de un mensaje de correo, o la identificación adjunta al mensaje en forma automática por el computador que lo envía (el “de:” en cualquier e-mail), o incluso el uso de algún signo distintivo, para que se considere que tal documento está respaldado por una firma electrónica simple y, como tal, sea susceptible de presentarse en juicio como instrumento privado, ya que se cumple el requisito de “identificar al menos formalmente al autor” (artículo 2º f)”.⁶⁶

Raúl ARRIETA, queriendo resaltar la referida aptitud documental del correo electrónico recurre al tratamiento normativo que hace la Ley 19.799 de los documentos electrónicos: “Por su intermedio se reconoce jurídicamente a los documentos electrónicos, se les hace equivalentes a sus homólogos en papel y

⁶⁶ GONZÁLEZ HOCH, Francisco. *La prueba de las obligaciones y la firma electrónica*. Revista Chilena de Derecho Informático, del Centro de Estudios de Derecho Informático. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. (2): 71 - 88, 2003.

se les dota de fuerza probatoria. Como resultado de ello, cualquier manifestación volitiva o del pensamiento que se plasme en un soporte que tenga particularidades electrónicas deberá tener idéntico tratamiento que el que tendría por estar contenida en papel. Aún más, se dispone a texto expreso en el artículo 3º, que los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, suscritos o no por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma forma y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel y se les reportarán como escritos, en los casos que la ley exija que consten de ese modo y en todos aquellos casos en que las leyes prevean consecuencias jurídicas por ello”.^{67- 68}

1.3.10.7 Como transmisor de material protegido por el derecho de autor:

Finalmente, la naturaleza del correo electrónico puede ser analizada desde la perspectiva del derecho de autor, en tanto sea un medio de comunicación por el que se transmitan obras literarias, científicas o artísticas.

Tanto Internet como el correo electrónico, que duda cabe, han colocado en una situación de grave desprotección a la propiedad intelectual. “En el hecho, el régimen tradicional de protección autoral está colapsando y siendo superado, porque históricamente fue concebido para obras soportadas materialmente y no digital o magnéticamente. Las redes telemáticas y los servicios que por su intermedio se prestan “han desmaterializado” las obras creadas por los autores, ya que las creaciones originales digitales o digitalizadas se reproducen, circulan y se distribuyen rápida y electrónicamente, convertidas en archivos magnéticos, sin que encarnen -como antaño- en un soporte físico concreto o en alguna de

⁶⁷ ARRIETA CORTÉS, Raúl. *Art. Cit.*

⁶⁸ De lo señalado por Raúl ARRIETA, sólo cabría hacer una precisión, y es que, en nuestra opinión, son sólo a los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, “suscritos por medio de firma electrónica”, a los que la ley les da el carácter destacado por dicho autor.

las formas envasadas que históricamente han contenido las obras artísticas e intelectuales”.⁶⁹

I.3.11. Tipos de correos electrónicos

A partir de quienes proveen el servicio de creación y mantención, es posible distinguir claramente los siguientes tipos de correos electrónicos:

“En nuestro medio, los principales proveedores son:

- i) Compañías que prestan el servicio de acceso a Internet. Generalmente estas casillas de correo son particulares y forman parte del contrato de prestación de servicios de acceso a la red, donde junto con la creación de la dirección, le otorgan al cliente un espacio determinado en sus servidores para que almacenen sus correos enviados y recibidos. Los mensajes pueden ser alojados tanto en el computador del cliente como en los servidores del proveedor. Para acceder a ellos se requiere de una clave o password proveída por la compañía, la que puede ser modificada posteriormente por el cliente. En Chile, las principales compañías proveedoras de este tipo de servicio son Terra, Entel Internet y VTR;
- ii) Compañías que prestan el servicio de correo electrónico de manera gratuita a sus usuarios. Al igual que en el caso anterior, se trata principalmente de direcciones de correo para uso particular y están asociadas a un contrato específico de prestación de servicios de correo electrónico, de carácter gratuito en la mayoría de los casos. La compañía al momento de crear la dirección electrónica obliga al usuario a elegir una clave o password para que éste pueda acceder posteriormente a los mensajes alojados en los equipos del proveedor. Las principales empresas proveedoras de este tipo

⁶⁹ JIJENA LEIVA, Renato. *Ob. Cit.*, p. 91.

de servicio son Microsoft a través de Hotmail.com, Yahoo Inc. a través de Yahoo Mail y Google a través de Gmail.com;

- iii) Compañías que prestan servicios de alojamiento de datos. Se trata generalmente de empresas especializadas que proveen a particulares, empresas e instituciones (tanto públicas como privadas) servicios de administración de sistemas de correo electrónicos. Su función es crear y mantener direcciones de correo electrónico bajo los requerimientos de sus clientes;
- iv) Empresas, instituciones u organismos públicos o privados que crean direcciones de correo electrónico a su personal. Se trata generalmente de direcciones para uso preferentemente laboral, pero en la práctica también son utilizadas para fines personales por los trabajadores y empleados. Al igual que en los casos anteriores, para acceder a los mensajes se requiere de una clave o password que es proporcionada por el administrador del sistema, la que puede ser modificada posteriormente por el usuario. Los mensajes son alojados tanto en el computador asignado al trabajador como en los servidores del empleador (los que pueden estar tanto al interior de los recintos del empleador como externalizados en compañías que prestan el servicio de alojamiento de datos, referido en el número anterior)".⁷⁰

Algunos autores, han pretendido dar un distinto tratamiento a los correos electrónicos según el tipo de que se trate. Sostienen una distinta consideración, y por ende tratamiento, dependiendo de si se trata de un correo electrónico proporcionado por la empresa o de uno de uso particular del trabajador (contratado por él mismo al margen de su relación laboral con la empresa). Sobre el punto, volveremos más adelante.

I.3.12. Correspondencia digital v/s correspondencia física: breve análisis de su diversidad.

⁷⁰ ÁLVAREZ, Daniel. *Art. Cit.*, [nota 40].

“Desde su aparición, se ha tratado de asimilar la naturaleza jurídica del correo electrónico a la de la correspondencia tradicional. La tendencia a utilizar la analogía a la hora de explicar los nuevos cambios tecnológicos es frecuente”.⁷¹

En efecto, y desde la creación misma del correo electrónico, se ha recurrido a la analogía para sostener ya sea su naturaleza jurídica o para argumentar la necesidad de su protección.

Si bien, son innegables las similitudes existentes entre el correo electrónico y el correo tradicional, entendido -este último- como aquel relativo a la epístola, es decir a la “Carta o misiva que se escribe a alguien”. Estimamos, como María Helena BARRERA y Jason MONTAGUE, que “la analogía no es un camino adecuado para analizar problemas creados por las nuevas tecnologías, porque conlleva demasiados preconceptos”.⁷²

También coincidimos con Argiro GIRALDO QUINTERO, cuando plantea que “el correo electrónico no es el correo postal y tampoco es asimilable al correo postal por cuanto se mueven en realidades diferentes: mientras que el electrónico lo hace en la virtualidad, el postal lo hace materialidad. (...) La virtualidad guarda similitud con la realidad pero no es la realidad misma, existen indudablemente elementos similares entre una y otra y este elemento similar permite, por una parte, la ubicación del fenómeno virtual y por la otra, la diferenciación del fenómeno mismo”.⁷³

Para efectos de señalar las diferencias existentes y que, a nuestro entender, hacen del *e-mail* un medio de comunicación esencialmente diverso del correo

⁷¹ MELO, Verónica E. *La privacidad del correo electrónico en el ámbito laboral: Problemáticas jurídicas que se plantean*. [en línea] <http://www.editorialjuris.com/diarios/marzo/21_03_2003.asp>

⁷² BARRERA, María Helena y MONTAGUE OKAI, Jason. *Publicación electrónica citada*.

⁷³ GIRALDO QUINTERO, Argiro Artenio. *Publicación electrónica citada*.

tradicional, nos valdremos de lo señalado en el Informe Preliminar del Anteproyecto de Ley de protección del Correo Electrónico de la República Argentina:

- a) “En primer lugar la carta es única, se encuentra en un formato tangible, tiene un contenedor físico - un sobre cerrado - y es transportada por un único proveedor conocido. El correo electrónico es múltiple, reproducible y fácilmente manipulable. Es creado en la computadora del emisor, donde puede quedar una copia del mismo, y al ser enviado recorre una multitud de redes y nodos que son a priori desconocidos por el emisor. Cada nodo que recibe un mensaje electrónico, comprueba la dirección y lo envía por la ruta que conecta a otro nodo, pudiendo quedar copias registradas. Este proceso se repite hasta que el mensaje llegue a la dirección de correo electrónico del destinatario, en la que se almacena en el buzón electrónico correspondiente.
- b) El software del sistema de correo electrónico, puede generar automáticamente fechas y horas, nombres completos y todos los datos que el remitente haya querido incluir; distribuye copias y realiza otras muchas funciones bajo control del usuario, tales como: clasificación de mensajes, retransmisión, distribución a cualquier número de receptores, archivado, recuperación, traspasos desde otra aplicación informática o capturados del ciberespacio, reprocesamiento, respuesta automática, envío demorado, creación de originales y copias, envío de copias ocultas y un sinnúmero de aplicaciones más.
- c) Además, el correo electrónico es de muy fácil reproducción, ya que es posible enviar un mensaje original o reenviar un mensaje recibido a una indeterminada cantidad de personas con sólo indicar las direcciones de los destinatarios.
- d) Es un medio ubicuo, deslocalizado o virtual, toda vez que puede accederse al mismo tanto para emitir mensajes como para recibirlos desde cualquier parte del mundo donde se disponga de un punto de acceso a la red.

- e) El correo electrónico, al ser un medio digital, permite la universalidad de contenido, no solo textos, sino datos, gráficos, voz, programas y cualquier tipo de información transformable en una secuencia binaria de dígitos.

Las atribuciones descritas precedentemente emanan de la propia naturaleza del correo electrónico. Son sus capacidades intrínsecas las que hacen que este nuevo medio de comunicación sea considerado distinto al correo tradicional”.⁷⁴

Por las razones expresadas y por su propia naturaleza, es que afirmamos que el correo electrónico es simplemente un fenómeno sin precedentes.

⁷⁴ COMISIÓN DE ESTUDIO DE CORREO ELECTRÓNICO. *Publicación electrónica citada.*

I.4.- HACIA UNA CONTEXTUALIZACIÓN DEL CORREO ELECTRÓNICO LABORAL.

Habiéndonos referido ya a los principales aspectos del correo electrónico, corresponde ahora que nos detengamos en el contexto específico en que se da su introducción y luego masificación en el ámbito laboral, ello, fuera de aportarnos a la comprensión del fenómeno, nos ofrecerá un adecuado marco de referencia sobre su particular importancia y papel dentro de la empresa.

Dicho contexto viene dado por las profundas transformaciones experimentadas en las últimas décadas por el mundo del trabajo productivo, las que han traído importantes consecuencias tanto para el trabajo en sí y para quienes lo desempeñan como para su organización dentro de la estructura de la empresa.

Se trata, a decir de Eduardo CAAMAÑO, de “un fenómeno de innegables y serias repercusiones económicas, sociales y, por supuesto, jurídicas, ha empezado a ocupar también desde algún tiempo a los estudiosos del Derecho del Trabajo, toda vez que está remeciendo los supuestos fácticos y dogmáticos a partir de los cuales comienzan a construirse desde fines del siglo XIX y durante buena parte del siglo XX las instituciones jurídicas básicas de regulación y protección del trabajo remunerado”.⁷⁵

Nuestro análisis procuraremos realizarlo desde dos perspectivas: la primera buscará interpretar dichas transformaciones a partir del cambio de modelo productivo, esto es, el paso del modo de producción fordista al post-fordismo y

⁷⁵ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. *Las Transformaciones del Trabajo, La Crisis de la Relación Laboral Normal y el Desarrollo del Empleo Atípico*. [en línea] Revista Derecho (Valdivia). Julio de 2005, vol.18, número 1, pp.25-53. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000100002&script=sci_arttext>

la segunda, buscará destacar el papel desempeñado por las nuevas tecnologías en todo este proceso.

I.4.1 la irrupción de un nuevo modelo de producción: del fordismo al posfordismo

Dos son las acepciones comúnmente dadas para el término “fordismo”: “una referida a la cadena de montaje como parte de la organización del trabajo asociada al taylorismo, también conocida como método de organización del trabajo taylorista-fordista; y otra acepción más amplia, referida a la organización social que vincula la producción en masa con el consumo en masa, así como con un modo de regulación social y laboral”.⁷⁶

El modo de producción fordista, esto es, el fordismo en su primera acepción, supone una combinación entre distintos elementos: producción masiva y altamente estandarizada para grandes mercados, fuerte división del trabajo y clara separación entre las labores de ejecución y concepción al interior de la empresa, papel dominante de la gran empresa tanto en la producción como en la innovación, uso de maquinaria especializada y predominio de fuerza de trabajo no calificada, economías de escala, cadena de montaje, y petróleo barato como factor energético clave.

A todo lo anterior, debe agregársele el aporte de Frederick Taylor, quien introdujo en la fábrica fordista su “organización científica del trabajo”. “Fue Frederick Taylor el hombre que supo racionalizar los procesos productivos, buscando mayor regularidad y rentabilidad del trabajo asalariado. Su mayor preocupación era aumentar la producción y elegir la mejor vía - la one best way

⁷⁶ GONZÁLEZ, María Candelaria. *Flexibilización de las relaciones laborales. Una perspectiva teórica postfordista*. [en línea] Gaceta Laboral. Abril 2006, vol. 12, número 1, pp.33-68. <http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-85972006004000003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1315-8597>

- para aumentar la productividad de hombres y máquinas. Con Taylor se desarrolla la cuestión central en los modos de producción del siglo XX, que es el aumento de la productividad del trabajo subordinado. Taylor introdujo los conceptos de “justo salario” para un “justo trabajo”. El “justo trabajo” era determinado por un estudio científico de los movimientos del trabajador, que indicaba el método de producir en el menor tiempo posible. La consecuencia sería que el mayor esfuerzo del trabajador se traduciría en un aumento del salario. Taylor buscó la optimización del tiempo de trabajo. Tiempos precisos y definidos; ritmos de trabajo constantes; repeticiones cada vez más rápidas. La célebre imagen de Charles Chaplin apretando tuercas en *Tiempos Modernos* es representativa de esas esquizofrénicas repeticiones. El método taylorista requería que el trabajador realizara en determinado espacio físico (la fábrica) una pequeña tarea en el proceso productivo, repitiéndola al infinito”.⁷⁷

Fue la combinación fordista de producción en serie y consumo masificado la que permitió que las economías occidentales alcanzaran elevados ritmos de crecimiento a la largo del gran período de expansión que se inicia con el fin de la II Guerra Mundial, período que llegaría a ser bautizado como la “edad de oro del capitalismo”.⁷⁸

El fordismo llega así a su esplendor en los años cincuenta y sesenta, para luego hacer crisis en el decenio siguiente junto con los shocks petroleros de 1973-1974 y 1979-1980. “La crisis del capitalismo estuvo caracterizada entonces por una fuerte caída de la actividad económica, el incremento del paro y una elevada tasa de inflación. Fue una crisis de tres dimensiones o en tres fases: se inició como una crisis energética en 1973, y para 1976 se había convertido en una crisis industrial, pues cuando se hizo evidente que la caída en la demanda de los productos industriales no era pasajera las empresas

⁷⁷ RASO DELGUE, Juan. *Las transformaciones del trabajo*. [en línea] <www.rau.edu.uy/universidad/inst_derecho_del_trabajo/raso.pdf>

⁷⁸ Período que va entre los años 1945 hasta 1973

vieron la necesidad de iniciar un proceso de reconversión industrial para detener el crecimiento de stocks y eliminar la capacidad ociosa. Finalmente fue una crisis financiera tanto a nivel nacional como internacional”.⁷⁹

Será entonces, a partir de la crisis económica y productiva de los setenta, que comenzará a percibirse que el modelo no responde de forma eficaz al entorno económico y productivo. “Diversos autores, han puesto de relieve las debilidades de la forma de organización de la producción de la etapa taylorista-fordista, esto es, el exceso de capacidad productiva instalada, la existencia de costes elevados en el mantenimiento y la infraestructura, el exceso de plantilla y las rigideces de la organización del trabajo y en la gestión de la fuerza de trabajo. Estas condiciones funcionales durante largo tiempo en los sistemas de producción de los países industriales, aparecen, ahora, como frenos que interactúan y que comportan un agotamiento en el incremento de generación de excedente. Asimismo, son condiciones poco flexibles para la adaptación a un sistema comercial caracterizado por la volatilidad de los mercados y el incremento de la competencia, basado permanentemente en una política de reducción de costes”.⁸⁰

Así, la principal virtud de la empresa fordista, su eficacia para la producción en serie, pasará a convertirse en su principal defecto. Este sistema de producción se revelará como excesivamente costoso y rígido para afrontar un mercado en el que la demanda, producto de la crisis, se vuelve impredecible en cantidad y calidad.

A la crisis del modelo, se sumará la conformación de un nuevo contexto mundial caracterizado por la “Globalización” que reforzará la necesidad de introducir cambios organizacionales al interior de las empresas. “Frente a la

⁷⁹ BERGONZELLI, Paula y COLOMBO, Sandra. *La Sociedad de la Información y el Conocimiento: implicancias para América Latina*. [en línea] Revista Contribuciones a la Economía. Febrero de 2006. <<http://www.eumed.net/ce/2006/pbsc.htm>>

⁸⁰ BELZUNEGUI ERASO, Ángel. *Ob. Cit.*, p. 132.

globalización de la economía no cabe duda que la permanencia y competitividad de las empresas en el mercado se vuelve más difícil, toda vez que no sólo deben competir con otras empresas a nivel nacional, sino que también a nivel internacional, con lo cual el diseño de las estrategias empresariales exige atender tanto a la realidad nacional, como a la supranacional, a los variables requerimientos de los consumidores como, asimismo, contar con mecanismos que garanticen, en la medida de lo posible, una rápida reacción y una adecuada capacidad de ajuste frente a las variaciones de las condiciones del mercado”.⁸¹

Como consecuencia de todo lo anterior, las empresas se volcarán en un inevitable proceso de reestructuración que buscará responder a las nuevas exigencias que presenta la competencia y a la necesidad de adoptar modelos de producción y de organización del trabajo que puedan adaptarse a las cambiantes exigencias de los consumidores y de los mercados internacionales.

“Frente a la crisis de este modelo se erige un nuevo paradigma basado en la flexibilidad como eje de actuación y en una nueva organización del trabajo: el modelo posfordista⁸² de producción. La Flexibilidad se convierte en la idea-motor del modelo posfordista. [...] La producción en masa ya no se ajusta a este nuevo modelo y las empresas posfordistas ponen en práctica la producción flexible, en la cual se producen bienes diferentes que intentan adaptarse rápida y exactamente a las demandas del mercado”.⁸³

El sistema de producción en serie será así progresivamente sustituido por un sistema de producción flexible o ligera, donde “todo a la mitad” será la frase que resuma de mejor manera la nueva máxima empresarial.

⁸¹ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. *Publicación electrónica citada*. [nota 75]

⁸² El posfordismo atiende a varias denominaciones según el autor que lo trate, los más utilizados son toyotismo, producción flexible (Piore y Sabel), era de la información (Castells), neotaylorismo (Lipietz), etc.

⁸³ MORENO MÁRQUEZ, Gorka. *Trabajo Y Ciudadanía. Un Debate Abierto*. Vitoria-Gasteiz: Ararteko, 2003. Colección Derechos humanos "Padre Francisco de Vitoria". [en línea] <<http://www.ararteko.net/webs/ipfvitoria/trabyciud2003.pdf> >

En el desarrollo de este nuevo paradigma, las nuevas tecnologías que surgen en esta época desempeñarán un papel central, al transformarse en soporte y requisito de las nuevas formas organizacionales. “Con el desarrollo de las herramientas informáticas y su incorporación a las industrias y a las empresas de servicios se ha posibilitado el paso de la producción en serie y estandarizada a la producción diversificada, a pedido y, por tanto, altamente flexible y variable, con lo que es posible responder a los requerimientos cambiantes de los consumidores”.⁸⁴

La innovación tecnológica que representan las TIC contribuirá a lograr la máxima flexibilización en el proceso de producción, su “influencia va más allá de la esfera de los productos como ocurrió durante el fordismo hasta alcanzar a los procesos productivos: “la electrónica da mayor flexibilidad a la fábrica, es decir, abre la posibilidad de modificar automáticamente las operaciones estandarizadas de las máquinas” (Lipietz y Leborgne, 1990: 112). Esto permite romper la limitación de la producción masiva de un solo producto en la gran planta, ya que ahora será posible producir bienes diferenciados en las cantidades pedidas por el mercado, lo que evita acumular inventarios y propiciará una nueva relación de la empresa tanto con sus clientes como con sus proveedores. “El ciclo de vida de los bienes de equipo es así desvinculado del ciclo de vida de los productos fabricados y, de este modo, la puesta en marcha de una planta flexible logra hacer rentable actualmente la fabricación en series más cortas de una gama de productos diferenciados que se dirigen a mercados segmentados concretos” (Lipietz y Leborgne, 1990: 113).⁸⁵

“Algunos autores han planteado la apuesta por las TIC como una respuesta a las contradicciones del taylorismo. Constatan que el taylorismo agotó en cierta forma su capacidad para incrementar la productividad como consecuencia de la

⁸⁴ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. *Publicación electrónica citada*. [nota 75]

⁸⁵ KURI GAYTÁN, Armando. *La relación global-local ante la crisis del fordismo*. [en línea] Memoria Virtual. Revista mensual de política y cultura. Abril de 2003, número 170. <<http://memoria.com.mx/node/116>>

multiplicación de la segmentación del trabajo. De ahí se derivaría la necesidad del establecimiento de otras formas organizativas del trabajo, pero también, y sobretodo, de otras tecnologías que permitieran resolver este tipo de contradicción”.⁸⁶ CASTELLS, por su parte, no comparte tales opiniones. “La Revolución de las Tecnologías de la Información no fue determinada por una necesidad social (es decir, la necesidad del capitalismo de reestructurarse para hacer frente a la crisis) sino que su inducción fue tecnológica”.⁸⁷

Dentro de todo este ideario de producción flexible, al que hemos venido haciendo referencia, la denominada “**descentralización productiva**”,⁸⁸ desempeñará un rol estratégico y fundamental.

La **descentralización productiva** ha sido definida como “una forma de organización del proceso de elaboración de bienes y de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo”.⁸⁹

Ahora bien, y siguiendo a José Luis UGARTE,⁹⁰ la descentralización productiva presenta dos dimensiones: una interna, la “desconcentración productiva” y otra externa, “descentralización productiva strictu sensu”, también llamada externalización.

⁸⁶ BELZUNEGUI ERASO, Ángel. *Ob. Cit.*, p. 138.

⁸⁷ CASTELLS, Manuel. *La era de la información. Vol. 1: La sociedad red*. Alianza Editorial Barcelona.

⁸⁸ La descentralización productiva se conoce también por sus siglas en inglés “*outsourcing*” (*outside resorce using*: uso de recursos externos).

⁸⁹ CRUZ VILLALON, J. *Outsourcing y Relaciones Laborales*. En: W.AA., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, Colección Informes y Estudios, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, España, 2000, p. 253.

⁹⁰ UGARTE CATALDO, José Luis. *Las Nuevas Relaciones Laborales y el Derecho del Trabajo*. [en línea] Boletín Oficial Dirección Del Trabajo. Diciembre, Nº 179/2003. <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/article-63557.html>>

Ambas son manifestaciones de la descentralización productiva y persiguen la eficiencia y flexibilidad en el funcionamiento de la empresa.

La primera, la “**desconcentración productiva**”, buscará dotar de mayor autonomía y flexibilidad a las unidades económicas y administrativas que componen la empresa, para lo cual se valdrá principalmente de la denominada “estructura horizontal de la empresa”, que se caracteriza entre otras manifestaciones por “el quiebre de la organización vertical y monolítica de sus componentes mediante la disminución sensible de los escalones jerárquicos, la generación de vías informales y no burocráticas de comunicación interna entre las unidades productivas, el reparto expansivo de la capacidad de tomar decisiones y sobre todo, la sustitución, o al menos el complemento de la organización basada en las funciones por la organización basada en los productos”.⁹¹

Por su parte, la “**descentralización productiva strictu sensu**”, buscará desplazar tareas del proceso productivo a terceros, de ahí que pueda ser entendida como un proceso de externalización productiva. Con ella, se sustituye “la visión paramétrica de la empresa (la labor de la propia empresa es la única variable relevante para la producción del bien final) por una visión estratégica de la misma (la producción de un bien como resultado de la acción simultánea y coordinada de diversas empresas), y que se traducirá, en gran parte de las ocasiones, en la generación de redes de empresas”.⁹²

La flexibilidad adoptará así, desde el punto de vista organizativo, la forma de “EMPRESA RED”, entendida esta última no como una red de empresas, sino como la red que se constituye en torno al proyecto empresarial.

⁹¹ *Ibidem.*

⁹² *Ibidem.*

CASTELLS, define a la “empresa red” como **“aquella forma específica de empresa cuyo sistema de medios está constituido por la intersección de segmentos autónomos de sistemas fines**. Por tanto, los componentes de la red son tanto autónomos como dependientes frente a ella y pueden ser parte de otras redes y, por ello, de otros sistemas de recursos dirigidos a otros objetivos. Luego la actuación de una red determinada dependerá de dos atributos fundamentales: su capacidad de conexión, es decir, su capacidad estructural para facilitar la comunicación libre de ruidos entre sus componentes; y su consistencia, esto es, el grado hasta el cual se comparten intereses entre los fines de la red y los de sus componentes”.⁹³

En la aparición de la empresa red, las nuevas tecnologías, una vez más, jugarán un importante papel “la empresa red no puede explicarse a finales de siglo XX sin la concurrencia de la sofisticación-simplificación de las propias TIC en interdependencia con las prácticas de flexibilidad y en una protección de la globalización económica, donde la empresa red de mercado carácter tecnológico tiene mayores facilidades para incrementar la tasa de explotación del trabajo”.⁹⁴

I.4.2 La flexibilidad como eje del nuevo paradigma.

No existe una definición unívoca y ampliamente aceptada de flexibilidad. La dificultad para ello estaría dada por el carácter polisémico del concepto, de ahí que las más de las veces su utilización se haya prestado para confusiones. Por el momento, y para los efectos del presente trabajo memorístico, conformémonos con la definición de flexibilidad dada de modo bastante

⁹³ CASTELLS, Manuel. *Ob. Cit.*, p. 199.

⁹⁴ BELZUNEGUI ERASO, Ángel. *Ob. Cit.*, p. 207.

genérico por Sonia YÁÑEZ:⁹⁵ “capacidad de adaptación a situaciones cambiantes internas y externas a la empresa”.

Con idénticas dificultades nos encontramos a la hora de clasificar los distintos tipos de flexibilidad que hay y es que “existen tantas formas de flexibilidad como componentes hay en la relación de empleo”.⁹⁶

No obstante ello, digamos que básicamente se distinguen dos tipos de flexibilidad: La flexibilidad del mercado de trabajo o externa y la flexibilidad del insumo de trabajo o interna.

La flexibilidad del mercado de trabajo o externa, guarda relación con los grados de estabilidad/inestabilidad en el empleo que ofrecen las unidades productivas y se obtiene “de hacer fluctuar el número de empleados en función de las necesidades de la empresa, utilizando contratos de trabajo por tiempo limitado y despidos de acuerdo a sus necesidades. En este caso se habla de flexibilidad de entrada, se trata de la posibilidad de contratar trabajadores sin garantizar la estabilidad laboral y sólo mientras existan necesidades específicas y temporales de la empresa, y flexibilidad de salida, alusiva al reconocimiento de la libertad de despido de trabajadores en forma ágil y barata”.⁹⁷

Asimismo, la flexibilidad externa dice relación con la externalización, que, como vimos, es una forma de implementar la descentralización productiva. De ahí que otra forma de evaluar los niveles de flexibilidad externa en las empresas sea el identificar si recurren o no al uso de personal externo.

⁹⁵ YÁÑEZ, Sonia. *Consideraciones sobre flexibilidad laboral planteadas desde una mirada de género*. [en línea] <http://www.cem.cl/pdf/flexibil_laboral.pdf>

⁹⁶ CHÁVEZ RAMIREZ, Irma Paulina. *Flexibilidad en el Mercado Laboral: Orígenes y Concepto*. [en línea] Aportes: Revista de la Facultad de Economía BUAP. Mayo – agosto 2001, volumen VI, número 17, pp. 57 - 74. <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/376/37661703.pdf>>

⁹⁷ CANALES N., Patricia. *Flexibilidad laboral*. [en línea] Documentos sobre flexibilidad laboral, Serie Estudios de Anticipación, Biblioteca del Congreso Nacional. Febrero de 2003, Año II, número 17. <http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-27.4751545262/documentos_pdf.2005-10-31.9831082803>

La Flexibilidad del insumo de trabajo o interna, por su parte, dice relación con la posibilidad de un manejo más libre, menos rígido del recurso humano. Apunta a la capacidad de adaptación y de movilidad que las empresas desarrollan con su personal, sin modificar su planta de trabajadores, ni recurriendo al despido o a la externalización. Con ella lo que se pretende es “obtener el ajuste de los recursos humanos a través de la modificación de las condiciones laborales previamente pactadas en el contrato individual. Se subdivide en tres grupos:

- Flexibilidad cuantitativa interna. Se alcanza modificando la cantidad global del trabajo utilizado, con variaciones en el tiempo efectivo de trabajo realizado, lo que conduce a variar el tiempo de trabajo previsto para las actividades de producción, así se puede recurrir a variaciones colectivas o individuales de los horarios de trabajo, utilización del trabajo a tiempo parcial, etc.
- Flexibilidad funcional. Se trata de utilizar a los empleados en funciones variables según las necesidades de la cadena de producción. La polivalencia de los hombres o de los equipos puede crear las flexibilidades necesarias. Esto significa un esfuerzo particular de formación profesional a fin de que los interesados tengan varias cualificaciones y sean capaces de tener empleos variados. También significa normas flexibles de organización y gestión. La flexibilidad funcional toma todas estas formas dentro de una perspectiva a mediano y largo plazo, a fin de hacer frente a los cambios de productos, de los mercados y de las técnicas, en reconvertir a los asalariados hacia nuevos oficios o profesiones.
- Flexibilidad salarial. Se vinculan los niveles retributivos de los trabajadores a la evolución de los resultados empresariales. Esto es, un medio de hacer repercutir sobre los salarios la evolución de los negocios y de los costos de las empresas en función a los movimientos coyunturales, es decir, se

vinculan los salarios de los trabajadores a la evolución de los resultados empresariales”.⁹⁸

“Mientras la flexibilidad interna afecta a los contenidos del contrato de trabajo, la flexibilidad externa altera la relación laboral normal (o tradicional) como tal; vale decir se cuestionan la permanencia de la relación laboral (ej. Contrato a plazo fijo, contratos temporales) y hasta su existencia en el caso del reemplazo de ésta por otro vínculo contractual (ej, contratos a honorarios)”.⁹⁹

I.4.3 Cambios en la relaciones laborales: la crisis de la “relación laboral normal”

Dentro de este marco de profundas transformaciones en la organización del trabajo, las relaciones laborales no podían permanecer inalteradas: la flexibilidad productiva exigirá de las relaciones laborales que estén en condiciones de adaptarse al nuevo escenario de cambio rápido e incierto, con la misma velocidad que el sistema productivo de cada empresa.

Así, y consecuentemente con el cambio de modelo de producción, se producirá una crisis de la “relación laboral normal”, entendida esta última, como la relación jurídica laboral surgida a partir del modelo de organización productiva fordista-taylorista y que en términos generales podemos caracterizar por los elementos que la definen: el contrato de trabajo por tiempo indefinido, la fábrica, la categoría, el salario fijo, la subordinación y el trabajo en tiempos predeterminados.

Eduardo CAAMAÑO, por su parte, identifica los siguientes elementos como característicos de la “relación laboral normal”:

⁹⁸ CANALES N., Patricia. *Publicación electrónica citada.*

⁹⁹ YÁÑEZ, Sonia. *Publicación electrónica citada.*

“a) El empleo dependiente es la única fuente de ingreso y de provisión: esto se explica, porque el trabajo se realiza a tiempo completo y proporciona un ingreso que asegura al menos la subsistencia del trabajador. La relación laboral es de duración indefinida y, por principio, proyectada hacia la continuidad y estabilidad del empleo. Además, la relación laboral se inserta en una red de normas legales y colectivas que garantizan las condiciones contractuales y la protección social. También se norma y estandariza la organización del tiempo de trabajo, es decir, la duración y distribución de la jornada laboral y, consecuentemente, los tiempos de descanso diario, semanal y anual.

b) La relación laboral abarca un período más o menos largo en una biografía laboral continua: la duración indefinida de la relación laboral implica que ésta se proyecta durante buena parte de la vida laboral del trabajador, sin perjuicio que, eventualmente, puede verse interrumpida por fases breves de cesantía. Además, la edad, la duración de la permanencia en el mercado laboral y, sobre todo, la antigüedad en la empresa se expresan en logros acumulativos de derechos y protecciones. Las trayectorias laborales adquieren así la forma de biografías laborales normales, las que se caracterizan por estereotipos de carrera que suponen estabilización y mejoramiento del estatus laboral a través del tiempo”.¹⁰⁰

Pues bien, dicha “relación laboral normal tradicional”, que se perfeccionó y empíricamente encontró su mayor expansión durante el auge del fordismo-taylorismo, comenzará a experimentar, a partir de la crisis del modelo, un paulatino y creciente proceso de erosión que se proyecta hasta nuestros días.

¹⁰⁰ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. *Publicación electrónica citada*. [nota 75]

En dicho proceso de erosión, tanto la descentralización strictu sensu como la desconcentración (al modificar la organización productiva de las empresas) desempeñarán un importante rol. Ambas, tendrán efectos significativos sobre las relaciones laborales.

La desconcentración y la horizontalidad, propias de la nueva estructura empresarial, motivarán la aparición de un nuevo trabajador dotado de mayor autonomía y poder de decisión. El trabajador dejará de ser un sujeto pasivo, mero ejecutor de las tareas establecidas gerencialmente, para transformarse en un sujeto activo, dotado de iniciativa y capaz de asumir responsabilidades.

En la configuración de este nuevo estereotipo laboral, las TIC contribuirán de modo decisivo, “favorecen la autonomía en el desempeño del trabajo, exigen del trabajador unos mayores márgenes de independencia y de capacidad de decisión, eliminan o atenúan los rasgos jerárquicos de la organización productiva, reclaman mayor flexibilidad y adaptación del trabajo a las exigencias de la innovación y del mercado, se basan en una mayor y distinta cualificación del trabajador, y ponen el acento en el resultado productivo más que en el control constante de la actividad laboral”.¹⁰¹

La **descentralización strictu sensu** o externalización, por su parte, dará lugar a una serie de procesos que tendrán significativos efectos sobre las relaciones laborales:

En primer término, y como respuesta a las necesidades de flexibilización de las empresas, se producirá una proliferación de las modalidades de trabajo comúnmente denominadas como “**trabajo atípico**” y que comprenden “todas aquellas modalidades de contratación laboral que no se insertan dentro del

¹⁰¹ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. *La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo*. En: MANUEL RAMÓN ALARCÓN y RICARDO ESTEBAN L. (Coordinadores). *Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación y Derecho del Trabajo*. Ed. Bomarzo, 2004. p. 23.

modelo de la relación laboral normal, es decir, aquellas que en consideración a su duración y continuidad, al lugar en que se prestan, así como al tiempo de trabajo, no pueden ser encuadradas dentro del modelo tradicional de empleo subordinado regulado por el ordenamiento jurídico laboral”.¹⁰²⁻¹⁰³

Asimismo, se observará una creciente “**autonomización del trabajo**”, proceso que se caracteriza por la paulatina disminución cuantitativa de las relaciones de trabajo bajo subordinación, acompañado de una revalorización del trabajo autónomo.¹⁰⁴

Servicios personales que tradicionalmente eran realizados bajo subordinación y, por lo tanto, en virtud de un contrato de trabajo, pasarán a desarrollarse, en este nuevo escenario, a través de contrataciones civiles o mercantiles. La actividad desplazada fuera de la empresa, será asumida

¹⁰² CAAMAÑO ROJO, Eduardo. *Publicación electrónica citada*. [nota 75]

¹⁰³ “Tradicionalmente se consideran como formas de contratación atípicas a las siguientes: a) Los contratos de duración determinada, entre los que se encuentran: el contrato de trabajo a plazo fijo y el contrato de trabajo por obra, faena o servicio; b) el trabajo a domicilio; c) el teletrabajo; d) la subcontratación de servicios personales, también denominada suministro de trabajadores o trabajo temporal, y el contrato de trabajo a tiempo parcial. Sin pretender efectuar un análisis de las formas atípicas de empleo recién enunciadas [...] queremos resaltar que sólo la subcontratación de servicios personales y el teletrabajo merecen la calificación de "nuevas", pues las demás han tenido un mayor o menor grado de reconocimiento en los ordenamientos jurídicos laborales, aunque siempre enfocadas o centradas en torno al arquetipo de la relación laboral normal. Por su parte, el cambio generado en relación con las no tan nuevas formas de ocupación atípica (v. gr. los contratos de duración determinada) se presenta respecto del diferente ámbito en que se desarrollan, como a su vez, con ocasión de las funciones que comienzan a perseguir, con el fin de proporcionar respuestas tanto a los requerimientos productivos y económicos cambiantes de los empleadores como a las diferentes necesidades e intereses de los trabajadores, con lo cual adquieren un sentido distinto y una importancia creciente que no era posible dimensionar bajo el predominio del trabajo subordinado del esquema fordista-taylorista”. CAAMAÑO ROJO, Eduardo. *Publicación electrónica citada*. [nota 75]

¹⁰⁴ “El trabajo autónomo es aquel que permite, a quien lo desarrolla, disponer libre y plenamente sobre el modo de ejecución de sus servicios personales, materiales o intelectuales. el concepto de trabajo autónomo comprende diversas formas de relaciones contractuales, tales como: contratación externa, contrato de servicios, agencias, prestación de servicios y ejercicio de profesiones liberales (médicos, abogados, agentes publicitarios, etc.). Asimismo, el trabajo autónomo se vincula con nuevas relaciones contractuales que a menudo la legislación no regula específicamente, como es el caso de las franquicias, el factoring, el leasing, la producción y suministro de software, los servicios de ingeniería, etc.” CAAMAÑO ROJO, Eduardo. *La Parasubordinación o Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente. El Empleo en las Fronteras del Derecho del Trabajo*. [en línea] Revista Laboral Chilena. Diciembre 2004, p. 61 s. (Parte I) y enero de 2005, p. 68 s. (Parte 2). <http://www.profesores.ucv.cl/eduardocaamano/publicaciones/La_parasubordinacion.pdf>

entonces por trabajadores autónomos unidos a la empresa por simples contratos de arrendamiento de servicios u otros similares.

Un segundo proceso alentado por la externalización productiva es el de la “**fragmentación laboral**”, término con el cual se hace referencia a las modificaciones experimentadas en las relaciones de trabajo como consecuencia de los procesos de división y filiarización societal.

Este proceso de fragmentación laboral responde a los cambios en las estrategias organizativas de las grandes empresas, las que concientes de las ventajas de las pequeñas y medianas empresas para adaptarse con mayor facilidad y eficiencia a los embates del mercado, así como, para mejorar permanentemente sus niveles de competitividad, han “optado por dividir la estructura empresarial en una serie de empresas menores, de las que son titulares empresas creadas ad hoc con participaciones accionarias muy intensas y cruzadas, y se establecen relaciones de coordinación entre ellas, normalmente al dictado de la sociedad matriz del grupo”.¹⁰⁵

Finalmente, La descentralización productiva ha permitido el desarrollo de las llamadas “**relaciones laborales triangulares**”, donde la actividad desplazada fuera de la empresa es “asumida por una empresa, en principio, distinta y ajena que asume al ejecución de dicha tarea desplazada con el uso de sus propios trabajadores, generando una suerte de triade laboral. La empresa que externaliza, la empresa que asume la actividad productiva externalizada y los trabajadores de esta última, que prestan servicios en los hechos para ambas”.¹⁰⁶

Las “relaciones laborales triangulares” adoptan, en lo fundamental, dos modalidades: la subcontratación laboral y el suministro de trabajadores por la

¹⁰⁵ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. *Publicación electrónica citada*. [nota 75]

¹⁰⁶ UGARTE CATALDO, José Luis. *Publicación electrónica citada*. [nota 90]

vía de una empresa de trabajo temporal. “La primera se refiere a la situación en que una empresa, dueña de una obra o faena, contrata a otra empresa, denominada contratista, mediante un contrato civil o comercial, para que ejecute a su cuenta y riesgo, con sus propios trabajadores, un determinado trabajo o servicio, pudiendo esta última a su turno, contratar a otra empresa, denominada subcontratista, para que lleve a cabo el trabajo o servicio requerido. La segunda, en cambio, consiste en que una empresa, cuyo giro corresponde al suministro de trabajadores (empresa suministradora o de trabajo temporal), pone a disposición de otra empresa (denominada usuaria), por el pago de un precio determinado, los servicios laborales de sus empleados, reteniendo para sí la calidad formal de empleador”.¹⁰⁷

“Ambas formas de trilateralidad, comparten algo en común: se trata de figuras que rompen el esquema clásico o típico de la relación laboral de un vínculo bilateral, entre el empleador que recibe los servicios y el trabajador que los ejecuta o presta”.¹⁰⁸

Como corolario de todo lo señalado, digamos que hoy por hoy “asistimos a la declinación del trabajo subordinado. Vivimos una época de transición entre el trabajo de tipo fabril y las nuevas formas de trabajo. No existen aún nombre claros para identificar los nuevos trabajos ni normas para regularlos. [...] No es fácil hacer futurología en la materia. No debe excluirse que una franja importante de la actividad humana siga realizándose en forma subordinada, aunque con ajustes a las nuevas realidades productivas. Lo que en cambio parece adquirir relevancia es una realidad en la cual no existirá una forma característica de trabajo, sino que cohabitarán diversas modalidades de trabajo.

¹⁰⁷ UGARTE CATALDO, José Luis. *Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores*. [en línea] Revista *lus et Praxis*. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2006, vol. 12, número 1, p.11-29. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100002&lng=en&nrm=>

¹⁰⁸ UGARTE CATALDO, José Luis. *Publicación electrónica citada*. [nota 90]

Pasamos - y aquí nos aventuramos al vaticinio - de una época "del trabajo" a otra "de los trabajos": de la homogeneidad a la diferencialidad".¹⁰⁹

¹⁰⁹ RASO DELGUE, Juan. *Publicación electrónica citada.*

CAPÍTULO II

EL E-MAIL LABORAL

II.1.- PRESENTACIÓN

Una vez expuestos los planteamientos anteriores, necesarios, para comprender adecuadamente lo que se tratará a continuación, pasemos a adentrarnos en el “correo electrónico laboral” propiamente dicho.

Al *e-mail* laboral lo podemos conceptualizar como “aquella cuenta de correo electrónico, de propiedad del empleador, que es puesta a disposición del trabajador para una mejor y más eficaz prestación de los servicios objeto del contrato”.

Si bien en la empresa los trabajadores pueden hacer uso de dos tipos de correo electrónicos: “el correo electrónico particular” y el “correo electrónico laboral”, es sólo sobre este último que versa nuestro trabajo investigativo y respecto del cual nos referiremos en este y los siguientes capítulos.

Sólo con fines introductorios, digamos que “el correo electrónico particular” dice relación con aquella casilla electrónica que el trabajador ha obtenido por su propia cuenta en forma independiente al vínculo laboral que mantiene con su empleador.

II.2.- EL E-MAIL LABORAL Y SUS PROBLEMÁTICAS

“La generalización de la informática y los flujos de información son factores que hacen cada vez más imprescindible contar con una adecuada red de comunicaciones interna y externa en la empresa”.¹¹⁰

De ahí que muchas empresas cuenten con sus propios servidores de correo electrónico y muchas más faciliten a sus empleados una cuenta de correo electrónico para el desarrollo de su actividad laboral por cuenta de la empresa.

Como consecuencia de ello, buena parte de las comunicaciones en el ámbito productivo y laboral se realizan por medio del correo electrónico.

A tal punto se ha popularizado su uso en el ámbito de las empresas, que lo que ayer se discutía como una posibilidad, es ya una realidad: la carta, el fax y el mismo teléfono se han visto desplazados dentro de las prácticas cotidianas de las empresas por el uso del correo electrónico.

Así al menos parece ratificarlo el capítulo chileno del informe "Business and Information Technologies (BIT) 2005", cuando incluye dentro de sus conclusiones que “El medio de contacto con los clientes más utilizado en Chile es el correo electrónico (99%). Le sigue en orden de importancia el teléfono

¹¹⁰ THIBAUT ARANDA, Javier. *El uso del e-mail por los trabajadores y las facultades de control del empleador. Perspectivas inglesas sobre poder informático e intimidad*. En: Seminario "Poder informático e intimidad: límites jurídico-laborales y penales al control empresarial". (30 de marzo de 2001). Barcelona, España. Estudios de Derecho y Ciencias Políticas de la UOC. [en línea] <<http://www.uoc.es/web/esp/art/uoc/0109040/thibault.html>>

(98%) y el contacto cara a cara (97%). El fax lentamente emprende su retirada, alcanzando todavía al 56% de las empresas”.¹¹¹

Sin embargo, la importancia del correo electrónico en la empresa no se agota en su potencialidad para agilizar las comunicaciones, sino que viene dada además por las indudables ventajas que aporta desde el punto de vista organizativo y productivo.

Correo electrónico e Internet constituyen cada vez más “instrumentos vinculados con la producción, imbricándose en las relaciones entre personas en el centro de trabajo, incardinándose como un elemento más en las formas y modos de producir, en las relaciones entre trabajadores y empresarios”.¹¹²

Tanto es así que ha llegado a convertirse en una herramienta indispensable para el adecuado y óptimo funcionamiento de cualquier empresa, contribuyendo tanto a aumentar la productividad y eficacia en el lugar de trabajo como a reducir costos para la misma.

Lo señalado viene a coincidir con la percepción que tienen los usuarios en Chile sobre el aporte de Internet. Consultados si debido al uso de Internet que tiene en su trabajo, siente que su desempeño o productividad laboral ha mejorado. El 79,8% opina que ha mejorado su desempeño, el 19,8% piensa que se ha mantenido, y sólo el 0,3% opina que ha empeorado algo.¹¹³

¹¹¹ Fuente: Capítulo chileno del informe "Business and Information Technologies (BIT) 2005". [en línea] <<http://www.paisdigital.org/node/326#attachments>>

¹¹² FALGUERA I BARÖ, Miguel Ángel. *Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador.* [en línea] <<http://www.ceveal.com/falguera.htm>>

¹¹³ Fuente: "WIP Chile 2006". [en línea] <http://www.wipchile.cl/esp/estudios/WIP_Chile_2006___informe.pdf>

Gráfico 46: Impacto de Internet en su desempeño o productividad laboral, 2006.



Fuente: WIP Chile, PUC-CCS

Ilustración Nº 5. En este cuadro se muestra el impacto de Internet en el desempeño o productividad laboral de los trabajadores chilenos, 2006.

“La posibilidad de comunicarse con diferentes departamentos de forma inmediata, de enviar documentos sin necesidad de movilizarse del sitio de trabajo, intercambiar información en forma fluida con las distintas sedes de una misma empresa”,¹¹⁴ son sólo algunas de las ventajas que el uso de correo electrónico proporciona a la empresa, todas ventajas que resultan igualmente proyectables a las relaciones con clientes, proveedores y otras empresas.

Además, hace posible “desempeñar, a distancia y recurriendo, en ocasiones, a fórmulas de teletrabajo, un número importante de funciones, que antes eran realizadas de forma directa y presencial por empleados de la empresa (piénsese por ejemplo, en las actividades de marketing, comercialización,

¹¹⁴ MARTÍN PARDO DE VERA, María. *Otras cuestiones de interés en el ámbito laboral*. [en línea] <http://www.informatica-juridica.com/trabajos/otras_cuestiones_de_interes_en_el_ambito_laboral.asp>

atención al cliente, etc.)”.¹¹⁵ Igualmente, ha contribuido a los procesos de descentralización productiva en las empresas.

Representa un “soporte ideal para la impartición de órdenes, instrucciones o reglas [...] permitiendo una fácil prueba de la existencia de la orden, de su contenido, de los destinatarios a quienes van dirigidas, del conocimiento por éstos de tales ordenes, e, incluso, del momento concreto (día y hora) en que fueron comunicadas y leídas por el trabajador”.¹¹⁶

Finalmente, constituye una importante herramienta de control que el desarrollo tecnológico ha colocado a disposición del empleador, sobre esto último volveremos más adelante.

Todo lo expuesto, ha llevado incluso a algunos a sostener que “En la era de las Nuevas Tecnologías de la información y de las Comunicaciones, el instrumento informático y telemático que más está revolucionando la estructura empresarial y las relaciones laborales es el correo electrónico, que se ha convertido en los últimos tiempos en el sistema más usado en el ámbito empresarial”.¹¹⁷

Sin embargo, el uso del correo electrónico en el lugar de trabajo también ha traído consigo nuevos problemas y desafíos para las empresas que ponen esta herramienta a disposición de sus empleados.

Para Pedro Aitor URCELAY LOSANA “los problemas que han generado el uso de Internet y el correo electrónico en el ámbito laboral son fundamentalmente dos, coligados entre sí: la legalidad de dicho uso para fines no empresariales y la legalidad de las medidas de control y revisión del correo

¹¹⁵ GOÑI SEIN, José Luis. *Ob. Cit.*, p. 76.

¹¹⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. *Ob. Cit.*, p. 37.

¹¹⁷ GOÑI SEIN, José Luis. *Ob. Cit.*, p. 76.

electrónico de los trabajadores, como remitentes y destinatarios, por las empresas”.¹¹⁸

Santiago GONZÁLEZ ORTEGA, por su parte, identifica cuatro temáticas conflictivas relacionados con las TIC en general: “a) el ejercicio de los poderes de vigilancia y control de la actividad productiva por parte del empresario, utilizando para ello las enormes posibilidades que le ofrecen las NTIC; b) la faceta, más específica, del control empresarial del uso por parte del trabajador de las herramientas informáticas y de la información generada o hecha accesible por dichos instrumentos de trabajo; c) algunos aspectos de los riesgos del trabajo asociados al uso de las NTIC; y, d) el uso colectivo, representativo o sindical, de los nuevos y poderosos instrumentos de comunicación. De manera mucho más irrelevante, tanto que prácticamente no existen por ahora resoluciones judiciales (al menos que aborden la cuestión en forma directa), lo relativo a las repercusiones jurídicas de la introducción de las TIC en las condiciones de trabajo”.¹¹⁹

Por último, SEMPERE NAVARRO Y SAN MARTIN MAZZUCONI¹²⁰ identifican tres grandes categorías para la nueva gama de conflictos laborales a que hemos venido aludiendo: “1º) Discusiones sobre los límites del uso extralaboral de estos medios tecnológicos por los trabajadores; 2º) Problemas atinentes al control empresarial de dicho uso; 3º) Posibilidades de utilizar las nuevas tecnologías como parte del poder de dirección y vigilancia del empresario, así como limitación en función de los derechos de los trabajadores”.

