



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL
TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

**“CORREO ELECTRÓNICO DEL TRABAJADOR Y SU RELACIÓN CON EL
DERECHO DEL TRABAJO”**

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

INTEGRANTES

JESSICA LOPEZ GRANADINO
CARLOS ORREGO TOBAR

PROFESOR GUIA
RICARDO JURI SABAG

Santiago, Chile
2007

INDICE.

Resumen	5
1.- Introducción	6
1.1. Internet	6
1.1.1. Funcionamiento de Internet	7
1.1.2. El Correo Electrónico	9
1.1.3. Operatividad del Correo Electrónico	12
1.1.4. Naturaleza del Correo Electrónico	13
1.2.- Internet y el derecho del Trabajo	15
1.3.- Conceptos Fundamentales	15
1.4.- Situación actual en nuestro país	20
1.5.- Hipótesis de Trabajo	21
2.- Capítulo I:	
“Utilización personal del correo electrónico, Herramienta entregada por el empleador”	22
2.1.- Introducción	22
2.2.- Criterios adoptados para resolver las interrogantes planteadas	25
2.3.- Problemas que pueden producirse ante la utilización no autorizada del correo electrónico	26
2.4.- Límites a la facultad del empleador para regular la utilización del correo electrónico	29
2.5.- Límites a la facultad del empleador para conocer del contenido del correo electrónico	38
A.- El principio de prueba legal	40
B.- El principio de legalidad de la prueba en materia penal	41
3.- Capítulo II:	
“Regulación formal , sobre el uso de la red Internet dentro de la empresa”	54

3.1.-	Introducción	54
3.2.-	Medios Formales de regulación de la relación laboral, enumeración	54
A.-	Contrato de Trabajo	54
A.1.-	Características del Contrato de Trabajo	56
A.2.-	Las cláusulas del Contrato de Trabajo	58
A.3.-	Problemas que se pueden suscitar en la aplicación del Contrato de Trabajo como instrumento de regulación de la relación laboral	62
A.4.-	Conclusiones	68
B.-	El Reglamento Interno de la Empresa	69
B.1.-	Concepto	70
B.2.-	Obligatoriedad del Reglamento Interno de la Empresa	70
B.3.-	Etapas en la confección del Reglamento Interno de la Empresa	71
B.4.-	Contenido del Reglamento Interno de la Empresa	74
B.5.-	Problemas que se pueden suscitar en la aplicación del Reglamento Interno de la Empresa en relación con los medios informáticos de la misma	75
B.6.-	Conclusiones	82
C.-	Contratos Colectivos, Convenios Colectivos y Fallos Arbitrales	83
C.1.-	Concepto de Negociación Colectiva	85
C.2.-	Tipos de Negociación Colectiva	90
C.3.-	Procedimiento de Negociación Colectiva	92
C.4.-	Contratos Colectivos y Convenios Colectivos	95
C.5.-	Cláusulas del Contrato Colectivo	97
C.6.-	Posibilidad de regular el uso del Correo Electrónico mediante instrumentos colectivos	97
3.3.-	Conclusiones Finales.	99

4.-	Capítulo III:	
	“Regulación Material , sobre el uso	
	de la red Internet dentro de la Empresa”	101
4.1.-	Introducción	101
4.2.-	La Constitución y la Leyes	101
4.3.-	¿Cuál es el contenido de la reglamentación?	103
4.4.-	¿Podría existir el caso en que el empleador se enterara del contenido de los correos electrónicos del trabajador?	106
4.5.	Concepto de Control	113
4.6.	Límites al Control	114
4.7.	Conclusiones Finales	123
5.-	Capítulo IV:	
	“Sanciones y Fiscalización”	125
5.1.-	Sanciones	125
5.1.1.-	Sanciones por la utilización del Correo Electrónico institucional en forma personal ,en los casos en que no se encuentra regulada dicha situación	125
5.1.2.-	Sanciones frente al incumplimiento de las obligaciones establecidas por las partes acerca del uso de los elementos de trabajo	133
5.2.-	Fiscalización	145
6.-	Conclusiones generales	149
7.-	Bibliografía	155
8.-	Anexo Jurisprudencia	161

RESUMEN

La presente memoria que se titula “Correo Electrónico del trabajador y su relación con el Derecho del Trabajo”, trata precisamente acerca de este tema tan complejo y de escasa regulación.

De esta manera hemos planteado como objetivo determinar cual debe ser la protección del ordenamiento jurídico, cuando se ven enfrentadas dos garantías constitucionales, a saber: por una parte, la privacidad de toda forma de comunicación y por otra, el derecho de propiedad del empleador sobre los bienes de la empresa que pone a disposición del trabajador para que este realice su trabajo.

En la parte introductoria, realizamos una necesaria referencia a temas básicos, como lo es Internet, correo electrónico, el estudio de las garantías constitucionales ya mencionadas y normas legales aplicables por analogía.

Luego continuamos con el primer Capitulo, titulado “Utilización personal del correo electrónico, herramienta entregada por el empleador”, en el cual se realiza una exposición mas acabada del problema planteado en la hipótesis, y nos referimos a los limites que en la practica se presentan al empleador para regular y conocer el contenido de los correos electrónicos del trabajador. El segundo Capitulo acerca de la “Regulación formal, sobre el uso de la red Internet dentro de la empresa”, trata acerca de los medios formales con que cuentan las partes del contrato de trabajo para regular el uso de los medios informáticos, como lo son: contrato individual de trabajo, contrato y convenio colectivo de trabajo, fallos arbitrales, reglamento interno de la empresa. En el Capitulo tercero, “Regulación Material, sobre el uso de la red Internet dentro de la empresa”, tratamos acerca de las normas aplicables a los distintos casos que se pueden presentar. El Cuarto capitulo “Sanciones y fiscalización”, se refiere a las sanciones que puede traer aparejado el incumplimiento del contrato pactado entre las partes y la forma en que se puede hacer efectiva.

Finalmente, consta de una parte conclusiva en que llegamos al acuerdo de que las partes pueden regular el uso de la correspondencia electrónica, mediante los instrumentos que el derecho del trabajo pone a su disposición, pero el empleador de todas formas debe respetar la privacidad de la correspondencia del trabajador, en otras palabras, puede regular la frecuencia, oportunidad y uso de los medios informáticos y del correo electrónico de la empresa, pero en ningún caso puede pretender enterarse del contenido de los mismos.

1.- INTRODUCCIÓN.

Antes de desarrollar el tema propiamente tal, es necesario tener en vista ciertas consideraciones que dicen relación con:

- Internet:
 - Historia, naturaleza y características de la Red.
 - El funcionamiento de la Red de Redes.

- Correo Electrónico.
 - Operatividad del Correo.
 - Naturaleza del Correo Electrónico.

1.1.- Internet:

Internet es una red, un mecanismo que permite transmitir información de un computador a otro u otros computadores ¹. Se origina en 1969, en el Departamento de Defensa de los Estados Unidos a consecuencia de la tensión a nivel mundial producida por la guerra fría, en un proyecto para comunicar algunos centros computacionales alrededor del país, proyecto que recibió el nombre de ARPANET, que consistía en desarrollar un sistema de información militar donde esta mantuviera su operatividad, incluso si alguno de los centros computacionales fuera bombardeado con el objeto de mantener la comunicación, esta red no tenía nodos centrales, y su esquema se basaba en paquetes de información enviados a diferentes computadores de acuerdo con el protocolo estándar de Internet, los cuales contenían la dirección de origen, destino, número de secuencia y contenido, por lo tanto cuando llegaban a destino se unían y entregaban la información.

¹ Centro de estudios en Derecho Informático; Universidad de Chile ; Facultad de Derecho; “Internet. Conceptos generales.”; Curso de Informática Jurídica; Carlos Reusser M.; año 2002.

En 1972 pasa a llamarse ARPANET. Luego de esto, instituciones académicas tomaron interés en este proyecto, fue así como la National Science Foundation (NSF) dio seis centros de súper computación a otras universidades a través de ARPANET.

En 1979 ARPA (Advanced Research Projects Agency), crea la primera comisión de control de la configuración de Internet y en 1981 se define el protocolo TCP/IP.

En 1983 ARPANET se separa de la red militar, pudiendo de esta manera acceder a la red empresas, universidades y demás instituciones.

En 1986, la National Science Foundation, inicia el desarrollo de NSFNET, que estableció cinco centros de supercomputadoras para proveer un alto poder de proceso.

En 1991 la red comienza a alejarse de Unix y otros lenguajes de aplicación y comenzó a usarse la interfase basada en Windows.

En 1993 apareció MOSAIC, el primer navegador de la web de gran difusión, y en septiembre el primer servidor web en Español.

En 1994 nace Netscape y su navegador Navigator.

A fines de 1996 se reúnen 34 universidades de Estados Unidos para acordar el desarrollo de una infraestructura en la que fuera posible explotar aplicaciones avanzadas, lo que a ganado muchos adherentes a la espera de Internet 2.

1.1.1.- Funcionamiento de Internet:

Internet es un conglomerado de ordenadores de diferente tipo, marca, y sistema operativo, distribuidos por todo el mundo y unidos a través de enlaces de comunicaciones muy

diversos² . Dada esta diversidad se presentan muchos problemas y estos se solucionan mediante la utilización de protocolos.

Un protocolo en Internet, es un lenguaje de reglas y signos que rigen el intercambio de información entre computadores.

La forma de lograr la interconexión física, se puede dar de variadas formas:

- Mediante una red de área local (LAN).
- Enlaces Nacionales.
- Enlaces Internacionales.
- Mediante MODEM. (Dispositivo usado para transferir datos entre ordenadores a través de una línea telefónica que unifica la información, para que pueda ser transmitida por dos medios distintos, y su velocidad es medida en Baudios) .

El protocolo IP (Internet Protocol), maneja las comunicaciones realizadas en Internet, independiente de las aplicaciones que se estén utilizando, estas se comunican entre si descendiendo a un nivel inferior a través del protocolo IP, que define el intercambio de datos entre el computador y los ruteadores (Routers), lo que va de un origen a un destino, se fracciona en porciones, se empaqueta en paquetes IP y se transmite. En el nivel IP se crean las bases de entendimiento entre la cantidad de hardware y arquitecturas de red diferentes, que se dan en Internet. En cuanto al transporte de los paquetes de datos, como Internet es una red de redes conectadas entre si, dentro de cada red, tendrá que haber al menos un computador conectado con otra red exterior, el que recibe el nombre de Router, este reconoce un paquete y comprueba que no es para ninguna máquina conectada a su red, y así lo manda a otra red donde llega al Router siguiente, hasta que llega al Router de la red donde el computador de destino esta conectado, entonces es entregado directamente.

En cuanto al formato que deben tener los paquetes para que no se extravíen en la red, deben señalar el emisor y el receptor, para que los Routers puedan identificar de manera eficiente su destino.

² Centro de estudios en Derecho Informatico; Universidad de Chile ; Facultad de Derecho; "Internet. Conceptos generales."; Curso de Informática Jurídica; Carlos Reusser M.; año 2002.

1.1.2.– El correo electrónico:

El correo electrónico es un servicio de Internet. El primer programa para enviar correo electrónico fue creado en 1971 por Ray Tomlinson.

El correo electrónico o e-mail, es la aplicación mas sencilla y mas usada de Internet y es un servicio de correo en la red, cualquier usuario puede enviar y recibir mensajes a través de la red.

Para poder enviar un mensaje por correo electrónico, es necesario disponer de una dirección de correo electrónico, lo cual identifica a una persona y el computador con el propósito de intercambiar mensajes vía correo electrónico, la estructura básica de una dirección de e-mail es:

Username@host.subdomain.second-leveldomain.first-leveldomain

Ejemplo: Granadino45@hotmail.com

Granadino45: Nombre del Usuario

Hotmail: Second Level Domain, que es aquella parte del nombre de dominio que identifica a su titular.

com: Top Level Domain, que es aquella parte del nombre del dominio que señala que el second level domain está inscrito en la base de datos “.com.”, que originariamente agrupaba a las entidades comerciales.

Un mensaje de correo electrónico se compone de una cabecera con los datos identificativos del mensaje y del texto del mensaje.

a) Cabecera del mensaje:

En la cabecera del mensaje van los datos identificativos, tanto como del remitente y el destinatario, por otra parte existen varios servicios de correo donde cada servidor por el cual vaya pasando el mensaje ira incluyendo en la cabecera sus datos, la cabecera es absolutamente legible por todos los ordenadores.

Ejemplo de cabecera:

De : <cesar@vtr.net>

Para : Granadino45@hotmail.com

Asunto: Materiales

Fecha : Sun, 22 Sep 2002 0:12:55 -0400

Datos adjuntos : [e-mail.doc](#) (59k), [Internet.doc](#) (66k)

```
MIME-Version: 1.0
X-Originating-IP: [200.83.237.234]
Received: from hudson.vtr.net ([200.83.1.21]) by mc1-f27.law16.hotmail.com with
Microsoft SMTPSVC(5.0.2195.5600); Sat, 21 Sep 2002 21:14:02 -0700
Received: from Hudson ([200.83.1.21]) by hudson.vtr.net with SMTP id
<20020922041256.HRUR990.hudson@hudson> for
<Granadino45@hotmail.com>; Sun, 22 Sep 2002 00:12:56 -0400
Message-Id: <20020922041256.HRUR990.hudson@hudson>
Return-Path: cesar@vtr.net
X-OriginalArrivalTime: 22 Sep 2002 04:14:02.0262 (UTC)
FILETIME=[7B8B1B60:01C261EE]
```

Datos que se pueden observar en esta figura:

- Fecha en que se envió el e-mail (Date).
- Asunto del Mensaje (Subject).
- A quien va dirigido.
- Quien lo envía
- Identificador que posee ese correo
- Los campos que empiezan por RECEIVED, indican los servidores por los que ha pasado el mensaje, el primer received y el ultimo, señalan el servidor del emisor y del destinatario del mensaje.

b) Cuerpo del Mensaje:

El cuerpo del mensaje consiste en el texto del mensaje propiamente dicho y su naturaleza será un tema discutido mas adelante.

Además del texto se peden adjuntar datos a través de documentos de distinto tipo, como son hojas de cálculo, fotografías, bases de datos, audio, entre otros.

1.1.3.– Operatividad del correo electrónico:

Para una mayor comprensión de este punto, es necesario aclarar ciertos términos como son los tipos de usuario que puede tener una red. Dentro de un red participan varios usuarios, dependiendo de la manera que tengan de acceder a ella.

Nodo: Aquella máquina que pertenece a la red y que se encarga de rutear el correo en unión con el resto.

Punto: Usuario que esta relacionado a un nodo mediante un Software especial y que tiene la ventaja de realizar las tareas de forma semiautomática, no tiene las obligaciones de un nodo cuando debe gestionar en la red.

Terminal: Usuario relacionado con un nodo pero no posee ese Software especial, si no que entra directamente como terminal a la BBS del nodo (Un BBS es una software que tiene una computadora el cual permite que otras computadoras se conecten a ellas a través de un módem o por red. Con una conexión a un BBS se puede leer, consultar e interactuar con la información que se encuentra dentro de ella).

Después de estas definiciones veremos la operatividad.

El correo electrónico funciona a través de lo que se denomina redes. Una red es un conjunto de personas que tiene establecidos unos sistemas en su ordenador, mediante los cuales se intercambian mensajes.

La red funciona mediante un sistema que recibe el nombre de “Rutado de mensajes”, en que todo usuario de la red esta conectado con otro usuario de una forma fija y esta a su vez con otro. Cada uno de estos usuarios de la red reciben el nombre de nodos de la red, y por regla general, cada uno tiene una BBS, esto incrementa el volumen de la red, ya que cada usuario de las BBS puede escribir en este sistema de mensajería lo cual hace que fluya correo de los nodos y de sus usuarios.

Cuando el usuario envía el correo electrónico el programa de correo se conecta con el host del proveedor de acceso y este envía el mensaje al host del destinatario, los mensajes se almacenan en un buzón hasta que el destinatario decide conectarse a la red y leer su correo, es importante hacer hincapié en que los mensajes no llegan al computador del propietario de la casilla electrónica si no que a su servidor, por ello si el computador esta inactivo los mensajes no se pierden, si no que esperan en el host.

1.1.4.- Naturaleza del Correo Electrónico:

Enviar una carta por el correo ordinario implicaba el hecho de introducirla en un sobre, ponerle un sello, la dirección del destinatario y el remitente, luego ponerla en un buzón de correo con la seguridad de que el contenido no sería leído si no solo por su destinatario, al menos que rompieran el sobre.

Con el desarrollo del correo electrónico el panorama cambia y varios temas entran en juego y uno de ellos es precisamente la privacidad del mensaje entre otros temas como son la suplantación de la identidad de quien recibe el mensaje, o el tema de la firma electrónica para dar una garantía de veracidad al correo o a las mismas transacciones que se realizan por Internet, de ahí la necesidad de determinar cual es la naturaleza del correo electrónico, para efectos de velar por la seguridad y protección del mismo.

En algunos artículos publicados en la misma red de Internet, se pueden encontrar algunas alusiones acerca de que es un correo electrónico en cuanto a su naturaleza, por ejemplo: para internautas.org, un correo electrónico es una postal, no una carta ya que puede pasar por múltiples servidores y redes que la pueden leer y esta identificada para saber quien la ha enviado y a quien va dirigida³.

Otros trabajos señalan en relación a la naturaleza del correo electrónico y en atención y a la normativa vigente en España, que “ el correo electrónico de persona a persona, es un correo

³ <http://seguridad.internautas.org/correoe.php> ; “Correo Electrónico”

como otro cualquiera, una correspondencia privada protegida por el derecho al secreto de las comunicaciones postales, derecho reconocido en la constitución”⁴.

Otras opiniones en relación a la naturaleza del correo electrónico, se pueden encontrar en fallos dictados en diversos casos y que han señalado que es lo que se debe entender por correo electrónico.

Caso Lanata, Jorge s/ desestimación: “El avance de la tecnología, pareciera haber dejado en la obsolencia el bien jurídico que tutela el derecho penal, en especial sobre la protección de los papeles privados y la correspondencia.

Pero queda claro que el tan difundido e-mail de nuestros días es un medio idóneo, certero y veloz para enviar todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, entre otras; es decir una amplia gama de posibilidades que brinda el correo tradicional al usuario que tenga acceso al nuevo sistema.

Para su funcionamiento se requiere un prestador del servicio, el nombre del usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que a través del mismo pueden emitirse o archivarse.

Sentadas estas bases preliminares, nada se opone a definir al medio de comunicación electrónico como verdadero correo en versión actualizada”.

Un segundo caso es el llamado “Vía Networks” que toma la misma exposición sobre la naturaleza del correo electrónico, entregado en el fallo anterior.

En vista de todo lo expuesto, corresponde dar una conclusión relativa a la naturaleza del correo electrónico, es necesario reconocer que se trata de una carta cualquiera, dado que tiene un remitente, un destinatario y un contenido, que por el mismo hecho de enviarse vía correo electrónico es secreto ya que el destinatario tiene una clave que es personal con la cual puede acceder al servicio y conocer el contenido del mismo, igual que con el correo ordinario, la

⁴ <http://www.ceveal.com/falguera.htm> ; fecha visualización 20 de Diciembre de 2004.

diferencia es que este se encuentra en soporte de papel y es este el que expresamente contempla la legislación vigente.

Por todo esto somos partidarios de que el correo electrónico, es una correspondencia común y su forma se justifica por el avance de las tecnologías, la rapidez, la comodidad y el bajo costo que significa acceder a Internet Luego, situándonos en un aspecto mas bien laboral, en cuanto al estudio de la naturaleza jurídica y después de haber concluido de que el correo electrónico es una forma de correo similar a la tradicional, es decir, epistolar, nos parece interesante, referirnos a la naturaleza jurídica del Correo electrónico, pero desde otro punto de vista, tal como lo vislumbro el Tribunal Supremo del Trabajo , de Brasil, en sentencia de 18 de Mayo de 2005, donde se considero “que la cuenta de correo electrónico ofrecida por la empresa puede ser definida jurídicamente como una “herramienta de trabajo”, admite que pueda utilizar el correo electrónico para fines particulares pero en forma comedida y observando la moral y las buenas costumbres.⁵

1.2.- Internet y el Derecho del Trabajo.

Las empresas con su afán de extenderse, de ganar nuevos mercados se han visto en la necesidad de integrar a ellas las nuevas tecnologías, el teléfono, la computación y por consiguiente Internet, esto por efectos de los costos que cada vez disminuyen aun mas, siempre que se les de una buena aplicación y sin que el trabajador haga un uso abusivo de estas herramientas que el empleador pone a su disposición.

1.3.- Conceptos Fundamentales.

Importa dentro de la etapa introductoria referirnos a los conceptos fundamentales y que serán objeto de nuestro estudio.

En primer lugar es necesario determinar qué se entiende por Intimidad o Vida Privada.

⁵ Proc.Nº TST- RR- 613/2000-013-10-00.7 Acordao 1ª Turna . Joao Oreste Dalazen, Ministro relator del proceso. “E-MAIL CORPORATIVO: JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO.”

Luego, para analizar este concepto debemos partir de dos ideas básicas: la primera es que la Intimidad es un derecho Fundamental, y la segunda es la que radica derechamente en determinar su concepto.

En cuanto a la primera idea, esto es que la Intimidad es un derecho Fundamental, sostenemos esto por que se encuentra consagrado en la Constitución Política de la Republica en el Capitulo III, de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos, en su artículo 19 N° 4, que a la letra reza:

“La Constitución asegura a todas las personas:

El respeto y protección a la vida privada y publica 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 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 si 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.”

En cuanto a la determinación del Concepto, básicamente y en primer lugar de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:

Intimidad corresponde a la zona espiritual intima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia.

Privado Es lo particular y personal de cada uno.

Desde otro punto de vista y en forma mas elaborada el concepto de intimidad, se presenta en forma mas difusa, dado que distintos autores se han pronunciado sobre este⁶, de esta forma se puede decir que Intimidad corresponde al “derecho de tener una esfera secreta de vida, de la que tenga poder de alejar a los demás”⁷ o bien se puede señalar que es “aquella zona espiritual del hombre que considera inespecífica, distinta de cualquier otra, independientemente de que lo sea; y por tanto exclusivamente suya que tan solo el puede libremente revelar”⁸ finalmente otra definición de intimidad es aquella que dice “el conjunto de la vida privada puede compararse con un cono, en donde la superficie de la base esta todavía en contacto con el mundo de las relaciones públicas; pero a medida que los planos van acercándose el 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 mas que yo mismo puede tener un verdadero acceso”.⁹

Para don José Luis Ugarte, es quizás mas útil determinar cual es su contenido, así, el elemento en común de las definiciones de intimidad, es que se refieren a las “zonas” de la vida de las personas que recibe protección del sistema jurídico.

En cuanto a su contenido, se puede señalar que existen dos concepciones:

Concepción Subjetiva: que entiende que la zona que constituye la vida privada o lo intimo de una persona viene dada por la propia voluntad del sujeto, de tal manera que será privado lo que el estime que no debe ser conocido públicamente.

Concepción Objetiva: Existe una estructura autónoma de lo intimo que debe ser protegido jurídicamente, y donde es posible ubicar, con matices a las denominadas teorías de las esferas alemana, las modalidades del aislamiento de Frossini o los torts (agresiones) a la privacidad de Prosser.

⁶Doctrina, estudios y comentarios; N° 139/2000 Agosto-1; “El derecho a la intimidad y la relación laboral”; Prof. José Luis Ugarte.

⁷ Doctrina, estudios y comentarios; N° 139/2000 Agosto-1; “El derecho a la intimidad y la relación laboral”; Prof. José Luis Ugarte.

⁸ Doctrina, estudios y comentarios; N° 139/2000 Agosto-1; “El derecho a la intimidad y la relación laboral”; Prof. José Luis Ugarte.

El elemento común de ambas concepciones es el carácter eminentemente relativo de lo privado o lo íntimo¹⁰

Luego en palabras del Profesor Mario Verdugo, la intimidad es “una emanación de la libertad personal”.

Además de esta vida privada es necesario recordar que lo contrario es la vida pública, que también consagra la constitución, en palabras de este profesor, la vida pública “engloba actuaciones de las personas que por su naturaleza deban ser conocidas por la sociedad, a pesar de que si se consideraran aisladamente pudieran estimarse como pertenecientes a la vida privada.”

Según la profesora María Cristina Gajardo¹¹ , la intimidad se traduce en un simple deber de abstención del destinatario de la norma que protege la intimidad, también lo considera como “El Derecho a decidir autónomamente sin limitaciones un ámbito de conductas personales, donde el ejemplo clásico es la vida sexual.”

Luego de habernos referido en términos generales al derecho a la Intimidad, resulta necesario referirnos sobre que se entiende por correspondencia, y en especial a las llamadas “Comunicaciones Privadas”.

De acuerdo al Diccionario la Real Academia de la Lengua Española: Correspondencia es el conjunto de cartas que se reciben o expiden.

Al crear la norma del artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República, la Comisión de Constituyente, pensó el “Inviolabilidad del hogar y la correspondencia, cualquiera sea el medio en que esta se realice”, al decir esto, en palabras del profesor Silva Bascuñan, “se está refiriendo al medio como se realiza la correspondencia , la redacción tiende a cubrir toda

⁹ Doctrina, estudios y comentarios; N° 139/2000 Agosto-1; “El derecho a la intimidad y la relación laboral”; Prof. José Luis Ugarte.

¹⁰ Doctrina, estudios y comentarios; N° 139/2000 Agosto-1; “El derecho a la intimidad y la relación laboral”; Prof. José Luis Ugarte.

¹¹ Apuntes de clases; Prof. Sra. María Cristina Gajardo; “Derecho de Trabajo y Derechos Fundamentales; 2° semestre año 2002.

forma de correspondencia, intelectual y espiritual entre dos individuos proyectados el uno hacia el otro, por cualquier medio que este dentro de las posibilidades técnicas del país y de la sociedad de que se trata.”

De esto podemos decir, que la constitución en la elaboración de la norma, en su espíritu abierto al desarrollo de nuevas posibilidades de correspondencia, tenia en mente la idea de podían surgir nuevas formas de comunicación que las conocidas hasta ese momento, en este afán renovador fue que don Jaime Guzmán no quedo conforme con esta redacción y propuso incorporar el termino de “Comunicaciones Privadas”, como consta en la historia fidedigna de la Constitución (Sesión 129): “el concepto de Correspondencia esta referido en el uso del diccionario a las cartas, es decir, al correo; en segundo lugar en el uso tradicional chileno también esta referido a la correspondencia epistolar...” “Esto corrobora la idea de que uso frecuente o tradicional del termino correspondencia, se esta apuntando solamente al correo en el sentido que le da el diccionario y no a todo tipo de comunicaciones”. “Y precisamente, derivado de esta búsqueda de lo genérico, desea sugerir a la Comisión si acaso el termino mas adecuado no fuera el de “Comunicaciones Privadas”, por que comunicaciones cubre todo acto, no solo los que existen hoy, si no los que pueden existir mañana”. “Y al decir privadas, el concepto se circunscribe obviamente a las comunicaciones que no son publicas, por que en las comunicaciones publicas no hay inviolabilidad. La idea es que la comunicación privada puede ser telefónica, telegráfica, epistolar o por otras formas que todavía no se conocen.”

De esto queda absolutamente claro, que como ya señalamos, la Comisión Constituyente, trato de incluir en esta norma todo tipo de comunicación, ya fuera por carta o telefónica, que podríamos llamar tradicional, así también otras formas nuevas que pudieran surgir en el futuro y es aquí donde encontramos el correo electrónico, que como ya dijimos al analizar la naturaleza del correo electrónico, es una nueva forma de comunicación y mas específicamente es en nuestra noción tradicional, una carta, que tiene un remitente y un destinatario, y cuyo contenido va dirigido a este ultimo y por supuesto este contenido es secreto, solo dirigido a su destinatario.

1.4.- Situación actual en nuestro país.

En Chile, la legislación que se preocupa de la actividad relacionada con Internet es escasa, es muy poco el desarrollo de este tema y especialmente en lo relativo a los problemas laborales que se pueden suscitar con ocasión de la utilización de estas nuevas tecnologías dentro de la empresa.

Dado este panorama creemos que es necesario analizar detalladamente este tema ya que la sociedad va en constante desarrollo, y el derecho debe ir también actualizándose de manera que pueda cubrir todos los ámbitos, y pueda ser una eficaz herramienta para las personas que vean afectadas sus garantías fundamentales.

En nuestro país lentamente se han ido presentando casos derivados de la mala utilización de la red Internet, mal tratamiento de las bases de datos personales, pedofilia, entre otras, en Enero de el año 2002, se conoció un dictamen de la dirección del trabajo relativo a las facultades del empleador para conocer del correo electrónico de los trabajadores, lo que nos da señales que este tema se esta comenzando a desarrollar en Chile, quizás lentamente, pero es necesario estar preparado para enfrentar este tipo de problemas.

En cuanto al ámbito internacional, este tema está más desarrollado especialmente en Europa y Estados Unidos, se han presentado varios casos y ya se ha legislado acerca de ellos (Reino Unido), por este desarrollo es necesario tener en cuenta el ejemplo de estos países y proyectarlo al plano nacional, para idear de la manera mas equitativa una solución para las partes involucradas.

Teniendo todos estos elementos que indican la necesidad de una regulación adecuada nos adentraremos en la hipótesis de trabajo.

1.5.- Hipótesis de trabajo.

En la relación jurídico laboral, existen dos partes involucradas: Empleador y Trabajador.

Ambos tienen ciertos derechos consagrados por la Constitución Política de la República y las leyes, que deben ser respetados por su respectiva contraparte.

El empleador cuenta con el poder de dirección y mando dentro de la empresa, que le han sido otorgados para regular la vida de sus empleados entre sí y en relación con el mismo, sin embargo en su actuar, el empleador no tiene la completa libertad, sino que lo debe hacer dentro del margen de lo establecido en la Constitución y la legislación laboral, que establecen ciertos derechos para el trabajador y que en el fondo son los límites al empleador.

Por su parte el trabajador, en el desempeño de su labor, debe ceñirse estrictamente a lo acordado en el contrato de trabajo, y debe cumplirlo de buena fe y sin la intención de dañar a su empleador, respetando y acatando las órdenes del empleador, dado el vínculo de subordinación y dependencia que tipifica al contrato individual de trabajo.

Enfrentados a esta situación, es necesario definir la hipótesis de trabajo:

Existencia o no de un derecho para que el Empleado, en virtud de su poder de dirección y mando en la empresa, consagrado en la legislación laboral y de su derecho de propiedad establecido en el Art. 19 N° 24 de la Constitución sobre todos los bienes que son de propiedad de la empresa, tiene la facultad de regular, filtrar o imponerse del contenido de los correos electrónicos de los empleados, durante su jornada de trabajo y con los elementos que pone a su disposición la empresa, y al mismo tiempo y en contraposición si el trabajador en virtud de su derecho al trabajo, y el derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada contenidos en la Constitución, tiene el derecho a que se respete su correspondencia electrónica, aun cuando utilice en el hecho, material que el empleador ponga a su disposición para la realización de su trabajo.

2.- CAPITULO I:

UTILIZACIÓN PERSONAL DEL CORREO ELECTRÓNICO, HERRAMIENTA ENTREGADA POR EL EMPLEADOR.

2.1.- Introducción.

La primera interrogante que debe responderse teniendo en cuenta la hipótesis de trabajo planteada en este trabajo es:

“¿tiene el trabajador derecho a utilizar en forma “personal” el correo electrónico entregado por la empresa?”

Para poder responder a este punto debemos inicialmente tener claras una serie de interrogantes anteriores:

La primera de éstas, y que queda establecida, es el hecho de que el correo electrónico es una **herramienta de trabajo, de propiedad del empleador**, que es entregada al trabajador con la única finalidad de realizar su trabajo.

La propiedad tanto del hardware como del software entregado por el empleador está ampliamente protegida por la legislación nacional, desde el ámbito constitucional, donde se establece en el art. 19 N° 24 de la C. P. R. como una garantía constitucional, y a nivel legal con el tratamiento que otorga principalmente el Código Civil en el título II del Libro II, titulado “Del Dominio”.

Por otra parte, la posibilidad de que el empleador otorgue o permita el uso extralaboral del correo electrónico es una materia que no está regulada, a nivel constitucional no existe ninguna norma que trate este tema directamente, pero, interpretando el Código del Trabajo, en cuanto éste expresa que el empleador puede entregar beneficios adicionales a sus trabajadores, los cuales deben quedar expresamente establecidos en el contrato de trabajo, dentro de lo cual

cabe la posibilidad de establecer como un beneficio para los trabajadores el uso personal del correo electrónico:

Art. 10 inc.2º Código del Trabajo: “Deberán señalarse también en su caso, los **beneficios adicionales que suministrará el empleador** en forma de casa habitación, luz, combustible, alimentos **u otras prestaciones en especie o servicios**”.

Pero una arista no emplazada hasta el momento es aquella referida a la posibilidad que el empleador no entregue los medios materiales al trabajador, es decir, el hardware utilizado en el trabajo no sea de su propiedad, situación corriente en el teletrabajo. En este punto podría establecerse una mayor libertad del trabajador acerca de la utilización extralaboral del equipo, debido a que el ámbito de propiedad o dirección del empleador se remitiría sólo al software de su propiedad, y la aplicación de derechos fundamentales se ampliaría en la misma medida.

Parece entonces, a primera vista, que el uso extralaboral que se haga de la cuenta de correo electrónico “corporativa”, sin autorización expresa del empleador en el contrato de trabajo constituiría una **transgresión a la buena fe contractual**, ya que es ajena a la labor originalmente estipulada. Esta sería la posición más extremista o defensiva de los derechos del empleador.