¹¹⁸ URCELAY LOSANA, Pedro Aitor. *Problemas jurídicos en el uso laboral de las nuevas tecnologías*. [en línea] <<http://legal.monster.es/articulos/internet/>>

¹¹⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. *Ob. Cit.*, p. 21.

¹²⁰ SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, Carolina. *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*. Ed. Aranzadi, 2002, p. 33.

En nuestra opinión, la gran particularidad del correo electrónico laboral, de la cual derivan gran parte de las interrogantes y problemáticas que le son asociadas, radica en su naturaleza múltiple: al mismo tiempo que es un medio de comunicación, es una herramienta de trabajo, y finalmente un instrumento de control. Cada uno de estos aspectos aporta de manera considerable a la complejidad del tema.

Las principales interrogantes, problemáticas y tensiones surgidas con ocasión del uso del correo electrónico en la empresa dicen relación con los siguientes tópicos:

1. Legalidad – legitimidad del uso para fines no empresariales del *e-mail* laboral por parte del trabajador.
2. Las eventuales responsabilidades que para el empleador podrían derivarse del uso del *e-mail* laboral.
3. El *e-mail* laboral como fuente de tensiones entre la potestad jurídica de mando del empleador y los derechos fundamentales del trabajador.

A estas y otras problemáticas nos abocaremos en este capítulo, advirtiendo desde ya sobre la ausencia de una normativa legal específica que los regule.

II.3.- EL USO PARA FINES NO EMPRESARIALES DEL *E-MAIL* LABORAL POR PARTE DEL TRABAJADOR.

Al mismo tiempo que las empresas son cada vez más concientes de los enormes beneficios asociados a la utilización de las nuevas tecnologías, han comenzado a advertir que sus trabajadores pueden estar utilizando la infraestructura informática implementada con cargo a la empresa para disponer de conexión a Internet y correo electrónico para diversos motivos, todos ellos ajenos a la actividad productiva, trayendo consigo perjuicios e inconvenientes de diversa índole para los intereses del empleador.

“Es público y notorio el hecho que Internet constituya una potente herramienta que la empresa puede poner a disposición de los trabajadores para optimizar el cumplimiento de su prestación laboral. Sin embargo, también es indiscutido que puede –y de hecho así ocurre-, ser utilizada para fines personales, al igual que los teléfonos o faxes, influyendo ello no sólo en el coste que el empresario tiene que asumir, sino principalmente en la productividad – sobre todo en los primeros meses de implementado el acceso a la red- al distraer parte de la jornada laboral en su utilización privada. Pero por tratarse de una red abierta, los problemas pueden ir más allá, por ejemplo, desde la sustracción de información confidencial de la empresa, no sólo desde fuera de ella sino, en especial, por los propios trabajadores; pasando por la transmisión de virus informáticos, actos de intrusismo y utilización de programas no

autorizados; hasta llegar a la difamación de un empleado o, incluso, al acoso sexual a través del correo electrónico”.¹²¹

Lo anterior ha motivado todo un debate en torno a la Legalidad - legitimidad del uso para fines no empresariales del *e-mail* laboral por parte de los trabajadores.

Nuestro país carece de una normativa específica en torno al *e-mail* laboral, que prohíba o bien autorice su uso para fines particulares por parte del trabajador, lo que hace que la evaluación de la licitud o ilicitud de dicho comportamiento sea una cuestión difícil de precisar, particularmente en aquellos casos en que la empresa no cuenta con una reglamentación interna que regule dicho uso.

Una primera aproximación al tema nos lleva a reconocer un hecho que resulta innegable, cual es, que cuando el empleador pone a disposición de sus trabajadores cualquier instrumento de trabajo, espera de éstos que lo utilicen para el desempeño de sus obligaciones laborales.

Lo señalado es también válido para el correo electrónico. Se trata de una herramienta de trabajo de propiedad de la empresa, que el empleador coloca a disposición del trabajador para un adecuado y óptimo funcionamiento de la misma, de ahí que su uso, en principio, debiera estar reservado sólo para cuestiones laborales.

De acuerdo con María FERNÁNDEZ LÓPEZ, esta sería la tesis dominante en España. “La valoración dominante de este instrumento de comunicación es que se trata de una herramienta de trabajo de la que la empresa es titular y de ello se deduce, ineludiblemente, que sólo es regular su uso por el trabajador

¹²¹ MONSERRAT HERNANDEZ, Rubio y HERRERA BRAVO, Rodolfo. *La Legitimidad del Control Tecnológico del Empleador sobre el Trabajador*. [en línea] Alfa-Redi, Revista de Derecho Informático. Junio de 2001, número 035. <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=709>>

con fines estrictamente laborales. [...] Sólo la autorización empresarial, expresa o implícita (mediante la tolerancia del uso extralaboral del correo, por ejemplo) o lo dispuesto en un Convenio Colectivo tienen la virtud de convertir en una actividad formalmente lícita el recurso al correo para fines no laborales por parte de los trabajadores”.¹²²

En la línea de lo expuesto, cualquier uso ajeno al ejercicio de las obligaciones laborales, y con mayor razón si éste se lleva a cabo dentro del horario laboral, sería constitutivo de un incumplimiento contractual del trabajador que podría dar lugar a eventuales sanciones disciplinarias.

No obstante, múltiples argumentos vienen a morigerar esta denegación en abstracto del derecho a utilizar el *e-mail* laboral para usos personales, introduciendo nuevos elementos para el análisis.

En primer término, suele destacarse el valor del correo electrónico como medio de comunicación normalizado por el uso social: el uso del correo electrónico, como en su día el del teléfono, constituye un hecho social.

“Del mismo modo en que se tolera un cierto grado de uso del teléfono en el puesto de trabajo con fines extralaborales (llamar a casa para avisar que nos retrasaremos, realizar alguna gestión telefónica personal durante la jornada, etc.), o que se permite la realización de una cuantas fotocopias para los deberes del hijo, etc., el nivel de tolerancia se ajusta, en definitiva, a la racionalidad del uso extralaboral que se haga del teléfono o de la fotocopidora, y sin duda esta misma conclusión resulta plenamente aplicable a la utilización personal del correo electrónico, cada vez más cotidiano en nuestra sociedad. Se trata del denominado <<uso social>> del correo. En este sentido, se dice que la empresa debe comprender y asumir las consecuencias de que su

¹²² FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Art. Cit.*

personal pase más horas en su puesto de trabajo que en su domicilio, y que el correo electrónico soluciona en un porcentaje importante variados problemas personales”.¹²³

Lo señalado, ha llevado a algunos a demandar derechamente para el correo electrónico un tratamiento análogo al brindado a otras herramientas de trabajo de propiedad de la empresa. En razón de sus evidentes similitudes, no dudan en reclamar las mismas soluciones dadas respecto del uso del teléfono por los trabajadores.

En nuestro país, Luis LIZAMA PORTAL se ha manifestado a favor de dicho tratamiento análogo: “El tratamiento que la doctrina ha dado a las prácticas de las escuchas telefónicas, o de escucha clandestina, en términos de considerarlas una ofensa al trabajador en su personalidad y dignidad, y, en particular, a su vida privada, nos parece que deberían extenderse analógicamente a la interceptación de los mensajes enviados a través del correo electrónico”.¹²⁴

Sin embargo, no parece tan claro que al uso extralaboral del correo electrónico quepa dar las mismas soluciones que frente a un uso extralaboral del teléfono. Se advierte, por quienes se oponen a ello, que el uso particular del *e-mail* laboral trae consigo implicancias mucho más perjudiciales para los intereses de la empresa que el simple uso irregular del teléfono.

Algunos¹²⁵ han ido todavía mas allá, invocando derechamente el DERECHO AL USO SOCIAL del correo electrónico, que en términos muy simples plantea que no se pueden colocar restricciones al uso del correo electrónico laboral, por

¹²³ SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *Ob. Cit.*, p. 75.

¹²⁴ LIZAMA PORTAL, Luis. *Nuevas tecnologías pero antiguos problemas. El respeto a la intimidad de los trabajadores*. [en línea] <http://www.derecho.udp.cl/e/publicaciones/l_lizama.PDF>

¹²⁵ En España, el denominado “Derecho al Uso Social” del correo electrónico ha sido defendido, entre otros, por los sindicatos, la revista Kriptopolis y por algunos miembros del propio parlamento.

que el trabajador ostenta el derecho al uso social de una herramienta que proporcionan las nuevas tecnologías.

Luego, se destacan las peculiaridades del *e-mail* laboral que lo diferenciarían de cualquier otra herramienta de trabajo de propiedad de la empresa, y que lo harían merecedor de una cierta consideración o tratamiento especial: “lejos de permanecer inertes, abren infinitas posibilidades de acción y comunicación interpersonal, de los trabajadores entre sí y con el exterior, y de realización de numerosas actividades distintas del mero trabajo, desde la contratación al examen de noticias, juegos o distracciones de todo tipo”.¹²⁶

Finalmente, se argumenta que “La flexibilidad de las relaciones laborales ha de ser una vía de doble sentido: si el empresario pugna por trabajadores flexibles, debe asumir igualmente una mayor flexibilidad en las fronteras entre lo profesional y lo personal. A ello viene a añadirse una práctica que empieza a generalizarse, cual es permitir a los empleados acceder a sus cuentas de correo desde sus domicilios, en sus tiempos de descanso. Con este tipo de medidas empresariales se fomenta la difuminación de los límites entre el uso personal y profesional de dichas cuentas, ya que parece evidente que si un trabajador accede a su correo electrónico desde casa en tiempo de descanso no lo hará con fines laborales sino personales. O al menos no puede exigírsele otro tipo de utilización de dichos tiempos”.¹²⁷

Todo lo señalado, ha llevado a relativizar o por lo menos matizar la situación de incumplimiento contractual que se asocia al uso irregular del correo electrónico laboral para fines personales, particularmente cuando éste no haya sido expresamente regulado al interior de las empresas.

¹²⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Art. Cit.*

¹²⁷ SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *Ob. Cit.*, p. 75

Por lo mismo, y en ausencia de normas preestablecidas al interior de la empresa, es que estimamos que no sería posible valorar a priori o en abstracto la licitud o ilicitud del comportamiento de los trabajadores, sino que su valoración dependerá en último término de las circunstancias de cada caso, descartándose desde ya que un uso "razonable" y "no desmesurado" del *e-mail* laboral sea constitutivo, por sí solo, de considerarse un incumplimiento contractual.

A una conclusión similar llega Miguel FALGUERA I BARÓ, para quien "no cabe aducir, de entrada, que la conducta del asalariado sea ilegítima per se". Por el contrario, sostiene que "siempre que la misma (uso particular) se ejerza bajo el principio de buena fe contractual, sin excesivos costos para la empresa y sin una manifiesta afectación al proceso productivo, en determinados supuestos (si se quiere extraordinarios o no habituales), aquella es admisible".¹²⁸

¹²⁸ FALGUERA I BARÓ, Miguel Ángel. *Publicación electrónica citada*.

II.4.- RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO FRENTE A TERCEROS POR ACTOS DEL TRABAJADOR

Los daños o perjuicios derivados del correo electrónico suelen asociarse a la existencia de virus informáticos. Y es que ¿quién no se ha arrepentido alguna vez de haber abierto “ese” correo electrónico que finalmente resultó estar infectado con un virus informático? Sin embargo, ésta no es más que una de las múltiples formas de dañosidad del correo electrónico.

Para “el autor español Cabanillas Mujica, los conflictos de la responsabilidad civil en Internet pueden encerrarse en tres categorías: prácticas comerciales (que incluye utilización ilícita de nombres o marcas comerciales ajenas, publicidad engañosa, competencia desleal, etc.); propiedad intelectual (que refiere tanto a los derechos de autor de obras protegidas como la actuación dañosa que afecta a las mismas páginas web, que pueden ser copiadas y difundidas sin autorización); derecho de la personalidad (intimidad, honor, propia imagen, etc.).

Siempre desde la responsabilidad civil, Lorenzetti propone la siguiente clasificación: 1. Injurias y calumnias hacia los usuarios individuales o colectivos provocadas por el contenido informativo; 2. Daños causados a los consumidores; 3. Daños a los derechos de propiedad en el contexto de una competencia desleal; 4. Violaciones a la privacidad del usuario; 5. La responsabilidad delictual, que es tratada en el derecho penal”.¹²⁹

¹²⁹ GALDÓS, Jorge Mario. *Publicación electrónica citada*.

Por cierto, estas y otras formas de dañosidad son posibles de encontrar con ocasión del *e-mail* laboral.

“El empleado, haciendo uso del *e-mail* laboral, puede causar daños tanto a su empleador como a terceros. Cuando se dice terceros, se hace referencia tanto a las personas que se encuentran dentro de la empresa (v.gr., compañeros de trabajo) como a personas físicas o jurídicas con quienes la empresa puede, o no, tener una relación comercial”.¹³⁰

Asimismo, los perjuicios que el trabajador puede acarrear al destinatario del mensaje pueden derivar tanto de un uso regular de esta herramienta de trabajo como de un uso irregular de la misma.

Como quiera que sea el caso, las empresas pueden llegar a verse afectadas: ya sea en forma directa, si el daño se produce a sus intereses; o bien en forma indirecta o refleja, cuando el perjudicado sea un tercero. Esta última posibilidad atiende a que el empresario no sólo es responsable de sus propios hechos sino también del hecho de sus dependientes.

Dedicaremos este capítulo a tratar de establecer aquellas hipótesis en que el empleador podría verse obligado a responder por los daños causados como consecuencia del uso del *e-mail* laboral por parte de sus trabajadores.

A los efectos de analizar las eventuales responsabilidades que le podrían caber al empresario examinaremos las dos hipótesis que pueden suscitarse al respecto.

II.4.1 Empleado que produce un daño en uso regular del correo electrónico.

¹³⁰ OVIEDO, María Natalia. *Ob. Cit.*, p. 115.

Si el trabajador haciendo un uso regular del *e-mail* laboral, esto es, en ejercicio de sus funciones laborales, produce un perjuicio al destinatario del mensaje, la empresa deberá responder por el hecho de su dependiente, ello por encontrarnos ante un caso típico de responsabilidad civil por el hecho ajeno.

Lo afirmado nos obliga a repasar, aunque sea de un modo genérico, algunos aspectos de este tipo de responsabilidad.

A la responsabilidad por el hecho ajeno podemos definirla como “la que deriva de los delitos y cuasidelitos de las personas capaces de cometerlos que se encuentran en la relación expresamente prevista en la ley respecto del responsable”.¹³¹

En nuestro país, se encuentra tratada en los artículos 2320 a 2322 del Código Civil.

El primero de estos preceptos es el que establece el principio general en la materia: “Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado”.

Establece, además, un principio general de responsabilidad en dos sentidos: “En primer lugar, porque se aplica genéricamente a todas las relaciones de dependencia o cuidado, de modo que las situaciones específicas referidas en los demás incisos del artículo 2320 son puramente ejemplares. En segundo lugar, porque establecida la relación de dependencia o cuidado de quien realiza un acto susceptible de generar responsabilidad, se presume la culpabilidad de quienes deben ejercer ese cuidado, de modo que sólo pueden exonerarse de esa responsabilidad si logran probar que “con la autoridad y el cuidado que la

¹³¹ ABELIUK MANASEVICH, Rene. *Las obligaciones*. Santiago de Chile, Ed. Jurídica Ediar - Cono Sur Ltda. p. 193.

respectiva calidad les confiere y prescribe no hubieren podido impedir el hecho (artículo 2320 V y 2322 II)".¹³²

A la luz de lo señalado resulta claro que en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad por hecho ajeno se encuentra “construida sobre la base de un doble ilícito civil: el del dependiente, que causa el daño directamente, y el de quien lo tiene bajo su dirección y cuidado (guardián), cuya culpa es legalmente presumida”,¹³³

Pues bien, uno de los casos de responsabilidad por el hecho ajeno previstos en nuestra legislación es el del empresario por el hecho de sus dependientes.

Bajo esta denominación doctrinaria se comprende propiamente la responsabilidad del empresario por los hechos de sus dependientes, así como la de los artesanos por el hecho de sus aprendices (ambas referidas en el artículo 2320 IV del Código Civil) y, la de los amos por la conducta de sus criados o sirvientes (artículo 2322 del mismo código).

De ahí que el fundamento legal de la responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes debamos buscarlo en dos preceptos distintos del Código Civil:

El artículo 2320 IV, que se refiere a ella en forma específica: “Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. [...] Así los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso”.

¹³² BARROS, Enrique. *Texto de Apoyo empleado en Diplomado Responsabilidad Extracontractual*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados.

¹³³ *Ibídem*.

Y el artículo 2322 del mismo código, que fue tempranamente extendido por la jurisprudencia a esta materia: “Los amos responderán de la conducta de sus criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones; y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista”.

Para nuestra doctrina nacional el fundamento de la responsabilidad del empresario sería la culpa *eligiendo vel vigilando* del mismo, esto es, la omisión de la diligencia exigible en la selección, vigilancia, control y dirección de sus empleados. Señalan, en apoyo de su planteamiento, la posibilidad que tiene el empleador de eximirse de responsabilidad probando su falta de culpa, prueba liberatoria prevista en los artículos 2320 inciso final y 2322 inciso final del Código Civil.

En cuanto a los requisitos para que el empresario sea responsable de los daños causados por sus dependientes, estos son:

- (a) Que el agente directo haya causado un daño a la víctima.
- (b) La existencia de un vínculo de subordinación o dependencia entre el agente directo y el empresario demandado.
- (c) Ambos sujetos -el principal y el agente directo del daño- deben ser capaces de delito y cuasidelito civil.
- (d) Que el dependiente haya cometido un hecho ilícito pues si no hay dolo o culpa en la persona que causó el daño, no puede perseguirse la responsabilidad civil indirecta de la empresa que responde por aquél. Además, se exige que el empresario demandado no haya podido desvirtuar la presunción de culpa establecida en su contra.
- (e) Que la víctima pruebe la culpa y la responsabilidad de la persona subordinada

- (f) Que el dependiente haya obrado en el ámbito de la relación o vínculo que lo liga al empresario”.¹³⁴

Por todo lo anterior, y cumpliéndose los requisitos del caso, el empresario deberá responder por los daños producidos a terceros con ocasión de un uso regular del *e-mail* laboral por parte del trabajador.

El empresario sólo podrá desvirtuar el efecto de la presunción probando que con la autoridad y cuidado que su calidad le confiere y prescribe, no ha podido impedir el hecho, esto es, que fue plenamente diligente en la elección, control y vigilancia de sus empleados. Empero, y como veremos a continuación, la jurisprudencia ha sido extremadamente “recelosa” a la hora de admitir con éxito dicha prueba liberatoria.

II.4.2 Empleado que produce un daño en uso irregular del correo electrónico.

Si la responsabilidad del empresario resulta evidente en los casos de perjuicios derivados de un uso regular del *e-mail* laboral por parte del trabajador, el examen de la misma, se complejiza cuando los perjuicios experimentados por el destinatario del mensaje son consecuencia de un uso irregular del correo electrónico de la empresa, esto es, de un uso particular o extralaboral del mismo.

“La doctrina y jurisprudencia son unánimes a la hora de señalar que para hacer civilmente responsable al empresario por el hecho de su dependiente se requiere que éste haya actuado en el ejercicio o, al menos, con ocasión de las funciones encomendadas. [...] Por este motivo debe existir una cierta relación de tiempo, lugar y servicio entre la acción u omisión culpable del dependiente y

¹³⁴ ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro. *Separata: La Responsabilidad del Empresario por el hecho de sus dependiente. (Un Intento por sistematizar la jurisprudencia Chilena)*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

el trabajo, encargo o función encomendado al mismo. Si no existe algún tipo de vínculo espacial, temporal o funcional entre el empresario y el agente directo del daño no se puede atribuir dicho daño al empresario demandando por cuanto no puede haber culpa in vigilando respecto de actos que se ejecutan fuera de la órbita laboral o funcional”.¹³⁵

Veamos el alcance dado en doctrina para cada una de estas expresiones:

En relación a los daños causados en **“ejercicio” de la función**, “una primera corriente de opinión, la más restrictiva, requiere que para que se produzca la extensión de responsabilidad al principal, el hecho del dependiente haya sido cometido en ejercicio de las funciones encomendadas, esto es, que el perjuicio se haya producido desempeñando la labor ordenada y no otra”.¹³⁶

Este sería el caso, ya analizado, del empresario que debe responder frente a daños causados por su empleado mediante la remisión de *e-mails* en uso regular del correo electrónico provisto por la empresa.

Sin embargo, también existe otra corriente de autores que “han entendido que la responsabilidad también surge para el comitente cuando los daños se han producido durante el ejercicio *abusivo o aparente* de la función encomendada, o cuando existe un *mal ejercicio de ésta*. Según esta corriente, se responde por daños causados *abusando* de la función “cuando media una extralimitación, sea que el dependiente haya obrado contrariando expresas instrucciones, sea que haya asumido una tarea que no le correspondía pero aparentemente comprendida en el encargo. En general, el abuso engloba todo exceso en el despliegue del cometido, aunque persiga fines exclusivamente personales y hasta eventualmente delictivos...”. En esta línea de pensamiento,

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ OVIEDO, María Natalia. *Ob. Cit.*, p. 124.

el principal también debería responder por las consecuencias dañosas del ejercicio *aparente* de la función. Expresa Trigo Represas que tal ejercicio “existe cuando el agente comete el hecho ilícito actuando de manera manifiesta u ostensible dentro de la esfera de la incumbencia o función que le atañe, o con los elementos propios de tal función; aunque dicha situación no constituya más que una mera “apariencia”, que no condiga con la realidad oculta, sea por haberse contrariado expresas órdenes, o por haberse obrado en la emergencia sin instrucciones especiales al respecto, o aún valiéndose el subordinado de la función para su disfrute o beneficio particular”. Por último, el *mal ejercicio* de la función significa “la realización del encargo de manera torpe, irregular, con medios inadecuados o empleados dolosa o culposamente. En estos supuestos el agente trata de llevar a cabo el encargo pero con violación de los lineamientos a los que debía ajustarse”.¹³⁷

Respecto de los daños causados “**en ocasión” de la función**, “son aquellos que, aunque extraños a la actividad encomendada, mantienen alguna relación con ésta. Este es el supuesto más controvertido en la doctrina, ya que “quedan comprendidos no sólo aquellos actos que corresponden por su naturaleza a la función encomendada, sino también los ajenos o extraños a ésta, pero que sólo han podido ser llevados a cabo por el dependiente en tal carácter y en razón de sus funciones”.¹³⁸

Es esta última hipótesis la que abre la puerta a eventuales responsabilidades del empresario ante un daño producido con ocasión de un uso irregular del *e-mail* laboral por parte del empleado.

En nuestro país, la discusión se ha planteado a propósito del examen de las diferencias existentes entre los artículos 2320 y 2322 del Código Civil.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 125.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 126.

ALESSANDRI, por ejemplo, sostuvo que art. 2320 inciso quinto del Código Civil era más amplio en su aplicación práctica que el art. 2322 Código Civil: “Mientras éste (el artículo 2322) hace responsable al amo por la conducta de sus criados o sirvientes en el *ejercicio de sus respectivas funciones*, lo que excluye su responsabilidad en caso de abuso de las mismas o de delito o cuasidelito cometido con ocasión de ellas, el artículo 2320 hace responsable al patrón o empleador por todo hecho ejecutado mientras el subalterno o dependiente esté a su cuidado, aunque sea ajeno a las funciones que desempeña o constituya un abuso de las mismas”.¹³⁹

En un sentido diametralmente opuesto, alguna jurisprudencia que ha sostenido que “el art. 2320.4 CC es más limitado, en su esfera de aplicación práctica, pues exige que el daño haya sido causado mientras el aprendiz o dependiente esté bajo el cuidado del empresario, es decir, en condiciones inmediatas de poder impedir el hecho, valiéndose de la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere. En cambio, el art. 2322 CC establece que el amo responde no sólo cuando el criado o sirviente está en el ejercicio de sus funciones sino también cuando ha causado el daño en el ejercicio impropio de las mismas, si el amo estuvo en situación de preverlo o impedirlo, empleando el cuidado ordinario y su autoridad competente”.¹⁴⁰

Sin embargo, ha sido la propia jurisprudencia de nuestros tribunales, la que ha zanjado el asunto, desestimando toda discusión al respecto. “En el pasado, alguna jurisprudencia estimó que la responsabilidad del amo por el hecho del criado era más extensa que la responsabilidad del empresario, pues no sólo comprendería los hechos cometidos mientras el criado se encuentra bajo cuidado, sino también aquellos en que incurre durante el ejercicio de sus funciones, sin mediar esta circunstancia. La jurisprudencia mayoritaria, en

¹³⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno*. Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1943, p. 378.

¹⁴⁰ ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro. *Material citado*.

cambio, funda la responsabilidad en ambos preceptos, sin hacer distinción acerca de sus respectivos alcances”.¹⁴¹

En efecto, y por sobre supuestas diferencias entre ambos preceptos, la tendencia jurisprudencial ha apuntado hacia una mayor objetivización de la responsabilidad del empresario, tendencia que se ha traducido en “la cada día más amplia gama de daños que atribuye al empresario demandado. Se hace responder al empresario no sólo de los daños causados por los dependientes en el estricto ejercicio del encargo sino también con “ocasión” del mismo y, a veces, en claro abusos de las funciones”.¹⁴²

“La jurisprudencia nacional ha entendido esta exigencia de conexión entre el hecho ilícito y la función en términos amplios y ha estimado suficiente que el hecho se cometa con “ocasión” del desempeño de esas funciones”.¹⁴³

Finalmente, y dentro de la hipótesis que hemos venido examinando, corresponde analizar el valor de las prohibiciones impuestas por el empresario al uso particular del *e-mail* laboral, todo ello a los efectos de configurar la prueba liberatoria de los artículos 2320 inc. final y 2322 inc. final del Código Civil.

Pensamos, por ejemplo, en prohibiciones al uso particular del *e-mail* laboral contenidas en el Reglamento Interno de la empresa. ¿Son ellas suficientes para exonerar al empresario de responsabilidad? ¿Acreditan por sí solas que el empresario adoptó las oportunas medidas que la prudencia aconseja para evitar el daño?

Sobre el punto, Pedro ZELAYA¹⁴⁴ nos advierte de la existencia de jurisprudencia contradictoria. Mientras que “algunas sentencias han señalado

¹⁴¹ BARROS, Enrique. *Texto de apoyo citado*.

¹⁴² ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro. *Material citado*.

¹⁴³ BARROS, Enrique. *Texto de apoyo citado*.

que la simple prohibición general de realizar determinado acto, dirigida a todo el personal de la empresa, sería suficiente para exonerar de responsabilidad civil al empresario demandado”. Otras, por el contrario, han sostenido que “No basta dictar y dar a conocer a todos los empleados de la empresa un Reglamento Interno para un mejor y más seguro desempeño del servicio. Dicho reglamento y las órdenes e instrucciones contenidos en él son inoponibles para la víctima”.¹⁴⁵ La contradicción resulta evidente si se considera que los Reglamentos Internos suelen establecer prohibiciones generales a todos los dependientes de la empresa.

Lo señalado, pareciera darle la razón a aquellos que ven en las eventuales responsabilidades que podrían acarrear para el empresario, un argumento a favor de un control sobre los contenidos de los mensajes del *e-mail* laboral: “si al empresario no se le permite de algún modo verificar el contenido de los correos de sus trabajadores, tampoco se le podrá exigir la responsabilidad subsidiaria derivada de los actos de los mismos en los que haya podido existir comunicación por esta vía”.¹⁴⁶

¹⁴⁴ ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro. *Material citado*.

¹⁴⁵ En este sentido se ha fallado que el empresario sólo puede exonerarse de esta responsabilidad “si acredita que ha puesto el cuidado de un buen padre de familia en la elección del dependiente, indagando su conducta anterior, sus aptitudes para el servicio, instruyéndolo en los deberes de su oficio y vigilándolo constantemente, sin que baste al efecto el hecho de haber dictado un reglamento interno para el servicio, ni que el dependiente se haya declarado impuesto de el al contratarse como tal”.

¹⁴⁶ Al respecto, véase *El derecho a inspeccionar el correo electrónico como fuente de responsabilidad subsidiaria del empresario*. [en línea] <<http://derecho-internet.org/teoria.php?torid=60>>

II.5.- EL E-MAIL LABORAL COMO FUENTE DE TENSIONES ENTRE LA POTESTAD JURÍDICA DE MANDO DEL EMPLEADOR Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES.

“La empresa, como toda organización jerarquizada, genera una situación bipolar en permanente tensión: por una parte, existe un poder que organiza y dirige los procesos productivos al interior de la empresa y, por otra, en perfecto correlato, una posición de subordinación a la que se encuentran afectos los trabajadores”.¹⁴⁷

De acuerdo con lo señalado, es posible advertir en el contrato de trabajo la existencia de dos tendencias hasta cierto punto contrapuestas: “De un lado, la contraposición de intereses entre las partes contratantes, lo que genera una tensión en el desarrollo de la relación en multitud de casos nada desdeñable, y, de otro, un aparentemente contradictorio deseo o, incluso, necesidad, de alcanzar una situación estable de compromiso entre los contratantes”.¹⁴⁸

De ahí que, superadas en el derecho comparado las antiguas teorías comunitarias del contrato y su negativa a reconocer la contraposición de intereses inherente a toda relación laboral,¹⁴⁹ sea posible apreciar como “la

¹⁴⁷ MELIS VALENCIA, Christian. *Derechos de Ciudadanía y Empresa: Apuntes para una configuración Dogmático-Jurídica*. [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/1601/article-65183.html>>

¹⁴⁸ MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*. 26ª ed. Madrid, Ed. Tecnos, 2005, pp. 265-266.

¹⁴⁹ “La tesis comunitarias, y su idea de “neutralización del conflicto socio laboral en la empresa” –no importaba en absoluto la contraposición de intereses, “el trabajador ya no tenía intereses propios, sino que se acomodaba plenamente a la “comunidad de empresa”–, en base a una constricción y achatamiento de los derechos de los trabajadores y de un correlativo aumento y sobredimensionamiento de los poderes empresariales”. MELIS VALENCIA, Christian. *En Torno al Contrato de Trabajo y los Derechos Fundamentales*. (Parte II). [en línea] Boletín Oficial de la Dirección Del Trabajo. Junio, N° 149/2001. <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/article-62306.html>>

doctrina iuslaboralista y la jurisprudencia –particularmente la constitucional – han orientado sus esfuerzos a la reconstrucción teórico-jurídica del contrato, teniendo como centro los derechos fundamentales de los trabajadores. Se trata pues, de avanzar hacia un modelo democrático de relaciones laborales que dé cuenta del conflicto consustancial en una relación caracterizada por la desigualdad y por la existencia de un poder social de enorme entidad; y a la vez, que sea capaz de elaborar los mecanismos necesarios para dar cauce a ese conflicto, a través de la conformación de un contrapeso que permita el reequilibrio de los actores de la relación de trabajo –esencialmente en el plano colectivo –, junto con el posicionamiento de los derechos fundamentales como límites de los poderes empresariales”.¹⁵⁰

Sin embargo, este esfuerzo de reconstrucción teórico-jurídica del contrato, en los hechos, se ha visto enfrentado a nuevas amenazas que apuntan en la dirección contraria, con lo que el tema de los derechos fundamentales ha adquirido una renovada actualidad.

“Tras la introducción de la tecnología informática en la empresa, el poder directivo se ha visto reforzado a la par que se ha incrementado su potencial peligrosidad, pudiendo suponer mayores cortapisas a derechos fundamentales del trabajador. Por ello, no resulta baladí detenerse a considerar la cuestión del difícil equilibrio entre poderes y contrapoderes, [...] es decir, entre las facultades y poderes atribuidos al empresario que, a través de un contrato hace suyas las utilidades del trabajo, al tiempo que asume los riesgos de la actividad de producción o de prestación de servicios y los derechos de la contraparte que se incorpora a una organización de medios, destinada a la consecución de esos fines que a ella le son ajenos”.¹⁵¹

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ CARDONA RUBERT, María Belén. *Informática y contrato de Trabajo*. Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1999, pp. 39 y 40.

El correo electrónico ha contribuido a incrementar las facultades del empleador y con ello las naturales tensiones existentes entre los intereses de las partes contratantes, los que, a propósito del *e-mail* laboral, aparecen representados en la potestad jurídica de mando del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores.

Tensión que se revela a propósito del poder reglamentario del empleador, adquiere niveles importantes con ocasión de la facultad de control y que alcanza su máxima expresión en el ejercicio del poder disciplinario, particularmente, en las situaciones de despido como consecuencia directa o indirecta del uso del *e-mail* laboral.

En los próximos capítulos desarrollaremos el tema los derechos fundamentales en la empresa, para a continuación, adentrarnos derechamente en el análisis de aquellas facultades del empleador que guardan una mayor relación con el *e-mail* laboral y como el ejercicio de las mismas puede entrar en conflicto con los derechos fundamentales del trabajador, dando con ello cuenta de la tensión a que nos hemos venido refiriendo.

CAPÍTULO III

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL *E-MAIL* LABORAL

III.1.- PRESENTACIÓN

Concluimos el capítulo anterior, sindicando al *e-mail* laboral como potencial fuente de tensiones entre la potestad jurídica de mando del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores.

No obstante, lo señalado nos impone realizar un desarrollo previo.

Y es que la tensión a que nos referimos supone la plena aceptación: primero, que los derechos fundamentales rigen entre particulares, luego, que los mismos tienen una plena vigencia en el ámbito laboral. Ambas cuestiones que han sido objeto de arduo debate y desarrollo en doctrina y de un difícil reconocimiento en la práctica de los tribunales.

Es por esta razón que dedicaremos el presente capítulo a realizar un breve repaso al largo camino recorrido hasta llegar al pleno reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa.

Luego, nos avocaremos al examen particular de aquellos derechos fundamentales que guardan una mayor relación con el correo electrónico laboral.

Finalmente, recurriremos al Derecho Constitucional en busca de pautas que nos permitan superar la tensión que, con ocasión del *e-mail* laboral, se suscita entre los derechos de los trabajadores y el derecho de propiedad del empleador, representado para estos efectos en la potestad jurídica de mando.

III.2.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO LABORAL

III.2.1 La Drittwirkung der Grundrechte.¹⁵²

La idea de que los derechos fundamentales pueden hacerse valer en las relaciones entre privados responde a una conceptualización relativamente novedosa de los derechos fundamentales.

En su concepción primigenia, obra del constitucionalismo clásico, los derechos fundamentales eran entendidos sólo como "derechos de defensa (abwehrrechte) o de omisión (unterlassungsrechte) oponibles únicamente frente al Estado. Serán de defensa, en cuanto suponen para su titular –sujeto privado– un remedio para hacer frente a las arbitrariedades del poder –que detenta el Estado y no otros particulares– y de omisión, en cuanto, implican para el Estado un deber de "no injerencia (...) en la esfera de libertad personal" del individuo mas no existe un deber positivo de recabar del Estado una actuación en orden a su protección".¹⁵³

Y es que "En su génesis, en sentido estricto, los denominados derechos fundamentales nacen como una técnica al servicio de una concepción política liberal, que responde a un contexto histórico determinado. [...] los derechos fundamentales serán vistos durante largo período como una técnica que el

¹⁵² "Esta expresión, según el diccionario de las lenguas española y alemana, de R.J. Slabý, R. Grossmann y C. Illig, Tomo II Alemán-Español, Herder, Barcelona, 1989, proviene de la palabra <<Dritt>> que significa <<a tres>> y <<Wirkung>> que significa efecto, eficiencia o acción, por lo que quizá su traducción correcta sería la de <<eficacia entre tres>>". MARÍN 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*. Ed. Tirant lo Blanch, 2005, en nota al pie N° 157, p. 83.

¹⁵³ MELIS VALENCIA, Christian. *En Torno al Contrato de Trabajo y los Derechos Fundamentales. (Parte I)*. [en línea] Boletín Oficial Dirección Del Trabajo. Mayo, N° 148/2001. <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/article-62302.html>>

sistema jurídico pone a disposición de ciertos sectores sociales, para el control del poder político concentrado en el Estado, permitiendo salvaguardar ciertos espacios, especialmente económicos, fuera de la órbita de control público”.¹⁵⁴

No será sino hasta la formulación de la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* que cambiará radicalmente esta forma de concebir los derechos fundamentales, al plantear dicha doctrina el pleno reconocimiento de los derechos fundamentales (reconocidos por la Constitución) en el ámbito privado de las personas, es decir, en sus relaciones con terceros. Tal reconocimiento supone que “(los derechos fundamentales) rigen inmediatamente como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones iusprivadas, siendo oponibles, por tanto, no sólo a los poderes públicos (como plantea la concepción constitucionalista tradicional) sino también a los sociales, desarrollando así una eficacia horizontal o pluridireccional”.¹⁵⁵

Esta nueva concepción de los derechos fundamentales vendrá a representar todo un quiebre con el origen y la función histórica que tradicionalmente les habían sido asignados, “una verdadera revolución conceptual de los derechos fundamentales, que despojados de su carácter de técnicas de control del poder político, han saltado la barrera del derecho público, para instalarse como “nuevos invitados” en el derecho privado, generando los problemas y desafíos que cualquier recién llegado puede crear”.¹⁵⁶

Así, y a partir de la formulación de la doctrina de la *Drittwirkung*, se comenzará a producir “una progresiva pero decidida influencia del Derecho constitucional sobre el Derecho privado, de forma tal que, para bien o para mal, los litigios inter privados no se resolverán en base únicamente a las reglas del

¹⁵⁴ LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE C., José Luis. *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa* [monografías]. Santiago de Chile, Ed. Conosur, 1998, pp. 155 y 156.

¹⁵⁵ MELIS VALENCIA, Christian. *Publicación electrónica citada*. [nota 147]

¹⁵⁶ LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE C., José Luis. *Ob. Cit.*, p. 156.

Derecho civil sino que, ahora también, tomando en consideración los derechos fundamentales”.¹⁵⁷

III.2.2 El poder privado, el Estado Social de Derecho y la Teoría de los Valores como factores explicativos de la Drittwirkung.

La teoría de la Drittwirkung,¹⁵⁸ también conocida como de eficacia horizontal de los derechos fundamentales,¹⁵⁹ es elaborada a mediados del siglo XX en Alemania, inicialmente por Hans Carl Nipperdey¹⁶⁰ y asumida, primero, por la jurisdicción laboral¹⁶¹ y luego por el Tribunal Constitucional alemán.¹⁶²

Según Cristián MELIS VALENCIA,¹⁶³ tres serían los factores que vendrían a explicar el surgimiento de la Drittwirkung Der Grundrechte:

En primer lugar, el creciente surgimiento y desarrollo de los centros de poder privado que ejercen cuotas significativas de poder y que influyen e inciden en el

¹⁵⁷ KONRAD HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. En: MELIS VALENCIA, Christian. *Publicación electrónica citada*. [nota 153]

¹⁵⁸ “El término <<Drittwirkung>>, es obra de H. P. Pisen, en 1954. JOSE MARÍA BILBAO UBILLOS, La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: MELIS VALENCIA, Christian. *Publicación electrónica citada*. [nota 147]

¹⁵⁹ Es en España que se utiliza el concepto de “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, queriendo con ello aludir a que éstos no sólo operan de manera vertical (relación estado-sujeto particular), sino también horizontalmente (relaciones entre sujetos particulares).

¹⁶⁰ Nipperdey fue presidente del Tribunal Laboral Federal desde 1954 a 1963.

¹⁶¹ “El Tribunal Laboral Federal dictó, el 5 de mayo de 1957, una famosa sentencia en que anuló cláusulas contenidas en un contrato de trabajo por vulnerar los derechos fundamentales del trabajador. En este caso, una joven trabajadora de un hospital había sido despedida por haber contraído matrimonio, cuestión que, de acuerdo una cláusula del contrato de trabajo suscrito, habilitaba al empleador a despedirla. El Tribunal Laboral Federal estimó, aplicando por primera vez la doctrina de la Drittwirkung, que dicha cláusula contractual era nula, porque vulneraba directamente los derechos fundamentales de protección a la maternidad, dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad”. En: UGARTE CATALDO, José Luis. *Derecho a la Intimidad y la Relación Laboral*. [en línea]<<http://www.dt.gob.cl/1601/article-65179.html>>

¹⁶² Este reconocimiento parte en la conocida sentencia Lüth-Urteil (1958): que versaba sobre la valoración del derecho a la libertad de expresión para Lüth (presidente del Club de la Prensa de Hamburgo), originado por sus declaraciones (carta abierta a la prensa) en contra de un director cinematográfico (Harlan) que exhibía una película en el festival de cine de 1950, motivada por las actividades de éste durante el régimen nazi (JESÚS GARCÍA TORRES Y ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO, op. cit., p. 26). Aunque en esta aplicación, el Tribunal Federal introduce el concepto de eficacia mediata de los derechos fundamentales, alterando el sentido inicial en el que fue concebida”. En: MELIS VALENCIA, Christian. *Publicación electrónica citada*. [nota 147]

¹⁶³ MELIS VALENCIA, Christian. *Publicación electrónica citada*. [nota 153]

desarrollo de las libertades de los individuos: "La concepción tradicional del constitucionalismo liberal de concebir a los derechos fundamentales como medios de defensa frente al poder del Estado, cambia radicalmente al comprobarse la existencia, cada vez más extendida, de entes sociales privados que ejercen cuotas significativas de poder –entendido éste como "la capacidad de dirigir realmente la conducta de otros" – y que influyen e inciden en el desarrollo de las libertades de los individuos."

En segundo término, el tránsito del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho: "El Estado social de derecho presupone, también, que el poder privado se someta, en sus relaciones con los ciudadanos, a "reglas y límites jurídicos" destinados a preservar sus derechos y garantías fundamentales. Es decir, que les sea aplicable "la lógica propia del Estado de Derecho". Efectivamente, la existencia de un poder limitado por el ordenamiento jurídico, fundamento del Estado de Derecho, se extiende ahora a todos los ámbitos en donde ello sea necesario; en consecuencia, a todas las esferas en las que se den vinculaciones marcadas por el ejercicio de poderes de sujeción y dominio, sean ellas públicas o privadas. De lo que se trata, es de limitar el ejercicio del poder, sea cual sea su origen y naturaleza".

Y por último, la Teoría de los Valores (Wertheorie) como marco doctrinal: "El surgimiento del Estado Social de Derecho significó también la aparición de nuevas concepciones sobre el basamento y la función de los derechos fundamentales, las que constituirán el marco doctrinal sobre el cual se asentará la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte*. De entre aquellas, merece especial consideración la teoría de los valores (Wertheorie), también de origen alemán [...] Los derechos y libertades contenidos en la Constitución se conciben de esta manera "como un orden objetivo de valores", capaces, como veremos, de informar el conjunto del ordenamiento jurídico y de convertirse en catalizadores de la construcción de un sistema ético-social compatible con una sociedad

democrática y pluralista. [...] Este carácter de "normas objetivas de principio/decisiones axiológicas", que se asigna a los derechos fundamentales, cambiará el polo hacia el cual se dirigirán las libertades y derechos con rango constitucional –al Estado–, para transformarse en universales o en absolutos y, por tanto, regirán ahora "en toda dirección y en todos los ámbitos del Derecho", alcanzando y vinculando tanto a los poderes públicos como a los privado".

III.2.3 La Drittwirkung der Grundrechte en Chile

En nuestra Constitución Política no es posible encontrar, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos,¹⁶⁴ un reconocimiento expreso a la eficacia inmediata o directa de los derechos fundamentales en las relaciones iusprivadas. No obstante ello, autores como Cristián MELIS VALENCIA¹⁶⁵ sostienen la existencia de argumentos normativos suficientes para proclamar dicha eficacia inmediata.

En igual sentido, Luis LIZAMA PORTAL y José Luis UGARTE, para quienes en nuestro país la teoría de la *Drittwirkung* habría sido "repcionada innominadamente", no existiendo controversias sobre ello desde la dictación de la Constitución de 1980. "En Chile, la teoría de la *Drittwirkung* ha sido repcionada innominadamente, ya que si bien no se cita la fuente alemana de esta doctrina, no existen discrepancias, desde la dictación de la Constitución de 1980, más aún atendido los claros términos de su artículo 6º, inciso segundo, que señala que "los preceptos de esta constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo", que los derechos constitucionales recogidos en la Carta Fundamental son exigibles

¹⁶⁴ Este sería el caso de la Constitución portuguesa de 1976, que en su artículo 18.1, establece en forma expresa la vinculación de las entidades públicas y privadas a las normas sobre derechos fundamentales.

¹⁶⁵ MELIS VALENCIA, Christian. *Publicación electrónica citada*. [nota 147]

directamente no sólo respecto de los órganos públicos y estatales, sino también respecto de terceros".¹⁶⁶

En efecto, la mayoría de los autores coinciden en señalar al artículo 6º, inciso segundo de la Constitución de 1980, como el más seguro y sólido argumento para respaldar dicha eficacia directa. "En la aludida norma se contiene la obligación de los ciudadanos –y también de los poderes públicos de someterse a la Constitución –"principio de vinculación directa de la Constitución"; es decir, se vincula directamente a los individuos privados al contenido de la Constitución, del cual forma parte, en un lugar de privilegio, la normativa sobre derechos fundamentales, sin necesidad de desarrollos legislativos ulteriores -autosuficiencia de la norma fundamental".¹⁶⁷

El "principio de vinculación directa de la Constitución" consiste, en palabras de VERDUGO, PFEFFER Y NOGUEIRA,¹⁶⁸ "en la sujeción de las personas, grupos, organismos, autoridades y poderes públicos a la Constitución". Agregándose, según esos mismo autores, que los derechos reconocidos en el artículo 19 de la Constitución, son absolutos "porque ese respeto puede reclamarse indeterminada a cualquier persona o autoridad o a la comunidad entera".

Un segundo argumento para sostener la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito privado, es la existencia de derechos fundamentales que pueden ser aplicados, indistintamente, tanto en el ámbito público como en el privado, y la existencia de derechos con un contenido típicamente laboral, que lógicamente sólo son aplicables en el ámbito privado. "Tal y como hay derechos fundamentales que sólo se predicen frente el Estado, hay otros que han sido concebidos para realizarse en el ámbito privado, en

¹⁶⁶ LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE C., José Luis. *Ob. Cit.*, p. 157.

¹⁶⁷ MELIS VALENCIA, Christian. *Publicación electrónica citada*. [nota 147]

¹⁶⁸ VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto. *Derecho Constitucional*. Tomo I. Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1999, p. 132.

función de su propia estructura, como es el caso de los "derechos fundamentales de contenido típicamente laboral" (huelga y libertad sindical) como los denomina el profesor Valdés, propios de las relaciones entre trabajadores y empresarios".¹⁶⁹

Finalmente, los autores coinciden en destacar, a la hora de postular la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, la existencia misma del Recurso de Protección. "En dicho recurso el sujeto agresor puede ser tanto un sujeto público como uno privado. De manera tal, que a diferencia de lo que ocurre en el caso alemán o español,¹⁷⁰ en el chileno, [...] no existe inconveniente alguno para la consabida eficacia directa de los derechos fundamentales frente a particulares".¹⁷¹ Ello sería posible gracias a los amplísimos términos en que se encuentra concebido.

Luis LIZAMA PORTAL y José Luis UGARTE concluyen, a partir de lo señalado, que "un caso de eficacia directa y horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, pero con vigencia inmediata, donde el lesionado puede recurrir a la jurisdicción constitucional en busca de amparo de sus derechos fundamentales contra un acto de terceros, corresponde, precisamente, a Chile".¹⁷²

III.2.4 Derechos fundamentales entre privados: La peculiaridad de la relación laboral.

¹⁶⁹ MELIS VALENCIA, Christian. *Publicación electrónica citada*. [nota 153]

¹⁷⁰ "En dichos ordenamientos, sólo se contempla la posibilidad de tutela constitucional – Verfassungsbeschwerde y Recurso de Amparo, equivalentes a nuestro Recurso de Protección– frente a violaciones de derechos fundamentales que provengan de los poderes públicos. Esta limitación ha llevado a idear fórmulas doctrinales y jurisprudenciales (teoría de interiorización judicial del conflicto, en virtud de la cual se entiende que el tribunal ordinario al no amparar al sujeto privado frente a la violación de un derecho fundamental producida por otro particular, hace propia dicha violación y por esa vía –al ser una violación de un poder público -se logra el acceso a la tutela constitucional) que indirectamente permiten brindar esa protección, a veces incluso, bastante más allá de lo que el propio texto constitucional pareciera permitir". MELIS VALENCIA, Christian. *Publicación electrónica citada* [nota 153], en nota al pie N° 70.

¹⁷¹ MELIS VALENCIA, Christian. *Publicación electrónica citada*. [nota 153]

¹⁷² LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE C., José Luis. *Ob. Cit.*, p. 162.

Como vimos, la noción de la *Drittwirkung* o eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas tuvo su origen en los tribunales laborales.

Para Cristián MELIS VALENCIA, ello no sería de extrañar, “si se discurre sobre el hecho de que la empresa, dadas las posiciones en las que se encuentran los sujetos que interactúan en su interior –en relación de subordinación y de dominación, – es ante todo un arquetipo del poder privado contemporáneo. [...] En este sentido, no es de sorprender que el origen y desarrollo más profundo de la teoría de la *Drittwirkung* [...] haya tenido y tenga aún en la actualidad como espacio privilegiado el del contrato de trabajo, pues es en éste, donde, con mayor relevancia, aparece la función de los derechos fundamentales como limitadores de los poderes empresariales y neutralizadores de las desiguales posiciones contractuales”.¹⁷³

Una opinión similar encontramos en Inmaculada MARÍN ALONSO, para quien “La posibilidad de aplicar derechos constitucionales sin contenido estrictamente laboral a las relaciones privadas que tienen lugar en el seno de la empresa vino propiciada por el carácter especialmente apropiado de las relaciones de trabajo para ello, ya que en dicho ámbito se entremezclan las notas de la subordinación o supremacía – asemejándola a la situación <<ciudadano-Estado>>- con la de igualdad entre sujetos privados”.¹⁷⁴

Sin embargo, lo paradójico del asunto es que mientras que el derecho laboral es el primer sector del ordenamiento jurídico en desafiar la generalizada teoría de que los derechos fundamentales sólo operaban respecto de las relaciones verticales “ciudadano-Estado”, es precisamente en dicho sector donde encontramos las mayores resistencias a la hora de aceptar su plena vigencia en el marco de las relaciones laborales.

¹⁷³ MELIS VALENCIA, Christian. *Publicación electrónica citada*. [nota 149]

¹⁷⁴ MARÍN ALONSO, Inmaculada. *Ob. Cit.*, en nota al pie N° 158, p. 83.