Así también se expresa en el ámbito de la jurisprudencia comparada: En Sentencia del Tribunal Superior de Justicia num. 393/2001 Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), de 12 Junio 2001, en el Recurso de Suplicación núm. 1207/2001, de Jurisdicción Social, se establece que el envío de material de contenido pornográfico desde un ordenador de propiedad de la empresa y dentro de la jornada laboral constituyen una expresión de mala fe contractual que no otorga derecho al empleador a despedir al dependiente: “La Sala considera que la conducta reprochable y ofensiva del actor, esta expresamente recogida en el XVIII Convenio Colectivo de Banca (RCL 1999/2929), pero no en el artículo 50.1, como se pretende por la recurrente, que tipifica como falta muy grave, <<La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en su puesto de trabajo>>, ni en el artículo 50.1, que tipifica igualmente como falta muy grave, las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajen en la empresa, sino en el artículo 49.4 del citado XVIII Convenio Colectivo de Banca, que tipifica

como falta grave la perturbación del servicio, sin justificación legal, realizando en el centro de trabajo cualquier actividad ajena al interés de la empresa, **así pues la conducta del actor consistente en el envío de los correos electrónicos particulares y de contenido pornográfico desde un elemento de trabajo proporcionado por la empresa con fines laborales**, tal y como se recogen en el Hecho Probado Tercero de la sentencia de instancia, será sancionable en su caso como **falta grave** de conformidad con el régimen de sanciones establecido en el artículo 51 del XVIII Convenio Colectivo de Banca. FALLAMOS Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Societè Generale Sucursal en España, y Societè Generale Securietes en Madrid, Sociedad de Valores y Bolsa, contra sentencia dictada por el juzgado de lo Social Núm. Seis, de fecha trece de noviembre de dos mil, en virtud de demanda interpuesta por Francisco José V. F. Contra las ahora recurrentes, en reclamación sobre despido, y en consecuencia confirmar la sentencia de instancia en todos sus términos”.¹²

Los temas o puntos que modifican la situación antes señalada son la flexibilidad del trabajo, enfocándonos en el teletrabajo y la posibilidad que ésta otorga de acceder libremente a las cuentas de correo electrónico desde fuera de la empresa, realidades que diluyen las fronteras entre el uso personal y el uso profesional del correo electrónico.

Esta alternativa nos lleva a determinar que existe la posibilidad de utilizar las cuentas de manera personal, sin tener que hacer una analogía con las normas aplicables a los demás medios tecnológicos puestos a disposición de los trabajadores, como son el fax, la fotocopiadora y el teléfono, debido a que la **realidad social** es más fuerte que los términos originalmente expuestos en el contrato de trabajo. Por lo tanto, aplicando alguna **medida de racionalidad** es viable la utilización extralaboral del correo electrónico, debido a las necesidades normales que se producen en toda persona, de comunicación familiar o solución de problemas personales, el punto está en determinar cual es la medida de esta racionalidad.¹³

¹² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia num. 393/2001 Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), de 12 Junio 2001, en el Recurso de Suplicación núm. 1207/2001, de Jurisdicción Social.

¹³ En el mismo sentido se refieren SEMPERE NAVARRO, V. Y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. en “Nuevas Tecnologías y Relaciones laborales”, Ed. Aranzadi, 2002, pág.75 (La realidad social “electrónica”). También en la misma opinión GARCÍA VIÑA, J. “Relaciones Laborales e Internet” RTSS CEF núm.223, 2001, pág.67 y FALGUERA BARÓ, M. A.: “Uso por el Trabajador del correo electrónico de la empresa”¹³ Sentencia del Tribunal

Las actuales normas constitucionales y legales no hacen referencia clara a esta situación sino en cuanto las limitaciones establecidas para el empleador en virtud de la aplicación de las garantías constitucionales, sobre todo en relación con el art. 5º del Código del Trabajo, por lo cual se puede derivar la clara intención de permitir el uso de las cuentas de correo, toda vez que se determine una medida de racionalidad aplicable, la cual permita establecer que este uso extralaboral no significa un abuso por parte de los trabajadores, ni un factor de pérdidas para la empresa.

2.2.- Criterios utilizados para resolver la interrogante planteada.

La doctrina española, habiendo ya discutido este tema y en búsqueda de una solución, ha establecido los siguientes criterios para responder a la interrogante de cuando importa un perjuicio para la empresa o un abuso por parte del trabajador el uso extralaboral del correo electrónico:¹⁴

i) **Criterio Absoluto.** Según el cual existe la imposibilidad práctica de tasar las transgresiones del deber de buena fe producidas por el uso extralaboral del correo electrónico. No requiere un acceso al contenido de los correos enviados o recibidos y además no se da ninguna importancia al tema del perjuicio patronal, la reiteración de la conducta o el resto de las circunstancias que podrían modificar la apreciación de la conducta.

ii) **Criterio Gradualista cuantitativo:** La buena fe admite graduación, así sólo puede existir falta grave cuando la cantidad de correos emitidos o recibidos se entienda cuantitativamente significativa.

Superior de Justicia num. 393/2001 Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), de 12 Junio 2001, en el Recurso de Suplicación núm. 1207/2001, de Jurisdicción Social.

¹³ En el mismo sentido se refieren SEMPERE NAVARRO, V. Y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. en “Nuevas Tecnologías y Relaciones laborales”, Ed. Aranzadi, 2002, pág.75 (La realidad social “electrónica”). También en la misma opinión GARCÍA VIÑA, J. “Relaciones Laborales e Internet” RTSS CEF núm.223, para fines extraproductivos y competencias de control del empleador”. RL 2000-11, pag. 475, sugiere que “no debe olvidarse que el correo electrónico no es sólo un instrumento productivo: es también, en nuestra realidad social, un mecanismo de comunicación entre las personas...incluso en el centro de trabajo”.

¹⁴ SEMPERE NAVARRO, V. Y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. en “Nuevas Tecnologías y Relaciones laborales”, Ed. Aranzadi, 2002, pág.76, ISBN: 84-8410-747-7.

iii) **Criterio Gradualista cualitativo:** Para determinar la importancia de la infracción se ingresa en el contenido de los mensajes enviados, acercándose peligrosamente al juicio moral acerca de la legitimidad del control de los correos por parte del empleador.

iv) **Criterio Mixto.** Es una mezcla de los criterios con significación cualitativa y cuantitativa, esto es, para que se designe una infracción como grave, ésta debe contener una determinada calidad y cantidad de mensajes enviados y recibidos.

2.3.- Problemas que pueden producirse ante la utilización no autorizada del correo electrónico.

Teniendo a la vista al menos una pincelada sobre el tema de la determinación del criterio de racionalidad, es necesario ahora revisar los demás matices que deben analizarse para establecer la posibilidad de acceso liberado para los trabajadores al correo electrónico de la empresa:

Primero, las implicaciones más perjudiciales por el mal uso extralaboral del correo electrónico, en comparación con los demás medios tecnológicos a disposición de los trabajadores, ya que a través de esta herramienta pueden producirse daños mayores que los producidos por envío de información a través de un fax, teléfono o de fotocopias. Esto deriva claramente de la capacidad mucho más amplia de comunicación de diversos formatos de información que permite enviar el correo electrónico, y de la manera casi instantánea como esta información puede ser recibida y difundida en cualquier parte del mundo. Lo que en otras ocasiones o para otros objetivos es una virtud, en este caso puede llegar a ser una de las mayores falencias, defectos o adversidades que una empresa debe enfrentar.

Directamente relacionado con lo anterior, y como pretexto para negar el uso personal de las cuentas de correo electrónico está el planteamiento de que a través de este medio puedan cometerse uno o más de los siguientes delitos sancionados por el ordenamiento jurídico nacional:

1. El establecido por el art. **36 B de la ley 18.168, Ley General De Telecomunicaciones**

“Comete delito de acción pública:

a) El que opere o explote servicios o instalaciones de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión sin autorización de la autoridad correspondiente, y el que permita que en su domicilio, residencia, morada o medio de transporte, operen tales servicios o instalaciones. La pena será la de presidio menor en sus grados mínimo a medio, multa de cinco a trescientas unidades tributarias mensuales y comiso de los equipos e instalaciones, y

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.

c) El que intercepte o capte maliciosamente o grabe sin la debida autorización, cualquier tipo de señal que se emita a través de un servicio público de telecomunicaciones, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de 50 a 5.000 UTM.

d) La difusión pública o privada de cualquier comunicación obtenida con infracción a lo establecido en la letra precedente, será sancionada con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 100 a 5.000 UTM.”

2. Los delitos establecidos en el **párrafo 5 del título III del Libro II del Código Penal:**

“5. De los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia.

Art. 161 A. 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, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso anterior.

En caso de ser una misma la persona que los haya obtenido y 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.

Art. 161 B. Se castigará con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales, al que pretenda obtener la entrega de dinero o bienes o la realización de cualquier conducta que no sea jurídicamente obligatoria, mediante cualquiera de los actos señalados en el artículo precedente. En el evento que se exija la ejecución de un acto o hecho que sea constitutivo de delito, la pena de reclusión se aplicará aumentada en un grado.”

Acerca de este punto, la doctrina judicial española sobre el perjuicio patrimonial, que debe estar presente como justificativo de la solicitud de despido basada en el mal uso extralaboral que pueda darse al correo electrónico, establece que el daño está en la trasgresión a la buena fe, no sobre el tiempo perdido ni el gasto en Internet.¹⁵

Debemos tener claro, aplicando los criterios de la jurisprudencia española, sobre todo el criterio mixto, que el perjuicio invocado no es económico en el sentido del excesivo uso de Internet, sino que está, por una parte, en el **lucro cesante** por el trabajo que en ese tiempo

¹⁵ STSJ cataluña 14 de noviembre 2000 (AS 2000, 3444). La STSJ Madrid 8 febrero 2000 (Rec. 5352/1999) declara “no esencial en esta causa la irrogación de perjuicios a la patronal o a un tercero”, citando a su vez la STS 16 de mayo de 1985 (RJ 1985, 2717), citada por SEMPERE NAVARRO, V. Y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C, op. Cit. Pág.78.

perdido no fue realizado, y por otra parte, en la disminución de la **productividad**, en relación con el caudal de los mensajes, la extensión que estos tengan y las respuestas con que estos cuenten.

Así la jurisprudencia comparada expresa: “La calificación jurídica es de <<trasgresión de la buena fe contractual>>, **sin que se traduzca en un perjuicio económico directo de herramientas de la empresa, pues con la <<tarifa plana>>utilizada en empresas, la utilización de Internet para asuntos particulares no supone un gasto, adicional (como habría, p. Ej., con el uso del teléfono), ni tampoco se alega.**”

Tal calificación parece sostenerse en la **perdida de tiempo que debería dedicarse al trabajo, y, como se dice en la carta, se dedica a asuntos particulares.**¹⁶

2.4.- Límites a la facultad del empleador para regular la utilización del correo electrónico.

Hasta el momento, la situación tal como se ha planteado no cuenta con mayores problemas de fiscalización para el empleador ya que sus facultades de supervisión en cuanto al cumplimiento de las condiciones referidas a productividad en el trabajo son bastantes amplias. El tema se torna aquí a encontrar si existen o no límites a estas facultades del empleador.

El principal punto que cambia esta visión inicial del empleador es la aplicación de todo el estatuto de **Derechos Fundamentales del trabajador**, basados en distintas normativas de nivel constitucional y legal, además de los dictámenes de la Dirección del Trabajo, todas normas de carácter muy general y que no resuelven el fondo de la interrogante principal, pero que en algún sentido vienen a apoyar al trabajador.

Las normas de carácter constitucional aplicables en este sentido son:

¹⁶ AS 2001/3653, **Sentencia Juzgado de lo Social** núm. 211/2001 Vigo, Galicia (núm. 3), de **29 de Abril 2001**. Procedimiento núm. 158/2001 Jurisdicción Social

1) El **Art. 19 N° 4 inciso 1°** de la Constitución Política de la República que indica: La constitución asegura a todas las personas: el respeto y la **protección a la vida privada** y pública y a la honra de la persona y de su familia.

La existencia de un espacio privado dentro del lugar de trabajo y la revisión por parte del empleador del uso del correo electrónico son claros puntos referidos a esta Garantía Constitucional.

Acerca del Derecho a la intimidad y el honor, el profesor Emilio Pfeffer Urquiaga se refiere a este tema¹⁷, utilizando para ello las Actas de la Comisión de Estudios de la Constitución, entendiendo que “es en cierta forma una emanación de la libertad personal y merece, por lo mismo, respeto y protección”.

Debido a que sólo en las constituciones modernas se trata este tema, Pfeffer entiende que son “las características de la sociedad contemporánea y en particular el desarrollo de los medios de comunicación”, las que han “provocado una reacción en la doctrina constitucional”.¹⁸

Tan clara es esta tendencia que podemos tener en cuenta que La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su Art. 12:

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

“La comisión de estudios se preocupó del tema en las sesiones 128 129 y 130. Como es natural, sólo se concretó a proteger la vida privada -por los fundamentos precedentes- sin embargo, el Consejo de Estado agregó la palabra pública, con lo que el precepto en cierta forma pierde el fundamento inicial.”¹⁹

¹⁷ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, Manual de Derecho Constitucional, Tomo I, Ed. Conosur, 1990, Reg. Prop. Intelectual 63.647, págs.386 - 388.

¹⁸ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, obra citada, pág. 386.

¹⁹ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, obra citada, pág. 386.

Además de la vida privada, la honra de la persona y su familia fueron consideradas dignas de respeto y protección. El concepto de honor, de honra “es un bien espiritual inestimable y nadie debe menoscabarlo pues es parte integrante de la personalidad humana.”²⁰

Acerca de este punto pueden diferenciarse un tono subjetivo y otro objetivo. El lado subjetivo corresponde al “sentimiento de la propia dignidad moral nacido de la conciencia de nuestras virtudes, de nuestros méritos”.²¹

El aspecto objetivo está representado por “la apreciación y estimación que hacen los demás de nuestras cualidades morales y de nuestro valor social”.²²

La lesión de cualquiera de estos sentimientos puede configurar un delito contra el honor (calumnia o injuria).

La inclusión de la familia dentro de esta norma se debe principalmente a que es claramente la unidad básica de la sociedad, a lo que debe agregarse que normalmente con las injurias y calumnias se afecta a la familia como complejo, lo que se dejó establecido en la Sesión 129, págs. 13 – 14.

“El inciso segundo de este numeral 4º fue agregado por el Consejo de Estado, y tuvo como propósito evitar los posibles excesos de los medios de comunicación social -según se infiere de las apreciaciones contenidas en su informe-”.²³

Además debe señalarse que la ley 18.313 de 17 de mayo de 1984, agregó dos artículos a la ley sobre abusos de Publicidad (16.643), estableciendo el delito de difamación. Estos artículos son:

²⁰ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, obra citada, pág. 386.

²¹ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, obra citada, pág. 386.

²² PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, obra citada, pág. 386.

²³ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, obra citada, pág. 386.

Art.21 A El que difunda a través de cualquiera de los medios señalados en el art. 16, hechos de la vida privada de una persona, que causaren o pudieren causar daño material o moral a ella, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o hermanos, será sancionado con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de diez a ciento cincuenta ingresos mínimos mensuales.

ART.21 B- El que sin ánimo de injuriar, impute maliciosamente a una persona, a través de los medios indicados en el art. 16, un hecho falso relativo a su vida pública, que le causare o pudiere causar daño material o moral, será sancionado con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y una multa de cien a quinientos ingresos mínimos mensuales. El inculgado podrá excepcionarse probando, ante el tribunal, la verdad de las afirmaciones.

2) El **Art. 19 N° 5:** La constitución 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**.

Este artículo está más íntimamente relacionado con el tema en estudio. El profesor Emilio Pfeffer Urquiaga se refiere a este tema en el siguiente sentido:²⁴

Establece que la existencia de esta garantía es “indispensable para la salvaguardia de la privacidad. “Mi domicilio es mi castillo” -dice el aforismo inglés-”.

Debido a la intrínseca relación entre privacidad y domicilio, “la Comisión acordó tratarlas conjuntamente en una sola norma, como lo hacen por lo demás las constituciones modernas (sesión 129 N°23). Sin embargo, el consejo de Estado en su informe, hizo el desglose que aparece en el texto aprobado en definitiva.”²⁵

²⁴ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, obra citada, pág. 387.

²⁵ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, obra citada, pág. 387.

“El hogar o domicilio se considera como una prolongación de la personalidad y por lo mismo, su inviolabilidad constituye una de las garantías constitucionales más antiguas.”²⁶

En la sesión 129, la Comisión concordó en incorporar la definición de don Raimundo del Río en su libro “elementos de Derecho Penal” para las actas; **“se entiende por hogar, casa o morada –para él los tres términos significan lo mismo- el recinto de las habitaciones y sus dependencias en que una persona vive o ejerce sus actividades de trabajo y también los recintos cerrados que tenga bajo su control a cualquier título, aunque no concurren las circunstancias de vida o actividad dentro de ella”**.²⁷

“En términos generales, la inviolabilidad desaparece a favor de la rigurosa aplicación de la justicia, del efectivo e instantáneo imperio de la ley. Los casos más típicos en este sentido son: registro ordenado por un mandato judicial; demanda de auxilio desde el interior de la casa; inspecciones sanitarias, incendio”.²⁸ Referido a los arts. 156 y sgtes. Del Código de Procedimiento Penal y 145 y 155 del Código Penal

El punto que nos interesa se encuentra en el mismo artículo, se trata de la inviolabilidad de las comunicaciones, que nos muestra otra expresión del derecho a la intimidad.