“Tradicionalmente la relación de trabajo y en particular el contrato de trabajo han estado fuera del ámbito constitucional, en particular del fenómeno de los derechos fundamentales. Ha existido una reticencia manifiesta de lo laboral respecto del fenómeno constitucional y una tendencia a situarse en una posición –por cierto interesada de independencia y de suficiencia respecto a la Constitución. La empresa se constituye así, en un lugar diferenciado, "una zona franca y segregada de la sociedad civil".¹⁷⁵ Para BAYLOS GRAU, “es como si se propusiera una dinámica de dos ciudadanías, fuera y dentro de la empresa”.¹⁷⁶

Frente a todo lo señalado, cabe naturalmente preguntarse: ¿Qué de específico tiene el tema de los derechos fundamentales en la relación laboral, que no se presente en el resto de las relaciones de derecho privado, que despierta tantas reticencias?

Para José Luis UGARTE, la respuesta a dicha interrogante habría que buscarla en la existencia del vínculo de subordinación y dependencia. “La respuesta apunta a destacar el hecho de que la relación laboral posee un elemento absolutamente particular respecto del resto de las relaciones de derecho privado: la existencia de la subordinación o dependencia por parte del trabajador en relación con su empleador, esto es, el ejercicio por parte de un particular de un poder que, admitido por el propio sistema jurídico, recae sobre otro particular. [...] subordinación jurídica, que se manifiesta en los poderes que el empleador ejerce sobre el trabajador y que sugestivamente son denominados "potestad jurídica de mando" o "poder de dirección", y cuyo correlato jurídico, con un no menos sugerente nombre, corresponde al "deber de obediencia" del trabajador”.¹⁷⁷

¹⁷⁵ MELIS VALENCIA, Christian. *Publicación electrónica citada*. [nota 149]

¹⁷⁶ BAYLOS GRAU, Antonio. *Derecho del Trabajo: Un Modelo para Armar*. Madrid. Ed. Trotta, 1991, p. 99.

¹⁷⁷ UGARTE CATALDO, José Luis. *Publicación electrónica citada*. [nota 161]

El mismo autor, luego de formular dicha afirmación, que toma en consideración el marco en que la relación laboral se desenvuelve, trasladando con ello el análisis del problema desde el ámbito constitucional al contractual, parece dar un giro en su argumentación, retomando la dimensión constitucional del problema, al sostener que “el efecto categórico de la vigencia de los derechos fundamentales frente al Estado, se relativiza cuando dichos derechos se ejercen frente a otro particular dentro de una relación jurídica, sobre la base de una eventual colisión de derechos fundamentales. La consecuencia de esta vigencia relativa o "matizada" de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, específicamente en la relación laboral, importa la admisión de restricciones o limitaciones adicionales a dichos derechos, que en otros contextos, fuera de dicha relación, serían inadmisibles jurídicamente, justificadas en todo caso, como acabamos de ver, en la existencia de una colisión de derechos fundamentales entre las partes".¹⁷⁸

Robert ALEXI, por su parte, se explica las diferencias existentes en cuanto a la vigencia de los derechos fundamentales por la distinta naturaleza de las relaciones sobre las cuales se buscan aplicar, "existe una diferencia fundamental entre la relación Estado/ciudadano y la relación ciudadano/ciudadano. La relación Estado/ciudadano es una relación entre un titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental. En cambio, la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales."¹⁷⁹

Como quiera que sea, lo cierto es que en la realidad práctica el trabajador ve limitado el ejercicio de sus derechos fundamentales cuando éste se inserta en una relación laboral, cuestión que se ha visto favorecida por el hecho que “los derechos inespecíficos presentan en su mayoría una alta dosis de

¹⁷⁸ *Ibidem.*

¹⁷⁹ ALEXI, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 512.

indeterminación o falta de definición, incluso en lo que se refiere a su contenido esencial, haciendo mucho más vulnerable su posición respecto a la del poder de dirección del empresario”.¹⁸⁰

III.2.5 Vigencia de los derechos fundamentales en la empresa: Concepto de ciudadanía laboral.

La constitucionalización del Derecho del Trabajo, entendida como el “redimensionamiento general y particular de esta disciplina para situarla en un plano armónico con la Constitución”,¹⁸¹ es un proceso que se ha desarrollado en etapas, partiendo por el reconocimiento constitucional de los derechos laborales (strictu sensu) –en particular los derechos laborales de carácter colectivos–, hasta llegar a su etapa actual caracterizada por el reconocimiento de la vigencia de los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones laborales.

Los inicios del movimiento constitucionalizador del derecho del Trabajo se encuentran “a principios del siglo XX, con dos hechos que marcarán indefectiblemente el rumbo de este proceso en el futuro y que tienen como punto de referencia “la afirmación histórica de la categoría de Estado social de Derecho”: la Constitución Mexicana de 1917 (Querétaro) y, sobre todo, la de Weimar –el laboratorio de Weimar como se le ha denominado; por cierto, con merecido acierto– en 1919; verdaderos hitos en lo que a los derechos sociales de los trabajadores y su consagración y reconocimiento a nivel constitucional se refiere”.¹⁸²

Luego, y tras la Segunda Guerra Mundial, se irá paulatinamente instalando “la idea de que en las relaciones entre privados tienen plena vigencia los

¹⁸⁰ MARÍN ALONSO, Inmaculada. *Ob. Cit.*, p. 93.

¹⁸¹ DEL REY GUANTER, Salvador. *Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general*. 1995 p. 193

¹⁸² MELIS VALENCIA, Christian. Publicación electrónica citada. [nota 149]

derechos fundamentales de las personas, y que ninguna especialidad o particularidad jurídica, asociada a la materia o a las personas involucradas, excluye su aplicación directa por parte de los órganos del derecho”.¹⁸³

Mas será sólo “a partir de los movimientos sociales de finales de la década del 60’ (en particular los de mayo del 68’), (que) se comienza a producir un verdadero vuelco en la visión que se tenía hasta ese momento sobre la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales [...], produciéndose paulatinamente una transformación que habría de cambiar radicalmente la manera de mirar la fábrica. Para establecerlo en términos franceses «poner en relación los conceptos de «autoridad» y «democracia» en el marco de la empresa» es involucrarse en el tema de la «ciudadanía en la empresa»; o dicho en términos italianos, es «introducir la constitución en la fábrica». Es decir, se va generando paulatinamente, fundamentalmente a partir de las experiencias italianas y francesas de las décadas de los 70’ y 80’¹⁸⁴ respectivamente, sendos movimientos que tienen por objeto conformar, al decir de romagnoli, «un nuevo modo de estar en la fábrica», una visión distinta y democrática de las relaciones laborales, en la que los derechos de los trabajadores sean considerados «derechos análogos a los del ciudadano»”.¹⁸⁵

Esta nueva forma de entender las relaciones laborales se traducirá en el reconocimiento de los derechos laborales inespecíficos,¹⁸⁶ estos son, derechos

¹⁸³ LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE C., José Luis. *Ob. Cit.*, p. 150.

¹⁸⁴ En este punto, son de obligada referencia el Statuto dei Lavoratori italiano (1970), modelo del potenciamiento de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa, que bajo el slogan de introducir la Constitución en la fábrica plasmó en el texto normativo infraconstitucional un conjunto de limitaciones a los poderes empresariales cuando su ejercicio supusiese violaciones a las libertades fundamentales de los trabajadores. (56) Asimismo, es de destacar el caso francés que a partir del conocido Informe Auroux (septiembre de 1981) proclamará la idea de la ciudadanía en la empresa – “ciudadanos en la ciudad, los trabajadores deben serlo, también en su empresa”. En: MELIS VALENCIA, Christian. *Publicación electrónica citada*. [nota 147]

¹⁸⁵ MELIS VALENCIA, Christian. *Publicación electrónica citada*. [nota 153]

¹⁸⁶ Los “derechos constitucionales laborales inespecíficos”, termino acuñado por PALOMEQUE, han sido definidos en los siguientes términos. “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 de

no estrictamente laborales que establecidos en la Constitución pueden ser ejercidos por los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales.

De modo tal, que “A la inicial concepción defensiva del Derecho del Trabajo –enlazada con el fenómeno de constitucionalización en su primera fase –y por lo mismo configuradora y resaltadora de los derechos estrictamente laborales, que apuntaran a reequilibrar la posición de subordinación y sujeción en que se encuentra el trabajador, [...] le sucederá –en el sentido temporal, ya que no sólo son compatibles sino que aquélla es presupuesto de ésta– otra en la cual el trabajador es mirado no tanto en cuanto productor sino que más como ciudadano, como persona y, por tanto, con un importante redimensionamiento de la función y efectividad que los derechos fundamentales no estrictamente laborales ejercen sobre la relación laboral”.¹⁸⁷

III.2.6 La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales: El caso chileno

Nuestra Constitución Política no consagra expresamente la plena vigencia de los derechos fundamentales al interior de la empresa. No obstante lo cual, pensamos que es posible deducir dicha circunstancia de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 6º de la Constitución, que como vimos, representa el más seguro y sólido argumento para respaldar dicha eficacia directa entre privados.

En la misma dirección, de encontrar un reconocimiento constitucional a la idea de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, debemos mencionar el hecho de que nuestra Constitución Política no sólo reconozca derechos fundamentales de corte específicamente laboral

la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer”. Quizá por primera vez en PALOMEQUE LÓPEZ, Carlos Manuel. *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 31-5.

¹⁸⁷ MELIS VALENCIA, Christian. *Publicación electrónica citada*. [nota 147]

(negociación colectiva y libertad sindical) sino también derechos que sin ser netamente laborales se aplican a la relación de trabajo en cuanto son inherentes a la condición de “ciudadano del trabajador”.

En el sistema infraconstitucional, particularmente después de las recientes reformas introducidas al Código del Trabajo, es posible constatar la inequívoca opción del legislador por el efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador; opción que se ha expresado a través de un conjunto de límites y garantías, y ahora último en procedimientos, que hacen posible la plena realización de la norma constitucional en el específico ámbito de la empresa.

En tal sentido, destaca el significativo avance que vino a representar la Ley 19.759. Dicha normativa, al introducir modificaciones a los artículos 5º, 154 y 154 bis del Código del Trabajo, vino a reforzar el concepto de “ciudadanía laboral”, explicitando la plena vigencia de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones laborales. Es sólo a partir de dichas reformas, que la *Drittwirkung* encontrará, por primera vez, un expreso reconocimiento normativo en el ámbito laboral de nuestro país.

En la misma línea, de avanzar hacia una real y efectiva tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores, debemos consignar al nuevo procedimiento de Tutela Laboral contemplado en la Ley N° 20.087.¹⁸⁸

III.2.7 Algunos aspectos sobre el nuevo procedimiento de Tutela Laboral.

Era opinión coincidente, hasta antes de la dictación de la Ley 20.087, que nuestro país carecía de un adecuado sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la relación laboral.

¹⁸⁸ El que comenzará a regir a partir del 01 de marzo de 2008.

Con el fin de suplir tal deficiencia de nuestro ordenamiento jurídico, es que se dicta la Ley N° 20.087, publicada en el Diario Oficial el 3 de enero de 2006, la que, entre otras muchas otras modificaciones al actual procedimiento laboral, prevé la existencia de un nuevo procedimiento: el Procedimiento de Tutela Laboral, el que vendrá a conocer y resolver los asuntos que se susciten en una relación laboral que afecten ciertos derechos fundamentales de los trabajadores.

Revisemos a continuación algunos de los aspectos más relevantes de dicho procedimiento:

III.2.7.1 Derechos tutelados:

La ley especifica cuales son las garantías amparadas por este procedimiento. Estas son:

1. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral.
2. El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.
3. La inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, la que, no obstante, podrá interceptarse, abrirse o registrarse sólo en los casos y formas determinados por la ley.
4. La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.
5. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio.
6. La libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en el

inciso cuarto del artículo 19 N° 16 de la Constitución.

De acuerdo con lo dispuesto en la propia ley, se entenderá que los derechos y garantías mencionados resultan lesionados cuando en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador se limite el pleno ejercicio de éstos, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido, se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.

Asimismo, este procedimiento de Tutela Laboral será aplicable para el conocimiento y resolución de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° del Código del Trabajo, con excepción de los contemplados en su inciso sexto, y de las infracciones por prácticas desleales o antisindicales.

III.2.7.2 Acciones previstas:

Dos son las acciones contempladas en este nuevo procedimiento, una general y otra por despido con vulneración de derechos. Veamos cada una de ellas.

III.2.7.2.1 Acción General

Este recurso puede ser interpuesto directamente por el trabajador o por la organización sindical que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales.

Si la acción es presentada por un trabajador, la organización sindical a la cual se encuentre afiliado, directamente o por intermedio de su organización de grado superior, podrá hacerse parte en el juicio como tercero coadyuvante. No

obstante lo anterior, la organización sindical podrá directamente interponer la denuncia correspondiente y en tal caso será considerado como parte principal.

En el caso que la Inspección del Trabajo, en el ejercicio de las atribuciones que le confiere la ley, tome conocimiento de una violación de derechos fundamentales, deberá denunciar tal situación al tribunal del trabajo competente y acompañar el informe de fiscalización correspondiente. Esta denuncia operará como antecedente suficiente para iniciar la tramitación del procedimiento. Sin perjuicio de lo anterior, la Inspección deberá, previamente, realizar una mediación entre las partes con el objeto de agotar las posibilidades de corregir las infracciones constatadas.

La denuncia que inicie un procedimiento de tutela laboral deberá interponerse dentro del plazo de 60 días contados desde que se produzca la vulneración de derechos fundamentales alegada. Dicho plazo se suspende si hay reclamo a la Inspección. (90 días)

III.2.7.2.2 Acción por despido con vulneración de derechos.

Cuando la vulneración de derechos fundamentales se haya producido con ocasión del despido, corresponderá, a diferencia de lo señalado para el caso anterior, exclusivamente al trabajador entablar la acción. Para tales efectos dispondrá del plazo de 60 días contados desde la separación efectiva de sus labores (se suspende por reclamo).

En caso de acogerse una denuncia por vulneración de garantías fundamentales acaecidas con ocasión del despido, el juez ordenará el pago de las indemnizaciones por años de servicio y sustitutiva del aviso previo con el correspondiente recargo legal. Adicionalmente, fijará el pago de una indemnización que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Con todo, si el juez declara que el despido es discriminatorio, y además es calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones ya señaladas. Si opta por la indemnización, ésta deberá ser fijada por el tribunal que conozca de la causa, de manera incidental. Si trabajador pierde el juicio renace su derecho a demandar el despido injustificado.

III.2.7.3 Tramitación:

- Una vez presentada la denuncia, el tribunal ordenará a la Inspección del Trabajo respectiva emitir un informe acerca de los hechos denunciados. La Inspección podrá, además, hacerse parte en el proceso.
- La denuncia deberá contener las menciones generales exigidas a la demanda y la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada. La ley establece que el tribunal no admitirá a tramitación las denuncias que no cumplan con los requisitos exigidos.
- El procedimiento tutelar es incompatible con la acción constitucional de protección. Se establece así competencia preventiva, ya que interpuesto un recurso de protección, en los casos que proceda y que verse sobre los mismos hechos, no procederá el ejercicio de la acción de tutela laboral.
- Admitida la denuncia a tramitación, su substanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general contenido en el Código del Trabajo.
- Dada la naturaleza especial del procedimiento de tutela laboral, no cabe su acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos.

- En la tramitación del procedimiento de tutela gozará de preferencia respecto de todas las demás causas que se tramiten en el mismo tribunal y en la tramitación y resolución de los recursos que se interpongan.
- El tribunal en su primera resolución, de oficio o a petición de parte, dispondrá, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles. Deberá así mismo proceder en cualquier momento, cuando cuente con los antecedentes de esa naturaleza. Para ello, podrá decretar apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el cumplimiento de la medida decretada. Contra estas resoluciones no procederá recurso alguno.
- En relación a la carga de la prueba, este procedimiento introduce una norma novedosa en nuestro ordenamiento jurídico. Al trabajador le basta con que de sus alegaciones se desprendan “indicios”, es decir, señales o evidencias que den cuenta de la violación de un derecho fundamental. En este caso, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, esto es, que el acto o conducta empresarial obedeció a una motivación legítima.
- Con el mérito del informe de fiscalización, cuando corresponda, de lo expuesto por las partes y de las demás pruebas acompañadas al proceso, el juez dictará sentencia en la misma audiencia o dentro de 5 días, fijando día y hora para su notificación a las partes, debiendo el juez

que la pronunció enunciar en audiencia las bases fundamentales de lo resuelto.

III.2.7.4 Sentencia:

La sentencia deberá contener, en su parte resolutive:

1. La declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada;
2. En caso afirmativo, deberá ordenar, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato, bajo apercibimiento de multa;
3. La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo apercibimiento de multa y condena a pagar las indemnizaciones que procedan, y
4. La aplicación de las multas a que hubiere lugar, de conformidad a las normas de este Código.

En cualquier caso, el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales.

III.3 FUNCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES.

La primera y quizás más importante función que desempeñan los derechos fundamentales en el sistema de relaciones laborales es servir de límite a la potestad jurídica de mando del empleador.

Tal función limitadora de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales aparece consagrada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico laboral, concretamente, en el artículo 5° inciso primero del Código del Trabajo: "El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, 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 Constitución se alza, entonces, como la primera barrera ante un ejercicio "abusivo" del poder empresarial: "los poderes empresariales no pueden suponer a priori una relativización o matización del derecho fundamental, más bien, éste es el que actúa como un freno insalvable al ejercicio de tales poderes. Por lo tanto, el problema no tiene sólo una connotación contractual -modalización de la vida dentro de la empresa según las directrices o la organización empresarial-, tiene también un componente que escapa al limitado y circunscrito ámbito del contrato de trabajo para trasladarse a la órbita constitucional, esto es, al ejercicio por parte del trabajador de derechos que trascienden su categorización como trabajador para amoldarse a un plano omnicompreensivo de su personalidad toda. En consecuencia, dicho poder -expresión de las necesidades organizativas o productivas del empresario, pero delimitado

jurídicamente en virtud del contrato de trabajo y de la ley- necesariamente ha de verse afectado en alguna medida en aras del respeto pleno de los derechos fundamentales del trabajador”.¹⁸⁹

Christian MELIS VALENCIA, por su parte, nos agrega una segunda, y no menos importante, función de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales: “el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales cuyo titular es la persona del trabajador, cumple una función integradora y unificadora, esto es, que poseen una verdadera vis expansiva en cuanto irradian su valor a la interpretación del conjunto del ordenamiento jurídico laboral. Se crea un principio de interpretación de la legislación común conforme al texto constitucional, de manera que toda la interpretación de las normas, cualquiera sea su rango y su objeto, debe ajustarse a la concepción del trabajador como un sujeto titular de derechos constitucionalmente protegidos, en definitiva, entender las relaciones jurídico-privadas como relaciones pluralistas y democráticas”.¹⁹⁰

Ahora bien, hablar de derechos fundamentales implica remitirse en primer término a la dignidad humana, toda vez que “El reconocimiento de los derechos fundamentales no es sino la manifestación obligada de la primacía del valor constitucional último: la dignidad de la persona humana. Y el derecho fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás, es el derecho a ser reconocido siempre como persona humana”.¹⁹¹

La dignidad de la persona “es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro

¹⁸⁹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. ORD. N° 2856/162. Santiago de Chile. 30 de agosto de 2002. [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-76653.html>>

¹⁹⁰ MELIS VALENCIA, Christian. *Publicación electrónica citada*. [nota 147]

¹⁹¹ RIASCOS GÓMEZ, Libardo Orlando. *La Visión lusinformática del Derecho a la Intimidad, no es un Nuevo Derecho Fundamental*. [en línea] <<http://www.informatica-juridica.com/trabajos/ponencia.asp>>

fin. Tal dignidad se constituye en la fuente de todos los derechos humanos. Podemos sostener así que dada la primacía de la dignidad de la persona sobre los derechos, debe rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella. La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales”.¹⁹²

Nuestra Constitución Política, ya en su artículo 1º inciso primero, hace un reconocimiento expreso de la dignidad humana en relación estrecha con la idea de libertad e igualdad, al señalar que "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y en derechos", conformándose de esta manera, una verdadera "trilogía ontológica".¹⁹³

“En esta perspectiva, los derechos fundamentales encuentran en los valores superiores de la dignidad humana, la libertad y la igualdad sus parámetros modeladores y conformadores, de forma tal, que los mismos deben necesariamente explicarse, interpretarse y aplicarse a partir de dicho reconocimiento. Los derechos fundamentales constituyen entonces, la expresión jurídica más tangible y manifiesta de la dignidad de la persona humana y de los valores de libertad e igualdad. Siendo su categorización de "fundamentales" una manifestación del contenido axiológico y una postura valorativa concreta respecto de la dignidad inherente a toda persona”.¹⁹⁴

Vista la función de los derechos fundamentales y presentada la dignidad humana como el primero de los límites a los que se sujeta el poder empresarial, corresponde ahora que nos detengamos en los principales derechos fundamentales que dicen relación con el *e-mail* laboral.

¹⁹² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Los Derechos Esenciales o Humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su Ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina Y Jurisprudencia*. [en línea] Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2003, Vol. 9, número 1, pp.403-466. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100020&lng=es&nrm=iso&tlng=es>

¹⁹³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Dogmática Constitucional*. Universidad de Talca, Talca, 1997, p. 113.

¹⁹⁴ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. ORD. N° 2856/162.

III.3.- LA POTESTAD JURÍDICA DE MANDO DEL EMPLEADOR

En el contexto de la relación laboral, los poderes del empresario se configuran a partir del reconocimiento de un poder general, de organización y dirección, que en nuestro país recibe la denominación de “Potestad jurídica de mando del empleador”.¹⁹⁵

Potestad que ha sido definida como “aquél poder-deber que tiene el empleador para organizar, dirigir y administrar su empresa dentro de los límites que el ordenamiento jurídico y los propios instrumentos del trabajo, tanto individuales como colectivos, establezcan”. También, como el conjunto de “atribuciones de dirección, control, reglamentación y disciplina interna de la actividad laborativa en el interior de las empresas”.¹⁹⁶

En nuestro ordenamiento jurídico, la potestad jurídica de mando reconoce su fundamento último en la libertad de empresa y en el derecho de propiedad - artículos 19, N°s. 21 y 24 de la Constitución, respectivamente-, garantías constitucionales, que apuntan a dotar al empresario, por una parte, del poder de iniciativa económica, y por otra, del ejercicio mismo de la actividad empresarial.

El artículo 19 N° 21 de la Constitución, cuando asegura a todas las personas:

¹⁹⁵ La Potestad jurídica de mando del empleador es equivalente a las expresiones “Poder de dirección”, “Potestad de dirección y control del empresario”, “Potestad de supervisión del empresario”, “Poder de dirección empresarial”, entre otras, que se utilizan en el derecho comparado para referirse a la misma cosa.

¹⁹⁶ MACCHIAVELLO CONTRERAS, Guido. *Derecho del trabajo. Teoría jurídica y análisis de las actuales normas chilenas*. Tomo 1: El contrato individual y la relación de trabajo. Santiago de Chile, Ed. Universitaria. 1996. p. 239.

“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.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

Y el artículo 19 N° 24 de nuestra Carta Fundamental, que asegura a todas las personas:

“El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales”.

Si bien nuestra legislación laboral no contiene normas concretas sobre el contenido positivo de la potestad jurídica de mando del empleador,

“innumerables disposiciones no tendrían sentido ni explicación, sino suponiendo la existencia de tal facultad, entre otras, la propia exigencia de subordinación, que es requisito esencial del contrato de trabajo, la referencia *ius variandi*, etc”.¹⁹⁷

Finalmente, digamos que esta potestad del empleador comprende, a su vez, una pluralidad de facultades que el ordenamiento reconoce como necesarias e indispensables para el funcionamiento normal de la empresa, para su organización económica, técnica y funcional, dentro de las cuales encontramos:

1. El poder de dirección.
2. El poder reglamentario.
3. El poder de control.
4. El poder disciplinario.
5. El *ius variandi*.

Sobre estas facultades volveremos más adelante, cuando analicemos aquellas que guardan una mayor vinculación con el *e-mail* laboral.

¹⁹⁷ THAYER A., William y NOVOA F., Patricio. *Manual de Derecho del Trabajo*. Tomo II. Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile. 1998, p. 203.

III.5.- LA INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS

III.5.1 Concepto

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas puede ser definido 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. Es un derecho fundamental, de carácter civil y político, cuyo fundamento último es la dignidad de la persona humana, siendo por ello necesario su reconocimiento normativo y el establecimiento de normas sustantivas de protección que sancionen su vulneración”.¹⁹⁸

III.5.2 Breve referencia a los antecedentes históricos del derecho al secreto de las comunicaciones.

El derecho al secreto de las comunicaciones es uno de los derechos más antiguos recogidos por las Constituciones decimonónicas españolas y europeas, remontándose, incluso, a la época de la Revolución francesa donde un Decreto de la Asamblea Nacional de 1790 configuró a la correspondencia como «inviolable» (“Le secret des lettres est inviolable”), suprimiendo con ello los conocidos *cabinets noirs* u oficinas habilitadas para investigar y controlar

¹⁹⁸ CERDA SILVA, Alberto y ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel. *Sobre la Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas. Ley Nº 19.927 que Tipifica los Delitos de Pornografía Infantil*. [en línea] Anuario de Derechos Humanos 2005. <<http://www.anuariodh.uchile.cl/anuario1/13inviolabilidad-comunic-electronica.pdf>>

sistemáticamente la correspondencia, catalogada como práctica habitual en la Francia de Luis XIII y el Cardenal Richelieu.

En lo que a nuestro país respecta, la referida garantía se encuentra consagrada desde la dictación de la Constitución de 1828, la que en su artículo 19 señalaba que: “La ley declara inviolable toda correspondencia epistolar; nadie podrá interceptarla ni abrirla, sin hacerse reo de ataque a la seguridad personal”.

III.5.3 Fuentes del derecho

“El tramado normativo que configura en nuestro ordenamiento el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, está compuesto tanto por normas de rango constitucional como por disposiciones incluidas en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por Chile, los que en su conjunto tienen la fuerza normativa de límites a la soberanía del Estado y que conforman, al decir de Humberto Nogueira, un verdadero bloque constitucional de derechos fundamentales”.¹⁹⁹

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas se encuentra consagrado en nuestra Constitución Política en el artículo 19 N° 5, el que asegura a todas las personas “la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”.²⁰⁰

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ La constitución actual refundió en un único precepto, el artículo 19 N° 5, los antiguos numerandos 12 y 13 del artículo 10° de la Constitución de 1925. En la Constitución Política de 1925, Capítulo 10, inciso 12 se establecía: “La inviolabilidad del hogar. La casa de toda persona que habite el territorio chileno sólo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la Ley, y en virtud de orden de autoridad competente”. El inciso 13, por su parte, señalaba que: “la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y telegráfica. No podrán abrirse ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos públicos, sino en los casos expresamente señalados por la Ley”.

La misma garantía aparece también consagrada en diversos tratados internacionales.

En el artículo 11 del Pacto de San José de Costa Rica cuando dispone que:

- “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”.

Y, en casi idénticos términos, en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

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

Alberto CERDA y Daniel ÁLVAREZ, luego de llamar la atención sobre la forma en que se encuentra consagrada esta garantía en las diversas fuentes que hemos venido citando, razonan sobre el objeto último de la misma, llegando a la conclusión de que éste no sería otro que el de resguardar el acto comunicativo privado en sí mismo con independencia del medio por el cual se materialice. “Como podemos observar, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas reconocido en la Constitución difiere en su formulación respecto de las normas de los acuerdos internacionales citados,

toda vez que contiene elementos de neutralidad tecnológica que le permiten ampliar su campo de aplicación, no limitándose al elemento “correspondencia” utilizado por estos últimos, el cual podría ser objeto de interpretaciones inapropiadamente restrictivas. En efecto, tanto el Pacto de San José de Costa Rica como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son instrumentos internacionales creados a mediados del siglo XX, momento histórico donde el grueso de las comunicaciones era realizado por medios epistolares y telegráficos, ambos comprendidos dentro del concepto de “correspondencia” utilizado en ellos, el cual -conforme a la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española- se refiere al “conjunto de cartas que se reciben o expiden”, entendiendo a su vez por carta al “papel escrito y ordinariamente cerrado, que una persona envía a otra para comunicarse con ella”. No obstante, en ambas definiciones el elemento central subyacente es la comunicación, siendo la correspondencia y/o la carta sólo uno de los múltiples medios por el cual dicha comunicación se materializa. No debemos olvidar que la protección que le brindan los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a la correspondencia es una especificidad dentro de la protección otorgada a la vida privada de toda persona, lo cual, conforme a la interpretación extensiva que debe hacerse de los derechos y libertades fundamentales, nos permite sostener que la protección se refiere a la comunicación en sí misma, prescindiendo del medio por el cual se verifique. Este razonamiento es similar al que llevó a los redactores de la Constitución a configurar la garantía de la manera en que lo hicieron: prescindieron absolutamente del medio o soporte por el cual se realice la comunicación. Su preocupación fue proteger las comunicaciones en sí mismas, su contenido más que su forma, el acto humano de comunicar”.²⁰¹

III.5.4 Alcance del derecho

²⁰¹ CERDA SILVA, Alberto y ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel. *Publicación electrónica citada*. [nota 196]

Etimológicamente, “comunicación” proviene de la raíz latina “comunicare”, que quiere decir, “hacer común” algo; “privada”, por su parte, proviene del latín “privatus”.

En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española²⁰² encontramos diversas acepciones para “comunicación” y “privada”. En lo que a nosotros interesa, rescatamos sólo tres para la palabra “comunicación”: “Acción y efecto de comunicar o comunicarse”; “Particular y personal de cada individuo”; y “Transmisión de señales mediante un código común al emisor y al receptor”. Como también tres acepciones para la palabra “privado, da.”, a saber: “Que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna”; “Particular y personal de cada individuo”; “Que no es de propiedad pública o estatal, sino que pertenece a particulares”.

Sin perjuicio de lo útiles que puedan resultar las definiciones vistas, a los efectos de determinar los alcances de la garantía en cuestión siempre será conveniente ir todavía más allá y considerar otros elementos.

A tales efectos, es que recurriremos a la historia de la ley, la que, como sabemos, se encuentra contenida en las actas oficiales de las sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, específicamente, en las que se analizó la garantía relativa a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

En las Actas Oficiales de la sesión N° 129, celebrada el día 12 de junio de 1975, encontramos las siguientes intervenciones:

La de Alejandro SILVA BASCUÑAN, quien refiriéndose a la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia sostuvo 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

²⁰² Véase Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. [en línea] <<http://www.rae.es>>

cualquier medio que esté dentro de las posibilidades técnicas del país y de la sociedad de que se trata”.²⁰³

El mismo integrante, al momento de proponer la sustitución del concepto “correspondencia” utilizado en la Carta Fundamental de 1925 por el de “comunicación”, realizó el siguiente desarrollo: “En realidad, este concepto (el de correspondencia), en primer lugar, está referido en el uso del Diccionario a las cartas, es decir, al correo; en segundo lugar, en el uso tradicional chileno también está referido a la correspondencia epistolar. Y tanto es así que estaba consagrada en la Constitución la inviolabilidad de la correspondencia y después se agregó la telegráfica y las comunicaciones telefónicas. Esto corrobora la idea de que en el uso frecuente o tradicional del término “correspondencia”, generalmente se está apuntando solamente al correo en el sentido que le da el Diccionario y no a todo tipo de comunicaciones. Y, precisamente, derivando de esta búsqueda de lo genérico, desea sugerir a la Comisión si acaso el término más adecuado no fuera el de “comunicaciones privadas”, porque “comunicaciones” cubre todo acto, no sólo los que existen hoy, sino los que pueden existir mañana. Y, al decir “privadas” el concepto se circunscribe obviamente a las comunicaciones que no son públicas, porque en las comunicaciones públicas no hay inviolabilidad. La idea es la comunicación privada: puede ser telefónica, telegráfica, epistolar o por otras formas que todavía no se conocen”.²⁰⁴

En ambas intervenciones es posible visualizar el elemento de neutralidad tecnológica, al que nos hacían referencia Alberto CERDA y Daniel ÁLVAREZ, que habría sido especialmente considerado por el constituyente a la hora de formular la garantía que, como vimos, prescinde absolutamente del medio o soporte por el cual se realice la comunicación.

²⁰³ Actas sesión de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Sesión N° 129, p. 4

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 10

Sin embargo, no cualquier acto de comunicación es protegido por el Constituyente; sino sólo un tipo de comunicación específica: la comunicación privada.

En cuanto a lo que debe entenderse por comunicación privada, deberemos remitirnos a las Actas Oficiales de la sesión N° 129, celebrada el día 17 de junio de 1975, en que constan las siguientes intervenciones:

Nuevamente la de Alejandro SILVA BASCUÑAN, quien buscando precisar el alcance de dicha comunicación “privada”, llega a definirla como “aquel tipo de comunicación en que el remitente escoge singularizadamente a la persona que la recibe”, agregando que “...lo que se quiere es que el tipo de comunicación en el que quien la da a conocer elige soberanamente la persona del destinatario, debe ser protegido. Eso es lo que se desea consagrar”.²⁰⁵

En la misma línea, OVALLE quien hace suya la definición propuesta por el señor Silva Bascuñan, en el sentido de entender a las comunicaciones privadas como “todas aquellas en que el remitente singulariza al destinatario de su comunicación,²⁰⁶ (agregando) con el evidente propósito de que sólo él la reciba”.²⁰⁷

De las intervenciones que acabamos de reproducir, “queda claramente establecido que el carácter privado de una comunicación está dado por la voluntad del emisor de que el mensaje tenga un destinatario determinado, y no por el hecho de que la comunicación se encuentre protegida con miras a hacer una realidad el secreto o confidencialidad de la misma. Así, el derecho a la

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 23

²⁰⁶ “La condición de señalarse el destinatario de la comunicación, ha sido interpretada de manera extensiva, aplicando la garantía constitucional aún cuando el destinatario no sea determinado individualmente, pero sea determinable por otros medios”. VIAL, Tomas. *El derecho a la vida privada y la libertad de expresión en las constituciones de Chile y España: una propuesta de criterios para el análisis*. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional. Universidad Católica de Chile. Santiago, 1999, pp. 135 y ss.

²⁰⁷ Actas sesión de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Sesión N° 129, p. 23

inviolabilidad de las comunicaciones privadas no se reduce al secreto de lo comunicado, sino al ejercicio mismo de la libertad de comunicación. En palabras de SUÁREZ CROTHERS lo que el constituyente quiere es el flujo de la comunicación, es decir, que el proceso comunicativo no sea objeto de interrupción. No interesa tanto respecto de esta libertad el contenido de la comunicación o del mensaje transmitido, como la existencia de un ámbito de actuación comunicativa libre de la injerencia de terceros y, en especial, de los poderes públicos”.²⁰⁸

En definitiva, lo que nuestra Constitución Política está haciendo, al reconocer y proteger el secreto de las comunicaciones, es consagrar implícitamente la libertad de las mismas. Libertad que se erige así como bien constitucional protegido y que se ve conculcada tanto por la interceptación del mensaje, en sentido estricto, como por el simple conocimiento antijurídico del mismo, y cuya protección no se limita sólo al contenido de la comunicación.

III.5.5 Límites a la inviolabilidad de las comunicaciones.

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas no es un derecho absoluto, como todo derecho fundamental admite limitaciones.

El propio texto constitucional considera la posibilidad de que existan intromisiones legítimas en las comunicaciones y documentos privados. Ello al disponer en su artículo 19 N° 5 que “El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”.

²⁰⁸ ARRIETA CORTÉS, Raúl. *Art. Cit.*

Los casos y formas dispuestos en la ley para la interceptación, apertura y registro de las comunicaciones y documentos privados son múltiples, pudiendo citarse entre otros, los siguientes artículos del Código Procesal Penal:

El artículo 218 que regula el procedimiento de retención e incautación de correspondencia: “A petición del fiscal, el juez podrá autorizar, por resolución fundada, la retención de la correspondencia postal, telegráfica o de otra clase y los envíos dirigidos al imputado o remitidos por él, aun bajo nombre supuesto, o de aquéllos de los cuales, por razón de especiales circunstancias, se presume que emanan de él o de los que él pudiere ser el destinatario, cuando por motivos fundados fuere previsible su utilidad para la investigación. Del mismo modo, se podrá disponer la obtención de copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de éste”.

El artículo 219 que autoriza la obtención de copias o respaldos de las comunicaciones o transmisiones. “El juez de garantía podrá autorizar, a petición del fiscal, que cualquier empresa de comunicaciones facilite copias de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ellas. Del mismo modo, podrá ordenar la entrega de las versiones que existieren de las transmisiones de radio, televisión u otros medios”.

Y, finalmente, el artículo 222 que autoriza la interceptación de comunicaciones telefónicas o de otras formas de Telecomunicación, dentro de las que, por cierto, debemos incluir al correo electrónico:

“Cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella prepare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciere imprescindible, el juez de garantía, a petición del ministerio público, podrá ordenar la

interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación.

La orden a que se refiere el inciso precedente sólo podrá afectar al imputado o a personas respecto de las cuales existieren sospechas fundadas, basadas en hechos determinados, de que ellas sirven de intermediarias de dichas comunicaciones y, asimismo, de aquellas que facilitaren sus medios de comunicación al imputado o sus intermediarios.

No se podrán interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado, a menos que el juez de garantía lo ordenare, por estimar fundadamente, sobre la base de antecedentes de los que dejará constancia en la respectiva resolución, que el abogado pudiere tener responsabilidad penal en los hechos investigados. La orden que dispusiere la interceptación y grabación deberá indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida y señalar la forma de la interceptación y la duración de la misma, que no podrá exceder de sesenta días. El juez podrá prorrogar este plazo por períodos de hasta igual duración, para lo cual deberá examinar cada vez la concurrencia de los requisitos previstos en los incisos precedentes.

Las empresas telefónicas y de telecomunicaciones deberán otorgar a los funcionarios encargados de la diligencia las facilidades necesarias para llevarla a cabo. La negativa o entorpecimiento a la práctica de la medida de interceptación y grabación será constitutiva del delito de desacato. Asimismo, los encargados de realizar la diligencia y los empleados de las empresas mencionadas en este inciso deberán guardar secreto acerca de la misma, salvo que se les citare como testigos al procedimiento.

Si las sospechas tenidas en consideración para ordenar la medida se disiparen o hubiere transcurrido el plazo de duración fijado para la misma, ella deberá ser interrumpida inmediatamente”.

III.5.6 El correo electrónico como instrumento amparado por la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones.

De todo lo señalado, se desprende claramente que el correo electrónico, en cuanto medio de comunicación interpersonal, se encuentra sujeto a la protección constitucional de la Inviolabilidad de las Comunicaciones Privadas.

“De no mediar autorización expresa que permita su divulgación o una resolución judicial fundada y específica justificada en el interés público superior, las comunicaciones -tanto el medio que se utiliza (telefónico, epistolar o telegráfico, o el propio espacio cibernético) como el mensaje contenido- seguirán siendo impenetrables y prevalecerá la garantía constitucional que ampara la inviolabilidad de toda forma de “comunicación privada”, norma que, como quedó claro en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (Sesión 129°, 12 de Junio de 1975), debe interpretarse con carácter extensivo y sentido común, cualquiera sea el medio técnico o el soporte físico que se utilice para materializar la comunicación hoy o en el futuro”.²⁰⁹

²⁰⁹ PRADO PUGA, Arturo. *Privacidad / Apretando El Cerco*. [en línea] <http://www.derechosdigitales.org/ong/ver_articulos_menu.php?id_destaca=29&id_menu=15>

III.6. DERECHO A LA INTIMIDAD

III.6.1 Concepto.

El término “intimidad” proviene de “intimus”, superlativo latino que significa “lo más interior” (derivado de intus, “interior”).

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española,²¹⁰ por su parte, define Intimidad como aquella “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”.²¹¹

Junto con la definición de intimidad, la Real Academia Española²¹² nos aporta los conceptos de: **Privacidad**: “Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”; **Privada**: 1. “Que se ejecuta a la vista de pocos, familiar y doméesticamente, sin formalidades ni ceremonia alguna”. 2. “Particular y personal de cada individuo”. 3. “Que no es de propiedad pública o estatal, sino que pertenece a particulares”; y **En privado**: “A solas o en presencia de pocos, sin testigos”.

Por otra parte, son innumerables las definiciones que se encuentran en doctrina para intimidad, como muestra las siguientes:

²¹⁰ Véase Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. [en línea] <<http://www.rae.es>>

²¹¹ José María DESANTES, comentando la definición de la RAE nos dice que “Aparte de la irregularidad lógica que supone hacer entrar lo definido en la definición como una de las notas de la intimidad, la otra nota define la intimidad por la reserva. Ciertamente es propio de la intimidad es la reserva y no el secreto, pero la reserva no es una nota o condición, sino una consecuencia de la intimidad, precisamente la que es necesario justificar. DESANTES GUANTER, José María. *El Derecho Fundamental la Intimidad*. [en línea] <http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1212_1280/rev46_desantes.pdf>

²¹² Véase Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. [en línea] <<http://www.rae.es>>

Luis GARCIA SAN MIGUEL, define intimidad como “El derecho a no ser conocidos en ciertos aspectos, por los demás. Es un derecho al secreto, a que los demás no sepan lo que somos o lo que hacemos”.²¹³

Manuel GARCÍA MORENTE, por su parte, nos señala que "la vida privada se desenvuelve en infinitas gradaciones y matices que oscilan entre los dos polos de la absoluta publicidad -cuando la persona desaparece por completo bajo la vestidura social- y la absoluta soledad, en donde la persona vive íntegra y absolutamente su vida auténtica" y que "el conjunto de la vida privada puede compararse con un cono, en donde la superficie de la base está todavía en contacto con el mundo de las relaciones públicas; pero a medida que los planos van acercándose al vértice y alejándose de la publicidad, van reduciéndose asimismo de extensión, hasta que, llegado al vértice, la vida privada se condensa y concentra en un punto, en la soledad del yo viviente, a la que nadie más que yo mismo puede tener verdadero acceso".²¹⁴ Esta cúspide sería la intimidad.

Finalmente, José María DESANTES, para quien la intimidad corresponde a "aquella zona espiritual del hombre que considera inespecífica, distinta de cualquier otra, independientemente de que lo sea; y por tanto, exclusivamente suya que tan sólo él puede libremente revelar".²¹⁵

No obstante, las definiciones vistas no terminan por aclarar lo que es la intimidad, y es que, tradicionalmente la tarea de encontrar una definición más o menos precisa de intimidad ha resultado ser una tarea particularmente dificultosa. Los innumerables intentos por definirla darían cuenta de dicha dificultad, al punto de llegar a sostenerse, en términos bastante ingeniosos, que

²¹³ GARCIA SAN MIGUEL, Luis. *Reflexiones sobre la intimidad como límite a la libertad de expresión*, artículo inserto en "Estudios sobre el Derecho a la Intimidad.

²¹⁴ GARCÍA MORENTE, Manuel. *Ensayo sobre la vida privada*. En: DESANTES GUANTER, José María. *Publicación electrónica citada*.

²¹⁵ DESANTES GUANTER, José María. *Publicación electrónica citada*.

“la intimidad es tan recatada que se resiste a mostrar hasta su propia naturaleza“.²¹⁶

Veamos algunas razones que explicarían en parte dicha dificultad:

En la búsqueda de una definición de intimidad, lo primero que debemos advertir es la existencia de las múltiples denominaciones que recibe ésta en el derecho comparado: En inglés se habla de "right to privacy", en francés "droit à la intimité" o "droit à la vie privée", en italiano de "diritto alla vita privata" o de "diritto alla riservatezza", y en español de "derecho a la intimidad", "derecho a la vida privada" o "derecho a la privacidad".

Luego, debemos hacer presente la opinión de algunos autores que distinguen entre el "derecho a la intimidad" y el "derecho a la vida privada", sosteniendo que se referirían a derechos subjetivos distintos. Sobre el punto, concordamos con DESANTES, quien pese a sostener en un primer momento que se trataría de esferas distintas,²¹⁷ termina inclinándose por el empleo indistinto de ambas palabras "...creemos que ambas palabras pueden ser utilizadas indistintamente ya que no sólo no encontramos razones jurídicas o doctrinarias de peso que las diferencien en relación al bien espiritual que intentan proteger sino que además entendemos que el sentido que se pretende transmitir al invocarlas es claro y no genera confusión en el receptor".²¹⁸

Otra arista que ha contribuido a la dificultad a que nos hemos venido refiriendo, dice relación con los debates suscitados en el plano conceptual en torno a si nos encontramos ante un único derecho, con diversos nombres, o, si

²¹⁶ LARRONDO, Manuel. *Intimidad y privacidad en el derecho*. [en línea] <http://www.perio.unlp.edu.ar/htmls/unesco/manuel_larrondo.doc>

²¹⁷ Para DESANTES, “dentro de la vida privada personal -y sólo en cierto modo la familiar- hay otra esfera de más pequeño radio, cuyo centro coincide con el núcleo de la personalidad, que es la intimidad. La intimidad reside en la persona, la mencione o no la ley”. DESANTES GUANTER, José María. *Publicación electrónica citada*.

²¹⁸ *Ibidem*.

por el contrario, se trata de varios derechos distintos pero estrechamente relacionados: "...la amplitud o dispersión del objeto del contenido del derecho de la intimidad, es lo que ha llevado a los doctrinantes a concluir si se trata de un derecho único o de una pluralidad de derechos. En la actualidad se distiende esta controversia sosteniendo que se trata de un único derecho con una variedad de manifestaciones, devenidas por la evolución conceptual de los derechos o impuestas al amparo de los adelantos científicos, tecnológicos, culturales, etc."²¹⁹

Finalmente, digamos que la natural dificultad presentada a la hora de definir intimidad se ha visto acrecentada en los últimos años por el desarrollo de las nuevas tecnologías. "La dificultosa empresa de encontrar un concepto unívoco y más o menos preciso de vida privada o intimidad se estrella, [...] con innumerables dificultades derivadas de la extensión y amplitud que en nuestra sociedad tecnologizada han alcanzado las diferentes maneras como se obtiene y maneja información relevante para la intimidad y que exige una protección jurídica particular".²²⁰

III.6.2 La dignidad humana como fundamento de la intimidad

La vinculación existente entre intimidad y dignidad aparece abordada de gran manera por José María DESANTES: "El animal es capaz de una cierta interioridad, pero no de intimidad. Desde sus vísceras o desde los reflejos condicionados, que estudió Pavlov, hasta la alegría que siente al ver a su amo, se advierte que el perro tiene un oscuro mundo interior. Pero no se puede afirmar que es muy interior, ni mucho menos más interior. La interioridad elevada a su máxima potencia solamente se da en el hombre. [...] Si cada

²¹⁹ RIASCOS GÓMEZ, Libardo Orlando. *Publicación electrónica citada*.

²²⁰ BANDA VERGARA, Alfonso. *Manejo de Datos Personales. Un límite al derecho al derecho a la vida privada*. [en línea] Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XI, diciembre 2000, pp. 55-70. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502000000100006&Ing=es&nrm=iso&tIng=es>

hombre es capaz, en mayor o menor hondura, de construir su propia intimidad; si tiene un sentido cuasipatrimonial de ella o, el menos, la considera peculiar en la doble significación personal y patrimonial del vocablo; si, finalmente, al propio hombre le repugna la invasión no consentida de su propia intimidad, es porque el hombre considera que es capaz de hacerse a sí mismo como distinto a los demás. Y la evidencia personal nos dice que está en lo cierto. Si creyese que es igual en todo a los otros hombres no tendría inconvenientes en comunicar o poner en común lo que no le diferencia de ellos, como no tiene inconveniente en comunicar lo que lo relaciona con ellos. Incluso su propia intimidad, cuando quiere y como quiere”.²²¹

III.6.3 Sus orígenes y evolución histórica

“Respecto de la historia, cabe señalar que la protección a la intimidad es un "invento" de la modernidad, y más específicamente, de las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII. En efecto, no es posible, tal como la entendemos hoy, concebir en la Edad Media algo parecido a la intimidad”.²²²

“En la época medieval el “aislamiento” aparece como un privilegio de las clases elevadas, prerrogativa de unos pocos desde el momento que la mayoría vivía inserta en una comunidad que, por condiciones sociales de su existencia, difícilmente les permitía aspirar a un mínimo grado de privacidad. Por ello, en esta etapa se traza una marcada conexión entre intimidad y propiedad, al punto que esta última surge como una condición necesaria para acceder a la primera”.²²³

Así, y durante mucho tiempo, la intimidad será entendida como un privilegio de unos pocos, reservada casi en exclusiva para monjes o nobles. Tal

²²¹ DESANTES GUANTER, José María. *Publicación electrónica citada.*

²²² UGARTE CATALDO, José Luis. *Publicación electrónica citada.* [nota 161]

²²³ BANDA VERGARA, Alfonso. *Publicación electrónica citada.*

panorama sólo comenzará a cambiar a partir del surgimiento de la burguesía, cuando se constituya en una aspiración más del deseo de acceder a los privilegios de los estratos sociales altos, y luego, con la revolución francesa, a partir de la cual irá paulatinamente ampliando su campo de influencia.

No será sino hasta fines del siglo XIX que la intimidad adquirirá verdadera relevancia jurídica, cuando en el seno de la sociedad norteamericana surja nítidamente la noción de privacy, entendida esta última, como aquel derecho a no ser molestado, a la vida íntima, a ser dejado en paz, en la soledad y castillo del hogar: The Right to let be alone.

Si bien, el juez Cooley será el primero en utilizar en su obra “The Elements of Torts”, escrita en 1873, la expresión “The Right to be alone”, ésta sólo alcanzará verdadero reconocimiento doctrinal cuando sea acogida por los juristas estadounidenses Samuel Warren y Louis Brandeis, en un artículo publicado en 1890, en la revista “Harvard Law Review “, bajo el título “The Right of Privacy”, entendiéndolo como un derecho basado, no en el derecho de dominio, sino en el privilegio de la libertad de las personas.

El propio Louis D. Brandeis, años más tarde, como juez del Tribunal Supremo, introducirá este derecho en la IV enmienda de la Constitución, al expresar, a propósito de su voto disidente en el caso *Olmstead vs. United States*, que los padres de la Constitución americana “reconocieron frente al Gobierno el derecho a la soledad, el más amplio de los derechos y el más estimado por los hombres civilizados. La protección de este derecho frente a cualquier intromisión injustificada del gobierno en la esfera privada del individuo, fueran cuales fueran los medios empleados, debía ser considerada una exigencia de la cuarta enmienda de la Constitución americana, que garantiza a

los ciudadanos la seguridad de sus personas, de sus domicilios y de sus efectos frente a cualquier intromisión indebida”.²²⁴

Pese a éste y a otros pronunciamientos semejantes, no será sino hasta 1965, con el caso *Griswold v/s Connecticut*, que el Tribunal Supremo reconocerá la existencia de un derecho específico a la intimidad, el que en la especie resultaba violado por la prohibición de vender, distribuir y utilizar anticonceptivos. Otros casos emblemáticos serán *Roe vs. Wade* (1973), *Stanley vs. Georgia* (1973).