“La inviolabilidad que se establece comprende toda forma de comunicación privada, por consiguiente queda cubierta la correspondencia epistolar, telefónica y radiográfica”.²⁹

“En lo que atañe a la voz “documentos” se dejó constancia que ella comprende un diploma, carta o cualquier otra cosa que sirva para ilustrar o comprobar algo, incluso, a las grabaciones.(sesión N° 129 pag. 23)”.³⁰ En este punto es donde el análisis jurídico realizado en ese tiempo queda corto ante la realidad actual, situación ya explicada en la introducción de este mismo trabajo.

²⁶ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, obra citada, pág. 387.

²⁷ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, obra citada, pág. 387.

²⁸ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, obra citada, pág. 387-388.

²⁹ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, obra citada, pág. 388.

³⁰ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, obra citada, pág. 388.

“En la misma oportunidad, también se dejó consignada en acta, que el precepto comprende e incluye la defensa contra todas las formas modernas de que permiten interceptar conversaciones a la distancia o captar imágenes.”³¹

“La expresión interceptar que utiliza el texto significa “apoderarse de una cosa antes que llegue al lugar o a la persona que se destina. Detener una cosa en su camino”.(sesión N° 130 pág.3)”³²

Al igual que en el caso de la inviolabilidad del hogar, también este principio tiene situaciones de excepción: “por ejemplo: el juez puede enterarse de la correspondencia que recibe el procesado; los síndicos de los papeles y correspondencia del fallido.”³³

Por la antigüedad de las actas y del manual citados es imposible tener una visión clara de cómo debe interpretarse la voz “comunicaciones” en el caso que nos atañe, situación que podría cambiar de aprobarse un proyecto de ley que hace similares los efectos de las comunicaciones epistolares a las comunicaciones electrónicas, lo que superaría la situación actual, la cual nos deja limitados por el aforismo jurídico “donde el legislador no distingue...”

Los proyectos de ley que están en proceso de tramitación en el Congreso Nacional en la actualidad son:

- Proyecto de ley que modifica el Código Penal con el objeto de recepcionar, en los tipos penales tradicionales, nuevas formas delictivas surgidas a partir del desarrollo de la informática. Boletín n° **3083-07**.

- Proyecto de ley de protección del honor y de la intimidad de las personas. Boletín n° **2370-07**

En cuanto a normas vigentes de carácter legal relacionadas con el tema, éstas son las siguientes:

³¹ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, obra citada, pág. 388.

³² PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, obra citada, pág. 388.

³³ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, obra citada, pág. 388.

Art. 5º del Código del Trabajo: El ejercicio de las facultades que la ley 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.

Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.

Los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente.

Art.154 del Código del Trabajo: “El reglamento interno deberá contener, a lo menos, las siguientes disposiciones:

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

Art.154 inciso Final del Código del Trabajo: “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 este sentido se entiende claramente que no porque el trabajador ingrese al lugar de trabajo pierde alguno de sus derechos fundamentales y se establece igualmente un campo de intimidad que no puede ser invadido por el empleador, como lo señala la Dirección del Trabajo en su dictamen N° 2875 – 72 de fecha 22 de julio de 2003 que se refiere al Derecho a la Intimidad, Vida Privada y Honra de los Trabajadores, acerca de la Procedencia y los Requisitos de los Mecanismos de Control Audiovisual: “El ejercicio de los poderes empresariales no puede 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 omnicomprendivo de su personalidad toda.”

Este mismo dictamen indica luego “De esta manera, estamos en presencia de una forma de control empresarial permanente y continuada, que provoca en el trabajador, inexorablemente, un estado de tensión o presión incompatible con la dignidad humana. El trabajador, al verse expuesto de forma ininterrumpida al ojo acusador de la cámara, será objeto de una forma intolerable de hostigamiento y acoso por parte de su empleador”.

Así también lo señala el dictamen Ord. 2328/130, de 19 de julio de 2002 del mismo Servicio, «el reconocimiento del carácter de límites infranqueables que los derechos fundamentales, en particular del derecho a la intimidad, vida privada u honra de los trabajadores, poseen respecto de los poderes empresariales (inciso primero, del artículo 5 del Código del Trabajo), así como la prevalencia que la dignidad de los trabajadores tiene respecto de los mecanismos de control empresarial (inciso final, del artículo 154 del Código del Trabajo), lleva necesariamente a concluir que la utilización de mecanismos de control audiovisual (grabaciones por videocámaras) ..., sólo resulta lícita cuando ellos objetivamente se justifican por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos o por razones de seguridad ..., debiendo ser el control de la actividad del trabajador sólo un resultado secundario o *accidental* del mismo».

En el mismo sentido se pronuncia el dictamen ORD.: N° 4822/207 de 11 de noviembre de 2003 de la Dirección del Trabajo que se refiere al Derecho a la Intimidad, Vida Privada y Honra de los Trabajadores, acerca de la Procedencia y los Requisitos de los Mecanismos de Control Audiovisual: “Sin embargo, no es menos cierto que la implementación de las video cámaras al interior del vehículo, en las condiciones ya descritas, en la práctica se han convertido en una forma de control ilícito del desempeño del conductor como lo admite la propia representante legal de la empresa denunciada, cuando señala en el informe de fiscalización que efectivamente las grabaciones obtenidas en el video respectivo, sirven para detectar supuestas irregularidades cometidas por el conductor.”

“En otros términos, debe considerarse ilícito el uso de las cámaras al interior de la máquina cuando su implementación tiene claramente como propósito, como lo reconoce la misma empleadora en la especie, el control de la productividad laboral y la optimización del desempeño laboral, a través de una práctica patronal que representa definitivamente para el trabajador una permanente presión, un inadecuado temor reverencial al empleador, la conculcación de la garantía constitucional del derecho a la intimidad del dependiente y, en definitiva, implica vigilar el cumplimiento de la prestación de los servicios con absoluta prescindencia y ausencia de la libertad y dignidad del trabajador.”

En este mismo sentido lo entiende la jurisprudencia española:

“En el acto del juicio oral se inadmitió de plano toda prueba que se refiera al contenido de los mensajes de correo electrónico, emitidos o recibidos por el actor; y tanto el testigo señor V., como el perito, afirmaron que el tema de los registros de los dominios lo habían conocido por los mensajes de Correo Electrónico.

Entiende esta Juzgadora, que tales mensajes están protegidos por el derecho al secreto de las comunicaciones establecido en el Art. 18.3 CE; tal derecho al secreto se establece constitucionalmente para todas las comunicaciones (aún cuando se hable <<en especial>> de las hasta entonces habituales), con evidente vocación de englobar aquellas que las nuevas tecnologías nos hayan proporcionado. El Correo Electrónico o E-Mail es un sistema de comunicación codificado dirigido al receptor concreto, que dispone del software apropiado para su decodificación; como a través del correo postal, puede enviarse desde publicidad a mensajes muy personales, pero esta dirigido a un receptor en particular, configurándose como una comunicación personal; luego si tal es su configuración, solo con autorización judicial podrá violarse el secreto de tales comunicaciones, lo que no ha existido. Hasta tal punto se considera un <<iter>> especial del derecho a la intimidad, que su violación esta tipificada específicamente en el Art. 197 del Código Penal, y legislaciones de otros países de la UE, lo consideran protegido por el Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1999/1190 y 1572).”³⁴

³⁴ AS 2001/3653, **Sentencia Juzgado de lo Social** núm. 211/2001 Vigo, Galicia (núm. 3), de 29 de Abril 2001. Procedimiento núm. 158/2001 Jurisdicción Social.

“Desde la prevalencia de tales derechos (fundamentales), su limitación por parte de las facultades empresariales solo puede derivar bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho, bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador”, constatando que “no puede descartarse que también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral pueden producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores”³⁵.

En conclusión, podemos decir que, aunque los equipos utilizados en el trabajo sean de propiedad del empleador, y más aún en caso que los equipos sean de propiedad del trabajador, el Art. 5º del Código del Trabajo permite que, por existir una esfera de intimidad que se mantiene también dentro del lugar de trabajo, puede autorizarse y más aún, debe permitirse, el uso extralaboral del correo electrónico, siendo necesario para determinar la cantidad y calidad de dicha utilización, establecer una medida de control, basada en la racionalidad, en conformidad a lo dispuesto en el Art.154 inciso Final del Código del Trabajo, tendencia que es apoyada por la legislación y jurisprudencia comparada.³⁶

2.5.- Límites a la facultad del empleador para conocer del contenido del correo electrónico.

Relacionado directamente con el tema en discusión, y la posibilidad de despido basado en la existencia de conductas que constituyan incumplimientos graves de las obligaciones del contrato de trabajo, es que se hace necesario revisar la posibilidad eventual de que sea materia de prueba en un juicio sobre despido injustificado, la legalidad o ilegalidad del establecimiento de

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de 10-4-2000 (RTC 2000/98), citada por la sentenciadora de AS **2001/3653, Sentencia Juzgado de lo Social** núm. 211/2001 Vigo, Galicia (núm. 3), **de 29 de Abril 2001**. Procedimiento núm. 158/2001 Jurisdicción Social

³⁶ Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 10-7-2000 (RTC 2000/186) señala que <<la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, viene determinada por la estricta observancia del principio de **proporcionalidad** ... (y) es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (**juicio de idoneidad**); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida mas moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (**juicio de necesidad**) y finalmente si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella mas beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (**juicio de proporcionalidad en sentido estricto**)>>.

prueba constituida sobre la base de información obtenida directamente desde el correo electrónico del trabajador, revisado sin su consentimiento por el empleador.

El procedimiento laboral actual no comprende este tema en específico, por lo que debiera remitirse a la legislación procesal civil supletoria, que tampoco tiene una referencia directa a la materia al tratar los medios de prueba, pero podríamos encontrar un acercamiento tangencial a través del Recurso de Revisión, al establecer en el artículo 810 del Código de Procedimiento Civil que la Corte Suprema de Justicia podrá rever una sentencia firme: “3° Si la sentencia firme se ha ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia haya sido declarada por sentencia de término;”³⁷

En este concepto de maquinación fraudulenta podría insertarse la idea de prueba ilícita, pero sólo después de una declaración judicial en tal sentido por sentencia firme o ejecutoriada.

A diferencia de lo establecido en el procedimiento laboral anterior, la reforma establecida por la ley 20.087, que “Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo”, publicada en el diario oficial el 3 de enero de 2006, y que originalmente debía comenzar a regir el 1° de marzo de 2007, pero que más tarde fue prorrogada su entrada en vigencia para marzo de 2008, por la ley 20.164, contempla dentro de su articulado, específicamente en el N° 15 de su artículo único, el reemplazo en su totalidad del Capítulo II del Título I del Libro V , por un nuevo Capítulo II, en cuyo nuevo artículo 453 N° 5, se refiere a la admisión de prueba en la audiencia preparatoria. En el inciso 3° de dicho artículo se lee:

“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 a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales.”³⁸

³⁷ Artículo 810 N° 3 Código de Procedimiento Civil. EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE Decimoctava Edición Oficial aprobada por Decreto N° 1144, del Ministerio de Justicia, de 18 de octubre de 2005. ISBN: 978-956-10-1812-9

³⁸ Artículo 453 N° 5 inciso 3° del nuevo Código del Trabajo. Entrada en vigencia: marzo de 2008.

No existe concepto legal de medio ilícito, o ejemplos de qué actos implican violación de derechos fundamentales. Debido a que esta normativa se encuentra suspendida en cuanto a su entrada en vigencia, tampoco existe un concepto jurisprudencial de los referidos puntos.

Además debe hacerse presente que la ley 20.087 contiene un nuevo párrafo 6° para el capítulo V del Código del Trabajo, estableciendo un “Procedimiento de Tutela Laboral”, que, según dispone el nuevo artículo 485 del Código del Trabajo tiene aplicación directa a esta materia, al dar una señal de que es lo que considera genéricamente el legislador como afección de garantías constitucionales:

“Artículo 485.- 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 (...), 4° (que se refiere a “El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”), 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada...”

Sobre este punto, al definir que es prueba obtenida por medios ilícitos o violando garantías constitucionales, debemos entonces atenernos a las normas establecidas en el procedimiento penal para establecer la licitud e ilicitud de la prueba:

Así debemos primero hacer una pequeña referencia a lo que significa el **Principio De La Prueba Legal**.

A) **El Principio de Prueba legal**

Consiste en que el legislador antes del inicio del respectivo procedimiento y antes del surgimiento del respectivo conflicto, señala cuál es el valor probatorio de los distintos medios de prueba; dicho de otra manera, la valoración de la prueba, en el sistema estricto de prueba legal, no queda entregado al juzgador, sino que se realiza anteladamente por el legislador, señalando cuál es la fuerza de convicción de cada uno de los medios de prueba.

En materia procesal civil, rige en nuestro ordenamiento jurídico, el principio de prueba legal morigerado en el sentido que si bien es cierto que el legislador ha señalado anteladamente el valor de los medios de prueba, le ha dado un amplio margen al juez, para que dentro de ciertos y determinados parámetros, pueda él también realizar una labor de valoración.

En materia procesal penal, nuestro sistema adhiere al principio de la libre convicción, así lo señala el artículo 297 inciso 1º “valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, y los conocimientos científicamente afianzados”.

Hoy en día, después de un examen más o menos superficial se podría decir que aparece como aberrante que el legislador anteladamente fije el valor de los distintos medios de prueba y se podría, en consecuencia, sustentar que un sistema judicial ideal sería naturalmente aquel que le entrega al juzgador la posibilidad de absoluta y libre valoración. Sin embargo, la apreciación merece ser particularmente reflexionada porque el sistema de prueba legal en materia civil, va estrechamente unida al principio de la seguridad jurídica, por ejemplo, en nuestro sistema procesal la escritura pública produce plena prueba de haberse otorgado y produce plena prueba respecto de que los otorgantes hicieron las declaraciones en ella contenida, si nosotros sustentáramos por ejemplo el sistema de libre convicción en materia civil, bien podría ocurrir que un sólo testigo destruyera el valor de una escritura pública, si el juez en definitiva le da más crédito a él que a la actuación solemne de la escritura pública. En consecuencia, sobretodo en el mundo de las obligaciones de los actos procesales es necesario mantener el principio de la prueba legal en función de la seguridad jurídica.

En materia procesal penal, se considera el principio de la Libre Convicción.

En materia laboral se sigue el principio de la Sana Crítica.

B) Principio De Legalidad De La Prueba En Materia Penal

En materia penal y remitiéndonos al Código Penal, encontramos el artículo 146:

“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 en su grado mínimo

Esta disposición no es aplicable entre cónyuges, ni a los padres, guardadores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia.

Tampoco es aplicable a aquellas personas a quienes por leyes o reglamentos especiales, les es lícito instruirse de correspondencia ajena.”

Del análisis de esta norma, vemos una reproducción de la norma constitucional al ámbito legal, en lo que dice relación con la inviolabilidad y el secreto de la correspondencia.

Luego establece las penas que asigna la ley al delito correspondiente, las que serán de reclusión menor en su grado medio si divulgare o se aprovechare de los secretos en ellos contenidos, y en caso de que no sea utilizada esta información en las formas señaladas, será de reclusión menor en su grado mínimo.

Acto seguido, señala que la norma no es aplicable entre cónyuges, ni a los padres ni guardadores, respecto de los hijos menores que se encuentren bajo su dependencia.

Finalmente señala que no existe ilícito en caso de que quienes ejecuten el acto sean personas autorizadas por leyes o reglamentos especiales.

Un análisis más exhaustivo acerca de este tema se encuentra en el texto de Julián López Masle³⁹, donde trata del concepto de prueba ilícita y de las consecuencias jurídicas de la ilicitud, analizando además el hecho de si la ineficacia de la prueba ilícita proviene de un problema de admisibilidad de la prueba o de valoración de la prueba, señalando además los fundamentos de la

³⁹ LÓPEZ MASLE, JULIÁN, HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, “Derecho Procesal Penal Chileno”, tomo II, Capítulo IX, La Prueba páginas 65 a 228, Editorial Jurídica de Chile, primera edición diciembre 2004, ISBN 956-10-1584-6.

ineficacia probatoria de la prueba ilícita, como el criterio de confiabilidad de la evidencia, criterio de la integridad judicial, y el de prevención.