“Ahora bien, a medida que la tecnología y los medios de comunicación fueron extendiendo su alcance e incrementando su potencial el concepto esbozado por Brandeis y Warren, aquél del derecho a ser dejado en paz o derecho a ser dejado solo se mostró insuficiente, pues ya no sólo era necesario excluir a ciertas personas de lo que me acontecía, sino que en cierta forma controlar la información que terceros podían obtener de mí; es así como, tras diversas aportaciones, hacia los años setenta se configura lo que se ha denominado el derecho a controlar la información referente a mi persona: “*the right to control information about oneself*”. Ya no sólo se trata de la imposibilidad que tienen terceros de entrometerse en lo que me sucede, sino en la posibilidad que yo tengo de controlar la información concerniente a mi persona y excluirla del conocimiento de aquellos, con antelación o aún una vez que se ha hecho circular tal información.²²⁵ Entre otros autores, aportarán a la configuración de este derecho: Parker (1974),²²⁶ Fried (1979), pero sobre todo Westin (1967).²²⁷

²²⁴ GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto. *Derecho a la Intimidad: Protección de Datos Personales*. [en línea] Alfa-Redi, Revista de Derecho Informático. Enero del 2003, número 054. <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1389>>

²²⁵ CERDA SILVA, Alberto. *Art. Cit.* [nota 63]

²²⁶ Parker, define entonces, la privacy, como el derecho al control sobre cuándo y quién puede percibir diferentes aspectos de nuestra persona, aspectos que obviamente se concretan en información o datos personales, ya que de otra forma, serían inocuos o inexistentes para el derecho.

Sin embargo, y a poco andar, se revelará una nueva amenaza para la intimidad -posiblemente mayor que la representada por los medios de comunicación social. Se advierte entonces que “los riesgos que aparejaba el procesamiento de información por los medios de comunicación de masas no guardan proporción con aquellos que resultan del tratamiento automatizado de los datos personales; el progresivo y exponencial desarrollo de la informática y las telecomunicaciones han originado nuevos peligros para los derechos fundamentales”.²²⁸

En efecto, la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y la informática²²⁹ expondrán a la intimidad a una amenaza potencial nunca antes vista. Hasta ahora "...las fronteras de la privacidad estaban defendidas por el tiempo y el espacio. El primero procuraba, con su transcurso, que se evanescieran los recuerdos de las actividades ajenas, impidiendo, así, la configuración de una historia lineal e ininterrumpida de la persona; el segundo, con la distancia que imponía, hasta hace poco difícilmente superable, impedía que tuviésemos conocimiento de los hechos que, protagonizados por los demás, hubieran tenido lugar lejos de donde nos hallábamos. El tiempo y el espacio operaban, así como salvaguarda de la privacidad de la persona". [...] Uno y otro límite han desaparecido hoy: las modernas técnicas de comunicación permiten salvar sin dificultades el espacio, y la informática posibilita almacenar todos los datos que se obtienen a través de

²²⁷ Westin lo llamó derecho al control de la información referente a uno mismo (The right to control information about oneself); Luzk, posibilidad de controlar la circulación de informaciones relevantes para cada sujeto y Fried, control sobre las informaciones que nos conciernen.

²²⁸ CERDA SILVA, Alberto. *Art. Cit.* [nota 63]

²²⁹ Informática entendida como aquel conjunto de técnicas, métodos y procedimientos que tratan lógicamente y sistemáticamente cualquier cantidad de información con soportes, aplicaciones y medios informatizados o término genérico, que encierra el sometimiento de datos personales y/ o generales, privados o públicos a un procedimiento o tratamiento informatizado por medios informáticos, electrónicos o telemáticos.

las comunicaciones y acceder a ellos en apenas segundos, por distante que fuera el lugar donde transcurrieron los hechos o remotos que fueran éstos”.²³⁰

Si bien anteriormente ya se había advertido sobre el eventual peligro que podía representar la acumulación de información personal en bases y bancos de datos así como su posterior utilización, será la informática con sus enormes potencialidades para realizar un tratamiento automatizado de datos la que termine por instalar definitivamente el tema en el centro del debate, todo ello al multiplicar las posibilidades para el uso y abuso de los mismos.

Se buscará entonces, resguardar al individuo frente al poder de la informática, arribando “a la moderna interpretación (DE INTIMIDAD) en la sociedad informatizada –plagada de tecnología capaz de invadir desde todos los ángulos la “privacidad– en que entendemos la intimidad en una doble vertiente, negativa una, pues la definimos priorizando la defensa de lo íntimo ante intrusiones exteriores y, por otro lado, la moderna concepción dinámica –y positiva– de la privacidad entendida como prerrogativa de controlar la información que se maneja a través de bases de datos”.²³¹

La garantía de la intimidad adoptará así un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona, ya no sólo sobre las informaciones: autodeterminación informativa - libertad informática.

III.6.4 La autodeterminación informática

La violabilidad de la dignidad de la persona a través de medios informáticos dará lugar entonces a la autodeterminación informática, derecho fundamental

²³⁰ SÁNCHEZ DE DIEGO, Manuel. *Intimidad y Privacidad en la Red. Consideraciones Jurídicas del Derecho Español*. [en línea] <<http://www.ucm.es/info/dinforma/activi/libro/8.html>>

²³¹ BANDA VERGARA, Alfonso. *Publicación electrónica citada*.

que ha sido denominado indistintamente como "Libertad Informática", "Derecho de autodeterminación informativa" o "Derecho a la Intimidad Informática".²³²

Mucho se ha discutido en doctrina sobre si la autodeterminación informática constituye o no un nuevo derecho fundamental: mientras que para algunos no se trataría sino de una faceta más del derecho a la intimidad, una ampliación de su contenido, para otros estaríamos en presencia de un nuevo derecho fundamental del todo autónomo. Planteada la discusión, y sin el ánimo de ahondar en la misma, digamos que "La gran mayoría de los autores que han estudiado el tema, sin pronunciarse por la conveniencia o necesidad de consagrar un nuevo derecho fundamental o de la personalidad, simplemente estudian el tema presuponiendo que se trata de proteger derechos de la persona ya existentes, fundamentalmente la intimidad, pero también las libertades del sujeto y el honor. Esta posición predomina en Francia (Kayser, Teyssié), en Italia (Alpa, Frosini, Giannantonio, Mirabelli, Roppo) y en la doctrina española, tanto entre civilistas (Fernández Costales, Díez Picazo y Guillón), como entre estudiosos de otras disciplinas jurídicas (De Miguel Castaño, Heredero Tejedor, Velásquez Bautista, Martínez de Pisón, Puente Muñoz y Pérez Luño)".²³³

No obstante, y cualquiera que sea la posición que se asuma, existiría coincidencia en definirlo como un derecho con características de fundamental que consagraría la facultad de toda persona para ejercer un control sobre la

²³² La explicación de Libardo RIASCOS GÓMEZ para estas múltiples denominaciones sería que "...mientras el surgimiento doctrinal y jurisprudencial del derecho denominado de "libertad informática", devino de las fuentes del derecho anglosajón, los principios rectores del Common Law sobre la inviolabilidad de la persona humana, The Right to privacy y la tensión-relación de la informática y la privacy en la sociedad contemporánea caracterizada por la liberties pollution, los nuevos medios tecnológicos de la información y la comunicación (TIC); el derecho a la autodeterminación informática, en cambio, bebió de las fuentes del derecho alemán, tras el conflicto de intereses entre dos derechos fundamentales y autónomos, previstos en la Constitución Federal Alemana: el derecho a la información y el derecho al libre desarrollo de la personalidad; y por su puesto, en el paradigma de la vulnerabilidad y/ o protección de la informática y los derechos fundamentales del ser humano". RIASCOS GÓMEZ, Libardo Orlando. *Publicación electrónica citada*.

²³³ RIASCOS GÓMEZ, Libardo Orlando. *Publicación electrónica citada*.

información personal que le concierne, contenida en registros públicos o privados, especialmente -pero no exclusivamente- los almacenados en medios informáticos.

En palabras de Carlos REUSSER, la autodeterminación informativa no sería nada más pero nada menos, que “el derecho del individuo a controlar la obtención, tenencia, tratamiento y transmisión de datos relativos a su persona, decidiendo en cuanto a los mismos las condiciones en que dichas operaciones pueden llevarse a cabo”.²³⁴

El término "autodeterminación informativa" fue acuñado por el Tribunal Constitucional Alemán en la Sentencia del 15 de diciembre del año 1983,²³⁵ como la libre capacidad de decisión que todo individuo ostenta respecto a la difusión, utilización y cesión de la información que le concierne.

En palabras del propio tribunal "el contenido del derecho a la personalidad comprende la facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de que límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida [...] este derecho fundamental garantiza, en efecto, la facultad del individuo de decidir básicamente por sí solo sobre la difusión y la utilización de sus datos personales". Lo decisivo en materia de protección de datos -destaca el tribunal alemán- no es la naturaleza íntima o no del dato personal cuyo registro se pretende, sino que la utilización y la finalidad o propósito para la que los mismos se solicitan, así como los procedimientos de interrelación entre categorías de datos personales.

²³⁴ REUSSER MONSÁLVEZ, Carlos. *Privacy, Riservatezza, Intimidad y Autodeterminación Informativa: El Camino hacia el Derecho Fundamental a la Protección de Datos (Apuntes para discusión)*. [en línea] <<http://www.forodigital.cl/downloads/forodigitalelcaminodelaprotecciondedatos.pdf>>

²³⁵ En dicha sentencia, el Tribunal Federal Constitucional Alemán, declara inconstitucional la Ley de Censo de 1982, ello en razón del excesivo número de datos o informaciones solicitados a los sus ciudadanos, lo que consideró que importaba un atentado contra de la autodeterminación informativa

Finalmente una precisión. Aun cuando Alemania y España hacen un reconocimiento del derecho fundamental a la autodeterminación informativa, los fundamentos constitucionales del mismo son distintos en uno y otro país. En el derecho alemán no gira en torno al derecho a la intimidad, como en España, sino a los derechos fundamentales y autónomos de la información y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así “...en Alemania con fundamentos constitucionales diferentes a los españoles (el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, que en España es un valor constitucional y el derecho a la información), se persigue reconocer a todo ciudadano el derecho que tiene para decidir sobre la propia información, sobre qué hacer sobre aquélla y saber que finalidades va a tener cuando sea sometida a un tratamiento informatizado. En España, esos interrogantes aristotélicos de la información personal (el cómo, el por qué y el para qué), cuando van a ser sometidos a un tratamiento informatizado, se fundamentan en el bastión tecnológico de la intimidad, vale decir, en la tensión-relación de la informática y la intimidad”.²³⁶

III.6.5 Alcances del derecho intimidad

Alberto CERDA, siguiendo a García San Miguel, nos ofrece un completo cuadro de los diversos criterios esbozados en doctrina para establecer la extensión del derecho a intimidad. “Inicialmente se acudió a un criterio geográfico o espacial, en el cual se recurría a los espacios físicos para establecer la extensión del derecho; de tal suerte, es privado lo que tiene lugar entre las cuatro paredes, y público aquello que acontece fuera de ellas. Sin embargo, este criterio presenta ciertas áreas en las cuales resulta difícil establecer si estamos en presencia del derecho a la intimidad o no, tal como la situación de aquello que acontece en un restaurante. Ahora bien, la mayor crítica formulada a esta posición es que limita excesivamente aquello que debe

²³⁶ RIASCOS GÓMEZ, Libardo Orlando. *Publicación electrónica citada*.

entenderse como amparado por la intimidad, ya que en definitiva queda circunscrito a lo que pasa dentro del marco del hogar y, por analogía, el contenido de las comunicaciones telefónicas y la correspondencia. Ante las insuficiencias del criterio antes expuesto, se elaboró una concepción subjetiva que atiende más bien a la condición de la persona; en tal caso, será íntimo aquello que realiza una persona privada y público lo que realice un personaje público o una figura pública. Sin embargo, este criterio presenta el inconveniente de la ambigüedad de las categorías en que descansa, el menoscabo a la igualdad a que conduce su extremo –pues bajo su predicamento un personaje público queda sin intimidad alguna-, lo que obligaría a acudir a correcciones, las que evidenciarían aún más sus falencias. En tercer criterio elaborado por la doctrina descansa en un concepto objetivo, en el cual más que atender a las figuras o a las personas se centra en las conducta desplegada por ellas: si se trata de una conducta destinada a satisfacer necesidades individuales es privada, en tanto que si está orientada a la satisfacción de necesidades de terceros es pública. Con todo, aún este criterio debe admitir hipótesis de conductas que siendo privadas tienen trascendencia pública y, en consecuencia, no podría resguardarse la intromisión a su respecto a partir de la excusa de quedar bajo la protección de la intimidad”.²³⁷

Asimismo, numerosas son las doctrinas que se han esgrimido para delimitar el contenido del derecho a la intimidad, entre otras encontramos:

- “1. La Alemana de Hubmann, que reconoce tres esferas: la *intimsphäre* (secreto), la *Privatsphäre* (lo íntimo) y *Individualsphäre* (individualidad de la persona. v.gr. nombre);
2. La Italiana de Frosini, que distingue cuatro fases de aislamiento: soledad, intimidad, anonimato y la reserva;

²³⁷ CERDA SILVA, Alberto. *Art. Cit.* [nota 63]

3. La Norteamericana de Jhon H. Shattuck,²³⁸ sostiene que la privacy abarca cuatro aspectos, a saber:

- a) Freedom from unreasable search, libertad o seguridad frente a cualquier tipo de intromisión indebida en la esfera privada,
- b) Privacy of association and belief, garantía del respeto a las opciones personales en materia de asociación o creencias,
- c) Privacy and autonomy, tutela de la libertad de elección sin interferencias; y
- d) Information control, posibilidad de los individuos y grupos de acceder y controlar las informaciones que les atañen”.

También en la doctrina norteamericana, encontramos la propuesta formulada por W. Prosser, quien distingue los siguientes torts a la privacidad: “intrusión en la vida privada, divulgación de actos privados, divulgación de hechos que originan una falsa imagen pública y apropiación indebida para provecho propio del nombre o imagen ajena”.²³⁹

“Ahora, en rigor, cualquiera sea la postura que sobre la demarcación de las fronteras de lo íntimo se adopte, salta a la vista como una nota común a todos estos intentos, el carácter eminentemente relativo de lo "privado" o "lo íntimo", cuestión que ha sido puesto de manifiesto por la doctrina que, como NOVOA MONREAL, ha señalado que no existe "concepto absoluto de vida privada, con límites y contenidos fijos e inmutables. Es preciso aceptar, por consiguiente, que se ha de trabajar con un concepto multiforme, variable e influido por situaciones contingentes de la vida social".²⁴⁰

III.6.6 La intimidad en los pactos internacionales

²³⁸ La posición de Shattuck, estuvo precedida por Alain Westin, Charles Fried y L. Lusky, al menos en lo referente al control de la información que tiene toda persona sobre sí misma.

²³⁹ UGARTE CATALDO, José Luis. *Publicación electrónica citada*. [nota 161]

²⁴⁰ *Ibídem*.

Para los efectos de enumerar los principales tratados internacionales que recogen la garantía del derecho a la intimidad seguiremos un criterio cronológico:

Para muchos, el antecedente más remoto de la garantía se encuentra en la “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano”, de 1789.

Luego, es posible ubicar la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá del 2 de mayo de 1948, que en su artículo 5º dispone que “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”.

Meses después, el derecho a la Intimidad aparece nuevamente proclamado en el plano internacional, esto en la “Declaración Universal de Derechos Humanos”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en París el 10 de diciembre de 1948, que dispone en su artículo 12 que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

En 1950, encontramos la “Convención Europea de Derechos del Hombre”, firmada en Roma el 4 de noviembre, que agrega en forma más detallada que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. El mérito de este precepto está en que propone expresamente el respeto de la vida privada como un derecho específico y autónomo, lo que solamente era inferible en otros textos.

En el “Pacto Internacional Sobre Derechos Civiles y Políticos” aprobado por la Asamblea General de la ONU en su XXI sesión del 16 de diciembre de 1966,

vuelve a reiterarse la existencia del derecho a la privacidad, empleándose en su artículo 17 los siguientes términos para referirse a ella:

- “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”.

En la “Convención Americana de Derechos Humanos”, firmada en 1969, en Bogotá, Colombia, se establece la protección de la honra de las personas, que se extiende incluso, hasta después de fallecidas. No obstante, esta convención habla confusamente de la vida familiar, del domicilio y de la correspondencia, como si se tratara de algo diferente de la vida privada, y enlaza a esta última con el derecho al honor.

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

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

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.

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

Finalmente, encontramos la “Convención Sobre los Derechos del Niño”, de 1989, la que en su artículo 16 prescribe que:

“1. Ningún niño 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 a su reputación.

3. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

Como vemos, la protección del derecho a la intimidad aparece profusamente garantizada en los distintos tratados internacionales. Diametralmente opuesta es la situación del derecho a la autodeterminación informativa o libertad informativa que carece de reconocimiento en tratados internacionales, la explicación para ello estaría en que la mayor parte de ellos fueron aprobados con anterioridad a que se suscitara problemas jurídicos en torno al tratamiento automatizado de datos personales.

III.6.7 La intimidad en el derecho comparado

La recepción del derecho a la intimidad o vida privada por parte de los sistemas jurídicos es relativamente reciente, y data fundamentalmente de este siglo.

Un completo cuadro sobre cómo ha sido la recepción de este derecho en los diversos textos constitucionales es el que nos entrega José Luis UGARTE: “En primer lugar, se encuentran los países que, siguiendo las Declaraciones Internacionales de Derechos, expresa y nominalmente han reconocido en sus textos fundamentales el derecho a la intimidad o a la vida privada, como los casos ya citados, de Ecuador (artículo 19), Honduras (artículo 76), España (artículo 18,1), Chile (artículo 19, número 4) y Brasil (artículo 5 X). En segundo lugar, se encuentran aquellos países que sin referirse expresamente al derecho a la intimidad o a la vida privada, reconocen manifestaciones específicas o determinadas de dicho derecho (inviolabilidad del domicilio o de las

comunicaciones, protección contra registros, etc.), como Italia, Uruguay o Canadá, cuestión que ha llevado a las doctrinas y jurisprudencias respectivas ha entenderlo implícitamente reconocido. En este último caso está Estados Unidos, ya que pese a constituir el país de origen doctrinario de este derecho, su Declaración de Derechos no se refiere ni garantiza expresamente el denominado "Rigth to privacy". Sin embargo, el continuo desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre la materia, perfiló y estructuró este derecho".²⁴¹

El derecho a la autodeterminación informativa también ha sido objeto de reconocimiento, con mayor o menor precisión y extensión, en diversas cartas fundamentales; así lo es en los artículos 35 de la Carta Fundamental de Portugal de 1976, 18 de la Constitución de España de 1978, 10 de la Constitución de los Países Bajos de 1983, 5º de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, 59 de la Constitución de Hungría de 1989, 3º de la Carta Fundamental de Suecia de 1990, 5º de la Constitución Política de Colombia de 1991, 2º de la Constitución Política del Perú de 1993, 43 de Constitución de la Nación Argentina de 1994, 10 de la Carta Fundamental de Finlandia de 1999, entre otras.

III.6.8 La Constitución chilena y el derecho a la intimidad

Nuestra constitución Política, en su artículo 19 N° 4, asegura a todas las personas:

“El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia.

La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será

²⁴¹ *Ibídem.*

constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excepcionarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí misma el delito de injuria a particulares. Además, los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social respectivo serán solidariamente responsables de las indemnizaciones que procedan”.

Nuestra Constitución se ubica así dentro de los textos constitucionales que expresamente reconocen el derecho a la Vida Privada.

Sin embargo, el tratamiento que hace nuestra Constitución del derecho a la vida privada no se agota en la citada disposición. “El tema de la vida privada e intimidad se aborda en el texto constitucional chileno asegurándolo como un solo derecho en conjunto con la honra, en circunstancias que se trata de derechos conceptual y realmente distintos. En efecto, se asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia, y a continuación también es materia de garantía fundamental la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. Sin duda que, en el segundo de los derechos garantizados por la Constitución, se trata igualmente de aspectos de la vida privada –inviolabilidad del hogar y secreto de las comunicaciones privadas– que se desglosaron del aspecto general de la protección otorgada a la intimidad en el numerando anterior. Fuera de dicha especificación, nuestro Código Político no define lo que deba entenderse por “vida privada” ni pormenoriza cuáles serían los contenidos en que pudiera desglosarse tal derecho, como lo hacen otros textos constitucionales. Forma parte, asimismo, de la protección constitucional a la intimidad, otro derecho asegurado por la Ley Fundamental, cual es el referido a la libertad de conciencia, de modo que el constituyente chileno ha desglosado

de la manera antedicha los derechos que tutelan la vida privada o íntima de las personas”.²⁴²

Ahora bien, y de acuerdo con las actas de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución, nuestro constituyente no creyó conveniente formular un concepto de “vida privada” dejando su concreción a la jurisprudencia.

Consta en las citadas actas, la intervención realizada por Jaime Guzmán quien sostuvo en sesión 129, de 12 de junio de 1975, que este derecho a la intimidad puede adquirir una importancia muy grande, pero será la jurisprudencia la que en definitiva irá calibrando o precisando a quién y hasta dónde alcanza este derecho a la privacidad, ello le parece inevitable que así sea, pues –agrega- no cree que la constitución pueda, al tratar de los medios de comunicación, ser demasiado precisa en cuanto hasta dónde se extiende el ámbito de la privacidad, porque es evidente, por ejemplo, que la persona que actúa en la vida pública deba entender, en su opinión, que cierta parte de su vida privada está puesta en tela de juicio en una mayor medida que la de una persona que jamás ha intentado actuar en la vida pública”.

Para Alfonso BANDA, la jurisprudencia ya se habría pronunciado al respecto, a propósito del caso Martorell, acogiendo la definición propuesta por el profesor CEA. “Se viola la vida privada y origina las sanciones que establezca la ley, la intrusión indebida y maliciosa en asuntos, comunicaciones o recintos íntimos que el titular del bien jurídico protegido no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento, se cause o no con tal motivo sufrimiento o daño al afectado”.²⁴³

Otro punto interesante, que consta en las actas de la comisión, es la discusión dada a propósito del nombre con el cual debía consagrarse la

²⁴² BANDA VERGARA, Alfonso. *Publicación electrónica citada.*

²⁴³ *Ibídem.*

garantía en el texto constitucional. En la misma sesión 129, de 12 de junio de 1975, Jaime Guzmán manifiesta que el concepto de vida privada comprendería al de “intimidad” y de privacidad”. Según este miembro de la comisión, el concepto intimidad se expresa en forma más adecuada y completa en la noción de privacidad, porque ésta envuelve el ámbito de una zona de la vida de una persona que debe quedar precisamente excluida de la noticia o de la invasión externa. La intimidad continua, es todavía una zona más profunda y sensible que la privacidad, es algo más sutil y, por lo tanto, de menor alcance en su extensión.

Al contrario de la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa carece actualmente de un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional.

Carlos CARMONA²⁴⁴ sostiene la tesis de que el “derecho a la autodeterminación informativa” se hallaría comprendido dentro del derecho a la vida privada consagrado en nuestra Constitución.

Humberto NOGUEIRA, por su parte, aboga por la necesaria constitucionalización de este derecho. “La constitucionalización de este instituto jurídico se basa en la necesidad de delimitar el núcleo esencial del derecho protegido, garantizándolo ante cualquier desnaturalización o limitación que los órganos instituidos puedan realizar de él bajo pretexto de regularlo, ya que este contenido esencial del derecho queda fijado por la propia Constitución y garantizado por la normativa del artículo 19 N° 26, sin perjuicio que el legislador complemente y regule su ejercicio. Con ello, incluyendo además en la Carta Fundamental el reconocimiento a la acción de habeas data, se limita igualmente la actuación de otros poderes constituidos: Congreso, a través de actividad

²⁴⁴ CARMONA SANTANDER, Carlos. *Protección de datos personales. Ley N° 19.628*. [En línea] Informativo Jurídico de Derecho en Línea.

legislativa; Gobierno, a través de la potestad reglamentaria, y Tribunales ordinarios o de jurisdicción constitucional, a través de sus resoluciones”.²⁴⁵

III.6.9 Regulación legal de la intimidad

“La situación de Chile es algo peculiar, ya que mientras se encuentra dentro de los países que expresamente reconocen en su Constitución el derecho a la vida privada (artículo 19, número 4), no se dispone de una regulación legal de este derecho fundamental de manera sistemática y general, sino que de regulaciones parciales y sectorizadas, que más bien responden a modelos tradicionales del tratamiento de la materia, y que no permiten obtener con mediana claridad un concepto más preciso sobre qué debe comprender la intimidad en Chile”.²⁴⁶

En el Código Penal chileno encontramos los tipos tradicionales en la materia, a saber: violación de domicilio, allanamiento ilegal, apertura y registro de correspondencia y papeles, a los que recientemente se les agregaron las figuras previstas en los artículos 161 A y 161 B.

Nuestro Código Civil, por su parte, al igual que el resto de los Códigos del siglo anterior, carece de una regulación referida en general a los denominados derechos de la personalidad, y en particular, al derecho a la intimidad. En este último caso, al no existir disposición expresa sobre la materia, la protección de la intimidad ha quedado enmarcada dentro de la responsabilidad extracontractual.

Visto el tratamiento que hacen del derecho a la intimidad los principales códigos de nuestro país, resta aún repasar la normativa no codificada. Dentro

²⁴⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Reflexiones sobre el establecimiento constitucional del Habeas Data*. [en línea] Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 1997, número 1, pp.265-284. <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19730124.pdf>>

²⁴⁶ UGARTE CATALDO, José Luis. *Publicación electrónica citada*. [nota 161]

de la misma, destacan dos leyes, por cuanto contribuyen al objetivo de fijar un contenido mínimo de la intimidad: la Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo y la Ley N° 19.264 sobre Protección a la Vida Privada.

La Ley N° 19.733, en su artículo 30, a propósito del delito de injuria, dispone: “Se considerarán como pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito”.

Por su parte, la Ley N° 19.264 sobre Protección a la Vida Privada, a propósito de la definición de la noción de datos sensibles, señala en su artículo 1º, letra g), que son datos personales, entre otros, los referidos "a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y las opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual".

De la conjugación de lo señalado en ambas leyes, podemos entender como parte de la vida privada o intimidad, a lo menos, lo siguiente: la vida sexual, la vida y los hábitos domésticos, las opiniones y las creencias políticas y religiosas, y los estados de salud físicos o síquicos.

III.6.10 Derecho a la intimidad y el derecho laboral

“El caso específico del panorama de la legislación laboral de Chile, es bastante simple: no existen disposiciones jurídicas expresas dirigidas a regular el derecho a la intimidad de los trabajadores. Esto, en verdad, no es ninguna peculiaridad de nuestro Derecho, ya que en general, salvo casos

excepcionales,²⁴⁷ la legislación laboral comparada ha olvidado regular lo que se denomina, siguiendo a PALOMEQUE, derechos laborales constitucionales inespecíficos, ya sea que se trate de la libertad de expresión, la no discriminación, la imagen o la intimidad del trabajador”.²⁴⁸

Sin embargo, que no se encuentre expresamente regulado el derecho a la intimidad del trabajador no significa que la intimidad no sea un derecho ejercitable en el ámbito de las organizaciones productivas.

Así por lo menos lo ha sostenido la Dirección del Trabajo en nuestro país. “La naturaleza del lugar en donde se desarrolla la actividad del sujeto, sea aquel privado o público, no determina la calificación de esa conducta en uno u otro sentido. En consecuencia, una determinada conducta o actividad relativa a aspectos íntimos o privados del trabajador, no deja de serlo por el simple hecho de desarrollarse en el ámbito de la empresa”.²⁴⁹

“Los trabajadores no dejan su derecho a la vida privada y a la protección de datos cada mañana a la puerta de su lugar de trabajo. Esperan legítimamente encontrar allí un grado de privacidad, ya que en él desarrollan una parte importante de sus relaciones con los demás. Este derecho debe, no obstante, conciliarse con otros derechos e intereses legítimos del empleador, en particular, su derecho a administrar con cierta eficacia la empresa, y sobre todo,

²⁴⁷ Se suele citar como una excepción a esta falta de regulación legal de los señalados derechos en el ámbito laboral al Estatuto de los Trabajadores de Italia de 1970 que entre otras disposiciones establece la prohibición del uso de instalaciones audiovisuales con fines de control de la actividad de los trabajadores (artículo 4º), limitación de los registros personales a los casos en que éstos sean indispensables para la tutela del patrimonio empresarial (artículo 6º), prohibición de todo tipo de indagaciones sobre las opiniones políticas, religiosas o sindicales del trabajador, tanto a efectos de contratación como en el desarrollo de la relación de trabajo (artículo 8º). En un sentido similar, pero de modo mucho más parcial, el Estatuto de los Trabajadores de España señala, en su artículo 4º letra e, el derecho de los trabajadores “al respeto de su intimidad y a la consideración debida de su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual”. En: UGARTE CATALDO, José Luis. *Publicación electrónica citada*. [nota 161]

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. ORD. N° 2328/130. Santiago de Chile. 19 de julio de 2002. [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-63600.html>>

su derecho a protegerse de la responsabilidad o el perjuicio que pudiera derivarse de las acciones de los trabajadores”.²⁵⁰

Ahora bien, si la tarea de delimitar el derecho a la vida privada es por si dificultosa, esta se vuelve aún más compleja cuando se trata de delimitar la intimidad en el ámbito laboral.

“Es pacífica la aceptación de que ciertas dependencias en los centros de trabajo se encuentran particularmente amparadas por el derecho a la intimidad de los trabajadores. Tal es el caso de los aseos, los vestuarios, los comedores, los locales destinados a los órganos de los trabajadores, etc”.²⁵¹

Mas existe otro campo donde el derecho a la intimidad de los trabajadores se torna más difuso, menos claro, pero no por ello inexistente.

Así por ejemplo, María FERNÁNDEZ LÓPEZ, quien, a partir de un fallo del Tribunal Constitucional español, hace la referencia a dos tipos de intimidad de los trabajadores en el seno de la relación de trabajo:

- “Una personal y evidente, que se refiere a áreas de reserva que acompañan a la propia persona en todo su actuar, derivadas de su propia dignidad y casi conectadas en los ejemplos aportados por el alto Tribunal con la reserva del propio cuerpo [...].
- y otra, de perfiles más difusos, que se entrelaza con la actividad laboral, pero que no pertenece a ella, a la que el TC se refiere cuando menciona “la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que hemos denominado propia esfera de

²⁵⁰ Documento del Grupo de trabajo de la Unión Europea relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, aprobado el 29 de mayo de 2002. En: ALBELLA, Rodolfo Alonso. *Publicación electrónica citada*.

²⁵¹ SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *Ob. Cit.*, p. 132.

desenvolvimiento del individuo”, o cuando censura determinados medios de control porque no discriminan, y entran en todos los perfiles de la acción del trabajador concernido. Se trata de una actividad no estrictamente privada que, sin embargo, queda fuera del poder de disposición del empresario como regla general, quizás, más que por ser íntima, por “no ser laboral”. [...] Supone admitir la posibilidad de que el trabajador posea una esfera propia de autodeterminación que no se compromete con la prestación laboral, que no es precisa estrictamente para el cumplimiento, y que se explaya en la relación con otros trabajadores o en la soledad, en las costumbres, “manías” y comportamientos irrelevantes para el trabajo que, porque lo son, no pueden ser captados ni valorados”.²⁵²

²⁵² FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Art. Cít.*

III.7.- CONFLICTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Los derechos fundamentales no son absolutos y por lo mismo reconocen como límites el ejercicio de otros bienes o garantías constitucionales, la moral, el orden público, y el bien común. “...los derechos fundamentales no son ilimitados o absolutos, 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, la moral, el orden público y el bien común, y que hacen conveniente o justificable la imposición de restricciones al derecho fundamental. Ningún derecho fundamental puede ser interpretado en sí mismo, sino que mediante una visión sistémica que tome en cuenta el significado de cada una de las garantías constitucionales como partes de un sistema unitario. 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”.²⁵³

Ahora bien, y del mismo que los derechos fundamentales no son absolutos, los límites que se impongan a su ejercicio, derivados del reconocimiento de otros bienes jurídicos constitucionales, tampoco pueden serlo.

Lo señalado tiene también validez para el ámbito de la empresa, donde, como vimos, confluyen diversos intereses, en la mayoría de los casos encontrados. “El contrato de trabajo es una constelación de intereses, donde los derechos del trabajador encuentran un límite insoslayable en el respeto al interés empresarial. [...] Pero (por su parte) el poder del empresario no es un

²⁵³ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. ORD. N° 2856/162.

poder ilimitado, no debe ser considerado únicamente como manifestación del carácter subordinado de la relación de trabajo, sino como todo derecho potestativo está subordinado a la existencia de otros derechos. [...] Los derechos de la persona del trabajador no ceden automáticamente ante las necesidades organizativas del empleador”.²⁵⁴

La relación laboral se presenta así como un escenario donde entran en juego distintos derechos fundamentales en busca de equilibrio: por una parte, encontramos la potestad jurídica de mando del empleador, que como vimos tiene su fundamento último en el derecho de propiedad, y por otra, los derechos fundamentales de los trabajadores.

Es precisamente en este punto donde encontramos las mayores dificultades que presenta el tema: la ausencia de parámetros, criterios que permitan determinar con suficiente precisión dónde se encuentra dicho equilibrio.

¿Cómo debe, entonces, solucionarse la tensión entre los derechos de los trabajadores y la potestad jurídica de mando del empleador, expresión de su derecho de propiedad?

La búsqueda de una respuesta satisfactoria nos conduce inevitablemente al Derecho Constitucional, particularmente, al tratamiento dado por éste al tema de la colisión de derechos fundamentales.

Esta rama del derecho entiende que existe colisión o choque de derechos fundamentales cuando “el efecto jurídico de la protección iusfundamental alegada por un sujeto (titular del respectivo derecho) es incompatible con el

²⁵⁴ CARDONA RUBERT, María Belén. *Ob. Cit.*, p. 42.

efecto jurídico perseguido por otro sujeto a partir de un alegato de protección iusfundamental”.²⁵⁵⁻²⁵⁶

A partir de lo señalado, resulta fácil advertir la referida colisión de derechos, particularmente desde que la incorporación de las nuevas tecnologías ha incrementado los poderes empresariales en desmedro de los derechos fundamentales de los trabajadores.

III.7.1 La colisión de derechos fundamentales

Situada la discusión en el plano constitucional, al reconocerse como un caso de conflicto de derechos fundamentales, corresponde realizar un breve repaso a las distintas posturas que se han formulado al respecto.

Para comenzar, señalemos que en doctrina, respecto de la posibilidad de que exista una colisión de derechos fundamentales, existen dos posturas antitéticas. Una de ellas niega la posibilidad conceptual de colisión de los derechos; la segunda, acepta dicha posibilidad.

“La negación de la posibilidad conceptual de la existencia de colisión de derechos²⁵⁷ se funda en la premisa que, reconociendo cada derecho fundamental un límite inmanente en los derechos de los demás, su contenido propio, su ámbito protegido ya se encuentra, por definición, delimitado por los derechos de otros, de tal manera que si se llegara a producir una colisión, ella sólo podría existir, conceptualmente, cuando el titular de un derecho

²⁵⁵ ALDUNATE, Eduardo. *La colisión de los derechos fundamentales*. *Revista Derecho y Humanidades*. (11): 69 - 78, 2005.

²⁵⁶ Otras definiciones dadas en doctrina son la de C. AUTEXIER, que nos señala que existirá colisión de derechos fundamentales “allí donde dos sujetos de derechos poseen/ejercen derechos fundamentales no compatibles” y la de STERN, quien ve una colisión de derechos “allí donde el titular de un derecho fundamental, al asumirlo, choca contra una posición iusfundamental de otro titular”. En: ALDUNATE, Eduardo. *Art. Cit.*, pp. 70 y 71.

²⁵⁷ Son partidarios de esta postura, mencionados por el propio ALDUNATE, Antonio-Luis MARTINEZ PUJALDO y Ignacio de OTTO y PARDO.

fundamental intenta amparar su actuar más allá de los límites immanentes de su derecho fundamental”.²⁵⁸

Por su parte, la tesis que acepta la posibilidad de colisión de derechos parte de la idea de que “se puede producir una contradicción entre la protección otorgada a los derechos fundamentales de dos o más titulares, de tal modo que, en estos casos, uno debe prevalecer, mientras que el otro queda desplazado. En estos términos, la cuestión fundamental es encontrar un criterio o fórmula que permita establecer la prevalencia de unos derechos por sobre otros”.²⁵⁹

Dentro de la tesis que acepta la posibilidad de colisión de derechos fundamentales es posible encontrar diversas teorías sobre como ha de resolverse el tema de la prevalencia entre derechos fundamentales, hagamos un repaso de cada una de ellas:

En primer lugar, es posible identificar aquellas teorías que postulan la idea de un orden de prelación o jerarquía, determinable en abstracto, entre los diferentes derechos fundamentales.

Fiel exponente de las posturas que afirman la existencia de un cierto orden de prelación o jerarquía de derechos, es la del profesor José Luis CEA EGAÑA, quien luego de manifestar dudas acerca de la real existencia de conflictos entre derechos fundamentales, plantea como fórmula para resolverla la existencia de una jerarquía entre los mismos. “Planteamos aquí la tesis según la cual debe buscarse la conciliación entre esos derechos asumiendo, como regla general, que la colisión entre ellos es sólo **aparente y resoluble**. Pero si, en definitiva y después de aquel esfuerzo, no es posible conjugarlos por entero, entonces tiene que admitirse la idea de **jerarquía o gradación**, de primacía o

²⁵⁸ ALDUNATE, Eduardo. *Art. Cit.*, pp. 71 y 72.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 73.

preponderancia de unos sobre otros de esos derechos. Así y consecuentemente, comiéndose por el derecho a la vida y a la integridad personal; continuando con la intimidad, el honor y la inviolabilidad del hogar; siguiendo con la libertad de información y el derecho de reunión; para concluir con el Orden Público Económico, dentro del cual se halla la libre iniciativa empresarial, la libre apropiabilidad de bienes y el dominio ya adquirido o propiedad, en sus diversas especies”.²⁶⁰ Prosigue el profesor CEA, “Es menester, entonces, respetar y promover todos los derechos humanos pero, en caso de colisión insoluble entre ellos, reconocer que algunos admiten límites y privaciones legítimas más severas que otros. Debemos, por ende, principiar reconociendo y promoviendo los **derechos más nucleares** o configurativos de la personalidad de cada sujeto, para desde allí irradiarlos hacia los **derechos corticales** o que se refieren a la exteriorización de dicha personalidad en la convivencia social”.²⁶¹

En la tesis propuesta por el profesor CEA, que algunos autores han bautizado como tesis numerológica, la jerarquía de derechos se hallaría establecida en la propia Constitución y constaría en la historia fidedigna de la misma. “En la enumeración del artículo 19 de la Carta Política no se hallan los derechos **dispuestos al azar**, sino que siguiendo un **orden determinado**, es decir, la **secuencia jerárquica** ya enunciada. Y lo mismo cabe aseverar del orden con que aparecen asegurados en los Pactos Internacionales respectivos. En la Constitución de Chile esa secuencia consta en la **historia fidedigna**”.²⁶²

La citada tesis ha sido objeto de críticas por parte de diversos autores, entre ellos Eduardo ALDUNATE y Pablo RUIZ TAGLE. Para este último, “el orden de las disposiciones del artículo 19 de la Constitución vigente no calza con la

²⁶⁰ CEA, José Luis. *El Sistema Constitucional de Chile, Síntesis Crítica*. Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales, Universidad Austral de Chile. (1999). p. 172.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 173

²⁶² *Ibidem*.

propuesta del profesor Cea, que no reconoce en su jerarquía el lugar de las igualdades y otros derechos que con gran esfuerzo, quizá sólo podemos incluir en la vaga noción de Orden Público Económico. Asimismo, revisadas las fuentes respectivas, ni los Pactos Internacionales más relevantes ni los documentos donde constan las discusiones de la Constitución en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución muestran un acuerdo que demuestre la existencia de la jerarquía de derechos que nos propone para nuestra adopción el profesor Cea”.²⁶³

Por su parte, PFEFFER, otro representante de las teorías que propugnan la existencia de jerarquías entre derechos, sostiene que deben preferirse “aquellos derechos fundamentales que no sean renunciables para su titular (en especial por estar asegurados en resguardo de la dignidad personal); a aquellos que posibilitan la realización de otros que devienen en posteriores y por tanto menos importantes que los primeros; a aquellos que cuentan con un positivo “índice de garantización”, reconocible a partir de la garantía otorgada vía recurso de protección; a aquellos cuya pérdida o supresión impacte en el ámbito institucional de modo más relevante; a aquellos derechos “fines” en relación a los derechos “medios” para lograr esos fines y, por último, la preferencia que debe darse a aquel derecho que tienda a la mayor dignidad humana”.²⁶⁴

Una propuesta distinta, sobre como superar los conflictos entre derechos fundamentales, es la que nos propone la teoría de la ponderación de derechos en el caso concreto, postura que indica que serán las circunstancias del caso las que aportarán los elementos determinantes de la preferencia que deba darse a un derecho por sobre otro, por lo mismo las soluciones habría que buscarlas para cada caso.

²⁶³ RUIZ TAGLE VIAL, Pablo. *Una dogmática general para los Derechos Fundamentales en Chile*. Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. (63): 179 - 199, 2001.

²⁶⁴

Dentro de los autores que adhieren a esta posición, Humberto NOGUEIRA,²⁶⁵ para quien “si una vez delimitados correctamente los derechos se mantiene un eventual conflicto entre ellos, debe aplicarse el principio de ponderación de los derechos en conflicto, donde la situación de igualdad inicial de los derechos en conflicto se rompe en beneficio de ellos en virtud de condiciones o circunstancias específicas del mismo, haciendo que dicho derecho prevalezca; dicha prevalencia está condicionada a desaparecer cuando no se encuentra el motivo o condición que la justifica en una interpretación sistemática y finalista del ordenamiento constitucional y del bloque constitucional de derechos. Es necesario realizar el esfuerzo de ponderación basado en pautas hermenéuticas objetivables, razonables y compatibles con el ordenamiento jurídico vigente y las fuentes formales del derecho existentes. La adecuada aplicación del principio de ponderación de derechos en eventual o aparente o real conflicto exige que se valoren las condiciones o circunstancias de cada caso específico. La ponderación integra el juicio de proporcionalidad de los sacrificios, vale decir, el adecuado y justo equilibrio entre la importancia de la satisfacción del fin legítimo perseguido y el grado de afectación del derecho fundamental. [...] Asimismo, al no existir parámetros objetivos de derecho positivo, los tribunales superiores de justicia han resuelto los conflictos en algunos casos con prejuicios o jerarquizaciones subjetivas de los derechos, sin realizar una ponderación adecuada de los derechos en tensión y, en varias oportunidades dictando sentencias que han generado responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos. Entre derechos fundamentales no se puede hablar de jerarquía de derechos, sino de equilibrios y armonización de derechos”.²⁶⁶

²⁶⁵ Para Eduardo ALDUNATE, la solución a la que adhiere Humberto NOGUEIRA, al mismo tiempo que adscribe a la idea de ponderación de derechos aporta elementos que permitirían dar el paso siguiente, esto es, de la idea de armonización, concordancia práctica o del equilibrio adecuado.

²⁶⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Pautas para Superar las Tensiones entre los Derechos a la Libertad de Opinión e Información y los Derechos a la Honra y la Vida Privada*. [en línea] Revista de Derecho (Valdivia). Vol. XVII, Diciembre 2004, p. 139-160

La misma idea del "sopesamiento de los derechos en juego", ha sido expresada por la Dirección del Trabajo "en el ejercicio de un derecho fundamental puede producirse un conflicto con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, conflicto que se ha de resolver mediante la utilización de mecanismos de ponderación en clave constitucional, puesto que el conflicto si bien tiene su origen o incluso su conformación en el seno de la empresa, trasciende este espacio para ubicarse en sede constitucional".²⁶⁷

Finalmente, encontramos la tesis de la armonización, concordancia práctica o del equilibrio adecuado, planteada por el alemán Konrad HESSE. Para esta postura, no se busca encontrar el criterio que permita a un derecho primar sobre el otro, ni aun en el caso concreto, sino que debe buscarse una solución que permita lograr un óptimo de protección para los derechos que se enfrentan.

Una posición distinta a todas las anteriores es la sostenida por Eduardo ALDUNATE, quien luego de constatar la ausencia de un respaldo constitucional a las posturas vistas, formula una nueva proposición "En nuestra Constitución no existe disposición alguna, hasta donde puedo ver, que permita sostener la existencia de una jerarquía u orden de rango entre derechos constitucionales y que por lo tanto, llegue a justificar alguna de las propuestas de Pfeffer; tampoco, puntos de apoyo para las alternativas de ponderación o concordancia práctica. Sin embargo, tampoco existen argumentos sólidos a favor de la construcción de la teoría de los límites inmanentes en nuestra Carta".²⁶⁸ Con lo que la respuesta habría que buscarla en "el orden regulado bajo la Constitución. Y si no hubiese respuesta en este orden, ello no significa dejar al afectado en la indefensión, sino solamente negar la protección constitucional y remitirlo a la

<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000200006&lng=es&nrm=iso&tlng=es>

²⁶⁷ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. ORD. N° 2856/162.

²⁶⁸ ALDUNATE, Eduardo. *Art. Cit.*, p. 74.

tutela ordinaria en la cual el juez deberá completar la correspondiente laguna, no a nivel constitucional, sino del ordenamiento legal”.²⁶⁹

III.6.2 Pautas que ha entregado la Dirección del Trabajo

Finalmente, un interesante desarrollo sobre cómo ha de abordarse la cuestión de los límites a los derechos fundamentales, lo encontramos en el dictamen 2856/162 de la Dirección del Trabajo.²⁷⁰

En lo pertinente, comienza el citado dictamen formulando una consideración de carácter general: “cualquier interpretación sobre los eventuales límites a un derecho fundamental ha de llevarse a cabo restrictivamente dada la fuerza expansiva que poseen éstos y que exigen una opción inequívoca por su aplicación plena”.

Luego, la Dirección del Trabajo procede a fijar ciertos criterios que servirían para examinar la procedencia constitucional de determinados recortes o limitaciones a los derechos fundamentales, estos serían:

En primer término, el denominado test de proporcionalidad: “Existen pues, ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental y que omnicomprendivamente podemos englobar en la aplicación del denominado “principio de proporcionalidad”, y que sirve de medida de valoración de su justificación constitucional. Se produce así, un examen de admisibilidad -ponderación- de la restricción que se pretende adoptar basado en la valoración del medio empleado -constricción del derecho fundamental- y el fin deseado -ejercicio del propio derecho-. No obstante, esta denominación común, el principio de proporcionalidad admite una división en subprincipios que en su conjunto comprenden el contenido de este principio genérico: “principio de

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 77.

²⁷⁰ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. ORD. N° 2856/162.

adecuación", en cuya virtud el medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto -principio reconocido en la jurisprudencia de este Servicio al pronunciarse sobre los requisitos de las medidas de revisión y control del personal, al establecerse que tales medidas, entre otras condiciones, "deben ser idóneas a los objetivos perseguidos" (Ordinarios N°s. 4.842/300, de 15.01.93; 8.273/337, de 19.12.95; 287/14, de 11.01.96; y 2.309/165, de 26.05.98)-; "principio de necesidad", que exige que la medida limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa; y el "principio de proporcionalidad en sentido estricto", por el cual se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción".

Con lo anterior, la Dirección del Trabajo hace suya la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional Español, según la cual, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del "principio de proporcionalidad".

Un segundo criterio esbozado por la Dirección del Trabajo, sería el del respeto al contenido esencial de todo derecho fundamental: "Por su parte, en una función de clausura del sistema de derechos fundamentales, el contenido esencial del derecho -garantía reconocida en nuestra carta fundamental en el artículo 19, N° 26- supondrá la existencia de un núcleo irreductible, inaccesible a todo intento limitador. De esta forma, la posibilidad de imponer un límite al ejercicio libre del derecho fundamental, basado en el ejercicio de otros derechos constitucionalmente relevantes, ha de estar determinada por el respeto al contenido esencial del mismo, constituyéndose éste a su vez, en lo que la doctrina ha denominado un "límite a los límites" (Ignacio de Otto Pardo,

Derechos Fundamentales y Constitución, Civitas, Madrid, 1988, p. 125). Se desconoce el contenido esencial del derecho cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección. Es decir, cuando al derecho se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible como tal y se impide su libre ejercicio (Sentencia Tribunal Constitucional, de 24.02.87, Rol N° 43)”.

CAPÍTULO IV

LA POTESTAD JURÍDICA DE MANDO DEL EMPLEADOR Y EL *E-MAIL* LABORAL

IV.1.- PRESENTACIÓN

Hasta aquí hemos sindicado al *e-mail* laboral como potencial fuente de conflictos entre la potestad jurídica de mando del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores, veamos ahora como se manifiesta dicha tensión con ocasión de las principales facultades que detenta el empleador.

Entre otras, analizaremos: El poder reglamentario, las facultades de control del empresario, el poder disciplinario y por último, las situaciones de despidos derivados de un uso irregular del *e-mail* laboral.

Particular atención prestaremos a una de las facultades del empleador que más controversias ha despertado en el último tiempo: la facultad de control y, específicamente, a la discusión existente en torno a la constitucionalidad de un control sobre los “contenidos” del *e-mail* laboral.

IV.2.- EL PODER REGLAMENTARIO Y EL *E-MAIL* LABORAL

IV.2.1 El Poder Reglamentario.

El poder reglamentario consiste en “la facultad del empleador de organizar el trabajo -estableciendo obligaciones y prohibiciones propias de la autoridad- en un ordenamiento escrito. También puede reglamentar cuestiones referidas a las conductas del personal en el trabajo y fijar las normas adecuadas para llevar a cabo la prestación laboral”.²⁷¹

Es en virtud de este poder que el empleador fija las reglas de comportamiento y la conducta de los trabajadores dentro de la empresa.

En nuestro país, el poder reglamentario se materializa fundamentalmente en el Reglamento Interno, cuyo cumplimiento por parte de los trabajadores es tan obligatorio como el respeto a los términos del contrato.

El Reglamento Interno es “un conjunto normativo, emanado de un acto jurídico unilateral del empresario, quien, en uso de su facultad de mando y dirección, regula la organización y realización del trabajo en la empresa”.²⁷²

Si bien el Reglamento Interno tiene su fundamento en la potestad jurídica de mando del empleador, “no reconoce históricamente su origen en tales facultades, sino al revés, se establece:

- a) Como una *autolimitación del poder de mando del empresario*.

²⁷¹ GRISOLIA, Julio Armando. *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. En: OVIEDO, María Natalia. *Ob. Cit.*, p. 77.

²⁷² THAYER A., William y NOVOA F., Patricio. *Manual de Derecho del Trabajo*. Tomo III. Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile. 1998, p. 149.

- b) Como potestad de *autoformación colectiva* que regula y en parte sustituye a los contratos individuales.
- c) Como *medida de seguridad y publicidad*.
- d) Como *medida de simplificación administrativa*, pues, ante la imposibilidad de celebrar con cada trabajador un contrato con tales estipulaciones, el reglamento entra a señalarles a todos las condiciones contractuales comunes”.²⁷³

Es el artículo 153 inciso primero del Código del Trabajo, el que nos señala cuándo una empresa tiene la obligación de elaborar un Reglamento Interno: “Las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes, contados todos los que presten servicios en las distintas fábricas o secciones, aunque estén situadas en localidades diferentes, estarán obligadas a confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento. Especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores”.