Las hipótesis legales de prueba ilícita señaladas por el referido autor en su obra se derivan del artículo 276 inciso 3° del Código Procesal Penal, en que se tratan como parte de la esencia del control de garantías del sistema procesal penal chileno, norma que luego de establecer la regla de exclusión que se utiliza en relación con los medios probatorios sobreabundantes e impertinentes, indica:

“Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.”⁴⁰

“A partir del tenor literal de esta norma, se ha sostenido que la prueba ilícita en Chile comprendería dos hipótesis alternativas. Sería prueba ilícita, primero, la que proviniera de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y, segundo, la que hubiere sido obtenida con inobservancia de garantías constitucionales.”⁴¹

En el antiguo Código de Procedimiento Penal, encontramos las normas de los artículos 176 y 177 que se enmarcan dentro del Libro II “ Del juicio ordinario sobre crimen o simple delito”, artículos que a la letra rezan:

Art. 176: Podrá el juez ordenar la retención de la correspondencia privada, sea postal, telegráfica o de otra clase, que el procesado o inculcado remitiere o recibiere, y la de aquella que, por razón de especiales circunstancias, se presuma que emana de el o le esta dirigida, aun bajo nombre supuesto, siempre que se pueda presumir que su contenido tiene importancia para la investigación. También podrá emitir esta orden el juez respecto de cualquier otro objeto que remitiere o recibiere el procesado.

⁴⁰ artículo 276 inciso 3° del Código Procesal Penal, EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE. Cuarta Edición Oficial aprobada por Decreto N° 114 del Ministerio de Justicia, de 17 de enero de 2006. ISBN: 956-10-1733-4

⁴¹ LÓPEZ MASLE, JULIÁN, HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, op.cit., página 188, citando a HERNANDEZ BASUALTO (H.)

El decreto del juez se hará saber a los jefes de los respectivos servicios de comunicaciones para que lleven a efecto la retención de la correspondencia, que entregaran bajo recibo al secretario del juzgado.”

Art. 177: “El juez podrá, asimismo, ordenar que por cualquier empresa de telégrafos o cables, o de otros sistemas de comunicación semejantes, se le faciliten copias de los telegramas, cablegramas o comunicaciones transmitidos o recibidos por ella, si lo estimare conveniente para el descubrimiento o comprobación de algún hecho de la causa. Podrá, además, exigir las versiones que existieren de las transmisiones por radio o televisión.”

Luego para hacernos una idea concreta de cómo funciona este principio en materia penal, es del caso señalar el criterio que siguió la Corte de Apelaciones de Santiago, frente al Recurso de Protección interpuesto por funcionarios de la Coordinación General de Concesiones del Ministerio de Obras Publicas, frente a la resolución dictada el día 15 de Septiembre del año 2004, cuando la Ministra Gloria Ana Chevesic, quien como Ministra en Visita Extraordinaria , investigaba en el llamado “Caso MOPTT – Gate”, ordena la incautación de los correos electrónicos emitidos entre los años 1997 a 2003.

El Recurso en cuestión tiene, en síntesis, como argumentos los siguientes:

1. Que la resolución recurrida⁴², debe estimarse ilegal , puesto que en ella no se ha dado cumplimiento a los requisitos ni ha sido dictada para los casos previstos en los artículos 176 y 178 del Código de Procedimiento Penal.

Lo anterior, porque ninguno de los recurrentes tiene la calidad de procesado o inculpado en la causa que se investiga, y, además por que la resolución que ordena la diligencia no ha sido fundada y carece de la especificidad que exige la norma legal.

2. Que la resolución se presenta como manifiestamente desproporcionada e injusta , ya que, mediante ella se pretende acceder a la correspondencia electrónica de todo el personal de Concesiones, incluida la de carácter privado.

3. Que la resolución Judicial recurrida constituye una amenaza y una perturbación a las garantías individuales de los N° 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, esto ya que no cabe duda de que parte del contenido de los correos electrónicos constituyen comunicaciones de carácter privado, cuya naturaleza no se desvirtúa por el dominio del medio a través del cual se transmite, de modo, que ni la función pública que realizan ni la propiedad pública de los servidores o equipos necesarios para su transmisión, alteran el carácter privado del contenido de su correspondencia o comunicaciones.

En cuanto al informe del Recurso de Protección, en estudio, lo medular de su contenido indica las siguientes consideraciones:

1. Que en cuanto a su constitución como Ministra en Visita Extraordinaria, esta misma fue acordada por el pleno de la Corte Suprema el día 21 de Enero de 2003, para conocer de la causa Rol N° 15.260 seguida en el Décimo Séptimo Juzgado del Crimen de Santiago.

2. Con posterioridad, la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de 10 de Marzo de 2003, conociendo de un recurso de apelación, dispuso que se investigara por separado los hechos relacionados con la forma en que se procedió en lo relativo al llamado a licitación de obras y servicios por el Ministerio de Obras Públicas, desde 1997 en adelante, requiriendo un listado de todas ellas y precisando si existieron posibles irregularidades en los llamados a licitación, confección de bases, administración y labores cumplidas, como posibles solicitudes de dinero a las empresas a quienes se adjudicaron concesiones, como la justificación contable en cada empresa de estos pagos.

3. Que, para cumplir con lo ordenado por la Corte de Apelaciones, decretó en el proceso diversas diligencias, y como resultado de una de éstas, la Brigada Investigadora de Delitos Económicos de la Policía de Investigaciones de Chile, mediante Parte Policial N° 6261 de 15 de septiembre último, dio cuenta al tribunal de antecedentes relacionados con un contrato que se celebró en el curso del año 1998, entre la Coordinación General de Concesiones, por intermedio de la Dirección General de Obras Públicas, y una consultora privada y puso a disposición del tribunal hojas impresas de mensajes que se enviaron tres funcionarios de la Coordinación

⁴² Sentencia dictada el día 15 de Septiembre de 2004.

General de Concesiones, vía correo electrónico, utilizando el equipo computacional de dicho organismo, que darían cuenta de una suerte de conversaciones entre dichos funcionarios y relacionados con el contrato que se iba a adjudicar a la consultora privada, documentos que fueron entregadas al policía por el autor de uno de esos mensajes. En el mismo parte policial se hace presente que para el esclarecimiento de los hechos materia de la investigación, es necesario, contar con la información computacional que posea la Unidad de Informática de la Coordinación General de Concesiones, de los archivos magnéticos de respaldo u otro similar de los correos electrónicos de los funcionarios que se desempeñaron entre 1997 y el 2003.

4. Que, dispuso por resolución de 15 de septiembre último, escrita a fojas 3285, la incautación de todos los archivos magnéticos de respaldo u otro similar de los correos electrónicos, que los funcionarios de la Coordinación General de Concesiones emitieron entre los años 1997 y 2003, encomendando su cumplimiento a la Policía de Investigaciones de Chile, y por deferencia, también se comunicó al Sr. Ministro de Obras Públicas, Transporte y Telecomunicaciones señor Javier Etcheverry, mediante oficio signado con el número 915-2004 de 15 de septiembre último.

5. Que para la practica de la diligencia y ante las aprehensiones de los funcionarios afectados por la medida, designó perito a la Dirección de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de la Pontificia Universidad Católica, DICTUC, para que asesorara al tribunal en la diligencia de incautación y en el proceso que sea necesario llevar a cabo para poder revisar y leer el contenido de las cintas;

6. Según lo informado por el señor Ministro de Obras Publicas y los propios recurrentes, las cintas contendrían tanto correos electrónicos de carácter personal y privado de los funcionarios como los propios del trabajo, formando cada una material y físicamente una unidad indivisible, imposible a simple vista de identificar, lo que impide al tribunal decretar la incautación de un metraje determinado de cintas, es más una diligencia en ese sentido inutilizaría el total de la información que ellas contienen, y por ello, teniendo presente los legítimos intereses de los recurrentes, encomendó la diligencia pericial a una institución de reconocido prestigio y solvencia para que la asesore en el procedimiento que sea necesario para llevar a cabo la lectura del contenido de las cintas.

7. Que al reunirse la Ministra en Visita con personeros del DICTUC, se les instruyo en el sentido que la suscrita procedería personalmente a leer el contenido de cada una de las cintas y que el perito se limitaría a asesorar al tribunal en la creación de programas computacionales que permitan separar la información, y además, en la implementación de los mecanismos y sistemas pertinentes para la debida protección de la información, y también se les indicó que debía procederse a respaldar todo el contenido de las cintas en otras de mejor calidad para trabajar en el proceso de segregación de la información, y que toda aquella que no era de interés para el tribunal, léase correos electrónicos de carácter privado, debía ser eliminada.

8. Que, la práctica de la diligencia de la manera reseñada es suficiente garantía para los funcionarios de la Coordinación General, ya que sólo el tribunal tomará conocimiento del contenido de las cintas, tanto de los mensajes privados o confidenciales, como de aquellos que, sin tener esa calidad, sean de interés para la investigación a su cargo. Agrega, que encargar esa diligencia a un tercero, quien en forma previa al tribunal conozca del contenido de las cintas y proceda a la segregación, importaría atentar contra los derechos de los recurrentes y una abierta infracción a los artículos 156 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, que reservan sólo al tribunal la práctica de una diligencia como la decretada. Además, la designación de un tercero, de ninguna manera da garantías al tribunal, más aún de la manera que lo sugiere el Ministro de Obras Públicas, en que ese tercero sea un funcionario de la Coordinación General de Concesiones;

Finalmente en cuanto a la parte resolutive del Recurso de Protección, el fallo de la Corte de Apelaciones señala los siguientes puntos:

1. Que según el artículo 20 de la Constitución Política de la República, para la procedencia del recurso de protección se requiere efectivamente que se hayan realizado actos u ocurrido omisiones, con carácter de arbitrarios o contrarios a la ley, que realmente priven, perturben o amenacen el debido ejercicio de un derecho indubitado y no disputado del afectado, que se encuentre garantizado y amparado en el texto constitucional y , en lo formal, que se interponga dentro del plazo fatal de quince días, que establece el Auto Acordado sobre Recurso de Protección de la Excma. Corte Suprema.

2. Que analizada la solicitud de extemporaneidad del recurso, deducida por el Fisco de Chile, es desestimada.

3. Que, desestimada la petición de extemporaneidad, corresponde, a continuación, entrar a discernir si efectivamente concurren con respecto al recurso de protección cada uno de los presupuestos de fondo que lo hacen procedente; esto es, si la autoridad judicial cometió un acto ilegal o arbitrario al dictar la resolución que se impugna, y que a consecuencia de su actuar, los recurrentes sufrieron una privación, perturbación o amenaza de sus garantías constitucionales reconocidas en los números 4 y 5 del artículo 19 de la Carta Fundamental. En este orden de ideas, lo primero que debe dilucidarse, es si el acto que se impugna resolución judicial -adolece de ilegalidad o arbitrariedad, lo que se traduce en determinar, a la luz de los antecedentes recogidos en el proceso criminal y de las normas constitucionales y legales, si la Ministra al dictar la resolución actuó o no dentro de la órbita de su competencia y con apego al derecho.

4. En este orden de ideas, debe considerarse lo siguiente:

a. Que en virtud de lo dispuesto por los artículos 73 de la Constitución Política de la Republica y el artículo 1° del Código Orgánico de Tribunales, corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia, como órganos imparciales, la facultad de conocer y resolver de manera definitiva e inalterable, con posibilidades de ejecución, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que importen la violación del ordenamiento jurídico.

b. Que el artículo 19 N° 3 inciso 4° de la Constitución Política de la Republica , a fin de garantizar un debido proceso, establece que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por esta. Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

c. Que en este caso fue designada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el día 21 de Enero de 2003, en uso de las facultades que le confiere el artículo 79 de la constitución

Política de la republica y 560 del Código Orgánico de Tribunales, la Ministra de la Corte de Apelaciones de Santiago, la Sra. Gloria Ana Chevesich Ruiz, para que se avocara, como juez unipersonal, al conocimiento y sustanciación de la causa criminal rol 15.260, conocida como caso Gate, seguida ante el Décimo Séptimo Juzgado del Crimen de Santiago.

d. Que con posterioridad la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un recurso de apelación, por resolución de 10 de Marzo de 2003, dispuso que por separado investigara los hechos relacionados con la forma en que se procedió en lo relativo al llamado a licitación de obras o servicios por el Ministerio de Obras Publica, desde 1997 en adelante.⁴³

e. Que estando investida de la calidad de Juez competente y cumpliendo con lo ordenado en los artículos 10 inciso 2° del Código Orgánico de Tribunales y artículo 73 inciso 2° de la Constitución Política de la Republica , la Ministra Sra. Gloria Ana Chevesich Ruiz, ha procedido a ejercer su autoridad en la investigación criminal, ordenando diligencias útiles destinadas a comprobar los delitos denunciados y a establecer la participación de terceros, y también, ha cumplido con decretar las correspondientes a lo ordenado por su superior jerárquico, la Corte de Apelaciones de Santiago.

5. Que con respecto a las actividades de la Ministra Sra. Gloria Ana Chevesich, se debe tener en cuenta lo dispuesto por los artículos 108, 109, 110 , 156 y 178 del Código de Procedimiento Penal.

6. Que de todo ello, fluye que la Sra. Ana Gloria Chevesich Ruiz, en su calidad de Ministra en Visita Extraordinaria, y en ejercicio de las facultades jurisdiccionales que le fueron asignadas por la Excma. Corte Suprema, ha procedido en el ámbito de su competencia y cumpliendo con las normas adjetivas contempladas en el código de procedimiento penal, a investigar los ilícitos denunciados en el correspondiente proceso criminal, y existiendo mérito suficiente ha dictado la resolución de 15 de septiembre último, en la que se dispuso la incautación de los archivos magnéticos de respaldo u otro similar de los correos electrónicos, que los funcionarios de la Coordinación General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, emitieron entre los años 1997 y 2003.

Atendido lo razonado en los considerandos precedentes, debe necesariamente concluirse que la jueza recurrida no ha incurrido en ilegalidad alguna al dictar la resolución judicial que ha sido motivo del recurso de protección, ya que, como se ha dicho, ha actuado en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y dentro de la órbita de su competencia.

7. Que, por otra parte, la actuación de la juez tampoco puede considerarse arbitraria, como lo sostienen los recurrentes, puesto que la resolución en los términos que fue dictada no obedece a su mero capricho, sino que es producto de antecedentes reunidos en el marco de una investigación criminal, que la hacían aconsejable para los objetivos del proceso. Sobre el particular y sin entrar a analizar en este recurso, si el contenido de los correos electrónicos, medio de comunicación de reciente data, se encuentran o no para el constituyente comprendidos dentro la documentación privada que resguarda nuestra Carta Fundamental, o si la circunstancia de que se utilizara por funcionarios para fines particulares dicho medio de comunicación usando equipos computacionales pertenecientes al Fisco de Chile, le pueda restar dicho carácter, en razón que ésta es una cuestión que a juicio de los sentenciadores no corresponde dilucidar en esta instancia.

8. Que, en lo que se refiere a las garantías fundamentales supuestamente conculcadas por la acción de la magistrado recurrida, es preciso considerar, en primer lugar, en cuanto a la garantía del número 5°, que dicha actividad se realizó dentro de una investigación criminal, en ejercicio de las facultades otorgadas por la Excma. Corte Suprema y dentro de su competencia, lo cual dejó su acción dentro de la situación excepcional contemplada en la misma disposición constitucional, que señala el hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley. Por las mismas razones, ya señaladas en el párrafo precedente, y a mayor abundamiento, tampoco se conculcó la garantía contemplada en el número 4° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por cuanto, en la forma de disponer la incautación y llevarla a cabo, la magistrado participó personalmente en dicha diligencia, adoptando para la revisión de los documentos las medidas conducentes a fin de resguardar su contenido del conocimiento de terceros, disponiendo en esa dirección su correspondiente custodia, el examen personal de su contenido, la segregación de las piezas de carácter privado o confidencial, de aquellos que sí interesan para el éxito de la

⁴³ Véase Pág. 36, de este mismo trabajo.

investigación, ordenando, además, formar cuadernos reservados, resguardando de esta forma, de una manera cierta y efectiva, el respeto y protección de la vida privada, y a la honra de la persona y su familia, que asegura a todos los ciudadanos nuestra Carta Fundamental.

9. Que, en tales circunstancias, corresponde desestimar el recurso de protección deducido en contra la señora Jueza, puesto que como ha quedado demostrado, al dictar la resolución de quince de septiembre último, escrita a fojas 3285, actuó dentro de la legalidad y con la debida ponderación.

Ahora según un análisis de este fallo debemos señalar los siguientes puntos:

La Corte de Apelaciones de Santiago al dictar este fallo que desestima el recurso de protección deducido tiene en cuenta en primer lugar la naturaleza del tribunal que investiga el asunto, es decir, por el pleno de la Corte Suprema, se designa Ministra en Visita Extraordinaria, a la Sra. Gloria Ana Chevesich, como tribunal unipersonal, para que investigue todo lo relativo a las irregularidades en los llamados a concesiones, realizadas por la Dirección General de las mismas, esta designación cumple con los requisitos establecidos por la ley y la Constitución Política de la Republica, y por tanto, su actuación dentro del marco de esta investigación no adolece de ilegalidad, y tampoco es una decisión arbitraria que se encuentre vulnerando los derechos de los recurrentes, puesto que cumple, como ya lo dijimos con los requisitos establecidos por la ley, específicamente el Código de Procedimiento Penal, y la misma Carta Fundamental, para estos casos.