En cuanto a su contenido, es el artículo 154 del Código del Trabajo el que establece su contenido mínimo:

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

- 1.- las horas en que empieza y termina el trabajo y las de cada turno, si aquél se efectúa por equipos;
- 2.- los descansos;

²⁷³ *Ibidem*, p. 150.

- 3.- los diversos tipos de remuneraciones;
- 4.- el lugar, día y hora de pago;
- 5.- las obligaciones y prohibiciones a que estén sujetos los trabajadores;
- 6.- la designación de los cargos ejecutivos o dependientes del establecimiento ante quienes los trabajadores deban plantear sus peticiones, reclamos, consultas y sugerencias;
- 7.- las normas especiales pertinentes a las diversas clases de faenas, de acuerdo con la edad y sexo de los trabajadores;
- 8.- la forma de comprobación del cumplimiento de las leyes de previsión, de servicio militar obligatorio, de cédula de identidad y, en el caso de menores, de haberse cumplido la obligación escolar;
- 9.- las normas e instrucciones de prevención, higiene y seguridad que deban observarse en la empresa o establecimiento;
- 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 y diaria;
- 11.- el procedimiento a que se someterá la aplicación de las sanciones referidas número anterior, y
- 12.- El procedimiento al que se someterán y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de denuncias por acoso sexual. En el caso de las denuncias sobre acoso sexual, el empleador que, ante una denuncia del trabajador afectado, cumpla íntegramente con el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II, no estará afecto al aumento señalado en la letra c) del inciso primero del artículo 168.

En el caso de las denuncias sobre acoso sexual, el empleador que, ante una denuncia del trabajador afectado, cumpla íntegramente con el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II, no estará afecto al aumento señalado en la letra c) del inciso primero del artículo 168.

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”.

IV.2.2 La regulación del e-mail laboral

En cuanto a la posibilidad que el empleador pueda regular el uso del *e-mail* laboral al interior de su empresa, no existirían mayores controversias. La afirmativa se impone, fundada en el legítimo ejercicio por parte del empleador de las facultades de organización, dirección y reglamentación que le son reconocidas.

Como reiteradamente hemos señalado, nuestro país carece de una normativa legal específica respecto del tema. Sin embargo, tal vacío legislativo ha sido asumido por la Dirección del Trabajo, la que haciendo uso de sus facultades ha esbozado algunas consideraciones sobre el tema.

Es a propósito de su dictamen 260/19, de fecha 24 de enero de 2002,²⁷⁴ que la Dirección del Trabajo aborda el tema relativo a las condiciones de uso de los correos electrónicos de la empresa por los trabajadores y las facultades que conciernen al empleador a su respecto.

En dicho dictamen, la Dirección del Trabajo no sólo reconoce la facultad del empleador de regular las condiciones de uso del *e-mail* laboral, “... de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa”; sino que además, se muestra partidaria de aquello,

²⁷⁴ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. ORD. Nº 260/19. Santiago de Chile. 24 de enero de 2002. [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-62410.html>>

al aconsejar “la regulación formal del uso de estos bienes de que es titular la empleadora”.

Alberto CERDA, comparte lo sostenido por la Dirección del Trabajo: “En cuanto a si es posible al empleador imponer limitaciones al empleo por el trabajador del correo electrónico, considerando que éste constituye una herramienta de propiedad de la empresa, que es puesta a disposición del dependiente para una más eficaz prestación de los servicios objeto del contrato, estimamos ab initio acertado el pronunciamiento de la Dirección del Trabajo, al admitir la imposición de tales restricciones”.²⁷⁵

Admitida la posibilidad de que el empleador pueda regular el uso del correo electrónico laboral, resta todavía determinar bajo qué condiciones formales y materiales debe realizarse tal regulación.

Al respecto, la Dirección del Trabajo no ve inconvenientes en que el uso del correo electrónico sea regulado al interior de una empresa a través del Reglamento Interno, respetando lo dispuesto en el inciso final del artículo 154 del Código del Trabajo, o en empresas de menos de diez trabajadores, a través del contrato individual o el instrumento colectivo: “En efecto, como se sabe, es obligatorio para las empresas que ocupen diez o más trabajadores, “confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento”, conforme lo precisa el inciso 1º del actual artículo 153 del Código del Trabajo. Previa la entrada en vigencia de esta normativa, de oficio o a petición de parte, esta Dirección puede “exigir modificaciones al referido reglamento interno en razón de ilegalidad”,

²⁷⁵ CERDA SILVA, Alberto. *Comentario al dictamen de la Dirección del Trabajo. Uso del correo electrónico por los trabajadores*. Revista Chilena de Derecho Informático, del Centro de Estudios de Derecho Informático. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. (1): 155 - 161, 2002.

según -ahora- el inciso final de la citada disposición legal. Conforme a estas disposiciones legales, será entonces el empleador quién podrá tomar la iniciativa para formalizar esta normativa interna de la empresa y, en el ámbito de sus facultades de administración, podrá también incorporar preceptos a este reglamento con el fin específico de regular, limitar o restringir el empleo de los correos electrónicos por los dependientes, todo lo cual no obsta -como se ha dicho- que “El delegado del personal, cualquier trabajador, o las organizaciones sindicales de la empresa respectiva” (artículo 153 inciso 3º del Código del Trabajo), pueda impugnar de ilegalidad estas normas ante este Servicio. [...] Con todo, deberá tenerse presente que el artículo 154 del Código del Trabajo precisa una serie de disposiciones que, “a lo menos”, debe contener este reglamento interno, y, entre ellas, la N° 5, que precisa: “las obligaciones y prohibiciones a que estén sujetos los trabajadores”. Pues bien, de regularse el uso del correo electrónico por el reglamento interno de la empresa, conforme al inciso final del referido artículo 154, “Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el N° 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”. En empresas de menos de diez trabajadores, nada impide que esta regulación opere por la vía del contrato individual de trabajo o el instrumento colectivo”.

Alberto CERDA, con quien coincidimos, formula un juicio crítico a las alternativas consideradas por la Dirección del Trabajo para la regulación del *e-mail* laboral. Así, y desde una óptica garantista, acepta que dicha regulación se contenga en el Reglamento Interno de la empresa o en el contrato colectivo, no así en el contrato de trabajo: “Es igualmente razonable que tales condiciones y limitaciones al uso del correo electrónico por el trabajador se contengan en el reglamento interno de la empresa, desde que en su proceso de establecimiento

queda asegurado su examen de legalidad por la propia Dirección del Trabajo, de oficio o a requerimiento de los trabajadores. Misma consideración puede hacerse extensiva a la reglamentación de la materia en un contrato colectivo. Sin embargo, tratándose de aquellas empresas en las cuales no es obligatorio disponer de reglamento interno, entregar la reglamentación sobre el uso del correo electrónico por el trabajador al contrato individual de trabajo es cuando menos precario para los derechos de los trabajadores, por dos órdenes de consideraciones: una, porque desconoce el real poder de negociación de que dispone el trabajador en la contratación de sus servicios; y, dos, porque una cláusula tal carece de un control de legalidad ex ante, como aquél que es asegurado en las hipótesis de reglamentación precedentemente examinadas”.²⁷⁶

Para concluir nuestro análisis, sólo resta por examinar la posibilidad de que el empleador, en ejercicio de su legítimo poder de reglamentación, prohíba absolutamente el uso del *e-mail* laboral para fines personales.

Sobre dicha posibilidad, la doctrina se halla dividida: unos se inclinan por la afirmativa otras la rechazan.

Para José Luis GOÑI, “nada impide al empresario restringir el uso del correo electrónico en la empresa a fines estrictamente profesionales o comerciales y prohibir el uso con fines personales. [...] una política estrictamente prohibitiva es posible y encuentra fundamento no sólo en la necesidad de evitar los tiempos de inactividad del trabajador u otros problemas de seguridad del sistema y de responsabilidad imputables al empresario, sino en razones

²⁷⁶ *Ibídem.*

estrictamente laborales como la de garantizar la posibilidad de que las comunicaciones puedan ser auditables”.²⁷⁷

Por su parte, quienes rechazan una prohibición absoluta de un uso no directamente profesional lo hacen desde la afirmación de la existencia de espacios de sociabilidad, de relación personal y de intimidad en el trabajo, los que no podrían hacerse desaparecer sin más y que también serían merecedores de tutela. “Es el llamado “derecho a la vida personal en el trabajo”, en relación con el cual no cabe una prohibición empresarial absoluta de un uso no directamente profesional de los instrumentos del trabajo”.²⁷⁸

En la línea antedicha, María FERNÁNDEZ LÓPEZ, para quien la sola prohibición no se legitimaría a sí misma, “la prohibición absoluta y radical de usar el correo electrónico para fines extralaborales, como la prohibición absoluta de hablar durante el trabajo -asumido que se trata el correo de una forma de comunicación ineterpersonal generalizada y normalizada en el uso social-, debiera ser valorada desde la perspectiva de su conformidad con la propia dignidad del trabajador como persona (art. 10.1 CE), y probablemente no resistiera el examen. Como bien han manifestado nuestros Juzgados de lo Social -en una tesis que sería de desear se extendiera-, no es posible ni lícito generar el “extrañamiento social” del trabajador durante el trabajo. Y a ese resultado conduce, desde luego, la prohibición incondicionada y sin matices de los instrumentos que impiden o atenúan ese resultado potencial”.²⁷⁹ Por ahora, dejemos instalado el debate.

IV.2.3 Límites al poder reglamentario del empleador

²⁷⁷ GOÑI SEIN, José Luis. *Ob. Cit.*, p. 76.

²⁷⁸ ANTON MATTEI, P.H. *NTIC et vie personnele au travail*. En: GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. *Ob. Cit.*, en nota al pie N° 26, p. 45.

²⁷⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Art. Cit.*

Como hemos venido sosteniendo, los poderes del empresario no son absolutos ni ilimitados sino relativos: “la relatividad de tal poder está condicionada por diversos factores, en especial los derechos de los trabajadores y las exigencias de la actividad productiva misma”.²⁸⁰

Tan es así que la función limitadora de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales aparece expresamente consagrada en el artículo 5º inciso primero del Código del Trabajo: “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, 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”.

Consecuentemente con todo lo anterior, el empleador que, en ejercicio de su poder reglamentario, opta por regular el uso del *e-mail* laboral al interior de la empresa debe cuidar de no violentar con ello los derechos fundamentales de los trabajadores.

Ahora bien, y dependiendo del medio utilizado por el empleador para materializar dicha regulación, deberán también observarse ciertos requisitos adicionales previstos en la ley.

Así por ejemplo, la regulación contenida en el Reglamento Interno de la empresa deberá cumplir además con las exigencias del inciso final del artículo 154 del Código del Trabajo, el que a saber dispone: “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”.

²⁸⁰ THAYER A., William y NOVOA F., Patricio. [nota 197], p. 204.

Consignemos finalmente que ante una regulación del *e-mail* laboral, contenida en el Reglamento Interno de la empresa, que sea vulneradora de los derechos fundamentales de los trabajadores cabe siempre la posibilidad de impugnar de ilegalidad a la misma, conforme lo dispone el artículo 153 incisos tercero y cuarto del Código del Trabajo: “Una copia del reglamento deberá remitirse al Ministerio de Salud y a la Dirección del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a la vigencia del mismo. El delegado del personal, cualquier trabajador o las organizaciones sindicales de la empresa respectiva podrán impugnar las disposiciones del reglamento interno que estimaren ilegales, mediante presentación efectuada ante la autoridad de salud o ante la Dirección del Trabajo, según corresponda. De igual modo, esa autoridad o esa Dirección podrán, de oficio, exigir modificaciones al referido reglamento en razón de ilegalidad. Asimismo, podrán exigir que se incorporen las disposiciones que le son obligatorias de conformidad al artículo siguiente”.

IV.2.4 Propuestas de regulación del uso del *e-mail* laboral.

A falta de una regulación legal, y a fin de precaver eventuales conflictos en la materia, estimamos como ciertamente conveniente que las empresas definan una política clara respecto del *e-mail* laboral.

“Una información clara e inequívoca a los trabajadores sobre el correcto uso del mismo, y sobre el sistema y características del control del correo profesional genera un marco adecuado para el uso eficiente y pacífico de esta herramienta de comunicación”.²⁸¹

A modo ilustrativo, y con el fin de aportar a la posible elaboración de futuras reglamentaciones internas sobre el uso del *e-mail* laboral, reproduciremos algunos criterios y parámetros aportados por autores extranjeros, que, si bien

²⁸¹ BATLLORI BAS, Martí. *Acerca del control del correo electrónico en la empresa*. [en línea] <<http://noticias.juridicas.com/articulos/40-Derecho%20Laboral/200102-05512911015390.html>>

no son compartidos en su totalidad, pueden resultar de utilidad para dichos efectos.

De acuerdo con el abogado español Jordi MOGUEL FERNÁNDEZ:

“1. Se tendría que definir, en primer término, la posibilidad o no que tienen los empleados de poder utilizar los diferentes instrumentos empresariales. En pocas palabras, los trabajadores tienen que conocer si les está prohibido o permitido el uso de Internet para asuntos personales. Este punto es muy importante porque ayudará a romper, en parte, las expectativas que el trabajador pudiera albergar sobre este aspecto.

2. En el caso de que se les abra a éstos una vía de escape que favorezca el desarrollo de su privacidad dentro de las horas de trabajo, sería necesario elaborar un listado perfectamente delimitado de actividades toleradas, en el que se especifique el número de horas de uso, a qué horas puede verificarse tal disposición por los trabajadores, tipología de los contenidos a los que puede accederse, evitando al máximo la incorporación de expresiones indeterminadas tales como “lo que el buen juicio entienda”, “uso moderado”, o “información indecente u obscena”, que pueden aportar más conflictos que beneficios.

3. Sería plenamente conveniente que estas políticas de uso estuviesen plasmadas en algún documento, que se hallase a disposición de los trabajadores y del comité de empresa. Además, sería altamente recomendable que a su vez, el total de la plantilla firmara, cuando menos, su conocimiento.

4. En lo que se refiere a las concretas medidas de supervisión, además de ser muy positivo que estuvieran incluidas en el citado documento, e independientemente de si se han hecho o no concesiones por el empresario para que los trabajadores tengan la posibilidad de utilizar Internet de forma privada bajo ciertas condiciones, podríamos distinguir entre aquellas medidas

que se lleven a cabo mediante el consentimiento de los trabajadores y las que se implanten sin la autorización de éstos. De esta manera:

En el primer caso, no cabe duda que el margen de actuación empresarial para perseguir su cometido de coadyuvar en el buen funcionamiento productivo de la empresa, sería más amplio, y así entiendo que se podría incluso monitorizar las actitudes de los empleados, eso sí, aunque tuviésemos plena libertad para ello, no debemos olvidar que el límite de todo ello se encontrará en el acceso indiscriminado -y por qué no, arbitrario- a todos los contenidos de los trabajadores, sin tener un mínimo de cautela sobre la innecesariedad de acceder a datos que realmente no aportan ningún beneficio ni utilidad al empresario. Si así sucediera, entonces, el consentimiento no bastaría para evitar la posible conducta penal de la empresa, ya que no olvidemos que la mencionada autorización se sustentaba en el lícito fin de adecuada organización y buen funcionamiento de la empresa, y no en propiciar la curiosidad de ésta de forma disparatada. [...]

Si las medidas de supervisión no fueren autorizadas, entonces el principio rector que debería guiar la actuación de la empresa sería el de llevarlas a cabo de forma selectiva y mediante las garantías que la jurisprudencia constitucional ha manifestado respecto al juicio de proporcionalidad, a la hora de restringir derechos fundamentales. Y como ya expresé en el apartado 2.2 in fine de este ensayo, tendría que primar la aplicación selectiva de las mismas frente a la generalidad, y sin duda una buena forma de evitarse problemas, o por lo menos no estar tan expuesto a futuras demandas o denuncias, sería revisar únicamente los datos externos que arrojen las distintas aplicaciones que utilice el trabajador, como ya indiqué²⁸².

²⁸² MOGUEL FERNÁNDEZ, Jordi. *El poder de control y vigilancia del empresario sobre las actividades de los trabajadores, y sus implicaciones penales*. [en línea] <<http://noticias.juridicas.com/articulos/40-Derecho%20Laboral/200602-5158142111062510.html>>

A su turno, Maria Natalia OVIEDO, nos propone:

“El reglamento interno, cuyo dictado por parte de las empresas se propicia, deberá especificar:

A) *Que el correo electrónico es propiedad de la empresa*, debiendo precisar que la referencia a “correo electrónico” está vinculada a la herramienta informática que el empresario provee al trabajador para el cumplimiento de las tareas que le han sido asignadas, y en cuya dirección figura el nombre o iniciales de la empresa, independientemente de que también pueda aparecer el nombre o las iniciales del empleado; e incluso es pertenencia de la empresa, aun cuando se requiera contraseña –que puede ser creada por el empleado-, para acceder al sistema de correo electrónico.

B) *Las condiciones de utilización de esa herramienta de comunicación*, por ejemplo:

1. Su uso deberá estar destinado “exclusivamente” para fines profesionales.
2. La prohibición expresa de utilizarlo con fines personales (v.gr., envío, reenvío, distribución o respuestas a *e-mail* “en cadena”; introducción, a sabiendas, de virus; acoso sexual a compañeros de trabajo u otros terceros; y, en general, cualquier utilización que afecte o pueda afectar el normal funcionamiento del sistema, la productividad del empleado y la imagen de la empresa).
3. Capacidad de archivos para enviar o recibir, a los fines de evitar la congestión de la red.
4. Definición sobre la elección y protección de contraseñas.
5. La empresa adoptará los recaudos técnicos a los fines de que cada *e-mail* que salga como enviado de la casilla del trabajador, contendrá un mensaje que alerte a su destinatario que el uso personal del servicio de

correo electrónico para fines no vinculados con la labor profesional o laboral, en ningún caso obligará o responsabilizará a la Compañía de los eventuales daños y perjuicios que dicho uso pudiere generar.

6. Prohibición u obligación de utilizar sistemas de encriptación.
7. Posibilidad de solicitar permiso para remitir un correo privado, en su caso quién se lo debe solicitar.

C) *Que la empresa se encuentra facultada para controlar.*

D) *Que es intención de la empresa ejercer ese control, debiendo precisar su alcance,* esto es, que podrá acceder a la cuenta de correo electrónico del trabajador, lo que le permitirá conocer tanto el número de mensajes enviados y recibidos, asunto, remitente, fecha y hora de salida o recepción, cantidad de la información contenida, existencia de archivos adjuntos, como, asimismo, el contenido de los *e-mails* laborales y la información contenida en los archivos que han sido adjuntados.

E) *La persona que estará a cargo de la tarea de examinar los e-mail.*

F) *Las condiciones bajo las cuales se efectuará el control:* En este punto se debe efectuar la siguiente distinción: controles de rutina, que en forma generalizada efectúa el empleador y que no requieren de formalidad alguna. Y controles vinculados a un trabajador en particular, con origen en la sospecha fundada de que está realizando un uso indebido del correo electrónico, que puede dar origen a una sanción disciplinaria. En estos supuestos, a los fines de preconstituir prueba, el control debiera realizarse con la presencia de un escribano público o de un representante sindical.

G) *Advertencias de que el uso irregular del correo electrónico, configura una falta,* que puede derivar en la imposición de sanciones disciplinarias, incluido el despido con justa causa.

H) *Que la empresa adoptará los recaudos técnicos para que el sistema de identificación de los usuarios del correo electrónico laboral sea fiable, a los fines de asegurar que, cuando la dirección del correo electrónico aparezca como emisora de un e-mail, implique que el titular de dicha dirección sea necesariamente el remitente*".²⁸³

²⁸³ OVIEDO, María Natalia. *Ob. Cit.*, p. 79.

IV.3.- EL PODER DE CONTROL Y EL *E-MAIL* LABORAL

IV.3.1 La facultad de control del empresario

La facultad de control es tanto una manifestación como una lógica consecuencia de la potestad jurídica de mando del empleador.

“La atribución de poderes tendentes a la organización productiva de la empresa debe ir acompañada de facultades destinadas a la comprobación del grado de diligencia empleada por el trabajador en la ejecución de su trabajo ya que, como señala GOÑI, de nada serviría una facultad de dirección que no llevara anexa la facultad de verificar el grado de ejecución de las órdenes dadas. Dicha apreciación repara, por tanto, en el vacío a que se expone el genérico poder de dirección empresarial sin esta potestad de control de la actividad del trabajador en la empresa, intentando evidenciar que dicha facultad funciona como nexo entre la facultad de ordenación y disposición del empresario y la facultad disciplinaria (presupuesto esencial para la imposición de sanciones)”.²⁸⁴

Sin embargo, y salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 154 del Código del Trabajo, disposición sobre la cual volveremos más adelante, no es posible encontrar en nuestra legislación laboral mayores referencias a esta facultad del empleador.

IV.3.2 Impacto de las nuevas tecnologías en la configuración tradicional del poder de control.

²⁸⁴ MARÍN ALONSO, Inmaculada. *Ob. Cit.*, p. 179.

“La consolidación de los sistemas de división del trabajo surgidos de la revolución industrial llevó consigo la necesidad de organización y supervisión de la actividad productiva. La fábrica quedó convertida en un lugar fundamental para la innovación en los métodos de vigilancia y disciplina”.²⁸⁵

A comienzos del XX, el taylorismo y el fordismo no sólo definieron organizacional y funcionalmente la empresa tal cual hoy es concebida legalmente, sino que también asignaron al control empresarial una importancia central nunca antes vista. “La idea de la fábrica panóptica, en que la vigilancia es la segunda sombra que acompaña al trabajador, ha sido una constante en los teóricos de la organización de la empresa. Tanto Henri Ford (padre del fordismo) –que, insatisfecho con la vigilancia y control sobre sus trabajadores en la fábrica, creó un <<Departamento sociológico>> destinado a investigar el comportamiento de aquellos en su tiempo libre-, como Frederick Winslow Taylor (padre del Taylorismo) -que descubrió en su gestión científica del trabajo un funcionamiento operativo y cotidiano de la organización empresarial a través de una mayor capacidad de vigilancia-, buscaron profundizar en el valor reflexivo del control: la gestión controla tanto a los trabajadores como a sí misma”.²⁸⁶

Sin embargo, el desarrollo de una Tercera Revolución Industrial, como vimos, atribuible a los vertiginosos avances de la informática y las telecomunicaciones, no sólo vendrá a redefinir las relaciones laborales sino de modo muy importante el ejercicio mismo de la facultad de control. “Así como en el modelo industrial el taylorismo y el fordismo contribuyeron a fortalecer las prácticas de control empresarial sobre el proceso productivo, en la sociedad de la información las diversas aplicaciones de la informática, en especial la Internet, potencian el control del trabajador por la dirección de la empresa, a riesgo de empalidecer el diseño panóptico de Bentham, donde todo lo que

²⁸⁵ MERCADER URGINA, Jesús R. *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*. Ed. Lex-Nova, 2002, p. 100.

²⁸⁶ *Ibídem*.

acontece es susceptible de ser visto, oído o percibido por quien ejerce el control social”.²⁸⁷

Se produce entonces el reemplazo del “control periférico, discontinuo y parcial realizado hasta el momento mediante la jerarquía humana por un control centralizado y objetivo verificado en tiempo real a cargo de sofisticados instrumentos técnicos”.²⁸⁸ Asimismo, es posible advertir como “Con la emergencia de las nuevas tecnologías de la comunicación y muy particularmente con la introducción de Internet en la empresa, se ha operado una verdadera migración de las tecnologías de control desde la periferia hasta el núcleo del proceso del trabajo propiamente dicho”.²⁸⁹

Lo anteriormente señalado deja en evidencia la paradoja propia de la incorporación de las nuevas tecnologías en la empresa: las nuevas formas de trabajo propiciadas por las NTIC al mismo tiempo que demandan de mayor autonomía para el trabajador vuelven más intenso el control sobre este último. “La utilización de las tecnologías de la información, en la medida en que atribuyen efectivamente un mayor espacio de autonomía al trabajador, dificultan su vigilancia por parte del empresario, derivándolo hacia un control indirecto apoyado en órdenes e instrucciones y resultados; pero, de otra parte y es lo que aquí interesa, que las NTIC (dada su enorme potencialidad de obtener información de muy diverso tipo –sonora, de la imagen, de tipo informático- de explotarla, y de combinarla con otros datos) pueden facilitar enormemente el control y hacerlo más detallado, permanente, omnipresente, completo y fiable. Un control potencialmente mucho más eficiente y exhaustivo, pero por lo mismo, mucho más incisivo y profundo, y, en consecuencia, tanto mucho más proclive a desbordar la finalidad del control y la idoneidad del método cuanto

²⁸⁷ CERDA SILVA, Alberto. *Art. Cit.* [nota 275]

²⁸⁸ MARÍN ALONSO, Inmaculada. *Ob. Cit.*, p. 50

²⁸⁹ BOUCHET, Hubert. *La cybersurveillance sur les Linux de travail*. En: FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Art. Cit.*

más apto para penetrar en las esferas o ámbitos que la dignidad personal debe garantizar”.²⁹⁰

”La paradoja es incuestionable: los instrumentos técnicos favorecen la mayor autonomía de los trabajadores pero, a la vez, amplían la dependencia a la vista del empleador”.²⁹¹

IV.3.3 El correo electrónico como método de control

“La introducción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en los procesos productivos representan, desde nuestro punto de vista, un salto cualitativo importante respecto a la utilización de maquinaria electromecánica, en el sentido que **las TIC son al mismo tiempo fuerza productiva e instrumento de control**. En este sentido es en el que las TIC pueden ser denominadas como tecnologías de información”.²⁹²

El correo electrónico se encuentra, precisamente, dentro de los nuevos medios de control que el desarrollo tecnológico suministra al empleador. El control que posibilita guarda relación tanto con el control y vigilancia de la prestación laboral como con el control que hace el empresario del uso, adecuado o no, por el trabajador de las TIC`s puestas a su disposición para el desempeño de la tarea laboral.

IV.3.4 La facultad de control y el correo electrónico

“...el interés del empresario en acceder y controlar las comunicaciones efectuadas por sus empleados a través del correo electrónico es evidente, no sólo en supuestos relativamente excepcionales (como, por ejemplo, en el caso de ausencia temporal o definitiva del empleado, para que otro pueda retomar el

²⁹⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. *Ob. Cit.*, p. 40.

²⁹¹ MARÍN ALONSO, Inmaculada. *Ob. Cit.*, p. 52

²⁹² BELZUNEGUI ERASO, Ángel. *Ob. Cit.*, p. 222

trabajo de éste), sino también en circunstancias normales, con el lícito propósito de realizar un seguimiento de la actividad de la empresa y el trabajo de los empleados (supervisión del mantenimiento de determinados niveles de calidad, control del cumplimiento por parte de los empleados de procedimientos o protocolos preestablecidos, seguimiento ordinario de asuntos, etc.). Incluso, el deseo de controlar las comunicaciones a través de este medio puede deberse a un propósito de prevenir y evitar usos inadecuados y efectos perniciosos del correo electrónico, como la recepción de mensajes publicitarios, la difusión de correos en cadena o en pirámide, propagación de virus informáticos, fugas de información confidencial o sensible de la empresa, etc".²⁹³ Interés en el control del correo electrónico que viene propiciado, hasta cierto punto, por la facilidad para acceder a él que tiene el empresario.

Como contrapartida a este legítimo interés del empleador de ejercer un control sobre el *e-mail* laboral, encontramos, en la vereda opuesta, el también legítimo interés del trabajador de que en dicho control sea respetada su dignidad y derechos fundamentales.

Se trata de dos intereses legítimos, muchas veces contradictorios, que son merecedores de tutela, y que dan cuenta de la tensión existente entre los poderes del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores.

IV.3.5 Tipos de control e-mail laboral.

Atendiendo al grado o intensidad del control que puede desarrollar el empresario sobre el *e-mail* laboral, podemos distinguir claramente tres tipos de control, los que ordenados de menor a mayor intensidad corresponden a los siguientes:

²⁹³ BARROS GARCÍA, Mario. *Problemas derivados de la Utilización del Correo Electrónico e Internet en el Ámbito Laboral*. [en línea] <http://www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n8/trib04.pdf>

En primer lugar, encontramos aquel control que responde a una necesaria política de seguridad informática. Sin entrar en detalle y a modo ilustrativo, mencionemos algunas de estas medidas utilizadas para realizar una protección lógica de los datos, las comunicaciones y los sistemas al interior de una empresa: “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”.²⁹⁴

Luego, tenemos un control sobre los aspectos externos de la comunicación, donde se evita acceder tanto al contenido de los mensajes como al propio ordenador del trabajador. Corresponden a este tipo de control: “los archivos *log* del servidor, que identifican tanto al emisor como al receptor de cada mensaje, el asunto o cabecera, la extensión (*bytes* enviados) y la hora de la comunicación. Se trata de una técnica análoga a la realización de una lista de llamadas efectuadas por el trabajador desde el teléfono de la empresa y la duración de las mismas, lo que permitiría saber, por los números marcados, si se trata de llamadas de índole laboral o no y cuánto tiempo se ha invertido en ellas. Igualmente, existen programas de *software* que detectan palabras obscenas en los mensajes de correo electrónico (lo que daría una pista bastante certera de que no se trata de una comunicación personal), y son capaces de revisar los contenidos en general y determinar si los mensajes están relacionados con la actividad de la empresa o si pueden constituir un delito de fraude, engaño o espionaje. También se pueden establecer filtros de seguridad en los servidores o redes informáticas de las empresas, en orden a bloquear palabras de carácter ofensivo o relacionadas con aspectos

²⁹⁴ MONSERRAT HERNANDEZ, Rubio y HERRERA BRAVO, Rodolfo. *Publicación electrónica citada.*

confidenciales de la empresa, o bien que impidan transmitir o recibir mensajes según su tamaño, el remitente o receptor, o si contienen virus, por ejemplo”.²⁹⁵

Finalmente, nos encontramos ante un control definitivamente más intenso del *e-mail* laboral, donde se accede derechamente al contenido de los mensajes, produciéndose propiamente una interceptación de los correos electrónicos.

Sobre este último tipo de control, y en relación a las facultades técnicas de que dispone el empleador, debemos asumir que “desde el punto de vista técnico, el empresario tiene la posibilidad de controlar y archivar todo el correo electrónico que circula por la red de comunicaciones de la empresa”.²⁹⁶

Los empleadores que desean interceptar los *e-mails* laborales cuentan con una completa gama de programas o *softwares* disponibles hoy en el mercado: “Programas como "spector" por ejemplo, generan automáticamente decenas de "snapshots" (imágenes) del PC del empleado para "vislumbrar" cómo trabaja. Por supuesto, permite la lectura de los correos desde la empresa, pero no sólo eso: prácticamente cualquier cosa queda al descubierto. Ideal para "jefes sin escrúpulos". Resulta curioso comprobar como la licencia de uso de este software queda constreñida a que el adquiriente avise a todas las personas que van a ser "observadas" mientras trabajan. Estamos ante el número 1 en ventas en Estados Unidos, país donde derechos como la intimidad están, francamente, por los suelos”.²⁹⁷

Finalmente, señalemos que el empleador, en su interés por acceder al contenido de los mensajes, puede encontrar un perfecto aliado en el administrador del sistema. Ello resulta evidente si se toman en consideración

²⁹⁵ SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *Ob. Cit.*, p. 90.

²⁹⁶ COMISIÓN DE ESTUDIO DE CORREO ELECTRÓNICO. *Publicación electrónica citada.*

²⁹⁷ VILLAHERMOSA IGLESIAS, Alfonso. *Apuntes sobre el correo electrónico en la empresa.* [en línea] <<http://www.delitosinformaticos.com/ciberderechos/usocorreo1.shtml>>

las enormes facultades de que dispone este último para imponerse del contenido de los correos electrónicos, vistas en el capítulo primero de la presente memoria. “Las *cuentas de correo pop* pueden ser revisadas en cualquier momento por los administradores del sistema que tienen acceso al servidor pop, incluso toda la información puede ser reenviada a otra cuenta. Si se accede a este servidor desde la red de otra empresa distinta a la que gestiona el servidor pop, se puede rastrear con un *sniffer*²⁹⁸ el nombre de la cuenta y la contraseña y hacer una conexión posterior. Las *cuentas de correo web* se controlan con los *sniffers*, o revisando la caché de los navegadores instalados en el ordenador del empleado. Y en las *cuentas de correo en servidores de correo corporativo* [...] los administradores del correo tienen acceso directo a estas cuentas, y pueden acceder a ellas cuando quieran, incluso establecer filtros para detectar palabras clave, ficheros adjuntos deseados, etcétera”.²⁹⁹

IV.3.6 Límites a la facultad de control del empresario.

“La determinación de los límites al control tecnológico del empresario emanado de sus derechos constitucionales a la libertad de empresa y a la libertad de información, es una exigencia de la seguridad jurídica que, más que restringir, busca definir el contenido de un derecho que posee el empleador y que puede ejercer legítimamente”.³⁰⁰

Lo primero que debemos decir al respecto es que el control del *e-mail* laboral, en cuanto manifestación de la potestad jurídica de mando, es un control jurídico, por tanto legítimo.

²⁹⁸ *Sniffers* o husmeadores: son programas que ejecutados sobre un nodo de la red (bien sea local o en un nodo de Internet) permiten “husmear” toda la información que esté circulando. Estos programas permiten ver todos los paquetes TCP/IP (la información cuando viaja por la red se fragmenta en estos paquetes) que pasan por un nodo y permiten todo tipo de filtros para buscar palabras o cadenas de caracteres deseados.

²⁹⁹ OVIEDO, María Natalia. *Ob. Cit.*, pp. 49 y 50.

³⁰⁰ MONSERRAT HERNANDEZ, Rubio y HERRERA BRAVO, Rodolfo. *Publicación electrónica citada.*

Lo segundo, es que, aunque legítimo, dicho control empresarial sobre el *e-mail* laboral no puede ser ilimitado. En su ejercicio deben respetarse, tal cual lo dispone el artículo 5º inciso primero del Código del Trabajo, la dignidad y los derechos fundamentales de los trabajadores, particularmente, los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Luego, el control que el empleador haga del *e-mail laboral* de la empresa deberá también sujetarse a lo dispuesto en el artículo 154 inciso final del Código del trabajo: “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”.

Conforme a lo señalado en la citada norma, todo control sobre el *e-mail* laboral deberá cumplir, a lo menos, cuatro condiciones copulativas:

1. Deberá verificarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral.
2. Su aplicación deberá ser de carácter general.
3. Habrá de garantizar la impersonalidad de la medida.
4. Y, en cualquier caso, habrá de respetar la dignidad del trabajador.

Finalmente, señalemos que el citado artículo 154 ha sido también objeto de reparos en doctrina: “En primer término, se hecha en menos que el legislador no haya previsto las condiciones que fundamentan la legitimidad en la aplicación de medidas de control, en concreto nos parece imprescindible que ellas deben adoptarse con el solo fin de resguardar el patrimonio de la empresa. En segundo lugar, es reprochable que la redacción dada por el legislador a la disposición admita una lectura en mérito de la cual la implementación de tales

medidas se verificaría sin publicidad respecto de los trabajadores –en el derecho comparado, cuando menos se prevé comunicación de ellas a sus representantes–, pues si bien se las trata a propósito del reglamento interno, no prevé que tales medidas deban ser explicitadas en el mismo, garantizando con ello un conocimiento anticipado por los trabajadores de su eventual exposición a prácticas intrusivas. En tercer lugar, si bien el legislador formula ciertas exigencias respecto de las medidas de control y su aplicación –idóneas y concordantes, genérica e impersonal–, en atención a la entidad de los derechos que quedan amagados por su implementación, ha debido exigirse que ellas fueren además “necesarias”, esto es indispensables para la consecución de su fin, sin que resulte eficaz una medida diversa”.³⁰¹

IV.3.7 ¿Qué puede hacer el trabajador que ha visto vulnerados sus derechos fundamentales con ocasión del control del e-mail laboral?

En la actualidad, el trabajador afectado en sus derechos fundamentales con ocasión del control del *e-mail* laboral tiene, a lo menos en el plano teórico, la posibilidad de recurrir a los siguientes mecanismos en búsqueda de protección:

En primer lugar, está la posibilidad de recurrir de protección en contra del empleador. Sin embargo, diversos autores han advertido sobre el hecho de que este recurso se ha mostrado absolutamente inútil para la protección de los derechos fundamentales en la relación laboral, argumentando diversas razones para ello:

“En primer lugar, por la construcción jurídicamente neutra del recurso de protección y de la forma de tramitación contenida en el auto acordado complementario, lo que aleja a esta acción especial de los principios propios del

³⁰¹ CERDA SILVA, Alberto. *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*. [en línea] [Revista Chilena de Derecho Informático](#), del Centro de Estudios de Derecho Informático. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. (1): 51 - 63, 2002.

Derecho del Trabajo y de su rol protector directo a favor del trabajador, en cuanto contratante más débil de esta relación jurídica.

En segundo lugar, el recurso de protección es concebido como una acción judicial de carácter extraordinario, lo cual lo hace inoperante para la tutela efectiva de los derechos fundamentales del trabajador, la que entre otros aspectos requiere la declaración de nulidad de los actos lesivos de esos derechos y/o el pago de indemnizaciones al afectado, lo que exige un proceso de fondo ante un juez de grado. [...]

Finalmente, no puede desconocerse el evidente riesgo que el ejercicio de esta acción genera, en términos de estabilidad en el empleo, para el trabajador con una relación laboral vigente. En efecto, frente al ejercicio del recurso de protección es probable que el empleador adopte represalias contra el trabajador, para lo cual dispone del útil mecanismo reconocido por la legislación laboral del despido fundado en “necesidades de la empresa” (artículo 161 del Código del Trabajo).³⁰²

Luego, el trabajador vulnerado en sus derechos podría reclamar administrativamente la aplicación de multas (a beneficio fiscal) en contra del empleador. Al no existir una sanción expresa tipificada por el legislador para los casos de vulneración de derechos fundamentales, corresponde aplicar la disposición básica en materia de sanciones contemplada en el artículo 477 del Código del Trabajo, que al efecto dispone “Las infracciones a este Código y a sus leyes complementarias que no tengan señalada una sanción especial, serán sancionadas con multa de una a veinte unidades tributarias mensuales (UTM), según la gravedad de la infracción”. No obstante, esta alternativa no cumple con resarcir al trabajador.

³⁰² CAAMAÑO ROJO, Eduardo. *La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral*. [en línea] Revista derecho (Valdivia). Julio 2003, Vol. 14, pp. 25-41. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000100002&lng=es&nrm=iso>

Por último, el trabajador afectado en sus derechos fundamentales podría recurrir a la figura del autodespido o despido indirecto. Esta figura, contemplada por el artículo 171 del Código del Trabajo, establece que si el empleador incurre en ciertas conductas indebidas en su relación con el trabajador, que la misma ley señala, o incumple gravemente las obligaciones que impone el contrato de trabajo -actitudes que pueden importar violación de derechos fundamentales de éstos – el trabajador puede ponerle término a dicho contrato, solicitando el pago de las indemnizaciones legales que correspondan (por años de servicio y sustitutiva del aviso previo) más los recargos que sean procedentes (50% a 80%).

Si el tribunal acoge la pretensión del trabajador, ordenará el pago de la indemnización sustitutiva del preaviso y la indemnización por años de servicios legal o convencional, según corresponda, aumentada en un 50% en el caso de la causal del número 7 del artículo 160 del Código del Trabajo y en 80% tratándose de las causales de los números 1 y 5 del mismo artículo. Si el tribunal rechazare el reclamo del trabajador, se entenderá que el contrato ha terminado por renuncia de éste (inciso quinto del artículo 171 del Código del Trabajo) y, por tanto, no tiene derecho a indemnizaciones.

Este mecanismo de protección presenta, como es fácil advertir, una grave falencia consistente en que el trabajador pierde su empleo al ejercerlo y el derecho a la indemnización, que busca compensar esa pérdida, sólo existe en la medida en que dicho trabajador cumpla con los requisitos para ello, es decir tener una antigüedad de un año o más en la empresa. Al respecto debemos recordar que actualmente en nuestro país el empleo presenta un bajo índice de estabilidad. Un problema adicional en el ejercicio de la acción de despido indirecto es de la prueba de la o las conductas violatorias de derechos fundamentales, que en ocasiones puede ser extremadamente difícil e incluso imposible para el trabajador. Así pues, el sistema de protección jurisdiccional de

los derechos fundamentales en la relación laboral actualmente disponible en Chile resulta, en su conjunto, claramente insuficiente.

Sin embargo, el panorama descrito vendrá a cambiar radicalmente a partir de la próxima entrada en vigencia de la Ley N° 20.087, que sustituye al actual Procedimiento Laboral contemplado en el Código del Trabajo.

Como vimos en su momento, dicha normativa contempla la existencia de un nuevo procedimiento, denominado Procedimiento de Tutela Laboral, al cual podrá recurrir el trabajador vulnerado en sus derechos fundamentales, conforme lo dispuesto en el nuevo artículo 485 del Código del Trabajo:

“El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso primero, y 16º, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2º de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.

Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido

esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.

Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos”.

IV.4.- FACULTADES DEL EMPLEADOR PARA IMPONERSE DEL “CONTENIDO” DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS LABORALES.

Admitida la posibilidad de que el empleador pueda efectuar un control sobre el correo electrónico laboral, resta aún determinar la extensión, grado o intensidad que dicho control puede adoptar, esto es, si el empleador debe circunscribirse sólo a realizar un control externo (continente) o si también puede acceder o interceptar el contenido de los mensajes entrantes y salientes.

Sin perjuicio de entender la cuestión como un conflicto o colisión de derechos fundamentales que, como vimos, ha de ser resuelto y enfrentado desde la perspectiva del derecho constitucional, conviene repasar los distintos argumentos dados en doctrina tanto a favor como en contra de la posibilidad de que los empresarios accedan al “contenido” de los mensajes.

Veamos entonces las distintas posturas y argumentos sostenidos al respecto:

IV.4.1 Argumentos a favor de un control sobre el contenido del e-mail laboral:

IV.4.1.1 La titularidad, por parte del empleador, de los medios involucrados en el uso del correo electrónico laboral:

Un primer argumento, nos atreveríamos a decir el principal, a favor de un control sobre el contenido de los *e-mails* laborales, es el de la titularidad de los medios implicados en su envío y recepción.

La dirección del correo electrónico le pertenece al empresario, es un bien del empleador. “Tan así es que en ella figura el nombre o las iniciales de la empresa, que es quien tramitó el dominio, y el nombre del usuario-trabajador sólo figura a los efectos distribución diseccionada del mensaje”.³⁰³

Igual consideración cabe hacer respecto de los demás medios empleados en el envío de *e-mails* laborales. Cuando el trabajador hace uso del correo electrónico de la empresa no sólo está utilizando la cuenta propiamente dicha, que como vimos es de propiedad del empleador, sino que también está haciendo uso de otros bienes o medios de propiedad de la empresa como son: la conexión empresarial a la red, el ordenador de la empresa, la electricidad a cargo de la empresa, etc.

SEMPERE NAVARRO Y SAN MARTIN MAZZUCONI, a nuestro juicio, describen acertadamente la lógica presente entre quienes defienden dicho argumento: “si la empresa ha realizado la inversión en orden a producir bienes o servicios, ella es quien puede legítimamente fiscalizar el correcto uso de su infraestructura”.³⁰⁴

Sin embargo, estimamos que dicha argumentación, por sí sola, no es suficiente para legitimar un acceso al contenido de los *e-mails* laborales.

Por más que se establezca sobre medios ajenos, la comunicación interpersonal envuelta en todo correo electrónico no deja de permanecer al amparo de la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, que

³⁰³ OVIEDO, María Natalia. *Ob. Cit.*, p. 70.

³⁰⁴ SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *Ob. Cit.*, p. 84.

como sabemos, no atiende al medio por el cual se realiza la comunicación para los efectos de otorgar su protección. A los efectos de dicha garantía, una cosa es la comunicación y otra bien distinta es el medio por el cual esta comunicación se lleva a cabo, así como la titularidad de ese medio.

IV.4.1.2 La propiedad del mensaje

Un segundo argumento, derivado del anterior, es el que atiende al título en virtud del cual el empresario accede al contenido de los correos electrónicos: el empresario, en cuanto propietario de los medios que intervienen en un *e-mail* laboral, sería el titular último de la comunicación, por lo que no cabría oponerle a su respecto el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, que sólo despliega efectos frente a terceros.

España, al menos, pareciese inclinarse por la alternativa contraria, ésta es, considerar al empresario como un tercero ajeno a la comunicación: “El empresario, en efecto, no tiene derecho a fiscalizar las comunicaciones privadas o profesionales en las que no participa como interlocutor, término éste, entendido de manera estricta por los tribunales que señalan que la existencia de un contrato no es motivo suficiente para considerar al empresario como un «tercero cualificado» para transgredir el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”.³⁰⁵

IV.4.1.3 La adscripción de la infraestructura informática a fines laborales.

Un tercer argumento, estrechamente vinculado a los ya vistos, dice relación con la adscripción de la infraestructura informática a los fines laborales.

³⁰⁵ MARÍN ALONSO, Inmaculada. *El correo electrónico como manifestación del art. 18.3 CE en el ámbito de la empresa: la supervivencia de la configuración del derecho pese al poder de dirección del empresario*. En: “Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”. (3 al 5 de Diciembre de 2003) Sevilla, España. Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla. [en línea] <<http://www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/InmaculadaMARIN.pdf>>

Como señalamos en su oportunidad, la valoración dominante del *e-mail* laboral sostiene que tratándose de una herramienta de trabajo de propiedad de la empresa, sólo sería regular su uso por el trabajador con fines estrictamente laborales. Por lo mismo, sostienen quienes apoyan esta postura, no debiera entenderse vulnerado el derecho a la intimidad ni a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas por el hecho de que el empresario conozca el concreto uso que se le está dando a esta herramienta de trabajo.

“No estaríamos ante una correspondencia privada entre particulares cuyo secreto deba ser preservado, sino ante una utilización indebida de medios e instrumentos de la empresa para fines ajenos a lo estrictamente laborales. Desde este punto de vista, cuando el trabajador utiliza el correo para fines personales asume el riesgo de que el empresario invada su ámbito de intimidad”.³⁰⁶

IV.4.1.4 El control de la gestión empresarial

Otro argumento, invocado para los efectos de justificar el acceso a los contenidos del *e-mail* laboral, es el de la legítima finalidad de control de la calidad del trabajo, como asimismo la posibilidad de corregir errores en el sistema productivo. Desde esta perspectiva, el fundamento del control no sería otro que el de verificar el óptimo funcionamiento de la empresa mediante la monitorización de los *e-mails* laborales.

“En este sentido, el empresario goza de la facultad de monitorizar los *e-mails* laborales de sus empleados, ya que, por medio de ese control, podrá asegurarse el buen funcionamiento de la empresa: v.gr., que todos los pedidos de los clientes realizados por ese medio sean satisfechos; que las dudas en relación con un determinado producto o servicio sean aclaradas correctamente

³⁰⁶ SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *Ob. Cit.*, p. 85

y, en general, podrá conocer cómo se desenvuelven todas y cada una de las tareas de los empleados a quienes se les ha provisto de esta herramienta para un mejor y más rápido logro de los fines propuestos”.³⁰⁷

En nuestro país, esta finalidad del control es percibida por los empresarios como una de las principales utilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías. “El principal efecto organizacional de las nuevas herramientas online en Chile es un mayor monitoreo de la productividad de los empleados, de los procesos y de la interacción con los clientes”.³⁰⁸

IV.4.1.5 Control del cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales.

En este punto nos referimos a la facultad de quien organiza y dirige la empresa de verificar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, así como de comprobar el grado de diligencia empleada por el trabajador en la ejecución de su trabajo.

IV.4.1.6 Garantizar el patrimonio empresarial

Este argumento toma en consideración en primer lugar la posibilidad de espionaje empresarial, luego, la posibilidad de importar virus.

“La sola necesidad de resguardar la información de la empresa, como asimismo de garantizar su confidencialidad e integridad, justifican el control tecnológico ejercido por el empleador en su empresa”.³⁰⁹

En igual sentido THIBAUT ARANDA, para quien “la cuenta de correo electrónico puede emplearse para filtrar informaciones que integran el

³⁰⁷ OVIEDO, María Natalia. *Ob. Cit.*, p. 65.

³⁰⁸ Fuente: Capítulo chileno del informe "Business and Information Technologies (BIT) 2005". [en línea] <<http://www.paisdigital.org/node/326#attachments>>

³⁰⁹ COMISIÓN DE ESTUDIO DE CORREO ELECTRÓNICO. *Publicación electrónica citada.*

patrimonio empresarial (relativas al secreto empresarial o de los clientes de la empresa) a terceros”.³¹⁰

Por su parte, el uso indebido e incontrolado de Internet y del correo electrónico puede generar inconvenientes en el sistema informático. Los programas *shareware* y *freeware* que se bajan de Internet y los *e-mails* que se reciben pueden contener virus que afecten gravemente a las computadoras de las empresas, con eventuales pérdidas de información valiosa para las mismas. Asimismo, el uso “abusivo” de dichos recursos informáticos podría congestionar el acceso a la Web, debido al uso indiscriminado de los accesos y de la información que se transfiere.

IV.4.1.7 El riesgo de daño a la imagen y prestigio de la empresa:

Otro argumento, comúnmente invocado a la hora de avalar un control sobre los contenidos, es la posibilidad de que la empresa vea comprometida su imagen y prestigio con ocasión de uso irregular del *e-mail* laboral por parte de los trabajadores, ello como consecuencia de la natural identificación que respecto del *e-mail* laboral se da entre empresa trabajador.

“En este sentido, el trabajador posee una cuenta que si bien puede contener su nombre para identificación del usuario y la identificación de su persona con los actos que gestiona a través de su cuenta, también contiene un elemento que distingue a la empresa y por medio del cual quedan fusionadas todas sus actuaciones con esa empresa que le otorga la cuenta. Por ello, cada actuación que realice el usuario, indefectiblemente será una actuación que un tercero que reciba un mensaje por esa vía, identificará con la empresa que aparece en la dirección digital”.³¹¹

³¹⁰ THIBAUT ARANDA, Javier. *Publicación electrónica citada.*

³¹¹ CASTRO BONILLA, Alejandra. *Publicación electrónica citada.*

Algunos autores han llegado incluso a plantear la analogía entre enviar un mensaje desde la cuenta de correo electrónico de la empresa y el remitir una carta con membrete.³¹²

IV.4.1.8 Prevenir eventuales responsabilidades:

La necesidad del empresario de precaver eventuales y futuras responsabilidades derivadas del uso del *e-mail* laboral por parte de los trabajadores, es otro de los argumentos utilizados para justificar el control del correo electrónico de la empresa. Y es que, como vimos en su oportunidad, el empresario no es solo responsable de sus propios hechos sino también del hecho de sus dependientes.