Luego en cuanto a las garantías supuestamente conculcadas, es decir en cuanto al fondo del recurso deducido, esto es la protección de la honra y de la privacidad de las comunicaciones, la Corte de Apelaciones de Santiago estimo que, tampoco se vieron afectadas estas mismas, ya que se la resolución se dicto dentro del marco de una investigación criminal, y según lo que la misma Constitución Política de la Republica establece, medio un resolución judicial, de un tribunal previamente constituido y en esta resolución se ordeno la incautación de los materiales informáticos en cuestión, por tanto, la medida no es ilegal ni arbitraria, sino que, muy por el contrario, es proporcionada y legal y constitucionalmente adecuada.

Finalmente, creemos que una de las deficiencias del fallo, es el haberse centrado mas que nada en la parte del procedimiento, es decir, determinar si la medida fue dictada dentro del marco legal y cumpliendo los requisitos legales, pero echamos de menos el que la Corte de Apelaciones de Santiago, no se detuvo en el análisis, de determinar la naturaleza del Correo Electrónico, ni tampoco sentó jurisprudencia, en lo relativo a determinar si este tipo de comunicaciones se encuentra directamente protegida por la Carta Fundamental.

Así mismo, extrañamos, que se pronunciara de manera directa, sobre el tema relativo a cual garantía es necesario privilegiar en el caso, es decir, si el derecho al secreto de las comunicaciones privadas de las personas, o bien el derecho a la propiedad sobre los aparatos en que se llevan a cabo estas comunicaciones, eso si, nos parece que de manera velada dio preferencia al derecho a la propiedad, puesto que si bien la medida de incautación y posterior apersonamiento de los materiales informáticos se llevo a cabo por peritos y por la misma jueza, no es menos cierto de que hubieron terceros “imparciales”, que de cierto modo tuvieron que tener acceso a cierta información de carácter privado, para poder diferenciarlo de la información de carácter publico, dada la indivisibilidad del soporte donde se encontraban la información requerida por el tribunal.

Finalmente, para cerrar el tema del principio de prueba legal, y en relación al tema que nos convoca, cabe referirnos a la forma en que se encuentra regulado en el Código Procesal Penal, en este encontramos la norma del articulo 218, que nos habla de la retención e incautación de correspondencia, el articulo en comento señala: “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 el, aun bajo nombre supuesto, o de aquellos de los cuales, por razón de especiales circunstancias, se presume que emana de el o de los que el 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 este.

El fiscal deberá examinar la correspondencia o los envíos retenidos y conservara aquellos que tuvieren relación con el hecho objeto de la investigación. Para los efectos de su

conservación se aplicara lo dispuesto en el artículo 188. La correspondencia o los envíos que no tuvieren relación con el hecho investigado serán devueltos o, en su caso, entregados a su destinatario, a algún miembro de su familia o a su mandatario o representante legal. La correspondencia que hubiere sido obtenida de servicios de comunicaciones será devuelta a ellos después de sellada, otorgando, en caso necesario, el certificado correspondiente.”

La norma en comento es clara y nos dice que dentro de la investigación el Fiscal puede disponer la retención e incautación de la correspondencia, debidamente autorizado por el juez de la causa mediante resolución.

Luego, la disposición señala que se puede tratar de correspondencia postal, telegráfica o de cualquier otra clase.

Ahora lo interesante de esta norma es que habla expresamente de la “correspondencia electrónica”, esto debido a la creciente difusión de este medio, la importancia es que al presentarse un eventual caso en que se viera comprometida documentación electrónica, el juzgador no tendría que detenerse a examinar si este medio cabe o no en el tipo, ya que la norma legal lo contempla de manera directa.

3.- CAPITULO II.

REGULACIÓN SOBRE EL USO DE LA RED INTERNET DENTRO DE LA EMPRESA.

3.1.- Introducción.

A continuación nos corresponde analizar la situación relativa a la regulación del uso del correo electrónico dentro de la empresa.

Para realizar este estudio será necesario realizar una distinción relativa a las formas de regulación, ya que ella puede ser formal o material.

La regulación formal, dirá relación con los medios a través de los cuales se va a controlar el uso del correo electrónico (entendiendo el uso de los mismos en los términos mas amplios).

Por su parte la material se va a referir al contenido de la regulación antedicha.

Luego, de hacer esta distinción pasamos a desarrollar el tema propiamente tal.

3.2.- Medios formales de regulación de la relación laboral. Enumeración.

En la relación laboral entre los medios de regulación de la misma que podemos enumerar se encuentran: el Contrato Individual de Trabajo, el Contrato Colectivo de Trabajo, los Convenios Colectivos de Trabajo, el Reglamento Interno de la Empresa.

A. El Contrato Individual de Trabajo.

El contrato de trabajo se encuentra definido en el Código del Trabajo, en su artículo 7, en los siguientes términos: “Contrato de Trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, este a prestar servicios personales bajo

dependencia y subordinación del primero, y aquel a pagar por estos servicios una remuneración determinada.”

De esta definición de Contrato de trabajo se desprenden los siguientes elementos que lo conforman:

- **Acuerdo de Voluntades** entre trabajador y empleador.
- **Prestación de servicios personales** por el trabajador. El contrato de trabajo requiere el compromiso personal e indelegable de la persona del trabajador de prestar servicios a otra. De este modo, no es posible que operen en este contrato las sustituciones o delegaciones de funciones ni ninguna figura parecida.
- **Remuneración** de tales servicios por el empleador. La existencia de un contrato de trabajo supone que los servicios no tengan un carácter gratuito, sino que precisamente el objeto del acto jurídico sea el cambio de trabajo por remuneración.
- La prestación de los servicios personales bajo **vínculo de dependencia y subordinación**. La existencia de subordinación es el elemento esencial que permite calificar un acuerdo como contrato de trabajo y dice relación con la posición jurídica que las partes toman en el desarrollo de la relación: el empleador asume el control de los servicios mediante el ejercicio de la **potestad de dirección** y el trabajador se ubica en una situación de **sujeción** respecto de este.⁴⁴

Luego de determinar cuales son los elementos que integran el contrato de trabajo es necesario detenernos en las características generales de este, ya que tendrán un efecto práctico en la solución de algunas problemáticas que se puedan suscitar en el desarrollo del presente.

⁴⁴ Luis Lizama Portal; “Derecho del Trabajo”; editorial Lexis Nexis; año 2003; Pág. 18

A1.- Características del Contrato de trabajo

- Es un contrato de **derecho privado** porque regula las relaciones jurídicas entre particulares, sin que obsten a esta consideración las limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes (que también existen en otras figuras contractuales privadas), ni en el dirigismo jurídico que lo caracteriza, ni la matización de su carácter conmutativo.⁴⁵
- Es un contrato **personal** pues la obligación del trabajador es “prestar servicios personales”. Esta característica, absolutamente inseparable o consecuencial de la subordinación, despeja la duda que se ha planteado ante la doctrina comparada, acerca de si una persona jurídica u otro ente moral puede ser sujeto en el contrato de trabajo, en calidad del deudor del trabajo.

Además, el carácter protector del Derecho del Trabajo se ha estructurado en función de personas naturales, y no de personas jurídicas.

- Es un contrato **bilateral** porque “las partes contratantes se obligan recíprocamente” (artículo 1439 del Código Civil). Se generan obligaciones para ambas partes. Tanto de carácter patrimonial como la de remunerar y personales como la de prestar servicios personales.
- Es un contrato **oneroso** porque “tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”(artículo 1440 del Código Civil), ambas partes esperan y obtienen una ventaja económica de la prestación de la contraparte.
- Es un contrato **sinalagmático** ya que las prestaciones de ambas partes son de carácter recíproco. De este modo, el empleador no debe pagar remuneraciones si el trabajador no cumple con su obligación de prestar servicios personales y, a su vez, el trabajador podrá invocar el despido indirecto si el empleador no paga su remuneración.
- Es un contrato **conmutativo** porque las prestaciones se determinan al inicio como equivalentes.

⁴⁵ William Thayer A.- Patricio Novoa F.; “Manual de Derecho del Trabajo; V. 2; Pág. 93

Sin embargo, hay autores⁴⁶, que en el caso del contrato de trabajo, prefieren hablar de una “equivalencia matizada”, porque en la determinación de la retribución debe considerarse el aporte del trabajador a la empresa como principal elemento y esto es lo que otorga al contrato de trabajo su carácter conmutativo, aunque deben también considerarse otros elementos como lo es que la remuneración tenga un carácter de suficiencia para atender las necesidades personales y familiares del trabajador; que se tenga en cuenta la situación de la empresa ; que se consideren las exigencias del bien común.

Por otra parte las disposiciones sobre mínimos, emanadas del derecho estatal o autónomo, las normas, usuales en los contratos colectivos, que obligan a las empresas pagar remuneración cuando no se efectúa una prestación de servicios , o en función de supuestos que no tienen nada que ver con el aporte del trabajador, no reflejan un proceso conmutativo.

Luego, cuando por exigencias del bien común, las remuneraciones deben guardar determinados límites o proporciones, al margen del aporte efectivo del trabajador al proceso productivo, tampoco puede advertirse alguna forma de conmutatividad.

Todo esto nos lleva a señalar que el factor aporte del trabajador a la empresa no debe ser el único que se ha de considerar para graduar la contraprestación del empresario, luego este contrato no es rigurosamente conmutativo sino solo principalmente conmutativo.

- Es un contrato **consensual** ya que existen desde el momento en que el empleador y el trabajador se obligan a remunerar y laborar, respectivamente, sin que sea necesario el otorgamiento de formalidad alguna. La escritura del contrato de trabajo no constituye una formalidad necesaria para su existencia sino que para su prueba.
- Es un contrato **dirigido** porque el legislador fija el contenido contractual mínimo o máximo de la relación laboral con el objeto de superar la desigualdad entre las partes contratantes. El contrato dirigido constituye una atenuación de la autonomía de la voluntad por afanes protectores; así por ejemplo, la ley fija la remuneración mínima

⁴⁶ William Thayer A.- Patricio Novoa F.; “Manual de Derecho del Trabajo; V. 2; Pág. 96-98.

mensual que debe ser pagada a los trabajadores por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo.

- Es un contrato de **adhesión**, ya que por regla general el contenido del contrato esta predispuesto por el empleador, quien lo ofrece al trabajador, en términos tales que este no puede alterar dicho contenido y solo le cabe adherir a el o rechazarlo. Esta es una técnica para disminuir los costos de transacción y una muestra de la atenuación de la autonomía privada.
- Es un contrato de **tracto sucesivo** porque las obligaciones de las partes se cumplen y realizan en el tiempo, en forma continuada y sucesiva. La determinación del tiempo del contrato, ya sea indefinida o de plazo fijo, no afecta este carácter.⁴⁷
- Es un contrato **principal**, toda vez que subsiste por si mismo sin necesidad de otra convención.
- Es un contrato **nominado**, pues tiene una individualidad acusada, posee su propia denominación, contrato de trabajo, y, finalmente, contiene una regulación jurídica propia con sus elementos tipificantes, que lo distinguen de las restantes figuras jurídicas de prestación de servicios, civiles o mercantiles.⁴⁸

Una vez acotados los elementos y características del contrato de trabajo nos abocaremos al estudio de las cláusulas del mismo, ya que es en ellas donde en primer termino se puede llegar a la regulación de la prestación de los servicios por parte del trabajador, y es el primer instrumento con que cuenta el empleador para definir las prestaciones y la forma como ellas se deben llevar a efecto.

A2.-Las Cláusulas del Contrato de Trabajo

El Código del Trabajo, en su artículo 10 enumera las cláusulas mínimas que debe contener el contrato de trabajo. De acuerdo con la expresión **debe** que contiene el encabezado del articulo se infiere que se trata de una disposición de carácter imperativo. Sin embargo la

⁴⁷ Luis Lizama Portal; "Derecho del Trabajo"; editorial Lexis Nexis; año 2003; Pág. 20-21.

⁴⁸ William Thayer A.- Patricio Novoa F.; "Manual de Derecho del Trabajo; V. 2; Pág. 98

omisión de estas cláusulas mínimas en el contrato de trabajo no esta sancionada con su nulidad, sino que con la multa genérica prevista en el artículo 477 del Código del Trabajo.

Las cláusulas mínimas son las siguientes⁴⁹:

1.- Lugar y fecha del contrato

El lugar del contrato corresponde a aquel en que suscribe y puede o no ser coincidente con el lugar donde el trabajador prestara sus servicios.

La fecha corresponde a la oportunidad en que se hace constar por escrito el contrato.

2.- Individualización de las partes con indicación de la nacionalidad y fechas de nacimiento e ingreso del trabajador.

El contrato debe indicar precisamente las partes que adquieren la calidad de empleador y trabajador.

En cuanto a la exigencia de la indicación de la nacionalidad del trabajador , es relevante para los efectos de dar cumplimiento a la restricción cuantitativa a la contratación de extranjeros (artículo 19 del Código del trabajo).

La fecha de nacimiento se exige para evitar que se infrinjan las normas sobre capacidad jurídica y de obrar para contratar.

3.- Determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que hayan de prestarse. El contrato podrá señalar dos o mas funciones especificas, sean estas alternativas o complementarias.

La determinación de la naturaleza de los servicios supone que se indique en el contrato de trabajo (en forma clara y precisa) el cargo específico o la función que el trabajador debe desempeñar para el empleador. El cumplimiento de esta exigencia tiene por objeto dotar al contrato de la necesaria certeza y seguridad respecto del alcance de la obligación del trabajador, evitando que el empleador (por la vía de cláusulas amplias o

⁴⁹ Luis Lizama Portal; “Derecho del Trabajo”; editorial Lexis Nexis; año 2003; Pág. 39-43

indeterminadas) altere unilateralmente y de facto las condiciones en que el dependiente debe prestar sus servicios.

Sin perjuicio de lo anterior, el Código del Trabajo, permite que en el contrato de trabajo pueda señalar dos o mas funciones específicas, que sean alternativas o complementarias entre si. Esta cláusula de polifuncionalidad ya había sido aceptada por la Dirección del Trabajo antes de la modificación legal a condición de que fueran precisadas en forma clara e inequívoca todas las tareas a las que se obliga el trabajador (Dictamen N° 4.583/223 de 25 de Julio de 1995).

El contrato también debe estipular específicamente el lugar o la ciudad en que se prestaran los servicios, a fin de tener certeza respecto del espacio geográfico en que el trabajador cumplirá su obligación.

4.- Monto, forma y periodo de pago de la remuneración acordada.

Las partes pueden fijar libremente el monto de la remuneración siempre que no sea inferior al ingreso mínimo mensual .

La forma de pago de la remuneración podrá ser fijada en unidad de tiempo (hora, día , semana, quincena o mes) o por pieza medida u obra.

Para establecer el periodo de pago de las partes también gozan de libertad, sin perjuicio de que este no podrá exceder de un mes.

5.- Duración y distribución de la jornada de trabajo, salvo que en la empresa existiere el sistema de trabajo por turno, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el reglamento interno.

Esta cláusula tiene relevancia para los efectos de regular el periodo de tiempo durante el cual el trabajador debe cumplir su obligación y el lapso en que el empleador debe asegurar el descanso del dependiente.

Así para cumplir esta exigencia, las partes deben señalar:

- El tiempo y las horas semanales de trabajo que el dependiente debe cumplir efectivamente.
- La hora de inicio y término de la jornada diaria.
- El tiempo de interrupción de la jornada diaria destinado a colación.
- La duración semanal de la jornada.

De esta manera, el trabajador puede conocer en forma segura y cierta, los días y horas en los cuales deberá prestar sus servicios.

6.- Plazo del contrato.

Las partes pueden fijar libremente la duración del contrato de trabajo.

7.- demás pactos que acordaren las partes.

Dentro de este punto es necesario hacer una distinción de las cláusulas del contrato del trabajo, en el cual pueden haber:

- Cláusulas Permitidas: aquellas que no importan una renuncia de los derechos establecidos por las leyes laborales, conforme al artículo 5 N° 2 del Código en estudio.
- Cláusulas Prohibidas: son todas aquellas cláusulas que signifiquen una renuncia de los derechos establecidos a favor del trabajador por la ley.
- Cláusulas Presuntas: La doctrina y jurisprudencia han aceptado la teoría de que se pueden incorporar nuevas cláusulas o modificar las cláusulas existentes de los contratos de trabajo por medio de la reiteración de ciertas prácticas que son constitutivas de una expresión de voluntad presunta.

El fundamento de estas cláusulas no escritas que incorporan nuevos derechos y obligaciones para las partes o que modifican las condiciones originalmente pactadas se deben encontrar en el carácter consensual del contrato de trabajo.

Las cláusulas presuntas son:

* La manifestación tacita constituida por la aplicación reiterada en el tiempo de determinadas practicas de trabajo o por el otorgamiento y goce de beneficios con aquiescencia de ambas partes, que lleva a la existencia de **cláusulas tacitas** que se agregan a las que en forma escrita configuran el contrato de trabajo.

* La forma como las partes han cumplido reiteradamente en el tiempo una determinada estipulación puede modificar o complementar el acuerdo inicial mediante la denominada **regla de conducta**. Esta construcción dogmática se funda en el Código Civil articulo 1564 inciso final, que establece que las cláusulas de un contrato se interpretaran “*por la aplicación practica que hayan hecho de ellas ambas partes o una de las partes con la aprobación de la otra*” (dictamen N° 6.158/284 de 21 de Octubre de 1994).

A3.-Problemas que se pueden suscitar en la aplicación del contrato de trabajo como instrumento de regulación de la relación laboral.

Luego de realizar un análisis general del contrato de trabajo, en cuanto a su concepto, elementos, características generales, y cláusulas mínimas que debe contener, es preciso, a nuestro juicio detenernos en los problemas que pueden surgir en relación al tema que nos congrega, esto es la regulación formal del uso del correo electrónico por el trabajador, a través del contrato individual de trabajo.

Del análisis anterior, en nuestro concepto los problemas que pueden surgir son los siguientes:

- 1.- El contrato de trabajo es un contrato de adhesión.
- 2.- Entre las cláusulas mínimas que establece la legislación laboral, no se encuentra la forma en que el trabajador debe ejercer sus funciones, comprendiendo el uso de los medios de trabajo que el empleador pone a su disposición.
- 3.- El Trabajador debe ejecutar el contrato de acuerdo a lo convenido.

En cuanto al primer problema, cabe señalar que normalmente se entiende que el contrato de trabajo es un **contrato de adhesión**, y es mas, es una característica del mismo.

El Contrato de adhesión, es aquel en que una de las partes impone a la otra los términos del contrato y la otra parte es libre para celebrarlo o no. Si no consiente no hay contrato, y si consiente surge el contrato y adhiere a los términos impuestos por la otra parte.

En palabras del profesor Jorge López Santa María⁵⁰: es posible dilucidar las siguientes características:

- La oferta se caracteriza por su generalidad, o sea, esta dirigida a una colectividad de posibles contratantes.
- Es Permanente, la oferta permanece en vigencia mientras el oferente no la modifique.
- Es minuciosa, detallada, en ellas se contienen todas las cláusulas del contrato

Los contratos de adhesión se celebran normalmente con empresas que ejercen un monopolio de hecho , es por ello que en u contrato de adhesión una de las partes se encuentran en una situación económica de desmedro, frente a la otra, es por ello que en estos contratos se justifica la intervención publica para evitar que quien ejerce este monopolio de hecho o derecho, imponga cláusulas abusivas en contra de la otra parte que se encuentra en esta situación desmejorada, por esto ha surgido el **dirigismo contractual** y el llamado **contrato dirigido**, lo que obedece a las ideas conforme a las cuales el interés social debe prevalecer por sobre el interés individual.

Por todo lo anteriormente expuesto concordamos con la idea de que el contrato de trabajo, es un contrato de adhesión.

Sin embargo a nuestro parecer el problema se presenta al momento de la contratación, en el sentido de que es opinión generalizada de que este tipo de contrato limita la posibilidad de negociación entre empleador y trabajador, ya que al momento del ofrecimiento de dicho documento, las cláusulas que se ofrecen ya se encuentran redactadas y solo queda al trabajador aceptarlo o no, limitando entonces el principio de autonomía de la voluntad, consagrado en el artículo 1545 del Código Civil, esto además se produce por el hecho de que ambas partes no se encuentran en una posición de igualdad para sostener negociaciones que decanten en un contrato.

Sin embargo y sobre este último punto no podemos sostener una posición radical, ya que la Jurisprudencia de nuestro Tribunal ha sostenido que “En virtud del principio de autonomía de la voluntad, que tiene cabida en sede laboral en tanto no se vulnera bajo su amparo derechos irrenunciables para las partes...”⁵¹, por tanto, en la relación laboral cabe el principio de autonomía de la voluntad, siempre que en estas negociaciones no se vulneren las normas mínimas que protegen los derechos básicos de los trabajadores.

Vistos estos antecedentes, a nuestro juicio es posible y necesario que en el período de contratación se puedan acordar cláusulas donde se regule la forma de utilización de los medios de trabajo que son puestos a disposición del trabajador, de manera que de antemano el trabajador sepa cuáles son las libertades en la utilización de los medios de la empresa, cualquiera sea su naturaleza.

Incluso es más, somos de la opinión que el empleador debe regular la utilización de los antedichos medios, de manera que exista un antecedente cierto y que rija desde el principio de la relación laboral, de manera que si se realiza algún acto contrario posterior a la celebración del contrato, empleador y trabajador puedan efectivamente ejercer sus derechos .

Sostenemos además que es el empleador quien debe regular este uso, dado que es el quien ofrece el contrato al trabajador y además por la obligación que impone el artículo 9 inciso 2° del Código del Trabajo, que señala: “El empleador que no haga constar por escrito el contrato dentro del plazo de quince días de incorporado el trabajador, o de cinco días, si se trata de contratos por obra, trabajo o servicio determinado o de duración inferior a treinta días, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de una a cinco unidades tributarias mensuales.”

En lo que dice relación con el segundo problema, esto es el silencio de la ley laboral al enumerar entre las cláusulas mínimas que debe contener el contrato de trabajo, no contempla la regulación del uso de los instrumentos de trabajo que son puestos a disposición del trabajador

⁵⁰ Apuntes de Clases Derecho Civil III ; Prof. Sra. María Dora Martinic ; año 2000.

⁵¹ Sentencia de Casación de la 4° Sala de la Corte Suprema; Causa Rol 3.239-02; Revista Fallos del Mes N° 511; Pag 1386

Sobre el respecto pensamos que se debe recurrir al numeral 7 del artículo 10 del código en estudio que deja abierta la posibilidad de que el contrato de trabajo contenga los “demás pactos que acordaren las partes”, dentro de estos otros pactos, se podría regular la utilización de los medios de trabajo propiedad del empleador, así lo ha entendido la Dirección del Trabajo en Dictamen N° 1753/40 de 05 de Mayo de 2003, en el cual es consultada sobre la procedencia de una cláusula que impone a los trabajadores la obligación de cuidar los elementos de trabajo y de responsabilizarse por su deterioro, sobre ello la Dirección del Trabajo ha entendido que “Nada impide que las partes de un contrato de trabajo pacten cláusulas donde se determine la forma y modalidades de uso de determinados implementos entregados por la empresa para el desarrollo de sus labores, pudiendo en las citadas cláusulas señalarse obligaciones de diversa naturaleza vinculadas a la relación laboral, por ejemplo, regular el uso de los implementos entregados por el empleador a efecto de garantizar su correcta utilización.

Desde esta perspectiva, la cláusula objeto de la consulta, en lo referido a la regulación del uso adecuado de los casilleros por parte de los trabajadores es perfectamente lícita, generando efectivamente la obligación de los trabajadores de no rayar ni deteriorar los mencionados implementos.”

En cuanto al tema que nos congrega, es decir, sobre la utilización del correo electrónico, sobre la base de lo expuesto anteriormente, y complementado con lo indicado por la Dirección del Trabajo en Dictamen 260/19 de 24 de Enero de 2002, la Dirección del Trabajo entiende que “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, cuidando siempre de preservar la plena vigencia de la garantía constitucional involucrada, la que no podrá en ningún caso ni en ninguna medida ser materia de acuerdo entre las partes ni tampoco de regulación por el reglamento interno de la empresa”

Por todo esto es que nos inclinamos en afirmar que sería absolutamente conveniente y necesario que el uso del material informático en la empresa, es decir, computador, acceso a Internet, en términos generales (acceso a paginas web, uso de correo electrónico), fuera regulado por el empleador en el contrato de trabajo, con el objeto de que exista certeza por

parte del trabajador, sobre qué uso debe dar a estos implementos puestos a su disposición para la prestación de sus servicios laborales.

En lo que dice relación con el tercer problema que hemos planteado, esto dice relación con que el trabajador debe ejecutar el contrato de trabajo de acuerdo a lo convenido.

El trabajador debe realizar su tarea bajo la dirección del empleador y la manifestación concreta de ello es la obligación del dependiente de cumplir las órdenes e instrucciones que emanen de este.

Lógicamente, para que el trabajador se encuentre obligado a cumplir las ordenes del empleador, estas deben ser legales, se debe tratar de conductas que no sean delictivas y deben respetar los derechos fundamentales del trabajador. (Estas exigencias serán tratadas mas adelante cuando nos refiramos a la regulación material).

La obediencia del trabajador, habrá de regularse por las normas legales, el reglamento interno de la empresa, las convenciones colectivas y el propio contrato de trabajo.⁵²

Por ello, si el empleador da regulación en el contrato de trabajo sobre la utilización de los instrumentos de trabajo, el trabajador tiene la obligación de obedecer dichas ordenes en forma estricta, lo que se deriva de todo lo antes dicho.

La trasgresión de este deber tiene un asidero legal en el Código del Trabajo en cuanto configura una causal de término de contrato consagrada en el artículo 160 N° 4 y N° 5. y tiene su fundamento legal, en el artículo 7 del mismo cuerpo legal.

Así mismo, el trabajador además de obedecer las ordenes del empleador, debe obedecerlas de buena fe, esta exigencia se encuentra prevista en el artículo 1546 del Código Civil en los siguientes términos: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

⁵² Materiales de clases; profesoras Sras. Ximena Gutiérrez R y Rosa Maria Mengod G.; “El contenido Ético – Jurídico del Contrato de Trabajo”, año 2000; Pág. 18 – 19.

Si tomamos el principio de buena fe en su sentido objetivo, podemos señalar que es aquel modelo de conducta a que deben ajustarse las partes del contrato, con el objeto de que no se causen daño en forma recíproca.

Así el empleador y trabajador deben cumplir estrictamente las reglas de actuación y abstención que les impone la buena fe objetiva.

En el caso del trabajador esta obligación se manifestará en lo siguiente:

- La prohibición de utilizar en provecho propio los recursos que el empleador le ha proporcionado para el desempeño de su función. La Corte Suprema ha resuelto que el hecho de que un trabajador haya sustraído, sin estar facultado para ello un equipo de bomba perteneciente a la empresa donde desarrollaba sus labores, para facilitarlo a un tercero ajeno a dicha empresa, manteniendo en secreto dicha situación, constituye un incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo y, por lo tanto, su despido resulta plenamente justificado. (CS, Casación, Rol 3.221, de 28 de Septiembre de 1999).
- La prohibición de falsear datos relativos a su trabajo, como licencias médicas, registros de asistencia, informes de producción.
- El mandato de guardar el secreto profesional y la abstención de revelar la información de la empresa o sus clientes a terceros.
- La prohibición de efectuar en su propio beneficio una actividad paralela a su función desarrollada en la empresa y relacionada con aquella.
- La prohibición de uso (en beneficio propio) de la información que haya conocido con ocasión del desempeño de sus funciones.⁵³
- Luego, si en el contrato individual de trabajo se encuentra regulado el uso de los instrumentos de trabajo, en específico, el acceso y utilización de la red Internet a través del computador propiedad del empleador, puestos a su disposición para el desarrollo de sus funciones laborales, es necesario que el trabajador respete y

⁵³ Luis Lizama Portal; "Derecho del Trabajo"; editorial Lexis Nexis; año 2003; Pág. 75 - 76

obedezca las ordenes impartidas por el empleador a través del contrato, ya que en caso contrario y en palabras de las profesoras Rosa Maria Mengod y Ximena Gutiérrez, “la trasgresión de este deber tiene un asidero legal en el Código del Trabajo en cuanto configura una causal de termino del contrato de trabajo consagrada en el articulo 160 N° 4 y N° 5. Tiene este deber un fundamento legal, en el articulo 7 del Código del Trabajo”.⁵⁴

En nuestra opinión además es posible utilizar la causal N° 7 que contempla el articulo 160 del Código del Trabajo, que dispone “El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga termino invocando una o mas de las siguientes causales:

N° 7: Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.”

En nuestra opinión , la aplicación de este numeral, dado que si el contrato regula el uso de los instrumentos de trabajo, para fines estrictamente laborales, el uso de estos instrumentos para fines personales implicaría infringir dicho contrato, y este incumplimiento podría llegar a tener el carácter de grave si este uso no autorizado por el empleador además llega a provocar algún perjuicio al material mismo o a la persona del empleador, y mas grave aun , cuando el trabajador de antemano, sabia ya cuando leyó el contrato que se le estaba ofreciendo y lo aceptó, que tenia la prohibición de hacer uso personal de los instrumentos de trabajo.

A4.-Conclusiones.

De todo lo expuesto y estudiado, podemos señalar que es perfectamente posible regular a través del contrato de trabajo la utilización del uso de los instrumento de trabajo que el empleador pone a disposición del trabajador para el desarrollo de las actividades laborales que se le han encomendado en el mismo.

Sin embargo y dada las características del contrato de trabajo, al ser un contrato de adhesión el trabajador se encuentra en una situación desmedrada con respecto al trabajador, y muchas veces (en su mayoría), se encuentra impedido de negociar dicho contrato con el

⁵⁴ Materiales de clases; profesoras Sras. Ximena Gutiérrez R y Rosa Maria Mengod G.; “El contenido Ético – Jurídico del Contrato de Trabajo”, año 2000; Pág. 19

objeto de obtener en forma individual mejores condiciones de trabajo, sumando además el hecho de que cuando se ofrece un contrato de trabajo el trabajador se encuentra en un estado de necesidad y prácticamente se preocupa por saber cual va a ser su remuneración y horario de trabajo y muchas veces ignora cuales serán sus condiciones de empleo y condiciones anexas que puede incluir el empleador bajo la denominación que señala el artículo 10 N° 7 del Código del Trabajo como “demás pactos que acordaren las partes” en circunstancias de que efectivamente las partes no “acuerdan”, sino que son impuestas por el empleador, entonces nuestra opinión es que falta una regulación mas minuciosa en relación a este tema ya que como se indico, detalles de esta naturaleza pueden dejar al trabajador sin empleo y sin derecho a indemnización alguna.

Seria conveniente también someter en forma efectiva los contrato de trabajo a una regulación de legalidad mas estricta e informar al trabajador por un organismo competente cuales son sus derechos y obligaciones, de manera que el trabajador sepa de manera efectiva y seria cuales son las limitaciones que le impone el contrato de trabajo, de manera que no se vea expuesto a aceptar contratos que contengan cláusulas ilegales , o bien, a ser objeto de un despido que a juicio del trabajador, sea injustificado, por su desconocimiento, pero que efectivamente tenga su justificación legal en el Código del Trabajo.

B. El reglamento interno de la empresa.

Dado que un código no puede contener en detalle todas aquellas normas necesarias para el conveniente desarrollo y aplicación de las relaciones que se derivan de un contrato de trabajo, ni tampoco este, ya que las cláusulas esenciales o permitidas que puede contener también son de carácter general.

Es por ello que en toda legislación laboral se contiene la obligación de dictar un reglamento interno, o de taller; como se llama, para que en detalle especifique todas aquellas materias o circunstancias que las partes deben tener presentes en el desarrollo del contrato y en la actividad de la empresa o industria.

B1.-Concepto

El análisis del reglamento interno integra el estudio de las fuentes del Derecho del Trabajo ya que es el conjunto normativo, emanado del empresario, que regula el funcionamiento interno de la empresa en sus diversos aspectos

Es posible conceptualizarlo como “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”.

En conformidad al Código del Trabajo, dicho conjunto normativo se perfecciona y entra en vigencia por el solo hecho de la dictación por el empresario, sin perjuicio del derecho de los trabajadores para impugnar sus disposiciones ante las autoridades respectivas, las que resolverán en definitiva. Por tal motivo el reglamento interno no necesita del trámite previo de la visación u homologación.⁵⁵

B2.-Obligatoriedad del Reglamento Interno de la Empresa.

El contrato de trabajo tiene ciertos elementos que se desprenden artículo 7 del Código del Trabajo y dentro de estas se encuentra la obligación de obediencia del Trabajador hacia el empleador.

La facultad de mando del empleador, le compete por ley y es aceptada y consentida desde el momento en que se contrata, sin embargo esta facultad de mando tiene límites que están dados por los límites que establece la ley y por las cláusulas del contrato de trabajo, luego dentro de esta facultad de mando nos encontramos frente a la potestad reglamentaria en virtud de la cual el empleador puede dictar normas internas para el buen funcionamiento de la empresa.

De esta forma el artículo 153 del Código del Trabajo, dispone: “Las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes, contados todos los que le presten servicios en las distintas fabricas

⁵⁵ William Thayer A.- Patricio Novoa F.; “Manual de Derecho del Trabajo; V. 3; Pág. 150

o secciones, aunque estén situadas en localidades diferentes, estarán obligadas a confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad que contengan 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.

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”.

De esta disposición, y de la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo, “se desprende la obligación que tienen las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas y sus dependencias que, en conjunto, ocupen 10 o más trabajadores permanentes, de confeccionar un reglamento de orden, higiene y seguridad con disposiciones relativas a las obligaciones y a las prohibiciones que afectan a los trabajadores durante su desempeño laboral, permanencia y vida al interior de la respectiva empresa o establecimiento”.

Así, si la obligación de confeccionar el citado reglamento, se ha establecido para las empresas que cuenten con diez o más trabajadores, entonces, para aquellas que no alcancen este número, ya no será una obligación, sino que será voluntario para el empleador cumplir con este precepto.