IV.4.1.9 La disponibilidad de acceso a una cuenta particular

Este argumento atiende a las enormes posibilidades que disponen hoy en día las personas para acceder a una cuenta personal y gratuita. "...quienes defienden este argumento consideran que si el ciudadano tiene acceso gratuito a cuentas de correo en Internet, la cuenta de correo que proporciona la empresa no tiene porqué ser utilizada para fines personales o privados. Incluso se autoriza dentro de esta perspectiva, el control patronal sobre el contenido del correo, pues se interpreta que la cuenta no pertenece al usuario sino al patrono".³¹³

IV.4.1.10 El perjuicio patrimonial para la empresa

Este argumento más que atender al coste asociado al envío y recepción de los correos electrónicos (que en la actualidad por la existencia de planes de

³¹² La reflexión pertenece a GARCIA VIÑA, J. *Relaciones laborales e Internet*. En: SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *Ob. Cit.* p. 86

³¹³ CASTRO BONILLA, Alejandra. *Publicación electrónica citada*.

tarifa plana es despreciable, cuando no inexistente para el empleador) se detiene en el perjuicio patrimonial que podría derivarse para la empresa a consecuencia de una disminución del rendimiento laboral del trabajador.

Cuando el trabajador destina parte de su jornada del trabajo a la elaboración, envío y lectura de correos electrónicos de carácter personal, no sólo está incumpliendo con sus obligaciones laborales sino, que además, está produciendo un perjuicio patrimonial para la empresa para la cual trabaja, ello como consecuencia de la disminución de los rendimientos laborales, tanto los propios como los de sus compañeros de trabajo, cuando éstos son los destinatarios del mensaje.

IV.4.1.11 Asimilación a una postal

Una de las particularidades del correo electrónico es que, salvo que se proteja con una técnica de cifrado o encriptación, el contenido del mensaje puede ser fácilmente leído tanto por el proveedor de servicios (postmaster) como por aquellos que, mediante el empleo de la tecnología adecuada, intercepten el mensaje de correo electrónico mientras viaja.

En el ámbito laboral, la interceptación puede proceder, además, del empresario titular de la herramienta de trabajo que, por distintas vías, puede vulnerar la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Es precisamente, a causa de la facilidad en su interceptación que se ha pretendido homologar al correo electrónico con una tarjeta postal, la que al transmitirse por un canal abierto, no se encontraría amparada por la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

En nuestro país, esta tesis ha sido defendida por Renato JIJENA: “El análisis no puede desconocer la naturaleza y características de los correos electrónicos,

que son el equivalente de las "tarjetas postales", esto es, que circulan por las redes en forma abierta y cualquier administrador de un servidor de correos puede visualizarlo sin realizar ninguna operación clandestina, de espionaje, de intrusión o de "pinchazo".³¹⁴

El citado autor, sólo reconocería el carácter de privado a los correos encriptados. "Si un usuario quisiera agregar confidencialidad o reserva a sus correos, simplemente debe utilizar mecanismos de encriptación o codificación para hacerlo. Es la conducta equivalente a cerrar el sobre que mandaremos por la oficina de correos. Sólo en la medida que un tercero distinto al emisor y al receptor de un mensaje -que están habilitados técnicamente para entender o conocer el contenido del documento codificado- rompa o vulnere la encriptación de un *e-mail* protegido técnicamente, encriptado o codificado, estimo, podría hablarse de que se ha vulnerado la garantía constitucional aludida, porque ese correo claramente constituía una correspondencia inviolable y una forma de comunicación privada, reservada o confidencial".³¹⁵

Sin embargo, no cuenta con muchos seguidores esta tesis:

Inmaculada MARÍN ALONSO, rechaza la idea de la asimilación, para ello discute el argumento de que los correos electrónicos se encuentran en una red esencialmente "abierta". "Dicha circunstancia no se corresponde, a mi juicio, con la naturaleza del correo electrónico pues, conforme a las precisiones técnicas expuestas, éste se transmite por un canal cerrado de comunicación y presupone, en todo caso, una expectativa de secreto sobre la comunicación misma".³¹⁶

³¹⁴ JIJENA LEIVA, Renato. *Sobre la Confidencialidad e Inviolabilidad de los Correos Electrónicos*. [en línea] <<http://www.ecampus.cl/htm/derecho.htm>>

³¹⁵ *ibidem*.

³¹⁶ MARÍN ALONSO, Inmaculada. *Ob. Cit.*, p. 134.

En el ámbito nacional, Claudio MAGLIONA, también rechaza el símil de la postal. “Tampoco convence la posición de algunos autores que consideran al correo electrónico como una forma de comunicación no privada, en el sentido de equiparlo a una postal, debido a que el administrador de un servidor de correos puede fácilmente acceder al contenido de los mismos. La facilidad para acceder al contenido no puede ser el elemento que determine el carácter de privado de un correo electrónico, documento, etc.”³¹⁷

Una postura similar sostiene, 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”. Empero, y a continuación, deja abierta la posibilidad de acabar con dicha expectativa de privacidad. “La excepción es que la empresa haya explicitado el uso estrictamente institucional al trabajador, con lo cual éste sabe que todos los mensajes adquieren ese carácter”.³¹⁸

Finalmente, Raúl ARRIETA, quien, sin entrar a analizar la idea del símil, defiende la autosuficiencia de la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones: “El contenido de la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas ha de ser lo suficientemente preservada como para asegurar que si aun el emisor del mensaje no adopta medidas especiales para proteger el contenido de éste, cualquier intromisión, no autorizada por la ley, se considere como una lesión de un derecho fundamental. [...] De este modo, desestimamos cualquier consideración que discurra sobre la base de que las personas deben realizar acciones destinadas a proteger el secreto de la

³¹⁷ MAGLIONA, Claudio. *Chile: Privacidad Del Correo Electrónico En La Empresa*. [en línea] Alfa-Redi, Revista de Derecho Informático. Noviembre del 2002, número 052. <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1407>>

³¹⁸ DE LA MAZA, Iñigo. *Privacidad Cuestionada*. [en línea] <<http://diario.elmercurio.com/2004/10/22/nacional/claves/noticias/AF9303BE-EA6F-4E92-AF58-398915E1F00A.htm?id={AF9303BE-EA6F-4E92-AF58-398915E1F00A}>>

comunicación para evitar que destinatarios no deseados tengan acceso a ésta”.³¹⁹

IV.4.1.12 Evitar eventuales conductas indeseadas de parte del trabajador.

Se argumenta que con un adecuado control del uso del *e-mail* laboral podrían evitarse situaciones indeseadas, como podrían ser: el acoso sexual a compañeros, superiores o terceros ajenos a la empresa, la utilización del correo electrónico para transmitir insultos o injurias en contra de otras empresas o particulares y eventuales violaciones a la ley de propiedad intelectual o artística.

IV.4.2 Argumentos que rechazan un control sobre el contenido del *e-mail* laboral:

IV.4.2.1 Los derechos fundamentales de los trabajadores.

Los poderes empresariales no son absolutos, sino que reconocen límites, dentro de los cuales, como vimos en su momento, los derechos fundamentales de los trabajadores ocupan una situación privilegiada.

La idea misma de un acceso indiscriminado al contenido de los *e-mails* laborales repulsa a los derechos fundamentales de los trabajadores: intimidad, derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, entre otros.

IV.4.2.2 La protección Penal:

Atendida la protección penal otorgada en la mayoría de las legislaciones al secreto de las comunicaciones, cualquiera forma de interferencia o intrusión del empleador en la comunicación de sus trabajadores a través del correo

³¹⁹ ARRIETA CORTÉS, Raúl. *Art. Cit.*

electrónico sería constitutiva de un ilícito penal. Sobre la materia volveremos más adelante.

IV.4.2.3 Posturas que asignan a la clave o *password* el carácter de indicador de privacidad

Un claro indicio de privacidad es que el trabajador posea una clave personal de acceso a la cuenta.

“La existencia de esa clave personal de seguridad que tiene todo correo electrónico lo reviste de un contenido privado, íntimo y por lo tanto investido de todas las garantías derivadas que dan las normas jurídicas para la comunicación privada y la intimidad. Traspasar esa puerta de seguridad virtual que el usuario ha creado con fines diferentes al proceso de comunicación electrónico sería violar la intimidad e inmiscuirse en el ámbito de lo privado”.³²⁰

IV.4.2.4 La relación medios- fines del control.

“Efectivamente, el uso indebido del instrumento de trabajo es una conducta sancionable, y si desborda el margen de tolerancia racional del uso extralaboral, nada obsta a que el empresario ejercite su poder disciplinario; sin embargo, eso no habilita a este último a ir más allá de lo que la verificación de la infracción exige. Una vez comprobado el uso irregular, el pretender conocer otros datos sobre el contenido concreto de ese uso vulneraría el derecho a la intimidad del trabajador”.³²¹

En nuestra opinión, este último razonamiento representaría la correcta forma de abordar el tema: el reproche ha de buscarse no en el contenido del *e-mail* laboral sino en el contexto que ellos se realizan. “...a efectos laborales, lo que

³²⁰ GIRALDO QUINTERO, Argiro Artenio. *Publicación electrónica citada*.

³²¹ SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *Ob. Cit.* p. 85.

resulta relevante no es el contenido de la comunicación, sino su carácter extralaboral, que es perceptible en la inmensa mayoría de los casos sin necesidad de acceder a la misma, con la sola constatación de la dirección de correo a la que se dirige, incluso sin necesidad de entrar en mayores detalles sobre la identidad del receptor. Por ello no es posible en principio, afirmar la licitud del examen del contenido de la comunicación misma, bastando con el análisis de las circunstancias que permiten identificarla como externa: la dirección de correo electrónico fundamentalmente”.³²²

En la misma línea, María FERNÁNDEZ ESTEBAN,³²³ quien enumera una serie de medidas que pueden adoptarse respecto del correo electrónico y que pueden considerarse “restricciones aceptables” por ser medidas “estrictamente imprescindibles para el ordenado desenvolvimiento de la actividad empresarial”. Entre ellas, el control de datos externos del correo con distintos fines; control del número de mensajes y ocupación de la red, control de antivirus y del volumen de los mensajes; rechazo automático de ciertos ficheros tipo “attachements”. Es decir, todos controles externos de la comunicación, donde no haya interceptación del mensaje.

IV.4.2.5 Equiparación del correo postal con el correo electrónico a los fines de su protección. Posturas que niegan tal equiparación.

Otro argumento bastante utilizado para los fines de su protección ha sido el de asimilarlo al correo tradicional.

“La regulación del correo electrónico y su equiparación con el correo epistolar ha merecido un tratamiento similar en la jurisprudencia y legislación de los distintos países, constituyendo la regla su protección en los mismos

³²² FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Art. Cit.*

³²³ FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Estudio de la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el secreto de las comunicaciones entre particulares, en especial en el ámbito de la empresa.* En: OVIEDO, María Natalia. *Ob. Cit.*, p. 74.

términos que la correspondencia tradicional. La excepción a tal protección amplia está dada en algunos países por la distinción que realizan respecto del correo electrónico generado a partir de una relación laboral.³²⁴

Fue “Una sentencia del Tribunal Supremo de Francia estableció por primera vez, el 2 de Octubre de 2001, la naturaleza jurídica del correo electrónico, otorgándole la misma condición que la correspondencia tradicional (la inviolabilidad de la correspondencia privada), tras determinar que la revisión de los correos privados de los trabajadores no es lícita ni siquiera en los casos en que se haya prohibido la utilización privada del computador”.³²⁵

Raúl ARRIETA CORTÉS, es uno de los partidarios de esta tesis: “el correo electrónico posee una naturaleza similar con la del correo tradicional. Así, estimamos que debe gozar de la misma protección otorgada a las comunicaciones en papel por los instrumentos jurídicos internacionales y la propia Constitución Política”.³²⁶

No obstante todo lo señalado, estimamos que en nuestro país no se hace necesario equiparar al correo electrónico con el correo tradicional. Ello en razón del elemento de neutralidad tecnológica empleado por el constituyente a la hora de formular la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Elemento, que como vimos, prescinde del medio empleado para realizar la comunicación. El correo electrónico se encuentra amparado por la garantía contenida en el artículo 19 N° 5 sin necesidad de recurrir a las analogías que, por lo demás, no se condicen con la especial naturaleza de este nuevo medio de comunicación.

³²⁴ COMISIÓN DE ESTUDIO DE CORREO ELECTRÓNICO. *Publicación electrónica citada.*

³²⁵ JURI, Ricardo. *Contexto jurídico del correo electrónico: Falta de regulación en comunicación vía e-mails es potencial fuente de conflictos en el trabajo.* [en línea] <http://www.derecho.uchile.cl/noticias/2004/profesor_r_juri_analiza_contexto_juridico.htm>

³²⁶ ARRIETA CORTÉS, Raúl. *Art. Cit.*

IV.4.2.6 Posturas que rechazan todo control ante la imposibilidad de realizar una discriminación previa.

“Puesto que no es posible realizar ningún tipo de selección previa, discriminando lo que es laboral y lo que no lo es, lo que hay que cuestionar es el principio mismo del control, del seguimiento de lo hecho por el trabajador mediante la monitorización del ordenador o el examen de su contenido, porque una vez que éste se ha iniciado, la intimidad se ha desvelado, el secreto de la comunicación se ha menoscabado”.³²⁷

IV.4.2.7 Finalmente, lo señalado a propósito del “uso social” de este medio de comunicación.

En lo referente, nos remitimos a lo señalado en su oportunidad.

IV.4.3 Posturas intermedias

También es posible encontrar algunas posturas que denominaremos de intermedias: que bajo ciertos supuestos aceptan un control sobre los contenidos de los mensajes enviados y recibidos a través del *e-mail* laboral.

IV.4.3.1 Las que exigen consentimiento previo del trabajador.

Dentro de estas posturas es posible ubicar a Pedro URCELAY LOZANA,³²⁸ abogado español experto en Derecho Laboral, quien entiende que en ningún caso, podrá examinarse el contenido de dicha correspondencia electrónica salvo consentimiento expreso del trabajador, puesto que forma parte de su derecho constitucional a la intimidad y está protegido por el secreto de las comunicaciones.

³²⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Art. Cít.*

³²⁸ URCELAY LOSANA, Pedro Aitor. *Publicación electrónica citada.*

Colas NEILA, profesor de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona, por su parte, va todavía más allá y exige de parte del trabajador un doble consentimiento, “En primer lugar, con carácter general, en relación con la prohibición de utilización del equipo informático para finalidades privadas y la obligación de un uso exclusivamente profesional, con la posibilidad de controlar el cumplimiento de tal obligación. Y, en segundo lugar, consentimientos, igualmente expresos, puntuales; es decir, cada vez que el empresario considere que existe algún indicio de incumplimiento de aquella obligación y pretenda comprobar si es cierto o no”.³²⁹

IV.4.3.2 Posturas que bajo ciertos supuestos prescinden del consentimiento previo de parte del trabajador.

Natalia OVIEDO, partidaria de un control sobre los contenidos de los *e-mails* laborales, distingue dos hipótesis a la hora de evaluar la necesidad de contar con el consentimiento del trabajador:

La primera hipótesis considera que cumpliéndose con ciertos requisitos no sería necesario contar con dicho consentimiento del trabajador: “una vez definida la política empresarial en relación con la utilización del *e-mail* laboral y las prerrogativas del contralor de la empresa y luego de su comunicación al empleado, el empleador puede proceder, sin más, a revisar el correo electrónico de los trabajadores sin que sea necesario su consentimiento”.³³⁰

“La herramienta de comunicación en cuestión es de propiedad de la empresa y el empleado no está autorizado para usarla para cuestiones vinculadas a lo personal. Luego, si lo hace, sabiendo que la empresa está facultada para revisar su contenido, implícitamente está consintiendo en que

³²⁹ COLAS NEILA. Eusebi. *Nuevas tecnologías, obtención de pruebas y derechos fundamentales*. En: OVIEDO, María Natalia. *Ob. Cit.*, p. 84.

³³⁰ OVIEDO, María Natalia. *Ob. Cit.*, p. 84

ésta acceda a dicha información. Y, en dicho caso, no puede hablarse de violación de su derecho a la intimidad”.³³¹

La segunda hipótesis, entiende que en ausencia de una política de la empresa o ante una política permisiva de parte de la misma, sería siempre necesario contar con el consentimiento expreso del trabajador para llevar adelante un control sobre los contenidos de los mensajes: “Ahora bien, cuando nada se hubiere previsto en el reglamento sobre las condiciones de utilización de la herramienta informática ni, consecuentemente, sobre los controles que puede ejercer la empresa, o cuando en las normas reguladoras del uso del correo electrónico se haya contemplado la posibilidad de que el trabajador pueda utilizar este medio para cuestiones personales, si el empresario pretende revisar los *e-mails* laborales deberá contar con el expreso consentimiento del trabajador”.³³²

En similares términos, José Luis GOÑI,³³³ para quien “En las indicadas condiciones de información y publicidad (de la política empresarial), debe considerarse legítimo la posibilidad de acceso del empresario al correo electrónico del trabajador sin requerir su consentimiento ni recabar autorización judicial. El vínculo jurídico existente el empresario y el trabajador y el consentimiento tácito otorgado por el trabajador para intervenir la comunicación, habilitan al empresario para entrar en el ordenador y acceder a los mensajes vertidos por el trabajador al sistema”. Para el citado autor “Tanto en el caso en que se le advierte previamente de que puede ser objeto de control y no da una respuesta negativa, como cuando se le avisa como condición de acceso al sistema que la información enviada debe ser estrictamente laboral y lo acepta, puede perfectamente entenderse que se otorga el consentimiento a que el empresario ejerza un control sobre los mensajes electrónicos”.

³³¹ *Ibidem*, p. 76.

³³² OVIEDO, María Natalia. *Ob. Cit.*, p. 86

³³³ GOÑI SEIN, José Luis. *Ob. Cit.*, p. 81.

Martín PARDO DE VERA, por su parte, también considera ciertos requisitos que permitirían presumir el referido consentimiento del trabajador: “Si el empresario avisa previamente de la posibilidad de interceptación de los mensajes y se realiza con las debidas garantías para asegurar que no se ha manipulado, el empresario no debería ser acusado de violar el secreto de las comunicaciones, puesto que el trabajador ha otorgado un consentimiento tácito para esa interceptación en el momento en que conoce tal posibilidad y, aun así, decide hacer uso de este medio para fines personales”.³³⁴

Para Alfonso VILLAHERMOSA IGLESIAS, un acceso indiscriminado al contenido de los mensajes sólo estaría justificado “con las garantías de llevarse a cabo durante la jornada laboral y en presencia del representante de los trabajadores”.³³⁵

Finalmente, José MERINO MERCHAN, quien sostiene que “el empresario sólo podría controlar el correo electrónico de sus empleados, siempre que pudiese probar la mala fe de estos últimos en el uso de los ordenadores en el centro de trabajo y que tal control, incluida la requisa del ordenador, se lleve a cabo ante la presencia de los representantes de los trabajadores o, en ausencia de éstos, de otro trabajador de la empresa”.³³⁶

³³⁴ MARTÍN PARDO DE VERA, María. *El uso del correo electrónico en el trabajo*. <http://www.informatica-juridica.com/trabajos/el_uso_del_correo_electronico_en_el_trabajo.asp>

³³⁵ VILLAHERMOSA IGLESIAS, Alfonso. *Publicación electrónica citada*.

³³⁶ MERINO MERCHAN, José Fernando. *El control sobre el correo electrónico de los trabajadores*. [en línea] <http://www.injef.com/revista/sitios/jfmm_001215.htm>

IV.5.- JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN COMPARADA RESPECTO DEL USO DEL *E-MAIL* LABORAL Y LAS FACULTADES DE CONTROL DEL EMPRESARIO.

Con el presente capítulo buscamos ofrecer una visión amplia sobre cómo han sido abordados el uso del *e-mail* laboral y las facultades de control empresarial en distintos países del mundo, tanto a nivel jurisprudencial como legislativo.

En el ámbito normativo, haremos mención a algunas de las legislaciones que se han preocupado del tema, haciendo un especial hincapié en la normativa española que por su sistema jurídico continental guarda mayores semejanzas con nuestro sistema jurídico.

Desde el punto de vista jurisprudencial, mencionaremos los fallos judiciales más relevantes dictados recientemente en el ámbito comparado.

IV.5.1.- Legislación comparada

IV.5.1.1 Gran Bretaña

Gran Bretaña, es uno de los países pioneros en resolver legislativamente sobre estos temas, por cierto, en favor de los empleadores quienes han sido facultados por ley para revisar unilateralmente los correos de sus trabajadores.

La “Regulations of Investigatory Powers Act” (Ley sobre Poderes Inquisitoriales), aprobada por el parlamento británico en el mes de julio de 2000, es la que establece el principio general de que no está permitida la interceptación de las comunicaciones sin el consentimiento de los

interlocutores, salvo dos excepciones: interceptación realizada en interés de la seguridad del Estado y la interceptación de las comunicaciones de los trabajadores. Con ello crea todo un marco legal para la interceptación de todo tipo de comunicaciones.

A su vez, la “Regulation of Investigatory Powers Act” facultó al Gobierno para elaborar una regulación sobre la interceptación de las comunicaciones de los trabajadores, lo que llevó a la publicación de la controvertida “Lawful Business Practice Regulations” (Reglamento sobre las Prácticas Comerciales Lícitas) en octubre de 2000.

Dicho reglamento otorga amplias facultades al empleador para los efectos del control del *e-mail* laboral. Si bien, consagra la regla general de que no se debe interceptar las comunicaciones sin el consentimiento de los trabajadores; a continuación, admite numerosas hipótesis que legitimarían tal control empresarial prescindiendo del consentimiento del trabajador, permitiendo así un acceso rutinario al correo electrónico y a las llamadas de sus empleados bajo el amparo de la ley.

Los supuestos (“prácticas comerciales lícitas”) que permiten la interceptación y registro de las comunicaciones, sin el consentimiento del trabajador son:

- “a) Para constatar hechos: Este supuesto se refiere a la necesidad empresarial de conservar registrados determinados hechos, tales como la información relativa a los pedidos y compras efectuadas por sus clientes, para utilizarlos en la contabilidad empresarial y en la resolución de posibles conflictos o litigios.
- b) Para comprobar o probar el cumplimiento de las normas: Esta excepción se refiere a la necesidad de comprobar que se están cumpliendo las normas de conducta. Tales normas pueden ser tanto obligaciones legales como normas externas (como las normas industriales) que no constriñen legalmente. También

quedan incluidas las normas adoptadas por el propio empresario, y de este modo se permite que el mismo intercepte las comunicaciones sin el consentimiento de los empleados, por formar ello parte de la política empresarial sobre formación de los trabajadores y control de calidad.

c) Acceso por parte de las fuerzas de seguridad en interés de la seguridad nacional.

d) Para prevenir y detectar delitos

e) Para investigar y detectar el uso no autorizado de los sistemas de telecomunicación: Esta excepción permite que el empresario se asegure de que sus trabajadores respetan la política empresarial sobre uso de los equipos informáticos, como por ejemplo, las restricciones que se puedan imponer con respecto al uso privado del correo electrónico e Internet.

f) Interceptación (pero no registro) de las llamadas a las helplines (teléfonos de la esperanza): Este supuesto se añadió como respuesta a una cuestión muy específica. Los servicios helplines cuentan con una gran implantación en Inglaterra. Algunas ONG que han dirigido estos servicios han detectado que, sobre todo después de llamadas difíciles, sus voluntarios pueden verse necesitados de apoyo emocional o psicológico, y por consiguiente, han puesto en práctica controles sobre las llamadas para proteger a éstos. La regulación confirma que esta práctica se puede seguir llevando a cabo.

g) Para asegurar el buen funcionamiento del sistema: Este supuesto se incorporó como respuesta a las cuestiones planteadas por los empresarios sobre la posibilidad de que los límites a su facultad de interceptar las comunicaciones pudieran obstaculizar su capacidad para mantener el buen funcionamiento de los sistemas informáticos. De suerte que la regulación ha sido ampliada para permitir aquellas interceptaciones destinadas a tareas, tales como comprobar la presencia de virus y asegurarse de que el almacenamiento de ficheros personales de los trabajadores no afecta a la velocidad y eficiencia del sistema.

h) Interceptación (pero no registro) para comprobar si la comunicación es relevante para la empresa: Este supuesto se ha incluido en relación con aquella situación en la que el trabajador se ha ausentado temporalmente de su puesto de trabajo, y la empresa desea conocer sus comunicaciones (como las almacenadas en la cuenta de correo electrónico o en el buzón de voz) para comprobar si son mensajes profesionales que pudieran ser atendidos antes de que el trabajador se reincorpore (pedidos urgentes y consultas de los clientes, por ejemplo).

Ahora bien, para cada uno de estos ocho supuestos, son de aplicación las siguientes tres condiciones generales:

En primer lugar, el único objetivo de la interceptación debe ser controlar y (si procede) registrar la información relevante para la actividad empresarial. Esto es, la información debe estar relacionada con actividades legítimas de la organización empresarial. Si el empresario intenta interceptar otro tipo de información o ambas a la vez, entonces la regulación sobre "prácticas comerciales lícitas" deja de ser de aplicación. En segundo lugar, el sistema de telecomunicaciones sujeto a control debe estar completa o parcialmente destinado a usos relativos a la actividad empresarial. De nuevo aquí el gobierno parece estar subrayando que las excepciones sólo se aplican en el contexto de una relación laboral. En tercer lugar, la regulación exige que la persona encargada de controlar el sistema realice todos los esfuerzos razonables para informar a las personas que puedan usar el sistema de la posible interceptación de la comunicaciones".³³⁷⁻³³⁸

³³⁷ JEFFERY, Mark. *Carta Blanca para espiar a los trabajadores? Perspectivas inglesas sobre poder informático e intimidad*. En: Seminario "Poder informático e intimidad: límites jurídico-laborales y penales al control empresarial" (30 de marzo de 2001). Barcelona, España. Estudios de Derecho y Ciencias Políticas de la UOC. [en línea] <<http://www.uoc.es/web/esp/art/uoc/0109042/jeffery.html>>

³³⁸ Luego de la presión ejercida por los telecentros (*call centres*), el gobierno inglés aceptó limitar dicho deber de informar a los "usuarios directos del sistema" (como es el caso de los trabajadores), dejando fuera de dicha obligación a los terceros.

La “Lawful Business Practice Regulations”, dio pábulo a todo un intenso debate en el Reino Unido acerca de los límites del empresario en su poder de control de las comunicaciones, planteándose desde un comienzo su posible confrontación tanto con el artículo 8º 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).

Con posterioridad, the Information Commissioner, autoridad de control para el tratamiento de datos personales, emitió un código de conducta, mediante el cual se buscó mitigar los efectos de la regulación antedicha.

IV.5.1.2 Estados Unidos

En los **Estados Unidos** la situación no es muy distinta.

Estados Unidos cuenta con dos leyes de protección: The Federal Wiretapping Act y the Electronic Communications Privacy Act de 1986.³³⁹ Esta última fue aprobada con el claro propósito de “actualizar y aclarar las protecciones y estándares federales de intimidad a la luz de los cambios dramáticos que han ocurrido con el advenimiento de nuevas tecnologías de telecomunicaciones y de computadoras”.

La Electronic Communications Privacy Act de 1986 (Acta de Privacidad de las Comunicaciones Electrónicas, también conocida como ECPA) establece como regla general la prohibición de interceptación u obtención de acceso a comunicaciones electrónicas. Sin embargo, contiene 3 excepciones a dicha prohibición: la excepción dada por el consentimiento, excepción del curso corriente del negocio y la excepción del proveedor.

³³⁹ Si bien, ninguna de estas normativas se refieren específicamente al correo electrónico, las cortes han interpretado que el correo electrónico queda contenido dentro de la definición de comunicación electrónica.

La primera excepción permite que el empleado preste su consentimiento tanto a una interceptación de la comunicación electrónica como al acceso por parte de un tercero de una comunicación almacenada. La segunda excepción se concentra en el propósito de la interceptación y la revelación de la comunicación. Si el propósito es para proteger el sistema de computadoras, la excepción, y por consiguiente, de ordinario, la intervención es válida. La tercera excepción, conocida generalmente como la excepción de extensión telefónica, permite la interceptación de la comunicación por parte del proveedor del servicio, si la misma se produce en curso corriente del negocio, o si es necesario por el rendimiento del servicio o por los derechos de propiedad de la compañía. Si cabe señalar que no se aplica a comunicaciones cuya base es un sistema de computadoras interconectadas.

Muchos Estados han adoptado leyes similares a la ley federal que protege los derechos individuales de privacidad en la comunicación electrónica. Para ello han seguido la estructura básica de la E.C.P.A.

La diferencia principal entre los estatutos estatales y el estatuto federal se encuentra en lo referente a las excepciones, donde las excepciones contenidas en los estatutos son notoriamente menos indulgentes que en su homóloga federal.

La Ley de Florida para la Seguridad de las Comunicaciones, constituye un ejemplo útil del esquema típico que adoptan los estatutos estatales. La ley de Florida, aunque inicialmente redactada a base de la ley federal, ha sufrido enmiendas que han limitado considerablemente la excepción del consentimiento. Desde 1974, se requiere el consentimiento previo de todas las personas que toman parte en la comunicación para que la excepción aplique. Maryland, también requiere el consentimiento de ambas partes para que el empleador pueda vigilar el correo electrónico.

Nebraska, por su parte, permite que los empleadores intercepten el correo electrónico en el curso del negocio.

En el año 1996 se adopta la ley de telecomunicaciones, que reestructura el régimen normativo de EEUU sobre la materia e impone a los proveedores de servicios varias obligaciones específicas relativas a la intimidad.

En 1997, la Federal Trade Comisión, prestó creciente atención a los problemas relacionados con el respeto a la intimidad y recientemente La Notice Of Electronic Monitoring Act pretende exigir al menos que las empresas, antes de controlar las comunicaciones electrónicas, notifiquen a sus empleados el sistema y frecuencia de control, así como el uso de la información obtenida.

IV.5.1.3 Holanda

La Ley de Protección de Datos Personales, que entró en vigencia a comienzos del año 2001, permite el monitoreo de las actividades electrónicas de los trabajadores con la participación de sindicatos y representantes de los trabajadores en el diseño del sistema de control. Asimismo, obliga a la empresa a hacer públicas las conclusiones del control a los trabajadores.

IV.5.1.4 Japón:

En el mes de agosto del año 2000, entró en vigencia la nueva ley de interceptación de las comunicaciones, por la cual se permite el acceso a los correos electrónicos en el curso de la investigación de crímenes serios, es decir, aquellos que implican drogas ilegales, armas, asesinatos, entre otros.

IV.5.1.5 Italia:

“El Statuto dei Lavoratori (en adelante SL) dedica, en concreto, dos de sus artículos a la tutela de la privacidad del trabajador frente al control informático:

el artículo 8 SL, que contiene la prohibición general dirigida al empleador de realizar indagaciones sobre las opiniones políticas, religiosas o sindicales del trabajador o sobre hechos irrelevantes a efectos de valorar su aptitud profesional; y el art. 4 SL, en el que se prohíbe, con carácter general, el uso de instalaciones audiovisuales y de otros aparatos con finalidades de control a distancia. No obstante lo cual, se admite una excepción, cuando venga impuesto por <<exigencias organizativas y productivas o bien por la seguridad del trabajo>>. En el caso de que de ellos derive, también, la posibilidad de control a distancia de la actividad de los trabajadores pueden ser, solamente, instalados, previo acuerdo con las representaciones sindicales de empresa o bien, a falta de éstas, con la comisión interna. Esta protección se refuerza a través de lo dispuesto en el art. 38 SL, que tipifica como delito lo establecido en el art. 4 SL.

El legislador italiano ha advertido la peligrosidad que para la libertad y dignidad de los trabajadores supone una forma de control de aquel tipo y por ello en su art. 4 SL, consagra una tutela del trabajador ante la indiscriminada utilización de los medios tecnológicos. Ahora bien, literalmente, el control prohibido es el realizado mediante instalaciones audiovisuales y <<otros aparatos>>. Esta última expresión ha constituido el centro de un debate interpretativo, a raíz del desarrollo de los controles informáticos; sin embargo, la postura mayoritaria de la Doctrina coincide en señalar que en la expresión <<otros aparatos>>, tienen cabida los controles realizados a través de medios informáticos. El art. 4 SL, por otra parte, hace mención a que tales aparatos pretendan realizar controles <<a distancia>>, refiriéndose con esta expresión tanto a la distancia espacial como temporal ya que el control realizado por los ordenadores es un control que puede tanto operar en <<tiempo real>> como

manifestarse en forma de <<control histórico>>, que se realizará sobre la base de los cuantiosos datos memorizados, a disposición del empresario”.³⁴⁰

IV.5.1.6 Portugal:

Con la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2003 de la Ley 99/2003, de 27 de agosto, fue aprobado el nuevo Código del Trabajo, que reúne de forma sistemática legislación laboral que estaba diseminada en cerca de cincuenta disposiciones legales de diferentes épocas y concepciones políticas y sociales. En su artículo 21 consagra expresamente, en el contexto laboral, el derecho de confidencialidad del trabajador relativo al contenido de los mensajes electrónicos de naturaleza personal.

Artigo 20º Meios de vigilância a distância

1 — O empregador não pode utilizar meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador.

2 — A utilização do equipamento identificado no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a protecção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade o justifiquem.

3 — Nos casos previstos no número anterior o empregador deve informar o trabalhador sobre a existencia e finalidade dos meios de vigilância utilizados.

Artigo 21º Confidencialidade de mensagens e de acesso a informação

1 — O trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através

³⁴⁰ CARDONA RUBERT, María Belén. *Ob. Cit.*, en nota al pie Nº 85, p. 58.

do correio electrónico. devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional.

2 — O disposto no número anterior não prejudica o poder de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio electrónico.

IV.5.1.7 España:

Al igual que nuestro país, carece de una normativa específica que regule tanto el uso como el control del *e-mail* laboral. Sin embargo, ello no ha sido obstáculo para que la cuestión se plantee a partir de la normativa existente.

El debate jurídico nace en España de la confrontación entre el poder de dirección empresarial, que permite al empresario la adopción de medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, y los derechos fundamentales de los trabajadores, particularmente, los consagrados en el artículo 18 de la Constitución Política Española: derecho a la intimidad personal y derecho al secreto de las comunicaciones.

Las normas aplicables a la materia podemos encontrarlas, fundamentalmente, en la Constitución española y el Estatuto de los Trabajadores español. Asimismo, habrá de considerar lo dispuesto en el Código Penal del mismo país y lo señalado en la Ley sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen.

Mientras que el poder de dirección empresarial se funda en el artículo 38 de la Constitución Española, en el que “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. Los derechos a la

intimidad y al secreto de las comunicaciones se encuentran respectivamente consagrados en el artículo 18 N° 1, en que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” y en el artículo 18 N° 3, en que “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

La “comunicación” a que hace referencia el citado artículo 18 N° 3 de la Constitución española, ha sido interpretada por la doctrina y jurisprudencia de dicho país en un sentido amplio, englobando no sólo a “las comunicaciones postales, telefónicas o telegráficas” como señala expresamente el precepto constitucional sino, también, cualquier proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico y cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas.

Por su parte, en el Estatuto de los Trabajadores encontramos las siguientes disposiciones atinentes:

Los artículos 5º y 20 del Estatuto de los Trabajadores que delimitan las facultades de dirección y control del empresario, al establecer en la letra c del artículo 5º que "los trabajadores tienen como deber básico cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus actividades directivas" y al contemplarse en el artículo 20, apartado 1, que "el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario".

El mismo artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, en su apartado 3, reconoce y delimita las facultades de control y vigilancia del empresario, al señalar que éste “podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”, a lo que añade que deberá hacerlo “guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad

humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso”.

El artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores hace un reconocimiento explícito del derecho a la intimidad en el específico ámbito laboral. “En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual”.

El artículo 18 del referido cuerpo legal, al mismo tiempo que establece la inviolabilidad de la persona del trabajador, admite en determinadas circunstancias y concurriendo determinadas condiciones los registros en la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares: “Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible”.

Finalmente, encontramos la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, la que en su artículo 1º establece que estos derechos fundamentales garantizados en el artículo 18 de la Constitución, son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles y serán protegidos civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas.

El artículo 7º, en relación con el artículo 2º de la misma ley, considera intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad, entre otras, el

emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas, salvo que cuenten con consentimiento expreso del titular del derecho o sean actuaciones autorizadas por una ley.

IV.5.2.- Jurisprudencia

IV.5.2.1 Estados Unidos

“En Estados Unidos, donde no existe una adecuada protección legal para el uso de *e-mail* por los trabajadores, se han planteado numerosos casos jurisprudenciales sobre despidos fundados en el uso inapropiado de la red, los que han sentado doctrina en orden a salvaguardar la privacidad del trabajador, en tanto éste disponga de una “expectation of privacy” o “esperanza razonable de privacidad” y no se encuentren comprometidos intereses públicos. Al efecto, se ha estimado que una simple comunicación escrita al trabajador del empleador, en orden a que su correo electrónico puede estar controlado, rebaja las expectativas de intimidad y legitima la intromisión de éste en la correspondencia de sus empleados”.³⁴¹

Algunos de estos casos jurisprudenciales que podemos citar son los siguientes.³⁴²

- En el caso *Restuccia v. Burk Technology Inc.*, la Corte de Massachussets no encontró violación de la ley de interceptación de teléfonos del Estado, donde el sistema de resguardo del ordenador guardó automáticamente las copias de todos los *e-mails*. Es una interceptación permitida, puesto que las empresas tienen interés legítimo en guardar la información de sus ficheros

³⁴¹ CERDA SILVA, Alberto. *Art. Cit.* [nota 275]

³⁴² Información obtenida de COMISIÓN DE ESTUDIO DE CORREO ELECTRÓNICO. *Publicación electrónica citada.*

de respaldo del ordenador. Sin embargo, la Corte resolvió condenar a los demandados por violación de la privacidad, dado que los empleados desconocían que los supervisores podían tener acceso a su correo electrónico. La empresa podría haber ganado el pleito de haber dado a conocer previamente su política de control.

- En el caso *Bonita P. Bourke v. Nissan Motor Corporation* (1993), el Tribunal de Apelaciones de California resolvió que la revisión de correo electrónico por parte del empleador, no constituyó invasión del derecho de la privacidad por haber sido notificado el demandante de la política de la empresa de restringir el uso del correo electrónico y su control.

- En el caso *Steve Jackson Games Inc v. United States* (1994), se determinó que la comunicación electrónica puede ser interceptada solamente cuando está en tránsito y no cuando está ya almacenada. Consecuentemente con ello, la Corte resolvió que no existió interceptación de *e-mail* cuando el servicio secreto secuestró un ordenador que contenía mensajes de correo electrónico almacenados en su disco duro (es decir que, para violar el correo electrónico la empresa tendría que interceptar el mensaje mientras la transmisión del mismo se esté realizando). Igual razonamiento se aplicó en la causa *Unites States v. Reyes* (1996). La Corte entendió que presionar el botón en un programador para tener acceso a su memoria no constituye "interceptación".

- En el caso *Smyth v. Pillsbury Company*, resuelto por la Corte Federal de Pensilvana el 18 de enero de 1996, se sostuvo que el demandante no tenía ninguna expectativa razonable de privacidad al usar el sistema de *e-mail* de la compañía. La Corte precisó que el interés de la compañía en la prevención de mensajes con contenidos inadecuados, así como el control

de la productividad del trabajador sobre su sistema de correo electrónico, compensa cualquier interés de privacidad que el empleado pudiera tener, aun cuando el empleador haya asegurado que las comunicaciones por *e-mail* eran confidenciales, como en el caso de autos.

- En *Mclaren, Jr. v. Microsoft Corp.* (1999), se discutió la invasión de la privacidad alegada por el demandante, empleado de Microsoft, quien acusó a esta empresa por haber accedido a sus carpetas personales de correo electrónico. Alegó Mclaren que tenía una expectativa de privacidad basada en que la empresa permitió que él tuviera un password para ingresar a sus carpetas personales. La corte de Texas, en fecha 28 de mayo de 1999, rechazó la demanda, indicando que el ordenador había sido proporcionado por la compañía, por lo tanto el demandante no tenía ninguna expectativa razonable de privacidad y continuó diciendo que la compañía tenía interés en investigar y prevenir el uso inadecuado del *e-mail*.

- En el caso *Egle Investment Systems Corporation v. Einar Tamm* (2001), la Corte de Massachussets rechazó la demanda interpuesta por el empleado, quien alegó invasión al derecho de la intimidad amparado en la Federal Wiretapping Act y la Electronic Communications Interception Act, por entender que la ley sólo prohíbe la interceptación de la comunicación electrónica durante la transmisión.

IV.5.2.2 Francia:

La justicia francesa ha determinado que las cuentas de correo electrónico del trabajo están amparadas por el secreto de correspondencia.

En el caso Tareg Al Baho, Ministere Public / Françoise V, Merc F et Hans H, el Tribunal Correccional de París condenó a los demandados (directivos de la Escuela Superior de Física y Química Industrial de París) por violar el secreto de las comunicaciones de un Kuwaití, Tareg Al Baho, a quien se le intervino el correo electrónico por sospecharse que lo utilizaba para fines privados. El afectado recibió una indemnización por 10.000 francos, si hay que indicar que en este caso nunca se le informó al afectado de la posibilidad que existía de intervenir su correo y del destino exclusivo que debía darle a la cuenta. El tribunal asimismo dispuso que "La red y la totalidad de los servicios que ofrece, como el de mensajería electrónica, entran en el campo de aplicación de la legislación relativa a las telecomunicaciones".³⁴³

Esta resolución era muy esperada por los juristas en Francia, ya que ninguna decisión judicial había determinado hasta ese momento a qué régimen jurídico respondía el correo electrónico de carácter privado que transita al descubierto por Internet. Los jueces han deducido que "la Red y la totalidad de los servicios que ofrece, como el de mensajería electrónica, entran en el campo de aplicación de la legislación relativa a las telecomunicaciones".

Otro interesante fallo se refiere al caso Nikon France. "la Cour de Cassation de Francia, en el año 2001, dictaminó que los empresarios no pueden abrir y leer los *e-mails* personales de sus empleados, aunque sean recibidos o enviados a través de una cuenta puesta a disposición por la empresa para fines exclusivamente laborales, porque esto constituye una violación de su intimidad y de su vida privada. Y este principio vale aunque el empresario haya prohibido la utilización no profesional de Internet. Este fallo, dictado por el Tribunal Supremo, luego de que en marzo de 1999 el Tribunal de Apelaciones de París confirmara el despido del trabajador, se refiere al caso Nikon France contra uno

³⁴³ Información obtenida de COMISIÓN DE ESTUDIO DE CORREO ELECTRÓNICO. *Publicación electrónica citada* y de CASTRO BONILLA, Alejandra. *Publicación electrónica citada*.

de sus antiguos empleados, que en 1995 fue despedido por pasar la mayor parte del tiempo de su horario de trabajo utilizando el correo electrónico de la empresa para fines personales. Como prueba, la empresa presentó los ficheros que aparecían en el *dossier* “personal” del empleado. El Máximo Tribunal de Francia, concretamente dictaminó: “Un empresario no puede tener conocimiento de los mensajes personales enviados por un trabajador y recibidos por éste a través de un útil informático puesto a su disposición para su trabajo” sin violar el secreto de correspondencia, aunque el patrón “haya prohibido la utilización no profesional del ordenador, ya que el trabajador tiene derecho, incluso en su tiempo y lugar de trabajo, al respeto de su intimidad y su vida privada...”. Esta sentencia ha creado jurisprudencia en el Derecho francés y con ella el secreto de correspondencia, principio jurídico que se aplica al correo tradicional, se extiende al correo electrónico”.³⁴⁴

IV.5.2.3 Bélgica:

El Tribunal de Trabajo de Bruselas, en sentencia del dos de mayo de 2000, analizó el despido de un trabajador (responsable del sistema informático) que, al parecer, utilizaba el correo electrónico laboral para mantener una relación epistolar con una compañera de trabajo. El empresario basado en el bajo rendimiento, decidió acceder al correo electrónico del trabajador y lo despidió posteriormente por una falta grave.

El tribunal mantuvo, sobre la base del art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que el envío de correos personales desde la empresa pertenece a la vida privada del trabajador. El tribunal, tras analizar si el atentado a la vida privada del trabajador era indispensable y proporcionado al supuesto perjuicio causado, concluyó que la mera constancia del número de correo, su

³⁴⁴ OVIEDO, María Natalia. *Ob. Cit.*, pp. 262 y 263.

tamaño y su carácter privado, eran datos suficientes para proceder a su sanción, sin necesidad de intervenir el correo.³⁴⁵

IV.5.2.4 España:

Fue tras las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de julio y de 14 de noviembre de 2000 (Sentencia del Deutsche Bank), que en su último pronunciamiento declaró improcedente un despido en el que la empresa accedió al correo electrónico privado de un trabajador, que en España se dio lugar a todo un intenso debate con relación a su uso como herramienta de comunicación en el seno de la empresa y en la licitud de la interceptación del correo electrónico de los empleados.

España cuenta con una nutrida jurisprudencia tanto en lo constitucional como en lo social, que resulta de interés para los efectos del presente trabajo, pasemos a reseñar parte de ella.

IV.5.2.4.1 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español:³⁴⁶

El Tribunal Constitucional Español (en adelante TCE) en reiteradas oportunidades ha reafirmado la aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito laboral. La relación laboral “no puede implicar, en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones laborales”.³⁴⁷ En la misma línea, ha sostenido que “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la

³⁴⁵ Véase ZULUETA, Endika. *El estado policial laboral: registro del correo electrónico o de los archivos personales de los trabajadores*. [En línea] <<http://altavoz.nodo50.org/endika.htm>>

³⁴⁶ Los fallos del Tribunal Constitucional español que se citan a continuación han sido extraídos de las siguientes fuentes: BARROS GARCÍA, Mario. *Publicación electrónica citada*, MOGUEL FERNÁNDEZ, Jordi. *Publicación electrónica citada*. MARÍN ALONSO, Inmaculada. *Ob. Cit.* y SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *Ob. Cit.*

³⁴⁷ STC 98/2000, de 10 de abril

constitución reconoce como ciudadano” ni que éste deba “soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de los derechos fundamentales”.³⁴⁸

Sin embargo, y al mismo tiempo, el TCE ha planteado una suerte de vigencia matizada o modulada de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, señalando que los mismos “tienen una específica manifestación dentro de la singular relación jurídica laboral que vincula a la partes, no siendo discutible que la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas”³⁴⁹ que condiciona, junto a otros, el ejercicio de los derechos de libertad, “de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de dicha relación”.³⁵⁰

“En el marco del contrato de trabajo se produce una limitación al ejercicio de tales derechos, en la medida que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los artículos 38 y 33 CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos”.³⁵¹ En este punto, el TCE nos recuerda que los derechos fundamentales no son absolutos³⁵² o ilimitados y que en determinadas circunstancias “pueden ceder ante intereses constitucionalmente relevantes”,³⁵³ entre los que, por cierto, se encontraría el poder de dirección del empresario.

Empero, los poderes del empresario tampoco son absolutos, por lo que al igual que los derechos fundamentales del trabajador “han de someterse al juego de los límites recíprocos que implica la presencia de otros derechos

³⁴⁸ STC 88/1985, de 19 de Junio. También, SSTC 104/1987, de 17 de junio, 6/1988, de 21 de enero y la 98/2000, de 10 de abril.

³⁴⁹ STC 88/1985, de 19 de Julio

³⁵⁰ STC 120/1983, de 15 de diciembre.

³⁵¹ STC 99/1994, de 11 de abril y 98/2000, de 10 de abril.

³⁵² STC 98/2000, de 10 de abril

³⁵³ STC 57/1994, de 28 de febrero y 143/1994, de 9 de mayo. Respecto del derecho de intimidad se cita la STC 186/2000, de 10 de julio, RTC 2000/186.

constitucionales, especialmente los denominados fundamentales o, más genéricamente los derechos de libertad”.³⁵⁴

Luego, y ante las eventuales colisiones que pudieran producirse entre el poder de dirección del empresario y el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, el TCE descarta que exista una suerte de jerarquía entre ambos derechos fundamentales, que haga prevalecer a los derechos constitucionales fundamentales sobre cualquier otro derecho en base al lugar privilegiado que éstos ocupan en el texto constitucional.

Los derechos fundamentales en España se encuentran regulados en la Sección Primera, Capítulo II del Título Primero de la Constitución Española (en adelante CE), por lo que disfrutan de la protección que les brinda el artículo 53 de la CE. El poder de dirección empresarial contenido en la libertad de empresa, por su parte, se encuentra reconocido en el artículo 38 de la CE, ubicado en la Sección Segunda del Capítulo Segundo del Título Primero que goza de una protección constitucional menor que el reconocido en el artículo 53 de la Carta Magna. No obstante ello, el TCE, en sentencia de 28 de febrero y 9 de mayo de 1994, junto con establecer el reconocimiento de una especial garantía jurisdiccional a los derechos comprendidos en la Sección Primera, Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, ha sostenido que su eficacia directa entre particulares no proporciona ipso facto a los derechos fundamentales un puesto preferente en caso de colisión con otros derechos constitucionales y que éstos pueden ceder en determinadas circunstancias ante intereses constitucionalmente relevantes.

Consecuentemente con todo lo anterior, el TCE ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, preserven “el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito —

³⁵⁴ Entre otras STC 292/1993, de 18 de octubre

modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente— de su libertad constitucional”.³⁵⁵ Dicha modulación sólo se producirá “en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva”.³⁵⁶ Lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada,³⁵⁷ que “respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo”.³⁵⁸

Para la determinación de las limitaciones o modulaciones de los derechos fundamentales que resultan lícitas y constitucionalmente admisibles, el TCE recurre al que ha denominado juicio de proporcionalidad,³⁵⁹ que consta de los tres requisitos o condiciones que se exponen a continuación:

1. **Juicio de idoneidad**, si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, es decir si con ella puede alcanzarse la finalidad pretendida. Se trata de que toda restricción de derechos permita satisfacer el interés empresarial alegado para su adopción.
2. **Juicio de necesidad**, si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia. No basta con que la limitación de derechos sea idónea, sino que además ha de ser la menos agresiva de todas las posibles.
3. **Juicio de proporcionalidad en sentido estricto**, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés

³⁵⁵ STC 6/1988, de 21 de enero

³⁵⁶ STC 99/1994

³⁵⁷ SSTC 20/1990, de 15 de febrero, 171/1990, de 12 de noviembre, y 240/1992, de 21 de diciembre, entre otras muchas

³⁵⁸ SSTC 170/1987, de 30 de octubre, 4/1996, de 16 de enero, 106/1996, 186/1996, de 25 de noviembre, y 1/1998, de 12 de enero, entre otras muchas

³⁵⁹ Véase, entre otras muchas, las sentencias 66/1995, de 8 de mayo, 55/1996, de 28 de marzo, 207/1996, de 16 de diciembre, 37/1998, de 17 de febrero, 98/2000, de 10 de abril, 186/2000, de 10 de julio, y 70/2002, de 3 de abril.

general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. La proporcionalidad en sentido estricto exige en cualquier caso el respecto del contenido esencial del derecho fundamental.

Sobre la base a lo anteriormente expuesto, podemos concluir que la doctrina constitucional española no concede el mismo valor a los dos intereses, los derechos fundamentales de los trabajadores y el poder de dirección del empresario, basado en otro derecho, el de libertad de empresa, al exigir que cualquier limitación a los derechos fundamentales supere el juicio de proporcionalidad. Si falla alguno de estos requisitos acumulativos, el derecho fundamental de que se trate queda protegido frente al poder de dirección empresarial.

El TCE deja patente constancia de esta preferencia por los derechos fundamentales de los trabajadores, cuando se refiere a “la posición prevalente que en nuestro derecho poseen los derechos fundamentales, de modo que si la existencia de la relación contractual puede llegar a imponer algún límite al ejercicio de los derechos fundamentales, este límite se ve asimismo “limitado” por la noción de imprescindibilidad”.³⁶⁰

Así, y desde la prevalencia de tales derechos, el TCE establece que la limitación de los derechos fundamentales por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho,³⁶¹ bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador.³⁶²

³⁶⁰ STC 90/1999, de 26 de mayo.

³⁶¹ SSTC 99/1994, de 11 de abril, 6/1995, de 10 de enero y 136/1996, de 23 de julio

³⁶² SSTC 99/1994, 6/1995 y 136/1996.

Asimismo, la doctrina del TCE ha sido muy clara al mantener que "el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador,³⁶³ ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél.³⁶⁴

Por otra parte, consignemos que mientras que el derecho a la intimidad ha sido objeto, por parte del TCE, de un expreso reconocimiento en la relación laboral.³⁶⁵ Concibiéndolo como "un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana".³⁶⁶ El derecho al secreto de las comunicaciones no ha sido aún objeto de análisis por el TCE, al menos, desde el enfoque de un posible exceso o extralimitación en el poder de fiscalización del empresario.

Es en este sentido que cobra relevancia la sentencia 70/2002 del TCE, de 3 de abril, en la que se reflexiona sobre el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones, sistematizando su propia doctrina anterior al respecto, conforme a la cual, los elementos característicos de este derecho serían los siguientes:

"1) Se protege la libertad de comunicaciones: «Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así —a través de la imposición a todos del «secreto»— la libertad de las

³⁶³ Entre otras, SSTC 94/1984, de 16 de octubre, 108/1989, de 8 de junio, 171/1989, de 19 de octubre, 123/1992, de 28 de septiembre, 134/1994, de 9 de mayo, y 173/1994, de 7 de junio

³⁶⁴ STC 11/1981, de 8 de abril, F. 22

³⁶⁵ Entre otras, SSTC 57/1994, de 28 de febrero, 143/1994, de 9 de mayo, 207/1996, de 16 de diciembre y 186/2000, de 10 de julio

³⁶⁶ STC 186/2000, de 10 de julio, RTC 2000\186

comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje —con conocimiento o no— del mismo— o captación de otra forma del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)... Y puede decirse también que el concepto de secreto que aparece en el artículo 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales» (STC 114/1984, de 29 de noviembre, F. 7).

2) Se garantiza la impenetrabilidad de la comunicación para terceros: «Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia «erga omnes») ajenos a la comunicación misma» (STC 114/1984, de 29 de noviembre, F. 7).

3) El concepto de lo secreto tiene carácter formal: «El concepto de secreto en el artículo 18.3 tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado» (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, F. 7; 34/1996, de 11 de marzo, F. 4) [...].».

Finalmente, digamos que la autonomía del derecho al secreto de las comunicaciones respecto del derecho a la intimidad es una cuestión clara para el TCE aunque la jurisprudencia ordinaria —y algún pronunciamiento puntual del TCE— insiste en continuar señalando que el art. 18.3 CE es un aspecto más del art. 18.1 CE, circunstancia que en el fondo no es más que el resultado de confundir el ámbito de la comunicación considerada secreta y el ámbito de la intimidad.

IV.5.2.4.2 Jurisprudencia en lo Social.³⁶⁷

Para comenzar, advertimos, tal cual lo han reconocido los propios Tribunales Superiores de Justicia españoles,³⁶⁸ que lo casuístico de los supuestos hacen difícil identificar una doctrina uniforme sobre el tema, ya sea en las sentencias de las diversas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia como incluso de la propia Sala del Tribunal Supremo en recurso de casación para unificación de doctrina.

La línea jurisprudencial mayoritaria, claramente favorable a los intereses empresariales, entiende que el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE) no ampara los correos electrónicos enviados por los trabajadores empleando los medios informáticos que la empresa ha puesto a su disposición, pues no se trata de una “correspondencia privada entre particulares cuyo secreto debe ser preservado” sino de una “utilización indebida de medios e instrumentos de la empresa para fines ajenos a los estrictamente laborales”.³⁶⁹ La naturaleza y propiedad de tales medios parece ser el principal argumento esgrimido por los tribunales españoles para justificar la posibilidad de que el empresario, haciendo uso de la facultad que le reconoce el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, pueda controlar el modo en que son utilizados y fiscalizar la actividad laboral de sus trabajadores.

En tal sentido, encontramos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de noviembre de 2003. “Tampoco cabe tildar de ilícita o atentatoria contra el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que aquélla pretende atribuir a la prueba relativa a la investigación llevada a cabo por la empresa en el PC que la actora tenía asignado y utilizaba en su lugar de

³⁶⁷ La jurisprudencia que se cita en este apartado ha sido extraída de fallos contenidos en las siguientes fuentes: FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Art. Cit.*, BARROS GARCÍA, Mario. *Publicación electrónica citada* y MOGUEL FERNÁNDEZ, Jordi. *Publicación electrónica citada*.

³⁶⁸ TSJ Cataluña de 21 de septiembre

³⁶⁹ STSJ Cataluña, 9 de julio de 2002.

trabajo, pues conviene tener presente que, aun cuando el artículo 18.3 de la Constitución Española garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial de las postales, telegráfica y telefónica, salvo resolución judicial, en tanto que en el artículo 11.1 de la LOPJ se refiere que las pruebas obtenidas con vulneración de derechos o libertades fundamentales no surtirán efecto, no cabe olvidar que, a tenor de las actuaciones llevadas a cabo en el presente supuesto fáctico, pero en el presente caso no se ha vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no es dado aseverar que se constate una situación conculcadora de los referidos preceptos, al evidenciarse la concurrencia de una indebida e ilícita utilización, con finalidad ajena y diferente a la estrictamente laboral, de elementos o instrumentos de trabajo facilitados por la empresa a la trabajadora, siendo innegables las facultades de la patronal en relación con los controles que puede llevar a cabo acerca del uso o forma de uso que la empleada haga de tales medios e incluso sobre el desarrollo de la actividad y rendimiento de ésta en su jornada laboral, sin duda, afectada y reducida por las «ocupaciones» extralaborales a que se refiere el relato histórico, singularmente, el hecho probado noveno, y la fundamentación jurídica, de la resolución impugnada, en especial el fundamento segundo in fine“.

Asimismo se argumenta, que respecto de esta herramienta de trabajo, como tal, propiedad del empresario, éste no puede ser considerado tercero. "no cabe apreciar vulneración del secreto de las comunicaciones, no de la intimidad de la actora, que podrían ser los derechos en juego, al no estarlo la libertad informática antes estudiada. De acuerdo con lo antes razonado, ya que el art. 18.3 CE garantiza la impenetrabilidad desde fuera en el proceso de comunicación por terceros, públicos o privados, ajenos (STC 114/1994), como en el presente caso nos referimos a medios o sistemas de comunicación, ordenadores, programas y cuentas de correo electrónico de la empresa-, el proceso a través de ellos no permite considerar al empresario como ajeno, de

manera que no existe la penetración desde el exterior que la norma constitucional impide. Cuestión distinta sería que el empresario autorizase al empleado su uso por motivos distintos del trabajo o que fuese un medio propio o dentro de la esfera de disposición del trabajador, pues en este caso sería aquél un mero tercero no facultado para la intromisión, sino sólo legitimado, si es perjudicado por conductas graves del trabajador, de relevancia penal, para su denuncia. Siendo el proceso penal el marco adecuado para que se dicte resolución judicial motivada que permita la investigación del correo electrónico, pero en el caso no consta que el medio fuera propio del empleado, ni que se le hubiera autorizado su uso para motivos distintos al trabajo, siendo revelador el sentido de las advertencias que se hacían los despidos sobre los riesgos de ser sorprendidos”.³⁷⁰

Esta misma línea jurisprudencial considera que la posibilidad de control de correo electrónico por parte del empresario tampoco atenta contra el derecho fundamental a la intimidad del trabajador (artículo 18.1 CE) ni, mucho menos, contra el derecho a la inviolabilidad de su persona reconocido por el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, que sólo permite al empresario realizar registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo, respetando siempre la dignidad e intimidad del trabajador y contando con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible. Dicha jurisprudencia entiende que la supervisión del correo electrónico del trabajador en ningún caso puede asimilarse al registro de “su persona, taquilla o efectos particulares”, algo que atentaría contra su derecho a la intimidad, sino

³⁷⁰ STSJ Andalucía, 9 de mayo de 2003

que ha de ser entendida como un procedimiento de control o fiscalización de las herramientas de trabajo.

No obstante lo señalado, también es posible encontrar cierta jurisprudencia que equipara los ordenadores, Internet y el correo electrónico a las taquillas y efectos particulares del trabajador, con la consiguiente limitación de la potestad empresarial por las garantías ofrecidas en el artículo 18 del Estatuto de los trabajadores.

En tal sentido la sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de septiembre de 2004, que luego de admitir el control por parte del empleador nos señala que “Lo que sí parece existir es una cierta corriente que prevalece sobre cualquier casuística disidencia es en que «para que el empresario pueda verificar si el trabajador cumplió con sus obligaciones o las infringió, hasta el punto de justificar una decisión extintiva, debe efectuarse teniendo en consideración el respeto a la dignidad del trabajador, es decir, la actividad de control empresarial se encuentra limitada por el derecho a la dignidad del trabajador (art. 1 de la CE), el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18 CE). De forma específica, de Estatuto de los trabajadores contempla el respeto a la intimidad y la consideración debida en los art. 4-2 e), 18 y 20-3 del Estatuto de los Trabajadores» (s.s de 20 y 23-2-2004 del Tribunal Superior de Cantabria). Tal doctrina equipara el control de los ordenadores al de las taquillas, en cuanto aquél se configura como instrumento de trabajo propiedad de la empresa y que no puede ser utilizado para otros fines distintos o ajenos a la actividad laboral (S. Sala de Social del Tribunal Superior de Justicia, sede en Málaga de 25-2-2000 y en las antes citadas que recogen a su vez la del Tribunal Supremo de 8-10-1988). En definitiva se impone la necesidad que el control del correo electrónico de que ha hecho uso el trabajador, se realice con las mínimas garantías establecidas en el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores, en presencia del afectado por aquél, un representante de los

trabajadores o en ausencia de éste del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa. Esta misma exigencia se recoge en la sentencia de esta Sala de 11.6.2003 en que se destacan las condiciones necesarias para que el resultado de tal control pueda aportarse como medio de prueba y surtir plenos efectos de validez: a) necesidad de un propósito específico, explícito y legítimo (elemento de causalidad), b) que la supervisión sea una respuesta proporcionada sobre un patrón de riesgo elemento de indispensabilidad, c) mínima referencia sobre los derechos a la intimidad del trabajador o trabajadores afectados/elemento de proporcionalidad) y d) presunción del trabajador y de su representante en el momento de apertura del correo (elemento garantista). Como quiera que en el caso de autos tales exigencias no se cumplieron, fue correcta la solución adoptada por el Juzgador de instancia rechazando su eficacia probatoria”.

También encontramos alguna jurisprudencia que si bien no hace una remisión expresa al artículo 18 del Estatuto de los trabajadores es posible deducir su posible aplicación. Este es el caso de la sentencia del STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de diciembre, que además, nos plantea un conjunto de alternativas que coadyuvan en la legalidad de la medida empresarial. En este caso nos encontramos con la improcedencia de un despido, y la declaración de ilicitud de la prueba aportada por vulneración del artículo 18 de la CE, que consistía en una copia de diferentes mensajes de la cuenta de correo electrónico asignada por la empresa sin presencia del trabajador, por lo que el Tribunal consideró que: “[e]n tal orden de cosas, entendemos que cabían medios más idóneos, como era la investigación y averiguación, cerca de las empresas con las que el demandante contactaba por vía telefónica, de las razones de tales llamadas o para confirmar las sospechas, o solicitar previamente la anuencia del actor a tal apertura de tal carpeta y en su defecto, adoptar las medidas de garantía adecuadas en orden a tal ordenador y actuar las facultades legalmente previstas para proceder al examen de la correspondencia sin el consentimiento de su titular”. Como podemos

contemplar, parece que el Tribunal - aunque no queda tampoco muy claro- en primer lugar, procede a verificar la constitucionalidad de la medida utilizando el test de proporcionalidad, que no lo pasa debido a que podrían seguirse medios de investigación más moderados y con similar eficacia -juicio de necesidad- ; en segundo lugar, y de forma alternativa a lo expresado con anterioridad, contempla como válido el consentimiento del trabajador para la inspección empresarial; y en tercer lugar, y en defecto del consentimiento, el Tribunal plantea la adopción de las medidas de garantía adecuadas para proceder al examen del correo electrónico sin la autorización de su titular, cabiendo la posibilidad, que el Tribunal se refiera en este caso concretamente a las condiciones impuestas por el artículo 18 del ET, respecto al registro de las taquillas y efectos particulares del trabajador.

Luego, frente a la doctrina jurisprudencial mayoritaria que, en la esfera laboral, hace prevalecer el derecho del empresario a vigilar sus instrumentos de trabajo sobre el derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad de sus trabajadores, existen algunos pronunciamientos judiciales que han optado por la solución contraria. Se trata de una corriente minoritaria, y en su mayor parte esgrimida por juzgado de lo Social, no recibida en los fundamentos de las resoluciones de Tribunales de mayor rango jerárquico, salvo contadas excepciones.

Al día de hoy, el máximo exponente de esta novedosa corriente jurisprudencial, es la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 32 de Barcelona, de 16 de septiembre de 2002, posteriormente ratificada por la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el 11 de junio de 2003, que parte de la consideración del correo electrónico como “medio de comunicación ” sujeto al secreto que impone el artículo 18.3 CE, consideración que tiene su fundamento en la interpretación que de dicho precepto ha hecho el Tribunal Constitucional en su Sentencia 70/2002, en la cual ha llegado a afirmar que “los avances

tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del artículo 18.3 CE”. La misma sentencia concluye afirmando que para acceder al correo electrónico del trabajador son necesarios los siguientes requisitos: “la necesidad o propósito especificado y explícito y legítimo” que “la supervisión sea una respuesta legítima y proporcionada sobre un patrón de riesgo” y que “tenga mínimas repercusiones en los derechos a la intimidad de los trabajadores”, sin que se limiten estos requisitos por la legitimidad o no del uso del correo del trabajador (que en el caso, además, no lo era).

IV.6.- LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS.

Estrechamente vinculado al debate sobre si el empleador puede tener o no acceso al contenido de los *e-mails* laborales, está el tema de la protección penal de las comunicaciones privadas.

En nuestro país, la protección penal de las Comunicaciones Privadas la debemos buscarla, en primer término, dentro de los “Crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantidos por la Constitución”,³⁷¹ tratados en el título III del Libro II del Código Penal.

Efectivamente, una de las garantías constitucionales a las que nuestro ordenamiento jurídico brinda protección penal es precisamente la del art. 19 N° 5 de la Constitución, ello como natural consecuencia de entender a la inviolabilidad de las comunicaciones como parte integrante de un concepto de libertad amplio, en el que se incluye también, el respeto de una esfera de intimidad de la persona, tanto en su aspecto material (domicilio) como espiritual. “... el progresivo perfeccionamiento de la protección jurídica de la libertad ha llevado a tutelar el interés de cada persona en reservar para sí un determinado ambiente o sector, donde la intromisión de extraños perjudicaría su autonomía de voluntad para determinar su conducta, o heriría sentimientos espirituales que el legislador juzga dignos de respeto”.³⁷²

³⁷¹ ETCHEBERRY los denomina como derechos contra la libertad. ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. Tercera Edición revisada y actualizada 1997. Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1998. Tomo Tercero.

³⁷² *Ibíd*em, p. 251.

Concretamente, el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas encuentra su correlato en materia penal en el artículo 146 del Código Penal, que sanciona como delito a la violación de correspondencia.

El artículo 146 del Código Penal sanciona a quien abre o registra la correspondencia o papeles de otro sin su voluntad. “El que abriere o registrare la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado medio si divulgare o se aprovechare de los secretos que ellos contienen, y en el caso contrario la de reclusión menor en su grado mínimo”.

Sin embargo, el citado artículo 146 aparece como insuficiente a la hora de buscar en él la protección al correo electrónico: “Aunque la Constitución Política ampara toda forma de comunicación privada, el Código Penal (como es obvio, dada la época de su dictación) no se refirió a ellas, y sólo recientemente se han promulgado disposiciones que se aplican a esas modalidades, en consonancia con el texto constitucional. El delito, además, aparece caracterizado mediante los verbos “abrir” y “registrar” correspondencia y papeles, conductas que no podrían realizarse sobre un medio inmaterial o no transmisible. Tampoco se emplea en el Art. 146 el verbo “interceptar”, que la garantía constitucional utiliza”.³⁷³

De modo que, en lo que dice relación con la “interceptación” de las comunicaciones, son las leyes especiales así como las recientes reformas introducidas al Código Penal, las que han venido a sancionar conductas de este tipo en lo que concierne a comunicaciones realizadas por medios inmateriales, hipótesis que claramente comprende la interceptación de los correos electrónicos.

³⁷³ *Ibidem*, p. 266.

IV.6.1 Tipos penales que guardan relación con el correo electrónico.

IV.6.1.1 El artículo 161-A del Código Penal

El artículo 161 A) del Código Penal dispone que

“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.

Igual pena se aplicará a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, imágenes y hechos a los que refiere el inciso anterior.

En caso de ser una misma persona que los haya obtenido, divulgado, se aplicarán a ésta las penas de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 unidades tributarias mensuales.

Esta disposición no es aplicable a aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas.”

Este artículo fue incorporado al Código Penal en 1995 en virtud de la Ley 19.423,³⁷⁴ ello tras el escándalo de interceptación telefónica que afectó a Sebastián Piñera en el año 1992.

³⁷⁴ Dicha ley en su artículo único agregó un párrafo quinto al Título III del Libro Segundo, incorporando los artículos 161-A y 161-B, párrafo cuyo nombre es “De los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia”.

Se trata de un delito de mera actividad donde el bien jurídico protegido es la vida privada de las personas.

Un interesante repaso de los verbos rectores empleados en el artículo 161-A, desde la óptica de las comunicaciones electrónicas, es el realizado por Daniel ALVAREZ que pasamos a reproducir:

“i) Captar: Conforme con la tercera acepción de la RAE, se comprende por captar a las acciones de “recibir, recoger sonidos, imágenes, ondas o emisiones radiodifundidas”. De esta manera, serían susceptibles de captación sólo las señales o datos que circulan por el espectro radioeléctrico. En esta categoría podemos encontrar las conexiones a Internet inalámbricas como las tecnologías WIFI, WILL y SALTELITAL.

ii) Interceptar: Conforme con la primera acepción de la RAE, se entiende por interceptar a la acción de apoderarse de una cosa antes que llegue a su destino. En tanto, la segunda acepción dice “detener una cosa en su camino”. En lo que nos interesa, habría interceptación de comunicaciones electrónicas privadas si una persona, por ejemplo, se apodera de los correos electrónicos de una persona antes que estos lleguen a su destino, mediante el uso de herramientas de filtrado de contenidos.

iii) Grabar: Según la segunda acepción de la RAE se entiende por grabar a la acción de “registrar imágenes y sonidos por medio de un disco, cinta magnética u otro procedimiento, de manera que se pueda reproducir”. Si bien la acepción se limita a señalar sólo el registro de imágenes y sonidos, las nuevas tecnologías han ampliado enormemente el uso del concepto. En la actualidad, es susceptible de grabación otro tipo de información, como por ejemplo el código binario de un software. De esta manera, hay “grabación” en el sentido utilizado por la ley cuando alguien fija en un soporte cualquier información

susceptible de ser almacenada. Así, por ejemplo, habría grabación ilegal cuando una persona, mediante el uso de programas computacionales especiales, fija la conversación que dos personas sostengan en algún sistema de mensajería instantánea. También comete este ilícito el administrador de sistemas que guarde archivos (“logs” en la terminología técnica) que registren dicha información.

Como vemos, las comunicaciones electrónicas privadas son -conforme al estado actual de la técnica- susceptibles de captación, interceptación y grabación, de manera que la realización de cualquiera de estas acciones, sin la debida autorización del titular de las comunicaciones, es constitutiva del delito contra la vida privada tipificado en el artículo 161-A del Código Penal”.³⁷⁵

IV.6.1.2 Ley 18.168 General de Telecomunicaciones

El artículo 36 B de la Ley General de Telecomunicaciones tipifica como delito la interferencia, interceptación, o interrupción de un servicio de telecomunicaciones.

Artículo 36º B de la LGT.-

“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”.

“Es un hecho no discutido, que conforme al artículo 8º de la Ley General de Telecomunicaciones (“LGT”), el servicio de acceso a Internet es un servicio público de telecomunicaciones de carácter complementario. El mismo

³⁷⁵ ÁLVAREZ, Daniel. *Art. Cit.*, [nota 40].

reconocimiento normativo tienen los servicios de alojamiento de datos que se presten en territorio nacional mediante redes o sistemas conectados a servicios públicos de telecomunicaciones, por lo que a ambas clases de servicios le resultan aplicables las normas contenidas en dicho cuerpo legal. [...] (Así, resulta que) Respecto de las comunicaciones electrónicas privadas que se realicen mediante redes y sistemas de prestadores de servicios de acceso y alojamiento regidos por la LGT, las acciones que tengan por objeto interceptar o incluso interrumpir dichas comunicaciones (imaginemos por ejemplo el caso de una conversación por MI en curso) son además sancionadas penalmente por este cuerpo legal”.³⁷⁶

IV.6.1.3 Ley 19.223 sobre Delitos Informáticos

El artículo 2° de la citada ley, dispone: “El que con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él, será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio”.

Se trata de un delito de espionaje informático, requiriendo el sujeto activo actuar con una determinada motivación, precisamente aquellas que el mismo tipo penal describe: “con ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en él”.

IV.6.2.- La figura penal en el derecho comparado.³⁷⁷

³⁷⁶ ÁLVAREZ, Daniel. *Art. Cit.*, [nota 40].

³⁷⁷ El presente tema ha sido desarrollado a partir de la información contenida fundamentalmente en las siguientes fuentes: OVIEDO, María Natalia. *Ob. Cit.*, pp. 225 a 232, CANALES Patricia y LOISEAU, Virginia. *Delitos informáticos en la legislación de España, Francia, Alemania e Italia*. [en línea] Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Biblioteca del Congreso Nacional, julio de 2004. <http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-20.2791530909/documentos_pdf.2005-10-20.6075210557/documentos_pdf_view> y UAPROL. *Delito Informático: Derecho Comparado* [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional, documento UAPROL, N° 160, agosto de 2002. <http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-20.2791530909/documentos_pdf.2005-10-20.6075210557/documentos_pdf_view>

IV.6.2.1 Portugal:

La Ley portuguesa criminaliza el acceso indebido a las comunicaciones y ya que los mensajes de correo electrónico debemos comprenderlas dentro de las comunicaciones privadas, existen unas disposiciones legales que impiden el acceso a su contenido.

La Ley 109/91 sobre Criminalidad Informática regula la interceptación ilegítima de las comunicaciones:

"Artigo 8º. Intercepção ilegítima. 1- Quem, sem para tanto estar autorizado, e através de meios técnicos, interceptar comunicações que se processam no interior de um sistema ou rede informáticos, a eles destinadas ou deles provenientes, será punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa. 2- A tentativa é punível".

Por tanto, el Empresario no podrá interceptar las comunicaciones electrónicas de sus trabajadores ni abrir o acceder a los mensajes de correo electrónico, cuando estos mensajes sean de naturaleza privada y no tengan el consentimiento del trabajador.

IV.6.2.2 España

España es uno de los pocos países que ha incorporado en su Código Penal, reformado en el año 1995, la figura típica de violación del *e-mail*, asimilándola a la violación de la correspondencia tradicional.

Así, en el capítulo I del Título X, que protege de los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el art. 197.1 del Código penal, dispone: "El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas,

mensajes de correo electrónico, o cualquiera otros documentos o efectos personales 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, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

El citado artículo, se refiere al delito de apoderamiento de secretos documentales personales, figura clásica en la que se introducen dos situaciones vinculadas con los medios informáticos y las nuevas tecnologías de telecomunicación: la primera, protege una amplia gama de soportes que contengan secretos de una persona de acuerdo con el concepto de documento establecido en el artículo 269 del Código Penal; la segunda, incorpora expresamente los mensajes de correo electrónico como objetos sobre los cuales puede recaer la acción de apoderamiento por parte del sujeto activo.

De modo que, el bien jurídico protegido no es el derecho de propiedad sobre el documento sino el secreto de la correspondencia, como atentado contra la intimidad de las personas. De ahí que se asimile la interceptación del correo electrónico con la violación de la correspondencia.

Asimismo, y dentro del mismo artículo 197 del Código Penal Español, encontramos otros tipos que guardan relación con la tutela penal de las comunicaciones electrónicas y telecomunicaciones:

Secreto de las Telecomunicaciones

Se castiga en el artículo 197.1 párrafo segundo, a quien intercepte a otro “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”.

La Tutela Penal de los Datos Personales. El Art. 197.2 CP.

El artículo 197.2 supone una novedad “Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado”. Iguales penas se impondrán a quien sin estar autorizados, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero”.

Tipo Agravado de Revelación, Difusión o Cesión de Datos. Art. 197.3 CP

Se castiga en el párrafo primero del artículo 197.3 a los que habiendo realizado alguna de las conductas previstas en los números 1 y 2 “difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas”.

Tipo Agravado de Descubrimiento y Revelación de Secretos por Personas Encargadas o Responsables de su Custodia Material. Art. 197.4 CP.

Se castiga en este apartado cuando “los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros”.

El Tipo Agravado de Acceso Ilícito a los Datos Personales “Sensibles” o de Acceso Ilícito a la Intimidad de Menores e Incapaces. El Art. 197.5 Cp.

En el apartado 5 del artículo 197 se establecen dos supuestos diferentes:

En el primer supuesto se castigan “los hechos descritos en los apartados anteriores” cuando “afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual”.

En el segundo supuesto, se establece otra cláusula de especialidad de los delitos tipificados en los apartados anteriores en función de que la víctima fuere un menor de edad o un incapaz. Se trata de una novedad importante en el Código Penal.

El Tipo Agravado en atención a los Fines Lucrativos. Art. 197.6 CP.

Contempla un tipo agravado, que atiende a los fines lucrativos que presiden el atentado a la intimidad.

Penas: Las previstas en los números 1 al 4 del artículo 197 CP. en su mitad superior y en el caso de que el acceso ilícito a la intimidad ajena, llevado a cabo con fines lucrativos, afectase a los datos del núcleo duro de la privacidad (supuesto del apartado 5 del artículo 197 CP.), se impondrá la pena de prisión hipergravada de cuatro a siete años de prisión.

No es necesario que se haya conseguido ningún beneficio económico, es suficiente con que la conducta se realice con esa finalidad.

El Tipo Agravado de Autoridades y Funcionarios Públicos. Art. 198 CP.

Se castiga en este artículo, a “la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior”.

IV.6.2.3 Francia

El Código Penal francés, en el capítulo VI referido a los “Delitos contra la personalidad””, Sección I, vinculada a los “Delitos contra la intimidad”. En su artículo 226-15 dispone: “De la violación de la correspondencia: El que abra, destruya, retenga o desvíe dolosamente correspondencia que haya llegado o no a su destino, dirigida a terceros, o acceda a su contenido por medios fraudulentos, será castigado con la pena de una año de prisión y 3000.000 F de multa. Será castigado con las mismas penas, el que intercepte, desvíe, utilice o divulgue correspondencia, transmitida o recibida por telecomunicaciones, o que proceda a la instalación de aparatos previstos para llevar a cabo estas interceptaciones”.

IV.6.2.4 Estados Unidos

En Estados Unidos, a diferencia de otras formas de comunicación (como las llamadas telefónicas protegidas bajo las leyes de EE.UU. por el acta de privacidad de comunicaciones de 1986), el correo electrónico tiene poca protección similar.

Jurisprudencialmente, podemos mencionar que el servicio secreto norteamericano fue condenado por introducirse sin mandamiento judicial en la BBS Steve Jackson Games y leer el *e-mail* en ella depositado, debiendo abonar una indemnización de 50.000 dólares al propietario de la BBS y 1.000 dólares a cada usuario de la misma, por haber vulnerado su intimidad.

IV.6.2.5 Italia

El Código Penal italiano tipifica los siguientes delitos informáticos:

a) Acceso abusivo a un sistema informático o telemático (artículo 615 tercero):

“Art. 615 ter - Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico

Chiunque abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, è punito con la reclusione fino a tre anni.

La pena è della reclusione da uno a cinque anni:

1) se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato, o con abuso della qualità di operatore del sistema;

2) se il colpevole per commettere il fatto usa violenza sulle cose o alle persone, ovvero se è palesemente armato;

3) se dal fatto deriva la distruzione o il danneggiamento del sistema o l'interruzione totale o parziale del suo funzionamento, ovvero la distruzione o il danneggiamento dei dati, delle informazioni o dei programmi in esso contenuti.

Qualora i fatti di cui ai commi primo e secondo riguardino sistemi informatici o telematici di interesse militare o relativi all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica o alla sanità o alla protezione civile o comunque di interesse pubblico, la pena è, rispettivamente, della reclusione da uno a cinque anni e da tre a otto anni.

Nel caso previsto dal primo comma il delitto è punibile a querela della persona offesa; negli altri casi si procede d'ufficio”.

b) Violación de la correspondencia electrónica (artículo 616):

“Art. 616 - Violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza:

Chiunque prende cognizione del contenuto di una corrispondenza chiusa, a lui non diretta, ovvero sottrae o distrae, al fine di prendere o di farne da altri prendere cognizione, una corrispondenza chiusa o aperta, a lui non diretta, ovvero, in tutto o in parte, la distrugge o sopprime, è punito, se il fatto non è preveduto come reato da altra disposizione di legge, con la reclusione fino a un anno o con la multa da lire sessantamila a un milione.

Se il colpevole, senza giusta causa, rivela, in tutto o in parte, il contenuto della corrispondenza, è punito, se dal fatto deriva documento ed il fatto medesimo non costituisce un più grave reato, con la reclusione fino a tre anni.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa.

Agli effetti delle disposizioni di questa sezione, per «corrispondenza» si intende quella epistolare, telegrafica, telefonica, informatica o telematica ovvero effettuata con ogni altra forma di comunicazione a distanza².

c) Intercepción abusiva. (Artículo 617, cuarto, quinto)

Art. 617 quater - Intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche:

Chiunque fraudolentemente intercetta comunicazioni relative ad un sistema informatico o telematico o intercorrenti tra più sistemi, ovvero le impedisce o le interrompe, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, la stessa pena si applica a chiunque rivela, mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, in tutto o in parte, il contenuto delle comunicazioni di cui al primo comma. I delitti di cui ai commi primo e secondo sono punibili a querela della persona offesa.

Tuttavia si procede d'ufficio e la pena è della reclusione da uno a cinque anni se il fatto è commesso:

- 1) in danno di un sistema informatico o telematico utilizzato dallo Stato o da altro ente pubblico o da impresa esercente servizi pubblici o di pubblica necessità;
- 2) da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, ovvero con abuso della qualità di operatore del sistema;
- 3) da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato.

“Art. 617 quinquies - Installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire od interrompere comunicazioni informatiche o telematiche Chiunque,

fuori dai casi consentiti dalla legge, installa apparecchiature atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni relative ad un sistema informatico o telematico ovvero intercorrenti tra più sistemi, è punito con la reclusione da uno a quattro anni.

La pena è della reclusione da uno a cinque anni nei casi previsti dal quarto comma dell'art. 617-quater”.

IV.6.2.6 Alemania:

En Alemania encontramos el tipo establecido en el Párrafo 202.a: “I. Quien consiga sin autorización, para sí o para otro, datos que no le competan y que estén especialmente protegidos contra el acceso ilegítimo será castigado con pena privativa de la libertad de hasta tres años o con multa. II. Datos, a efectos del apartado I, serán sólo aquellos que sean almacenados, transmitido electrónica, magnéticamente, o de forma no inmediatamente accesible”.

El tipo protege el interés formal en el mantenimiento del secreto por parte del titular para disponer del almacenamiento y transmisión de datos no directamente perceptibles, el que a través de su protección manifiesta su interés en el mantenimiento del secreto.

Sujeto activo sólo puede ser aquel para el cual no están previstos los datos, de manera que no contempla el supuesto del empleado que sin autorización utiliza datos para él accesibles. La punibilidad está limitada a los datos que están especialmente protegidos contra el acceso no autorizado (ejemplos, contenedores cerrados, contraseñas, encriptados, etc.). Del concepto de datos del inciso segundo del párrafo 202.a, se desprende que es necesario que el acto de espionaje recaiga sobre datos no perceptibles directamente.

IV.6.2.7 Inglaterra.

En el ámbito legal inglés la medida básica referente a la interpretación de información es el Interception of Communications Act de 1985, que sanciona penalmente a cualquier persona que intercepte una comunicación durante su transmisión por correo o a través de las telecomunicaciones.

IV.7.- EL PODER DISCIPLINARIO Y EL *E-MAIL* LABORAL

IV.7.1 El poder disciplinario

“El mantenimiento de la disciplina en el trabajo, como fenómeno social, es absolutamente indispensable para la consecución de los fines que se han propuesto las partes que celebraron el negocio jurídico y el fin mismo de la empresa”.³⁷⁸

El poder disciplinario es la potestad que el ordenamiento jurídico laboral entrega al empleador con el objeto de mantener una disciplina y orden tal que permitan el adecuado funcionamiento de la empresa.

Mucho se ha discutido en doctrina en cuanto al fundamento de este poder del empleador. “Para algunos el fundamento es el contrato, ya que sostienen que cuando hay infracciones que importen un incumplimiento grave de las obligaciones del contrato en ese caso se faculta al empleador a poner término a la relación laboral y se plantea entonces la interrogante acerca de las infracciones menores. ¿Cómo deben sancionarse? Obviamente, no será con el término de la relación laboral, sino con otro tipo de sanciones que el empleador debe estar en condiciones de aplicar, surgiendo entonces la potestad disciplinaria. Para otros, la potestad disciplinaria del empleador se fundamenta en la idea de la institución de empresa, que como agente de la vida económica presenta importancia de carácter público y, por tanto, su normal funcionamiento es de interés general y, por ello, el cuerpo social acuerda dotar este objetivo al

³⁷⁸ THAYER A., William y NOVOA F., Patricio. [nota 197], pp. 212 - 213

empleador, de un especial poder de disciplina, que el solo contrato entre particulares no explica ni justifica”.³⁷⁹

“Ya sea con una fundamentación meramente contractual (la más generalizada) o institucional, el poder disciplinario del acreedor de trabajo es el indispensable corolario de su facultad de mando y existe en todo acreedor de trabajo”.³⁸⁰

Son manifestaciones de este poder disciplinario: “la posibilidad que el empleador determine un sistema de obligaciones deberes y de ilícitos o infracciones cuyos sujetos imperados sean los trabajadores; posibilidad expresamente reconocida en el N° 5 del artículo 154 del Código del Trabajo, y, por otra parte, la posibilidad de que el empleador vincule como consecuencia al incumplimiento de esos deberes, un sistema de sanciones, posibilidad también explícitamente recogida en el N° 10 del artículo 154 del mismo texto legal”.

Por último, son también de la esencia del poder reglamentario la ponderación de los hechos y determinación de la sanción, el ejercicio mismo del poder disciplinario es siempre privativo del empleador. “El empleador cuenta con atribuciones privativas que forman parte de sus facultades de administración, para ponderar los hechos y determinar la sanción aplicable a un dependiente conforme a las normas de procedimiento del reglamento interno de la empresa”.³⁸¹

IV.7.2 La facultad disciplinaria y el e-mail laboral

³⁷⁹ UGARTE CATALDO, José Luis. *El contenido del contrato individual de trabajo*. [en línea] Boletín Oficial Dirección Del Trabajo. Noviembre, N° 94/1996. <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/article-62200.html>>

³⁸⁰ THAYER A., William y NOVOA F., Patricio. [nota 197], p. 214

³⁸¹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. ORD. N° 4968/335. Santiago de Chile. 27 de noviembre de 2000. [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-62410.html>>

El trabajador que contraviniendo los términos del Reglamento Interno (suponiendo claro está que el mismo contiene una regulación específica sobre el tema) da un uso “irregular” al *e-mail* laboral está expuesto a que el empleador aplique sanciones disciplinarias en su contra.

Dichas sanciones sólo podrían consistir en amonestaciones o multas, ello conforme a lo establecido en el artículo 154 del Código del Trabajo:

“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;”

En efecto, y de acuerdo con los términos del citado artículo, le estaría vedado al empleador configurar una causal de terminación del contrato de trabajo a partir del incumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento Interno, en lo relativo al *e-mail* laboral.

La interpretación dada por nuestros tribunales al artículo 154, y la estimación de la Dirección del Trabajo en sus dictámenes, es que mas allá de la gravedad de la infracción al Reglamento Interno cometida por el trabajador, el empleador sólo esta facultado para sancionarlo conforme a dicho reglamento, y con la amonestación o multa que se hubiere establecido en él - de manera que tales infracciones no podrían configurar una causal de terminación del contrato de trabajo, por tratarse de una sanción distinta de las establecidas en el propio Reglamento, y de las permitidas por la ley.

“No corresponde, que por la vía de la estipulación contractual se pretenda configurar a priori, cualquier incumplimiento, como constitutivo de una infracción grave a las obligaciones que impone el contrato, porque tal calificación compete

exclusivamente al tribunal que conoce de la causa y en función de los hechos efectivamente acreditados, los que a su vez deben relacionarse con las causales que justifican el despido. La gravedad de los hechos que mueven al empleador a poner término a los servicios de uno de sus trabajadores deben ser calificados por el Juez en su oportunidad, esto es en el marco de un debido y justo proceso, cuestión que tiene como fundamento el carácter tutelar que caracteriza a las normas que regulan el contrato de trabajo, en las que se ha limitado el principio de la autonomía de la voluntad que rige en plenitud en materia civil, con el fin de impedir que se produzcan desigualdades al momento de pactarse una relación laboral”.³⁸²

Sin embargo, un reciente fallo habría venido a modificar la jurisprudencia judicial y administrativa existente sobre el tema.

“En el caso en comento, el empleador puso término al contrato de trabajo por la causal del artículo 160 N° 7, incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, por la infracción del trabajador a una obligación establecida en el Reglamento Interno de la empresa. El trabajador reclamó del despido, y el tribunal de primera instancia – conforme a la interpretación antes señalada - acogió la demanda por despido injustificado, por estimar que la obligación infringida que había servido de base a la causal invocada, era de las establecidas y sancionadas en forma distinta en el Reglamento Interno de la empresa.

El empleador apeló del fallo, y la Corte de Apelaciones de La Serena conociendo del recurso, revocó la sentencia de primera instancia porque a su juicio “la disposición del artículo 154 N° 10 del Código del Trabajo no implica una limitante a las facultades del empleador de poner término al contrato de trabajo en el caso de incumplimiento grave de las obligaciones que impone el

³⁸² GACETA JURÍDICA N° 268, octubre 2002. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 11 de octubre de 2002 pp. 214 y siguientes, rol 6660-2001.

contrato de trabajo...”. El trabajador dedujo el Recurso de Casación Rol 3.455-2002 en contra de dicho fallo, pero la Corte Suprema, por sentencia de fecha 2 de Diciembre de 2002, rechazó el recurso dejando a firme el fallo recurrido.

Lo resuelto por la Corte Suprema tiene una enorme trascendencia para las empresas en general, porque reconoce en forma expresa al empleador su potestad disciplinaria frente a sus trabajadores y sus facultades de dirección y administración de la empresa, las que se veían disminuidas frente a la errada interpretación de las disposiciones legales ya mencionadas”.³⁸³

IV.7.3 Límites al poder disciplinario del empleador

Este poder del empleador, derivación de la facultad de mando del empleador, no puede ejercerse en forma absoluta ni mucho menos indiscriminada o arbitraria.

Las sanciones que se pueden establecer por el empleador deben ser la consecuencia a violaciones de conductas previamente regladas y relacionadas con el desarrollo del trabajo o servicio, los hechos que se sancionan deben cometerse durante la ejecución del contrato de trabajo, ser conocidos por los trabajadores, de aplicación general (principio de no discriminación) y no lesivos de la dignidad y de los derechos fundamentales del trabajador.

³⁸³ CARIOLA, DÍEZ PÉREZ-COTAPOS & CIA LTDA. *Nueva jurisprudencia sobre sanciones por infracción al Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad.* [en línea] <http://www.cariola.cl/opensite_det_20051115144250.asp>

IV.8.- EL *E-MAIL* LABORAL COMO CAUSAL DE CADUCIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO

IV.8.1 La terminación del contrato de trabajo en Chile

Nuestro ordenamiento jurídico laboral consagra un sistema de despido causado, donde el trabajador no puede ser despedido por la sola voluntad del empleador, y si es despedido arbitrariamente, debe ser indemnizado.

“En efecto, en el ordenamiento pertinente se consagra la estabilidad relativa en el empleo o el sistema de despido causado, el que se refleja en la específica y expresa reglamentación que el legislador se ha preocupado de establecer para el término de la relación laboral. Así, contempla causales taxativas, sean de naturaleza subjetiva -artículo 160 del Código del Trabajo- u objetiva - artículos 159 y 161 del mismo texto-. En tales condiciones, entonces, resulta que las partes no gozan de una amplia libertad para pactar circunstancias ante las cuales deba entenderse por terminada la relación laboral sólo en virtud de la convención acordada, sino que tal terminación ha de ajustarse a las normas que regulan la materia y, en caso de desacuerdo, como en el evento de que se trata, a la decisión jurisdiccional de las mismas, la que ha de ser adoptada dentro del respeto a las normas del debido proceso y en el marco del análisis de las probanzas allegadas a la causa en conformidad a las reglas que el legislador ha dictado para la realización de tal actividad”.³⁸⁴

Las causales de terminación del contrato de trabajo se encuentran contenidas en los artículos 159, 160 y 161 del Código del Trabajo:

³⁸⁴ GACETA JURÍDICA n° 242 sentencia Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 8 de agosto de 2000 pp. 172, rol 1288-2000.

El artículo 159 del Código del Trabajo señala una serie de causales objetivas de terminación del contrato de trabajo. Estas causales han sido también llamadas por los autores como de extinción del contrato, toda vez que el término de la relación laboral no se debe a un hecho imputable a las partes.

El artículo 160 del Código del Trabajo, por su parte, nos señala las causales de caducidad del contrato de trabajo. En ellas, la caducidad del contrato de trabajo se produce como consecuencia de ciertos hechos realizados por el trabajador, cuya sanción es el término de la relación laboral.

Finalmente, el artículo 161 del Código del Trabajo consagra la causal de despido fundada en necesidades de la empresa, establecimiento o servicio.

IV.8.2 La caducidad del contrato.

“Nuestro medio ha denominado caducidad de contrato al despido fundado en una justa causa imputable a la persona o conducta del trabajador, a las que, a su vez se ha llamado causales de caducidad de contrato”.³⁸⁵

La caducidad del contrato de trabajo se produce como consecuencia de ciertos hechos realizados por el trabajador (generalmente se trata de una conducta reprochable de su parte), cuya sanción es el término de la relación laboral.

Las causales de caducidad del contrato de trabajo se encuentran establecidas en el artículo 160 del Código del Trabajo:

“Art. 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:

³⁸⁵ THAYER A., William y NOVOA F., Patricio. [nota 272], p. 46

1.- Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan:

- a) Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones;
- b) Conductas de acoso sexual;
- c) Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa;
- d) Injurias proferidas por el trabajador al empleador, y
- e) Conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña.

2.- Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.

3.- No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; asimismo, la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra.

4.- Abandono del trabajo por parte del trabajador, entendiéndose por tal:

- a) la salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente, y b) la negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato.

5.- Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos.

6.- El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.

7.- Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato”.

IV.8.3 Caducidad del contrato derivada del uso del e-mail laboral

“La mayoría de las compañías en el mundo han tomado enérgicas medidas contra el uso incorrecto del correo electrónico. Los despidos por el mal uso del correo electrónico se han sucedido en los últimos años y se calcula que una de cada cuatro empresas ha despedido trabajadores por ello”.³⁸⁶

En nuestro país, donde el cese laboral es reglado, la posibilidad de un despido derivado del uso del *e-mail* laboral debemos analizarla en función de las causales de terminación del contrato señaladas en la ley, particularmente las contempladas en el artículo 160 del Código del Trabajo.

Lo primero que hay que decir es que no existe dentro de las causales señaladas en nuestro ordenamiento jurídico para la terminación del contrato de trabajo alguna causal que específicamente haga referencia al uso del *e-mail* laboral por parte del trabajador.

Luego, y en ausencia de una causal específica, deberemos recurrir tanto a la doctrina como a la jurisprudencia de nuestros tribunales para asociar alguna infracción en la materia con alguna de las causales de terminación del contrato previstas en la ley.

No obstante, y salvo en una hipótesis, pensamos que es difícil que el despido sea consecuencia directa (única y exclusivamente) de un uso del *e-mail* laboral por parte del trabajador. En la mayoría de las hipótesis que veremos a continuación, el *e-mail* laboral no es más que el medio de que se vale el trabajador para desplegar la conducta reprochable que hace procedente el despido. Es ésta la verdadera causal, la que en múltiples situaciones se confunde con el medio. El despido en estas hipótesis no sería sino una consecuencia indirecta del *e-mail* laboral.

³⁸⁶ COMISIÓN DE ESTUDIO DE CORREO ELECTRÓNICO. *Publicación electrónica citada.*

A modo meramente ejemplar, pensamos que a propósito del *e-mail* laboral podrían concurrir las siguientes causales contempladas en el artículo 160 del Código del Trabajo:

1. La causal establecida en el número 1 del artículo 160:

“Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan”:

a) Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones;

La falta de probidad, como han señalado diversos autores y en forma reiterada la jurisprudencia, se refiere a la falta de honestidad, deslealtad de parte del trabajador hacia el empleador. El trabajador, abusando de la confianza en él depositada o su situación en la empresa, utiliza estas ventajas para obtener provecho económico.

Dentro de los actos que la jurisprudencia ha considerado como falta de probidad: encontramos el “Entregar a terceros información reservada del empleador recibiendo o no gratificación por ello”.

De ahí que podríamos encuadrar dentro de la causal de falta de probidad a todos aquellos casos en que un trabajador se vale del *e-mail* laboral para filtrar información de la empresa a terceros.

b) Conductas de acoso sexual;

El *e-mail* laboral puede emplearse para situaciones de acoso sexual a compañeros, superiores o terceros ajenos a la empresa, configurándose así la causal prevista en la letra b numeral uno del artículo 160.

e) Injurias proferidas por el trabajador al empleador

El trabajador incurre en esta cada vez que utiliza el *e-mail* laboral para proferir injurias en contra de su empleador.

Ha de tenerse presente que el concepto de injurias empleado por el legislador laboral difiere del concepto penal de injurias. A efectos de configurar la causal de caducidad el contrato de trabajo, se entiende como injuria toda agresión verbal que tienda a menospreciar al empleador, las faltas de respeto grave, que atenten contra su dignidad o disciplina básica necesaria para el desarrollo del trabajo.

2. La causal establecida en el número 2 del artículo 160:

“Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador”.

Esta causal busca evitar que el trabajador, utilizando los conocimientos sobre el funcionamiento de la empresa o teniendo acceso a datos confidenciales de ésta, los utilice para desarrollar un negocio paralelo, aprovechándose de esta ventaja. En el fondo, lo que se sanciona es la competencia desleal, la que perfectamente podría desarrollarse desde el mismo puesto de trabajo del trabajador valiéndose para ello del *e-mail* laboral.

Debemos tener presente que para que tenga aplicación esta causal, es necesario que en el contrato de trabajo se haya prohibido expresamente desarrollar estas actividades, no bastando con incorporarlo solo en el reglamento interno.

3. La causal establecida en el número 7 del artículo 160:

“Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato”.

Nos interesa detenernos en esta causal por cuanto estimamos que, en razón de su sentido genérico, sería la única que permitiría configurar una situación de despido como consecuencia “directa” del uso del *e-mail* laboral.

Para que se configure la causal contemplada en el artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo es necesario: a) el incumplimiento de las obligaciones del contrato y b) que dicho incumplimiento pueda ser calificado de grave.

En efecto, “No basta con incumplir alguna de las obligaciones que impone el contrato para que se configure la causal en comento, sino que es necesario que además este incumplimiento sea grave. La gravedad del incumplimiento, estará determinado por la conducta realizada, la obligación incumplida, la reiteración en el tiempo y las circunstancias que rodean a esta conducta. La determinación final de si la conducta amerita la caducidad del contrato, en todo caso, no le corresponde determinarlo al empleador, según ha manifestado en forma reiterada la jurisprudencia, sino que es el juez el encargado de determinar si los hechos que configuran el incumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato revisten la gravedad suficiente para que proceda el término de la relación de trabajo”.

Descartamos, a partir de lo señalado, que un uso “razonable” del *e-mail* laboral para fines particulares sea suficiente, por si solo, para configurar la causal en comento, toda vez que no se estaría dando cumplimiento al requisito de gravedad exigido por la causal.

Incluso en aquellos casos en que se hubiere regulado el uso del *e-mail* laboral al interior de la empresa, no procedería aplicar la sanción del despido, siendo por corresponder el ejercicio del poder disciplinario.

No obstante lo anterior, bajo ciertas circunstancias el uso particular del *e-mail* laboral puede llegar a revestir la gravedad necesaria a los efectos de

configurar la causal, particularmente en aquellos casos en que existe un uso “abusivo” del e-mail laboral. Circunstancias que deberán ser examinadas para cada caso.

Entre otras, circunstancias que “agravan” la conducta del trabajador y que deben ser valoradas son: la existencia de daño a los intereses del empleador, la reiteración de la conducta en el tiempo, la existencia de sanciones disciplinarias anteriores, el numero de mensajes enviados, el tipo de participación que le cabe al trabajador etc.

Asimismo, podría llegar a “prepararse” la causal: “Para en cierto modo “preparar” la causal, es necesario que el empleador haga ver al trabajador el reproche a su conducta, a través de amonestaciones (las cuales se recomienda que sean por escrito con copia a la inspección del trabajo), señalando claramente la conducta reprochada, y el detalle de los hechos en los cuales se manifiesta la conducta u obligación incumplida. Así, la reiteración de la conducta reprochada configurará la causal de incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato”.³⁸⁷

IV.8.4 Despidos fundados en una prueba que vulnera los derechos fundamentales.

Finalmente, corresponde abordar el importante tema de la prueba de la causal del despido.

Puede suceder, como de hecho acontece, que el empleador para los efectos de acreditar las causales del despido se valga de pruebas obtenidas de un modo “irregular”.

387

Nos referimos a pruebas obtenidas a través de mecanismos que exceden del ejercicio regular del poder de dirección y que vulneran los derechos fundamentales del trabajador. Para el específico caso del correo electrónico: pensamos en una prueba obtenida a partir de una intromisión ilegítima en el “contenido” del correo electrónico laboral.

En España, se priva de todo valor a las pruebas alcanzadas con desconocimiento de derechos fundamentales, reputándoseles como prueba nula. Ello en conformidad a lo dispuesto en los artículos 90 de la Ley de Procedimiento Laboral y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que pasamos a reproducir:

Artículo 11, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

“1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Artículo 90, del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral:

“1. Las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, admitiéndose como tales los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas”.

Precisamente éste es uno de los argumentos invocados por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco para declarar nulo el despido de un trabajador al haberse abierto sus archivos sin el consentimiento del mismo, sin intervención judicial y sin las garantías del Estatuto de los Trabajadores. “En esta circunstancia, no sobrepasando el caso enjuiciado el juicio de necesidad

de aquellos registros y pericial, pues cabían otras posibilidades, procede considerar que aquellas pruebas son nulas, pues consideramos infringido el artículo 18 de la Constitución y el artículo 90 punto 1 de la Ley de Procedimiento Laboral (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril), debiendo aplicarse el efecto previsto en el artículo 11 punto 1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: la indicada nulidad”.³⁸⁸

La misma solución es la que a contar del 01 de marzo de 2008 encontraremos en nuestro país. El nuevo procedimiento de Tutela Laboral, instituido por la Ley N° 20.087, viene derechamente a hacerse cargo del problema de la “prueba ilícita”, al privar de todo valor probatorio a la prueba obtenida a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales.

En efecto, el nuevo artículo 453 N° 5, inc. 3, dispone “Con todo, carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales”.

No obstante, pensamos como Alex CAROCCA, que aún antes de la referida norma era posible sostener en nuestro país la nulidad de una prueba ilícita, cuestión que se encuentra estrechamente vinculada con el tema de los límites a la prueba. “El problema de la prueba ilícita, no se encuentra abordado expresamente en la legislación procesal chilena, particularmente en la de carácter civil, aunque el tema de la prueba ilícita cobra especial importancia en materia penal. Sin embargo, nos pronunciamos derechamente por la inadmisibilidad de la prueba ilícita, es decir, aquella obtenida precisamente con violación de derechos fundamentales, principalmente porque importara una

³⁸⁸ Véase <<http://www.delitosinformaticos.com/01/2007/laboral/el-tsjpgv-considera-nulo-el-despido-de-un-trabajador-al-haber-sido-registrado-su-ordenador-sin-su-consentimiento>>

infracción a preceptos constitucionales, que son todos aquellos que consagran tales derechos a nivel Constitucional, ya sea directamente o a través de las referencias a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Desde luego, tratándose de un acto que infringe preceptos constitucionales, es evidente que no podría ser admitido en nuestro Derecho, ya que como tal incurriría expresamente en la causal de nulidad que para tales efectos prescribe la propia Constitución. En efecto, un acto dirigido a la obtención de un elemento de prueba, que infrinja un derecho fundamental, importa la infracción primero del art. 19, en la parte en que contiene expresamente el derecho constitucional y, luego, de los arts. 6 y 7 de la propia Constitución, tanto si se trata de órganos o funcionarios públicos, como si se trata de personas naturales. No de otro modo, se puede interpretar la norma que prescribe que “1.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. 2.- Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”. (art. 6) o la que señala que “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. 2.- Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. 3.- Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.³⁸⁹

La ineficacia de la prueba conduce a que no exista causal acreditada del despido, configurándose al desaparecer la causa, un despido “acausal”, esto

³⁸⁹ CAROCCA PÉREZ, Alex. *Una primera aproximación a la prueba ilícita en Chile*. [en línea] Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 1998, Año 4, número 2. <<http://derecho.otalca.cl/pgs/revistas/ius/4-2-98/caroc298.pdf>>

es, un despido sin causa justificada que como sabemos dará lugar a las siguientes prestaciones:

1. Indemnización por años de servicios legal o convencional, según corresponda: indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente a dicho empleador. Esta indemnización tendrá un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración. (esto es, hasta 11 años de servicio). Aumentada según los casos hasta:
 - a. Un 50%: si el empleador no funda el despido en ninguna de las causales que señala la ley, o invoca sin justificación, cualquiera de las causales que establece el artículo 159 del Código del Trabajo;
 - b. 80%: si el empleador puso término a la relación laboral por aplicación indebida de las causales previstas en el artículo 160 del mismo Código.
 - c. 100%: si el empleador hubiese invocado las causales señaladas en los números 1, 5 y 6 del artículo 160 y el despido fuere además declarado carente de motivo plausible por el tribunal.
2. Indemnización sustitutiva del aviso previo: indemnización equivalente a la última remuneración mensual devengada.

CONCLUSIONES FINALES

Partimos nuestra memoria conceptualizando al correo electrónico. Rescatamos de las definiciones vistas en su momento, así como de sus principales características y ventajas, que todas ellas coinciden en destacar al correo electrónico como un medio de comunicación interpersonal.

Luego, sostuvimos que no es posible entender la importancia adquirida por las nuevas tecnologías en el ámbito productivo, así como la existencia misma del fenómeno del *e-mail* laboral, sino dentro del contexto de profundas transformaciones experimentadas en las últimas décadas por el mundo del trabajo productivo, las que, a su vez, tratamos de explicarnos a partir del cambio de modelo de producción, esto es, el paso del fordismo al posfordismo.

Junto al posfordismo hacen también su aparición, durante la década de los setenta, las denominadas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC's). Postulamos que, más allá de dicha coincidencia en el tiempo, ambos procesos se retroalimentan y posibilitan mutuamente: al mismo tiempo que las TIC's vienen a convertirse en soporte y requisito de las nuevas formas organizacionales; el ámbito productivo representa un campo fértil para el desarrollo de las TIC's; particularmente dentro del contexto de flexibilización de todo tipo, de estructura horizontal de la empresa, de "empresa red" y de cambios en las relaciones laborales que plantea el posfordismo.

Una de estas nuevas tecnologías que es recepcionada con entusiasmo por las empresas es, precisamente, el *e-mail* laboral, al que en su oportunidad definimos como "aquella cuenta de correo electrónico, de propiedad del

empleador, que es puesta a disposición del trabajador para una mejor y más eficaz prestación de los servicios objeto del contrato”.

Múltiples razones encontramos para tal “entusiasmo”: el *e-mail* laboral no sólo vendrá a agilizar las comunicaciones y el intercambio de información en las empresas, dotándolas de una valorable inmediatez, sino que también aportará indudables ventajas desde el punto de vista organizativo.

Empero, también señalamos que el uso del correo electrónico en el lugar de trabajo había traído consigo nuevos problemas y desafíos para las empresas que ponen esta herramienta a disposición de sus empleados.

Postulamos como la gran responsable de todas estas interrogantes y problemáticas a la naturaleza jurídica múltiple del *e-mail* laboral: al mismo tiempo que es un medio de comunicación, es una herramienta de trabajo y, finalmente, un mecanismo de control a disposición del empleador. Cada uno de estos aspectos aporta de manera considerable a la complejidad del tema.

Identificamos como los principales problemas derivados del uso del *e-mail* laboral a los siguientes:

1. Legalidad – legitimidad del uso para fines no empresariales del *e-mail* laboral por parte del trabajador.
2. Las eventuales responsabilidades que para el empleador podrían derivarse del uso del *e-mail* laboral.
3. El *e-mail* laboral como fuente de tensiones entre la potestad jurídica de mando del empleador y los derechos fundamentales del trabajador.

En relación a la primera cuestión, esto es la licitud o ilicitud de un uso para fines no empresariales del *e-mail* laboral, sostuvimos que la evaluación de

dicho comportamiento no era una cuestión fácil de precisar, particularmente en aquellos casos en que no existe una política empresarial al respecto.

Buscando una respuesta al tema, dimos cuenta de la existencia de dos posturas claramente antagónicas: la primera, junto con rechazar todo uso extralaboral del correo electrónico de la empresa, ve en dicho comportamiento una suerte de incumplimiento contractual; la segunda, justifica un uso razonable del *e-mail* laboral para cuestiones personales.

Si bien son múltiples los argumentos esgrimidos en uno u otro sentido, creemos que éstos, en definitiva, se reducen a un problema de distinta valoración del *e-mail* laboral: quienes rechazan un uso particular del mismo lo hacen desde su valoración como herramienta de trabajo; los que se abren a dicha posibilidad lo hacen desde la valoración del *e-mail* laboral como forma de comunicación generalizada y normalizada en el uso social.

Sin desmerecer los argumentos entregados por quienes rechazan un uso extralaboral del correo electrónico de la empresa, estimamos que no sería posible valorar a priori o en abstracto la licitud o ilicitud de dicho comportamiento de los trabajadores. Postulamos, en cambio, la necesidad de valorar las circunstancias de cada caso, descartando, de antemano, que un uso "razonable" y "no desmesurado" del *e-mail* laboral sea constitutivo, por si solo, de un incumplimiento contractual.

En cuanto a las eventuales responsabilidades que podrían derivarse para el empleador como consecuencia del uso del *e-mail* laboral, pudimos concluir que el empresario es responsable no sólo en aquellas hipótesis en que los perjuicios causados son consecuencia de un uso regular del *e-mail* laboral (daños causados en "ejercicio" de la función), sino también en aquellas

hipótesis que son resultado de un uso irregular del mismo (daños causados “en ocasión” de la función).

En el primer caso, por constituir un típico caso de responsabilidad del empresario por el hecho de su dependiente; en el segundo caso, si bien más discutible, por la aplicación extensiva que han hecho nuestros tribunales de justicia de las responsabilidades del empresario.

Finalmente, sindicamos al *e-mail* laboral como una potencial fuente de tensiones entre la potestad jurídica de mando del empleador y los derechos fundamentales del trabajador. Al análisis de esta problemática en particular destinamos gran parte de nuestra memoria.

El correo electrónico y, en general, las nuevas tecnologías han contribuido a incrementar las facultades del empleador y con ello las naturales tensiones existentes entre los intereses de las partes contratantes del contrato de trabajo; particularmente entre la potestad jurídica de mando del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores, esto último, desde que el incremento del poder directivo ha reforzado también su potencial peligrosidad, pudiendo suponer mayores cortapisas a derechos fundamentales del trabajador.

Ahora bien, y previo a adentrarnos en el análisis de las concretas manifestaciones que a propósito del *e-mail* laboral adquiere esta tensión, vimos como necesario detenernos en el tema de los derechos fundamentales en el ámbito laboral. Extraemos como las principales conclusiones de lo visto en su momento a las siguientes:

Tras repasar los aportes representados tanto por la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* como por los conceptos de “ciudadanía en la

empresa” y de “derechos inespecíficos”, pudimos afirmar categóricamente la plena vigencia y aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito laboral.

Luego, señalamos como la principal función de los derechos fundamentales en el ámbito laboral la de ser un límite a los poderes empresariales. Función que encontramos expresamente consagrada en nuestro ordenamiento jurídico laboral en el artículo 5º inciso primero del Código del Trabajo: "El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, 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".

A continuación, dijimos que los derechos fundamentales de los trabajadores no son absolutos y que, por lo mismo, reconocen como límites el ejercicio de otros bienes o garantías constitucionales, la moral, el orden público y el bien común.

Pues bien, y a propósito del estudio de aquellos derechos fundamentales que guardan una mayor vinculación con el *e-mail* laboral, no sólo identificamos al derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones como aplicables a su respecto, sino que también pudimos descubrir en los derechos fundamentales de la libertad de empresa y de propiedad el fundamento último de la potestad jurídica de mando del empleador.

Esto último nos sirvió para entender a la relación laboral como un escenario donde entran en juego distintos derechos fundamentales en busca de equilibrio: por una parte, la potestad jurídica de mando del empleador, que como vimos tiene su fundamento último en el derecho de propiedad; y por otra, los derechos fundamentales de los trabajadores.

Si 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; los derechos fundamentales del trabajador no pueden ser la excepción.

Así como los poderes empresariales no son absolutos y encuentran un límite en los derechos fundamentales del trabajador, también éstos reconocen límites en los derechos constitucionales del empleador, adoptando así -los derechos fundamentales del trabajador- una suerte de vigencia “matizada” dentro de la relación laboral.

Por lo demás, así parece entenderlo la propia Ley N° 20.087, cuando dispone, en el nuevo artículo 485 del Código del Trabajo, que los derechos y garantías que menciona (derechos fundamentales) resultan lesionados cuando en “el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial”.

Entre líneas, lo que nos está diciendo la norma es que los derechos fundamentales de los trabajadores pueden ser objeto de limitaciones por parte del empleador siempre que éstas sean respetuosas del contenido esencial del derecho y no sean arbitrarias o desproporcionadas.

Ahora bien, no basta con constatar que en la relación laboral existen derechos fundamentales en busca de equilibrio, sino que también se hace necesario encontrar criterios adecuados que permitan alcanzar dicho equilibrio.

Lo señalado, nos condujo al Derecho Constitucional en busca de pautas que nos permitieran alcanzar el referido equilibrio superando las referidas tensiones.

Lo primero que pudimos sacar en limpio de este repaso por el Derecho Constitucional fue entender a las tensiones existentes entre la potestad jurídica de mando del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores

como un conflicto entre derechos fundamentales que ha de ser resuelto desde una perspectiva constitucional.

Tras esta primera constatación, encontramos en nuestra doctrina nacional diversas teorías sobre como resolver los conflictos entre derechos fundamentales: entre otras, presentamos las teorías que postulan la idea de un orden de prelación o jerarquía, la teoría de la ponderación de derechos en el caso concreto y la tesis de la armonización, concordancia práctica o del equilibrio adecuado.

Si bien las alternativas presentadas ameritan un estudio más acucioso que permita inclinarse por alguna de ellas, nos interesa llamar la atención sobre el hecho que haya sido la propia Dirección del Trabajo la que ha recogido en sus dictámenes la teoría de la ponderación de derechos en el caso concreto, según la cual, serán las circunstancias de cada caso las que aportarán los elementos determinantes para establecer la preferencia que debe darse a un derecho por sobre otro, por lo mismo las soluciones habría que buscarlas para cada caso.

También desde la óptica del Derecho Constitucional, quisiéramos destacar el criterio esbozado por la Dirección del Trabajo en su Ord. Nº 2856/162, que haciendo suya la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional Español, nos señala que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del “principio de proporcionalidad”, el que, como vimos, se descompone en tres subprincipios: Juicio de idoneidad (si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto), el Juicio de necesidad (si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia) y el Juicio de proporcionalidad en sentido estricto, (si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o

ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto).

A continuación, y retomando las concretas manifestaciones que a propósito del *e-mail* laboral adquiere la tensión entre la potestad de mando del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores, dijimos que ésta se revela a propósito del poder reglamentario del empleador, adquiere niveles importantes con ocasión de la facultad de control y alcanza su máxima expresión con el ejercicio del poder disciplinario, particularmente, en las situaciones de despido como consecuencia directa o indirecta del uso del *e-mail* laboral.

Es en virtud del poder reglamentario que el empleador puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso del *e-mail* laboral en las empresas.

Vemos en la existencia de dicha regulación la posibilidad de alcanzar un uso eficiente y pacífico de esta herramienta de trabajo, supliendo con ello, y en parte, la ausencia de una normativa legal específica referente al tema.

Sobre el mecanismo más adecuado para plasmar dicha regulación, desde una óptica claramente garantista, nos inclinamos por que dicha regulación se contenga en el Reglamento Interno de la empresa o en el contrato colectivo, no así en el contrato de trabajo, manteniendo con ello una postura divergente a la sostenida por la Dirección del Trabajo.

Como muestra del carácter garantista de dichos instrumentos, destacamos la posibilidad de impugnar de ilegalidad toda regulación del *e-mail* laboral que, contenida en los Reglamentos internos de la empresa, sea vulneradora de los derechos fundamentales de los trabajadores.

En cuanto a la prohibición absoluta de usar al correo electrónico para fines extralaborales, pensamos que debiese rechazarse dicha posibilidad toda vez que constituye, tal como acontece con la prohibición absoluta de hablar durante el trabajo, un extrañamiento social del trabajador en su lugar de trabajo contrario a la propia dignidad del trabajador como persona.

Respecto de la potestad de control del empleador, reconocimos en el control sobre el *e-mail* laboral un control legítimo y jurídico, mas también señalamos que el mismo no podía ser ilimitado.

En su ejercicio no sólo deben respetarse, tal cual lo dispone el artículo 5º inciso primero del Código del Trabajo, la dignidad y los derechos fundamentales de los trabajadores; sino también lo dispuesto en el artículo 154 inciso final del Código del trabajo, que establece cuatro requisitos que deben cumplir toda medida de control:

1. Deben verificarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral.
2. Su aplicación debe ser de carácter general.
3. Ha de garantizarse la impersonalidad de la medida.
4. Y, en cualquier caso, ha de respetarse la dignidad del trabajador.

Examinamos los diversos mecanismos de protección de que dispone el trabajador que ve vulnerados sus derechos fundamentales con ocasión del control del *e-mail* laboral, entre ellos, sólo nos interesa destacar el significativo avance que en la materia vendrá a representar el nuevo procedimiento de Tutela laboral.

En cuanto a la intensidad que puede adoptar dicho control, esto es, la posibilidad de que el empleador pueda realizar un control no sólo de los aspectos externos del *e-mail* laboral (continente), sino que también del

contenido de los mismos, repasamos las distintas opiniones dadas en doctrina, como también lo señalado en el derecho y jurisprudencia comparada.

De lo visto, nos inclinamos por aquella alternativa que considera lícito sólo un control limitado exclusivamente a los aspectos externos del mensaje. A nuestro juicio, dicho control no sólo cumple con resguardar los derechos fundamentales de los trabajadores: derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y a la intimidad; sino que también reduce las posibilidades de incurrir en algunos de los ilícitos penales que en nuestro país podrían recibir aplicación respecto del correo electrónico, entre los cuales encontramos: Al artículo 161-A del Código Penal, El artículo 36 B de la Ley 18.168 General de Telecomunicaciones y al artículo 2° de la Ley 19.223 sobre Delitos Informáticos.

En relación con la potestad disciplinaria del empleador, vimos que ésta aparece en nuestro país estrechamente vinculada al poder reglamentario, por lo que sólo será posible para el empleador aplicar sanciones vinculadas al uso del *e-mail* laboral cuando así lo haya previsto en el Reglamento Interno de la empresa. Sanciones que sólo podrían consistir en amonestaciones o multas, ello conforme lo establecido en el artículo 154 del Código del Trabajo.

En cuanto a los límites que debe observar el empleador en relación al uso de esta facultad, mencionamos que las sanciones que se pueden establecer por el empleador debían ser la consecuencia a violaciones de conductas previamente regladas y relacionadas con el desarrollo del trabajo o servicio, los hechos que se sancionan debían cometerse durante la ejecución del contrato de trabajo, ser conocidos por los trabajadores, de aplicación general (principio de no discriminación) y no lesivos de la dignidad y de los derechos fundamentales del trabajador.

Finalmente, analizamos las posibilidades de despidos derivados del uso del *e-mail* laboral.

Lo primero fue corroborar que no existe dentro de las causales previstas en nuestro ordenamiento jurídico para la terminación del contrato de trabajo alguna que haga específicamente referencia al uso del *e-mail* laboral por parte del trabajador.

Luego, y ante la ausencia de una causal específica, recurrimos tanto a la doctrina como a la jurisprudencia de nuestros tribunales para asociar alguna infracción en la materia con alguna de las causales de terminación del contrato previstas en la ley, encontrando que respecto del *e-mail* laboral podrían verificarse las causales de caducidad contempladas en los numerales 1, letras a), b) y e); 2 y 7 del artículo 160 del Código del Trabajo.

No obstante, dejamos patente nuestra opinión en torno a que sólo la causal de “Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato” podría llegar a constituir una causal de despido como consecuencia directa (única y exclusivamente) de un uso del *e-mail* laboral por parte del trabajador. En las restantes, el *e-mail* laboral no sería sino que el medio de que se vale el trabajador para desplegar la conducta reprochable que hace procedente el despido.

Finalmente, abordamos el tema de los despidos fundados en una prueba que vulnera los derechos fundamentales. Sobre el punto consignamos lo dispuesto en el nuevo artículo 453 N° 5, inc. 3 del Código del Trabajo, que priva de todo valor probatorio a la prueba obtenida a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales.

Con esto último damos por concluida nuestra investigación, postulando la necesidad de una normativa legal específica, comprensiva y coherente que se

haga cargo de esta y otras materias vinculadas a la introducción y utilización del elemento tecnológico en la empresa.

BIBLIOGRAFÍA

MATERIAL IMPRESO

A. LIBROS

ABELIUK MANASEVICH, Rene. *Las obligaciones*. Santiago de Chile, Ed. Jurídica Ediar - Cono Sur Ltda.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno*. Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1943.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BOIZARD PIWONKA, Alicia y PEREZ ARATA, Miguel. *Internet en acción*. Santiago de Chile, Ed. McGraw-Hill, 1996.

BAYLOS GRAU, Antonio. *Derecho del Trabajo: Un Modelo para Armar*. Madrid. Ed. Trotta, 1991, p. 99.

CARDONA RUBERT, María Belén. *Informática y contrato de Trabajo*. Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1999.

CASTELLS, Manuel. *La era de la información. Vol. 1: La sociedad red*. Alianza Editorial Barcelona.

CEA, José Luis. *El Sistema Constitucional de Chile, Síntesis Crítica*. Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales, Universidad Austral de Chile, 1999.

CORRIPIO GIL-DELGADO, María de los Reyes. *Regulación Jurídica de los Tratamientos de Datos Personales Realizados por el Sector Privado en Internet*. Agencia de Protección de Datos. Madrid, 2000.

ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. Tercera Edición revisada y actualizada 1997. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998. Tomo Tercero.

JIJENA LEIVA, Renato. *Comercio Electrónico, Firma Digital y Derecho. Análisis de la Ley N° 19.799*. 2ª ed. Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 2005.

LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE C., José Luis. *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa* [monografías]. Santiago de Chile, Ed. Jurídica Conosur, 1998.

MACCHIAVELLO CONTRERAS, Guido. *Derecho del trabajo. Teoría jurídica y análisis de las actuales normas chilenas*. Tomo 1: El contrato individual y la relación de trabajo. Santiago de Chile, Ed. Universitaria. 1996

MARÍN 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*. Ed. Tirant lo Blanch, 2005.

MERCADER URGINA, Jesús R. *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*. España, Ed. Lex-Nova, 2002.

MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*. 26ª ed. Madrid, Ed. Tecnos, 2005.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Dogmática Constitucional*. Universidad de Talca, Talca, 1997.

OVIEDO, María Natalia. *Control empresarial sobre los <<e-mails>> de los dependientes*. Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2004.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*. Ed. Aranzadi, 2002.

THAYER A., William y NOVOA F., Patricio. *Manual de Derecho del Trabajo*. Tomos II y III. Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile. 1998.

VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto. *Derecho Constitucional*. Tomo I. Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1999, p. 132.

B. CAPITULO DE LIBRO ESCRITO POR AUTOR DISTINTO AUTOR (ES) DEL LIBRO

CRUZ VILLALON, J. *Outsourcing y Relaciones Laborales*. En: W.AA., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, Colección Informes y Estudios, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, España, 2000, p. 253.

GARCIA SAN MIGUEL, Luis. *Reflexiones sobre la intimidación como límite a la libertad de expresión*, artículo inserto en "Estudios sobre el Derecho a la Intimidación", Ed. Tecnos S.A., Madrid 1992.

GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. *La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo*. En: MANUEL RAMÓN ALARCÓN y RICARDO ESTEBAN L. (Coordinadores). *Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación y Derecho del Trabajo*. Ed. Bomarzo, 2004.

GOÑI SEIN, José Luis. *Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos*. En: ALARCÓN, Manuel Y ESTEBAN Ricardo (Coordinadores). *Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación y Derecho del Trabajo*. Ed. Bomarzo, 2004.

C. ARTÍCULO DE REVISTA

ALDUNATE, Eduardo. *La colisión de los derechos fundamentales*. Revista Derecho y Humanidades. (11): 69 - 78, 2005.

ÁLVAREZ, Daniel. *Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas*. Revista Chilena de Derecho Informático, del Centro de Estudios de Derecho Informático. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. (5): 191 - 202, 2004.

ARRIETA CORTÉS, Raúl. *Derecho a la Vida Privada: Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas*. Revista Chilena de Derecho Informático, del Centro de Estudios de Derecho Informático. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. (6): 147 - 157, 2005.

CERDA SILVA, Alberto. *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*. [en línea] Revista Chilena de Derecho Informático, del Centro de Estudios de Derecho Informático. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. (1): 51 - 63, 2002.

CERDA SILVA, Alberto. *Comentario al dictamen de la Dirección del Trabajo. Uso del correo electrónico por los trabajadores*. Revista Chilena de Derecho Informático, del Centro de Estudios de Derecho Informático. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. (1): 155 - 161, 2002.

CERDA SILVA, Alberto. *Intimidad de los Trabajadores y tratamiento de Datos Personales por los Empleadores*. Revista Chilena de Derecho Informático, del Centro de Estudios de Derecho Informático. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. (2): 35 - 59, 2003.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Nuevas tecnologías y Control del Empresario*. Revista Chilena de Derecho Informático, del Centro de Estudios de Derecho Informático. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. (7): 27 - 96, 2005.

GACETA JURÍDICA Nº 268, octubre 2002. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 11 de octubre de 2002, pp 214 y siguientes, rol 6660-2001.

GACETA JURÍDICA Nº 242 Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 8 de agosto de 2000, p. 172, rol 1288-2000.

GONZÁLEZ HOCH, Francisco. *La prueba de las obligaciones y la firma electrónica*. Revista Chilena de Derecho Informático, del Centro de Estudios de Derecho Informático. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. (2): 71 - 88, 2003.

RODRÍGUEZ SILVA, Eduardo. *El Correo Electrónico*. Revista Chilena de Derecho Informático, del Centro de Estudios de Derecho Informático. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. (3): 193 - 201, 2003.

RUIZ TAGLE VIAL, Pablo. *Una dogmática general para los Derechos Fundamentales en Chile*. Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. (63): 179 - 199, 2001.

D. LEGISLACIÓN

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 2000. Decimocuarta Edición Oficial. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

CÓDIGO DEL TRABAJO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 2003. Octava Edición Oficial. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 1997. Decimocuarta Edición Oficial. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 2006. Cuarta Edición Oficial. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 1996. Quinta Edición Oficial. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

E. MEMORIAS Y TESIS

VIAL, Tomas. *El derecho a la vida privada y la libertad de expresión en las constituciones de Chile y España: una propuesta de criterios para el análisis*. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional. Universidad Católica de Chile. Santiago, 1999.

F. APUNTES

BARROS, Enrique. *Texto de Apoyo empleado en Diplomado Responsabilidad Extracontractual*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados.

ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro. *Separata: La Responsabilidad del Empresario por el hecho de sus dependiente. (Un Intento por sistematizar la jurisprudencia Chilena)*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

SOPORTE INFORMÁTICO

A. LIBROS EN SOPORTE ELECTRÓNICO

MORENO MÁRQUEZ, Gorka. *Trabajo Y Ciudadanía. Un Debate Abierto*. Vitoria-Gasteiz: Ararteko, 2003. Colección Derechos humanos "Padre Francisco de Vitoria". [en línea] <<http://www.ararteko.net/webs/ipfvitoria/trabyciud2003.pdf>> [consulta: 14-02-2007]

B. ARTÍCULOS ELECTRÓNICOS

ALBARRÁN LOZANO, Irene, DE PABLOS HEREDERO Carmen, MONTERO NAVARRO Antonio. *Uso del correo electrónico: un análisis empírico en la UCM*. [en línea] <<http://www.ucm.es/BUCM/cee/doc/9909/9909.htm>> [consulta: 06-12-2006]

BARROS GARCÍA, Mario. *Problemas derivados de la Utilización del Correo Electrónico e Internet en el Ámbito Laboral*. [en línea] <http://www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n8/trib04.pdf>

[consulta: 06-12-2006]

BATLLORI BAS, Martí. *Acerca del control del correo electrónico en la empresa.* [en línea] <<http://noticias.juridicas.com/articulos/40-Derecho%20Laboral/200102-05512911015390.html>>
[consulta: 06-12-2006]

BLÁZQUEZ, Blanca. *Aspectos jurídicos sobre el control del uso del correo electrónico por parte de las empresas en el ámbito laboral.* [en línea] <<http://www.mgabogados.com/despacho/controldelemail.htm>>
[consulta: 06-12-2006]

CARIOLA, DÍEZ PÉREZ-COTAPOS & CIA LTDA. *Nueva jurisprudencia sobre sanciones por infracción al Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad.* [en línea] <http://www.cariola.cl/opensite_det_20051115144250.asp>
[consulta: 12-04-2007]

COMISIÓN DE ESTUDIO DE CORREO ELECTRÓNICO. *Informe Preliminar del anteproyecto de Ley de protección del Correo Electrónico.* [en línea] <<http://www.secom.gov.ar/documentos/proteccion-email/informepreliminar.doc>>
[consulta: 06-12-2006]

DESANTES GUANTER, José María. *El Derecho Fundamental la Intimidad.* [en línea] <http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1212_1280/rev46_desantes.pdf>
[consulta: 11-01-2007]

El derecho a inspeccionar el correo electrónico como fuente de responsabilidad subsidiaria del empresario. [en línea] <http://derecho-internet.org/teoria.php?toria_id=60>
[consulta: 19-12-2006]

FALGUERA I BARÖ, Miguel Ángel. *Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador.* [en línea] <<http://www.ceveal.com/falguera.htm>>
[consulta: 06-12-2006]

<<http://www.delitosinformaticos.com/01/2007/laboral/el-tsjpgv-considera-nulo-el-despido-de-un-trabajador-al-haber-sido-registrado-su-ordenador-sin-su-consentimiento>>
[consulta: 20-03-2007]

JIJENA LEIVA, Renato. *Sobre la Confidencialidad e Inviolabilidad de los Correos Electrónicos*. [en línea] <<http://www.ecampus.cl/htm/derecho.htm>>
[consulta: 06-12-2006]

JURI, Ricardo. *Contexto jurídico del correo electrónico: Falta de regulación en comunicación vía e-mails es potencial fuente de conflictos en el trabajo*. [en línea]
<http://www.derecho.uchile.cl/noticias/2004/profesor_r_juri_analiza_contexto_juridico.htm>
[consulta: 06-12-2006]

LARRONDO, Manuel. *Intimidad y privacidad en el derecho*. [en línea]
<http://www.perio.unlp.edu.ar/htmls/unesco/manuel_larrondo.doc>
[consulta: 22-04-2007]

LIZAMA PORTAL, Luis. *Nuevas tecnologías pero antiguos problemas. El respeto a la intimidad de los trabajadores*. [en línea]
<http://www.derecho.udp.cl/e/publicaciones/l_lizama.PDF>
[consulta: 06-12-2006]

MAGLIONA, Claudio. *Chile: Privacidad Del Correo Electrónico En La Empresa*. [en línea] Alfa-Redi, Revista de Derecho Informático. Noviembre del 2002, número 052. <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1407>>
[consulta: 06-12-2006]

MARTÍN PARDO DE VERA, María. *El uso del correo electrónico en el trabajo*. <http://www.informatica-juridica.com/trabajos/el_uso_del_correo_electronico_en_el_trabajo.asp>
[consulta: 06-12-2006]

MARTIN PARDO DE VERA, María. *Otras cuestiones de interés en el ámbito laboral.* [en línea] <http://www.informatica-juridica.com/trabajos/otras_cuestiones_de_interes_en_el_ambito_laboral.asp> [consulta: 25-01-2007]

MELIS VALENCIA, Christian. *Derechos de Ciudadanía y Empresa: Apuntes para una configuración Dogmático-Jurídica.* [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/1601/article-65183.html>> [consulta: 25-01-2007]

MELO, Verónica E. *La privacidad del correo electrónico en el ámbito laboral: Problemáticas jurídicas que se plantean.* [en línea] <http://www.editorialjuris.com/diarios/marzo/21_03_2003.asp> [consulta: 06-12-2006]

MERINO MERCHAN, José Fernando. *El control sobre el correo electrónico de los trabajadores.* [en línea] <http://www.injef.com/revista/sitios/jfmm_001215.htm> [consulta: 06-12-2006]

MOGUEL FERNÁNDEZ, Jordi. *El poder de control y vigilancia del empresario sobre las actividades de los trabajadores, y sus implicaciones penales.* [en línea] <<http://noticias.juridicas.com/articulos/40-Derecho%20Laboral/200602-5158142111062510.html>> [consulta: 20-03-2007]

NIELSEN, Jakob. *One Billion Internet Users.* 2005. [en línea] Alertbox, 19 de diciembre. <http://www.useit.com/alertbox/internet_growth.html> [consulta: 15-01-2007]

PRADO PUGA, Arturo. *Privacidad / Apretando El Cerco.* [en línea] <http://www.derechosdigitales.org/ong/ver_articulos_menu.php?id_destaca=29&id_menu=15> [consulta: 15-01-2007]

RASO DELGUE, Juan. *Las transformaciones del trabajo.* [en línea] <www.rau.edu.uy/universidad/inst_derecho_del_trabajo/raso.pdf>

[consulta: 14-02-2007]

REUSSER MONSÁLVEZ, Carlos. *Privacy, Riservatezza, Intimidad y Autodeterminación Informativa: El Camino hacia el Derecho Fundamental a la Protección de Datos (Apuntes para discusión)*. [en línea] <<http://www.forodigital.cl/downloads/forodigitalelcaminodelaprotecciondedatos.pdf>>

[consulta: 05-03-2007]

RIASCOS GÓMEZ, Libardo Orlando. *La Visión Lusinformática del Derecho a la Intimidad, no es un Nuevo Derecho Fundamental*. [en línea] <<http://www.informatica-juridica.com/trabajos/ponencia.asp>>

[consulta: 11-01-2007]

SÁNCHEZ DE DIEGO, Manuel. *Intimidad y Privacidad en la Red. Consideraciones Jurídicas del Derecho Español*. [en línea] <<http://www.ucm.es/info/dinforma/activi/libro/8.html>>

[consulta: 11-01-2007]

UGARTE CATALDO, José Luis. *Derecho a la Intimidad y la Relación Laboral*. [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/1601/article-65179.html>>

[consulta: 11-01-2007]

URCELAY LOSANA, Pedro Aitor. *Problemas jurídicos en el uso laboral de las nuevas tecnologías*. [en línea] <<http://legal.monster.es/articulos/internet/>>

[consulta: 06-12-2006]

VILLAHERMOSA IGLESIAS, Alfonso. *Apuntes sobre el correo electrónico en la empresa*. [en línea]

<<http://www.delitosinformaticos.com/ciberderechos/usocorreo1.shtml>>

[consulta: 06-12-2006]

YÁÑEZ, Sonia. *Consideraciones sobre flexibilidad laboral planteadas desde una mirada de género*. [en línea] <http://www.cem.cl/pdf/flexibil_laboral.pdf>

[consulta: 14-02-2007]

ZULUETA, Endika. *El estado policial laboral: registro del correo electrónico o de los archivos personales de los trabajadores.* [En línea] <<http://altavoz.nodo50.org/endika.htm>> [consulta: 06-12-2006]

C. ARTÍCULOS DE PUBLICACIONES SERIADAS ELECTRÓNICAS

ALBELLA, Rodolfo Alonso. *El uso del correo electrónico en el lugar de trabajo.* [en línea] datospersonales.org, la revista de la Agencia de protección de Datos de la Comunidad de Madrid. Septiembre 2004. N° 11. <http://www.madrid.org/comun/datospersonales/0,3126,457237_0_460419_12299200_12276600,00.html> [consulta: 06-12-2006]

BANDA VERGARA, Alfonso. *Manejo de Datos Personales. Un límite al derecho al derecho a la vida privada.* [en línea] Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XI, diciembre 2000, pp. 55-70. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502000000100006&lng=es&nrm=iso&tlng=es> [consulta: 11-01-2007]

BARRERA, María Helena y MONTAGUE OKAI, Jason. *Correspondencia Digital. Recreando Privacidad en el Ciberespacio.* [en línea] Alfa-Redi, Revista de Derecho Informático. Octubre de 1999, número 015. <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=345>> [consulta: 11-01-2007]

BERGONZELLI, Paula y COLOMBO, Sandra. *La Sociedad de la Información y el Conocimiento: implicancias para América Latina.* [en línea] Revista Contribuciones a la Economía. Febrero de 2006. <<http://www.eumed.net/ce/2006/pbsc.htm>> [consulta: 14-02-2007]

CAAMAÑO ROJO, Eduardo. *La Parasubordinación o Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente. El Empleo en las Fronteras del Derecho del Trabajo.* [en línea] Revista Laboral Chilena. Diciembre 2004, p. 61 s. (Parte I) y enero de 2005, p. 68 s. (Parte 2).

<[http://www.profesores.ucv.cl/eduardoCAAMAÑO/publicaciones/La parasubordinacion.pdf](http://www.profesores.ucv.cl/eduardoCAAMAÑO/publicaciones/La_parasubordinacion.pdf)>
[consulta: 24-02-2007]

CAAMAÑO ROJO, Eduardo. *Las Transformaciones del Trabajo, La Crisis de la Relación Laboral Normal y el Desarrollo del Empleo Atípico*. [en línea] Revista Derecho (Valdivia). Julio de 2005, vol.18, número 1, pp.25-53.
<http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000100002&script=sci_arttext>
[consulta: 14-02-2007]

CANALES N., Patricia. *Flexibilidad laboral*. [en línea] Documentos sobre flexibilidad laboral, Serie Estudios de Anticipación, Biblioteca del Congreso Nacional. Febrero de 2003, Año II, número 17.
<http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-27.4751545262/documentos_pdf.2005-10-31.9831082803>
[consulta: 14-02-2007]

CANALES Patricia y LOISEAU, Virginia. *Delitos informáticos en la legislación de España, Francia, Alemania e Italia*. [en línea] Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Biblioteca del Congreso Nacional, julio de 2004.
<http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-20.2791530909/documentos_pdf.2005-10-20.6075210557/documentos_pdf_view>
[consulta: 20-03-2007]

CARMONA SANTANDER, Carlos. *Protección de datos personales. Ley Nº 19.628*. [En línea] Informativo Jurídico de Derecho en Línea.
[consulta: 12-12-2007]

CAROCCA PÉREZ, Alex. *Una primera aproximación a la prueba ilícita en Chile*. [en línea] Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 1998, Año 4, número 2.
<<http://derecho.otalca.cl/pgs/revistas/ius/4-2-98/caroc298.pdf>>
[consulta: 04-04-2007]

CERDA SILVA, Alberto y ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel. *Sobre la Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas. Ley Nº 19.927 que Tipifica*

los Delitos de Pornografía Infantil. [en línea] Anuario de Derechos Humanos 2005. <<http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/13inviolabilidad-comunic-electronica.pdf>>
[consulta: 06-12-2006]

CHAVEZ RAMIREZ, Irma Paulina. *Flexibilidad en el Mercado Laboral: Orígenes y Concepto*. [en línea] Aportes: Revista de la Facultad de Economía BUAP. Mayo – agosto 2001, volumen VI, número 17, pp. 57 - 74. <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/376/37661703.pdf>>
[consulta: 14-02-2007]

GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto. *Derecho a la Intimidad: Protección de Datos Personales*. [en línea] Alfa-Redi, Revista de Derecho Informático. Enero del 2003, número 054. <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1389>>
[consulta: 11-01-2007]

GALDÓS, Jorge Mario. *Correo Electrónico, Privacidad y Daños*. [en línea] Alfa-Redi, Revista de Derecho Informático. Marzo del 2002, número 044. <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1557>>
[consulta: 11-01-2007]

GIRALDO QUINTERO, Argiro Artenio. *El Secreto en la Comunicación por Correo Electrónico*. [en línea] Alfa-Redi, Revista Electrónica de Derecho Informático. Agosto de 2000, número 25. <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=539>>
[consulta: 06-12-2006]

GONZÁLEZ, María Candelaria. *Flexibilización de las relaciones laborales. Una perspectiva teórica postfordista*. [en línea] Gaceta Laboral. Abril 2006, vol. 12, número 1, pp.33-68. <http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-85972006004000003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1315-8597
[consulta: 14-02-2007]

KURI GAYTÁN, Armando. *La relación global-local ante la crisis del fordismo*. [en línea] Memoria Virtual. Revista mensual de política y cultura. Abril de 2003, número 170. <<http://memoria.com.mx/node/116>>
[consulta: 14-02-2007]

LÓPEZ ALONSO, Covadonga. *El correo electrónico*. [en línea] Estudios de Lingüística del Español (ELiEs). 2006, vol. 24. <http://elies.rediris.es/elies24/LÓPEZalonso_cap2.htm> [consulta: 15-01-2007]

MELIS VALENCIA, Christian. *En Torno al Contrato de Trabajo y los Derechos Fundamentales. (Parte I)*. [en línea] Boletín Oficial Dirección Del Trabajo. Mayo, N° 148/2001. <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/article-62302.html>> [consulta: 25-01-2007]

MELIS VALENCIA, Christian. *En Torno al Contrato de Trabajo y los Derechos Fundamentales. (Parte II)*. [en línea] Boletín Oficial de la Dirección Del Trabajo. Junio, N° 149/2001. <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/article-62306.html>> [consulta: 25-01-2007]

MONSERRAT HERNANDEZ, Rubio y HERRERA BRAVO, Rodolfo. *La Legitimidad del Control Tecnológico del Empleador sobre el Trabajador*. [en línea] Alfa-Redi, Revista de Derecho Informático. Junio de 2001, número 035. <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=709>> [consulta: 06-12-2006]

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Reflexiones sobre el establecimiento constitucional del Habeas Data*. [en línea] Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 1997, número 1, pp.265-284. <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19730124.pdf>> [consulta: 13-02-2007]

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Los Derechos Esenciales o Humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su Ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina Y Jurisprudencia*. [en línea] Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2003, Vol. 9, número 1, pp.403-466. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100020&lng=es&nrm=iso&tlng=es> [consulta: 25-01-2007]

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Pautas para Superar las Tensiones entre los Derechos a la Libertad de Opinión e Información y los Derechos a la Honra y la Vida Privada*. [en línea] Revista de Derecho (Valdivia). Vol. XVII, Diciembre 2004, p. 139-160 <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000200006&lng=es&nrm=iso&tlng=es>
[consulta: 25-01-2007]

UAPROL. *Delito Informático: Derecho Comparado*. [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional, documento UAPROL, N° 160, agosto de 2002. <http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-20.2791530909/documentos_pdf.2005-10-20.6075210557/documentos_pdf_view>
[consulta: 20-03-2007]

UGARTE CATALDO, José Luis. *El contenido del contrato individual de trabajo*. [en línea] Boletín Oficial Dirección Del Trabajo. Noviembre, N° 94/1996. <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/article-62200.html>>
[consulta: 23-02-2007]

UGARTE CATALDO, José Luis. *Las Nuevas Relaciones Laborales y el Derecho del Trabajo*. [en línea] Boletín Oficial Dirección Del Trabajo. Diciembre, N° 179/2003. <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/article-63557.html>>
[consulta: 14-02-2007]

UGARTE CATALDO, José Luis. *Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores*. [en línea] Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2006, vol. 12, número 1, p.11-29. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100002&lng=en&nrm=>>
[consulta: 24-02-2007]

D. TESIS, PONENCIAS, CONGRESOS ELECTRÓNICOS.

BELZUNEGUI ERASO, Ángel. *Diversificación de las condiciones de trabajo y cambios organizativos en las empresas: un estudio sobre el teletrabajo*. Tesis doctoral. Barcelona, España. Univeritat Autònoma de Barcelona, Departament

de Sociología, 2001. 522 h. [en línea]
<http://www.tdx.cesca.es/TESIS_UAB/AVAILABLE/TDX-0226102-142055//>
[consulta: 14-02-2007]

CASTRO BONILLA, Alejandra. *El uso legítimo del correo electrónico*. En: Congreso Mundial de Derecho Informático. (II, 2002, Madrid). Madrid, España. Universidad Complutense, Facultad de Derecho. 23 p. [en línea]
<<http://www.ieid.org/congreso/ponencias/Castro%20Bonilla,%20Alejandra.pdf>>
[consulta: 06-12-2006]

JEFFERY, Mark. *Carta Blanca para espiar a los trabajadores? Perspectivas inglesas sobre poder informático e intimidación*. En: Seminario "Poder informático e intimidación: límites jurídico-laborales y penales al control empresarial" (30 de marzo de 2001). Barcelona, España. Estudios de Derecho y Ciencias Políticas de la UOC. [en línea] <<http://www.uoc.es/web/esp/art/uoc/0109042/jeffery.html>>
[consulta: 14-12-2006]

MARÍN ALONSO, Inmaculada. *El correo electrónico como manifestación del art. 18.3 CE en el ámbito de la empresa: la supervivencia de la configuración del derecho pese al poder de dirección del empresario*. En: "Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional". (3 al 5 de Diciembre de 2003) Sevilla, España. Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla. [en línea]
<<http://www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/InmaculadaMARÍN.pdf>>
[consulta: 05-04-2007]

THIBAUT ARANDA, Javier. *El uso del e-mail por los trabajadores y las facultades de control del empleador. Perspectivas inglesas sobre poder informático e intimidación*. En: Seminario "Poder informático e intimidación: límites jurídico-laborales y penales al control empresarial". (30 de marzo de 2001). Barcelona, España. Estudios de Derecho y Ciencias Políticas de la UOC. [en línea] <<http://www.uoc.es/web/esp/art/uoc/0109040/thibault.html>>
[consulta: 06-12-2006]

E. ARTÍCULOS DE PERIÓDICOS ELECTRÓNICOS

DE LA MAZA, Iñigo. *Privacidad Cuestionada*. [en línea] <<http://diario.elmercurio.com/2004/10/22/nacional/claves/noticias/AF9303BE-EA6F-4E92-AF58-398915E1F00A.htm?id={AF9303BE-EA6F-4E92-AF58-398915E1F00A}>>>
[consulta: 06-12-2006]

F. LEGISLACIÓN ELECTRÓNICA

CÓDIGO PENAL (ESPAÑA) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [en línea] <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html>
[consulta: 20-03-2007]

CONSTITUCIÓN POLÍTICA (ESPAÑA) [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion/pdf/ConstitucionCASTELLANO.pdf>>
[consulta: 20-02-2007]

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. ORD. N° 2856/162. Santiago de Chile. 30 de agosto de 2002. [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-76653.html>>
[consulta: 25-01-2007]

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. ORD. N° 4968/335. Santiago de Chile. 27 de noviembre de 2000. [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-62410.html>>
[consulta: 25-03-2007]

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. ORD. N° 260/19. Santiago de Chile. 24 de enero de 2002. [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-62410.html>>
[consulta: 06-12-2006]

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. ORD. N° 2328/130. Santiago de Chile. 19 de julio de 2002. [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-63600.html>>
[consulta: 05-02-2007]

ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES (ESPAÑA) Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores [en línea] <<http://www.laleylaboral.com/>> [consulta: 12-03-2007]

LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL (ESPAÑA) Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral [en línea] <<http://www.laleylaboral.com/>> [consulta: 14-03-2007]

LEY N° 18.168 LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES (CHILE) [en línea] <<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/29591.pdf>> [consulta: 11-02-2007]

LEY N° 19.223 TIPIFICA FIGURAS PENALES RELATIVAS A LA INFORMÁTICA (CHILE) [en línea] <<http://www.legadigital.cl/doc/leyes/19223%20delitos%20informaticos.pdf>> [consulta: 20-03-2007]

LEY N° 19.628 SOBRE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA (CHILE) [en línea] <http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/141599.pdf> [consulta: 23-01-2007]

LEY 19.733 SOBRE LIBERTADES DE OPINIÓN E INFORMACIÓN Y EJERCICIO DEL PERIODISMO (CHILE) [en línea] <<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/186049.pdf>> [consulta: 23-01-2007]

LEY N° 19.799 SOBRE DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS, FIRMA ELECTRÓNICA Y SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN DE DICHA FIRMA (CHILE) [en línea] <<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/196640.pdf>> [consulta: 11-02-2007]

LEY N° 20.087 SUSTITUYE EL PROCEDIMIENTO LABORAL CONTEMPLADO EN EL LIBRO V DEL CÓDIGO DEL TRABAJO (CHILE) [en línea] <<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/245804.pdf>> [consulta: 12-01-2007]

LEY Nº 20.164 POSPONE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LAS LEYES Nº 20.022 Y Nº 20.087 (CHILE) [en línea]
<<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/original/258337.pdf>>
[consulta: 12-01-2007]

LEY Nº 28.493 QUE REGULA EL USO DEL CORREO ELECTRÓNICO COMERCIAL NO SOLICITADO (SPAM). (PERÚ) [en línea]
<<http://www.editoraperu.com.pe/elperuano>>
[consulta: 14-03-2007]

LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL. (ESPAÑA)
[en línea] <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo6-1985.html>
[consulta: 18-04-2007]

G. SITIOS WWW (WORLD WIDE WEB)

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS
<<https://www.agpd.es/index.php>>
[consulta: 18-01-2007]

ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE INTERNET. [en línea] <<http://www.aui.es>>
[consulta: 18-12-2006]

BREVE HISTORIA DEL CORREO ELECTRÓNICO. [en línea]
<http://www.telecable.es/personales/carlosmg1/historia_correo.htm>
[consulta: 06-12-2006]

CAPÍTULO CHILENO DEL INFORME "BUSINESS AND INFORMATION TECHNOLOGIES (BIT) 2005. [en línea]
<<http://www.paisdigital.org/node/326#attachments>>
[consulta: 18-12-2006]

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Vigésima segunda edición. [en línea] <<http://www.rae.es>>

ESTUDIO DE BANDA ANCHA EN CHILE. [en línea]
<<http://www.ciscoredaccionvirtual.com/redaccion/multimedia/descargar.asp?archivo=1043>>
[consulta: 14-03-2007]

INDICADOR DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (ISI): SITUACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN EN ARGENTINA, BRASIL, CHILE Y MÉXICO. EDICIÓN 2006. [en línea]
<<http://www.paisdigital.org/files/Estudio%20ISI%20oct%2006%203.pdf>>
[consulta: 18-12-2006]

MORGAN STANLEY, 2005. [en línea]
<<http://www.morganstanley.com/institutional/techresearch/gsb112005.html?page=research>>
[consulta: 21-12-2006]

SUBTEL [en línea]
<http://www.subtel.cl/prontus_subtel/site/artic/20070212/asocfile/20070212182348/1_series_conexiones_internet.XLS>
[consulta: 18-12-2006]

THE INTERNET ENGINEERING TASK FORCE. [en línea] <<http://www.ietf.org>>
[consulta: 12-01-2007]

[WIKIPEDIA, LA ENCICLOPEDIA LIBRE](http://es.wikipedia.org/wiki/Correo_electronico#Historia). *Correo electrónico*. [en línea]
<http://es.wikipedia.org/wiki/Correo_electronico#Historia>
[consulta: 06-12-2006]

WIP CHILE 2006. [en línea]
<http://www.wipchile.cl/esp/estudios/WIP_Chile_2006_informe.pdf>
[consulta: 18-12-2006]