B3.-Etapas en la confección del Reglamento Interno de la empresa.⁵⁶

De acuerdo al articulado del Código del Trabajo, que regula el Reglamento Interno de la Empresa, en sus artículos 153 a 157 del citado cuerpo legal, se desprende que la etapas en la confección del Reglamento son las siguientes:

⁵⁶ Apuntes de Clases de Derecho Laboral I; Prof. Sra. Rosa Maria Mengod G; año 2000.

a. Elaboración: El Reglamento Interno de la Empresa es elaborado en forma absoluta, exclusiva y excluyente por el empleador.

Las modificaciones que decida realizar al mismo, también corresponden en forma exclusiva al empleador, solo debe preocuparse de transgredir las disposiciones legales sobre la materia que esta regulando a través del Reglamento.

Finalmente, y solo si el empleador lo estima conveniente, puede presentarlo al sindicato, pero no existe una obligación legal para realizar esta presentación.

El fundamento de esta facultad exclusiva y excluyente del empleador, es por que el Reglamento Interno, es la **ley interna**, de la empresa propiedad del empleador, **Artículo 153 inciso 1º del Código del Trabajo, y Artículo 19 N° 21 y N° 24 de la Constitución Política de la República.**

b. Publicidad: Esta obligación de publicidad se establece en el **Artículo 156 del Código del Trabajo**: “Los reglamentos internos y sus modificaciones deberán ponerse en conocimiento de los trabajadores treinta días antes de la fecha en que comiencen a regir, y fijarse, a lo menos, en dos sitios visibles del lugar de las faenas con la misma anticipación. Deberá también entregarse copia a los sindicatos, al delegado de personal y a los Comités Paritarios existentes en la empresa.

Además, el empleador deberá entregar gratuitamente a los trabajadores un ejemplar impreso que contenga en un texto el reglamento interno de la empresa y el reglamento a que se refiere la Ley N° 16.744”.

De esta forma la obligación de publicidad, consiste:

-30 días antes de su entrada en vigencia debe ser publicado en dos lugares visibles, donde se desarrolle la faena.

- Debe entregar una copia a los sindicatos, delegado de personal y a los comités paritarios.

- Debe entregar gratuitamente a los trabajadores un ejemplar impreso que lo contenga.

c. Remisión de Copias: Obligación consagrada en el Artículo 153 inciso 2º, que establece: “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.”

La justificación del envío de una copia al Ministerio de Salud, viene dada porque el Artículo 153 inciso 1º del Código del Trabajo, señala que se trata de un reglamento interno de orden **higiene y seguridad**, por ello quienes fiscalizan estas últimas normas son los servicios de salud, dependientes del Ministerio de Salud.

d. Impugnación: Derecho consagrado en el Artículo 153 inciso 3º del Código del Trabajo, señala: “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.”

La impugnación pueden realizarla los trabajadores, el delegado de personal o cualquiera de las organizaciones sindicales, reclamando sobre la legalidad de las cláusulas del reglamento interno que estimen ilegales, mediante presentación efectuada ante la autoridad de salud o ante la Dirección del Trabajo.

La autoridad o Dirección podrán actuar de oficio, hecha la comunicación del reglamento interno en razón de ilegalidad.

La Ley no señala procedimiento ni plazos para presentar impugnaciones, por lo tanto en cualquier momento se puede efectuar la impugnación del reglamento.

e. Control de Legalidad: Este trámite se encuentra consagrado en el artículo 153 inciso 3º, ya transcrito.

Este control de legalidad, corresponde a la Dirección del Trabajo y a los Servicios de Salud dependientes del Ministerio de Salud.

B4.- Contenido del Reglamento Interno de la empresa.

En relación al contenido básico del reglamento interno de la empresa, las cláusulas mínimas que debe contener, se encuentran señaladas en el artículo 154 del Código del Trabajo.

1. Las horas en que empieza y termina el trabajo y las de cada turno, si aquel se efectúa por equipos.

2. Los descansos;

Lo normal es que se refiera al descanso durante la jornada de trabajo, al descanso semanal y al descanso anual.

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 pertinentes a las distintas 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 solo podrán consistir en amonestación verbal o escrita y multa de hasta el veinticinco por ciento de la remuneración diaria, y

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

Por expresa disposición del inciso 3º del artículo 193 del Código (introducido por la Ley N° 19.250), debe constar en el también la forma y condiciones en que se ejercerá el derecho relativo a la “Ley de la silla”.

B5.- Problemas que se pueden suscitar en la aplicación del Reglamento Interno de la Empresa en relación con los medios informáticos de la empresa

Al estudiar la materia relativa al reglamento interno de la empresa, surgen diversas interrogantes o problemas, que en nuestra investigación estamos llamados a tratar de dar una respuesta o solución.

1. En primer término, es necesario realizar una comparación con el contrato de trabajo, mientras el contrato de trabajo es un contrato consensuado, por su parte el reglamento interno de la empresa, en su elaboración es una facultad exclusiva del empleador.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 7 del Código del Trabajo, el contrato individual de trabajo es una “**Convención**”, a su vez la convención es el acuerdo de voluntades que tiene por objeto crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Dada su definición, en el contrato de trabajo, específicamente en su elaboración, participan dos voluntades, por una parte, el trabajador, quien conciente y se obliga a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del empleador, y este último concurre con su voluntad y se obliga a pagar al primero una remuneración por sus servicios.

De acuerdo al artículo citado, el contrato de trabajo, teóricamente debe ser un contrato en el cual, ambas partes deben participar en su elaboración con el objeto de que el trabajador pueda conseguir las mejores condiciones de trabajo y remuneración por sus prestaciones, superior, incluso, de los mínimos que establece la ley, pero en la práctica el contrato de trabajo tiene un carácter de “**adhesión**”, en el cual el empleador presenta un contrato, el cual puede ser aceptado o rechazado por el trabajador.

Como ya lo indicamos al estudiar la materia relativa al contrato de trabajo como instrumento regulador del uso de los medios informáticos propiedad del empleador, en especial el correo electrónico (tema que nos congrega), efectivamente pensamos que es útil, específicamente dentro de aquellas empresas donde no es obligatoria la confección del reglamento interno de la empresa, ya que por el número de los trabajadores, no se cumplen los presupuestos legales, para que sea obligatorio. Además, como ya lo estudiamos anteriormente, es posible regular el uso del correo electrónico vía contrato individual de trabajo, ya que el artículo 10 N° 7 del Código del Trabajo, que enumera las cláusulas del mismo, dispone que en él se podrán incluir “los demás pactos que acordaren las partes”, entre las cuales se puede regular el uso del correo electrónico de la empresa.

En lo que dice relación con el reglamento interno de la empresa, esta es la ley interna que va a regir dentro de ella, va a regular la vida y convivencia de los trabajadores dentro de la misma.

La confección de este reglamento, es una facultad del empleador exclusiva y excluyente, para elaborarlo no tiene obligación alguna de oír a los trabajadores, ni a los representantes sindicales.

Por todo esto, el reglamento interno, es obligatorio para los trabajadores, quienes deberán acatarlo si sus disposiciones no adolecen de ilegalidad, lo que será determinado por las autoridades correspondientes.

Limitación en la elaboración y contenido del reglamento interno, es la no trasgresión de la ley.

Así, el artículo 5 del código del trabajo establece que “El ejercicio de las facultades que la ley 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 estos.

Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.

Los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente.”

Así, obviamente, en la elaboración del reglamento interno de la empresa, el empleador deberá observar todas las normas constitucionales y legales que de alguna forma pudiera afectar los derechos individuales de las personas que laboran dentro de la empresa, y además podemos señalar que el respeto a los derechos fundamentales del trabajador es un derecho de este que tiene el carácter de irrenunciable, por lo tanto el trabajador, no puede aceptar ni en el contrato de trabajo, ni en el reglamento interno de la empresa, ninguna cláusula que afecte o signifique un detrimento o renuncia sus derechos fundamentales en el caso en estudio, no cabría ningún acuerdo entre las partes, o disposición del reglamento interno de la empresa que pudiera contener algún elemento que implicara la vulneración del derecho a la intimidad y a las comunicaciones privadas que recoge la Constitución Política de la Republica, en su artículo 19 N° 5, y por ello somos de la opinión de que si se estableciera una disposición que afectara este derecho en el contrato de trabajo, seria una motivación al trabajador para demandar un despido indirecto y en el caso del reglamento interno de la empresa, seria una causal para reclamar sobre la ilegalidad del mismo, en los términos que señala el artículo 153 inciso final del Código del Trabajo.

En concordancia con lo anterior, el artículo 154 bis, establece que “ El empleador deberá mantener reserva de toda información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral.”, de este artículo, desprendemos que, cualquier información a que tenga acceso el empleador, con ocasión de la relación laboral, relativa a la persona del trabajador además, en correspondencia a lo dispuesto por la Ley 19.628, sobre protección a la vida privada: “protección de datos de carácter personal”, que regula el tratamiento de los datos personales, importa destacarlo, ya que si el empleador, como ya lo indicamos, tiene conocimiento de datos relativos al trabajador, con ocasión de la relación laboral, debe guardar reserva sobre ello. Ahora, nos ponemos en el caso de que por la revisión del correo electrónico del trabajador, el empleador, se podría enterar de alguna preferencia del trabajador, o del estado de salud del mismo, o de cualquier otro aspecto de la vida privada del trabajador, debe respetar y guardar reserva de esa información, conforme lo dispone la ley laboral y demás cuerpos legales que corresponden. Es por esto que el tema es

tan delicado, e importa su estudio, que desarrollaremos mas adelante cuando estudiemos el contenido material de los instrumentos de regulación.

2. Otra arista relativa al tema que nos convoca, esto es al reglamento interno de la empresa, y que lo diferencia al mismo tiempo del contrato individual de trabajo, es que el primero cuenta con Control de Legalidad de sus disposiciones, según ya se indico, por lo dispuesto en el inciso final del artículo 153 del Código Laboral, examen de legalidad que es efectuado por las autoridades pertinentes, esto es la Dirección del Trabajo y los Servicios de Salud dependientes del Ministerio de Salud, esto, porque se trata de un reglamento interno de “Orden, Higiene y Seguridad”.

Esto se materializa a través de la obligación del empleador de enviar un ejemplar de este reglamento dentro de los cinco días siguientes a la entrada en vigencia del mismo, y además porque se otorga al delegado de personal, a cualquier trabajador o a las organizaciones sindicales de la empresa el derecho a impugnar, las disposiciones de este, que estimen ilegales a los organismos aludidos, o bien, estas autoridades, pueden de oficio, exigir del empleador las modificaciones del reglamento que aparezcan ilegales o que se incorporen aquellas disposiciones que resulten obligatorias según el artículo 153 del Código del Trabajo.

Importa hacer hincapié en el hecho, de que el reglamento interno debe cumplir con un control de legalidad de sus disposiciones, pero hay que tomar en cuenta que en el caso de las empresas en que es voluntario y no obligatorio para los empleadores elaborarlo, ya que no tiene la cantidad de trabajadores que establece el Código del Trabajo en su artículo 153 (diez o mas trabajadores), en estos casos rige solamente el contrato de trabajo, y respecto de este ultimo no existe control de legalidad alguno.

En relación al tema, creemos que la Inspección del Trabajo, podría conocer de algún contrato de trabajo, con anterioridad a su firma por el trabajador, en la hipótesis que contempla el artículo 9 del Código del Trabajo, por cuanto señala que cuando el trabajador se niega a firmar el contrato de trabajo, luego que el empleador ha cumplido con la obligación de escriturarlo, dentro del plazo legal, este ultimo debe enviar a la Inspección del Trabajo correspondiente este contrato, para que se cite al trabajador a firmarlo ante esta autoridad.

Pero en ninguna de las normas que regulan la formación y celebración del contrato de trabajo, se contempla algún trámite de revisión de legalidad.

3. Otro tema que nos interesa abordar, es el que nos plantea el artículo 154 N° 5 del Código del Trabajo.

El citado artículo, establece las cláusulas mínimas que debe contener el reglamento interno de la empresa, en su número 5 dispone “Las obligaciones y prohibiciones a que estén sujetos los trabajadores”.

Si este numeral se refiere a las obligaciones a que están sujetos los trabajadores, entonces es perfectamente posible en uso de esta norma, regular a través de este instrumento la utilización y control del correo electrónico de la empresa por parte de los trabajadores.

Así lo ha entendido la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, en dictamen Ord. N° 260/19 de 24 de Enero de 2002, el cual luego de pronunciarse sobre los derechos en juego, por ambas partes, empleadora y trabajadora, y de las normas aplicables al caso, da a entender que “ Conforme a estas disposiciones legales, será entonces el empleador quien 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 específica** de regular, limitar o restringir el empleo de los correos electrónicos por los dependientes, todo lo cual no obsta –como se ha dicho- que “que el delegado del personal, cualquier trabajador, o las organizaciones sindicales de la empresa respectiva” (artículo 153 inciso 3° del Código del Trabajo), pueda impugnar de ilegalidad estas normas ante este Servicio. Se reitera, esta regulación podrá recaer en el **uso del correo electrónico**, no en la garantía constitucional de inviolabilidad de la comunicación privada.

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, solo 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”.”

De lo expuesto por la Dirección del Trabajo, podemos concluir que es posible la regulación del correo electrónico vía reglamento interno de la empresa, pero la regulación solo puede recaer en el uso del correo electrónico, se puede limitar, restringir o regular el uso del mismo, pero no se puede pretender enterar del contenido mismo de la correspondencia del trabajador, puesto que se trataría de una vulneración al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones privadas.

Por otro lado y en cuanto a las medidas de control y las características que deben revestir, éstas deben guardar la debida idoneidad, concordancia y generalidad, de manera que no se transformen en providencias que vulneren las garantías fundamentales de los trabajadores. Sin embargo, este tema lo trataremos con mayor profundidad cuando estudiemos el contenido material de los medios de regulación.

4. Nos llama la atención es que en el caso del reglamento interno de la empresa, el incumplimiento del mismo, puede acarrear algún tipo de sanción, así lo dispone el N° 10 del artículo 154 del Código del Trabajo: “El reglamento interno deberá contener, a lo menos, las siguientes disposiciones:

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

Creemos que importa tomar en cuenta el tipo de sanción que podría acarrear el incumplimiento o infracción a alguna de las disposiciones del reglamento interno de orden, higiene y seguridad, en el sentido de determinar si las facultades disciplinarias del empleador se deben limitar a lo establecido en la antedicha norma o bien el incumplimiento le permitiría ejercer alguna medida extraordinaria, como sería una suspensión de las labores o bien un despido del trabajador.

En nuestra opinión, el empleador debería solamente aplicar las sanciones que indica el N° 10 del artículo 154 del Código del Trabajo, transcrito, esto es, amonestaciones verbales o escritas, o bien multas, que no pueden exceder del 25% de la remuneración diaria del

trabajador, ya que la norma es clara, deja entregado el procedimiento a que se someterá la aplicación de las sanciones al empleador, en su N° 11, pero señala claramente cuales son las sanciones que se pueden aplicar e incluso se pronuncia sobre cual será el destino de estos fondos, que serán los servicios de bienestar de la empresa , o a falta de ellos, los similares de los sindicatos de la empresa, y por ultimo, al Servicio Nacional de Capacitación y Empleo.

Sin embargo entramos en duda, cuando en el contrato individual de trabajo, las partes establecen que hacen parte integrante del mismo, el reglamento interno de la empresa, lo que podríamos encuadrar en el N° 10 del artículo 7 del Código de trabajo: “El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:

7.- demás pactos que acordaren las partes”.

Entonces, si las partes integran el reglamento interno de la empresa al contrato individual de trabajo, si el trabajador transgrede alguna de sus disposiciones, estaríamos frente a un incumplimiento del contrato de trabajo, y si este incumplimiento reviste los caracteres de gravedad a que alude al artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, se estaría frente a esta causal de despido del trabajador, por ello es que el tema en comento no es de menor importancia.

A pesar de ello, la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo al pronunciarse sobre este tema, ha reiterado, que el incumplimiento de las normas del reglamento interno de la empresa, solo faculta al empleador para imponer las sanciones a que se refiere el artículo 154 N° 10 del Código del Trabajo, de esta forma ha señalado: “Ahora bien, la doctrina uniforme y reiterada de este Servicio, en relación con las atribuciones de mando, dirección y administración de la empresa, que corresponde al empleador, dentro de las cuales estaría implícita la potestad disciplinaria y sancionadora, manifestada, entre otros, en Dictamen Ord. 2084/104, de 17.04.87, precisa que ellas se pueden traducir solamente en las medidas de sanción que contempla el Código del Trabajo, y que se hayan establecido en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la empresa, para el caso de infracción al mismo por parte del trabajador.”⁵⁷

⁵⁷ Dictamen de la Dirección del Trabajo, ORD. N° 3659/180 de fecha 02 de Octubre de 2001.

“Pues bien, de la disposición legal anteriormente transcrita se deriva que las sanciones que puede aplicar el empleador ante la infracción del trabajador al Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la empresa solo puede consistir en amonestación verbal o escrita, y en multas, con la limitante de estas en cuanto a monto y destino señalados, por lo que no se encontraría facultado para aplicar otras sanciones, como sería suspender unilateralmente de sus funciones al trabajador.”

Igual criterio sostiene la Dirección del Trabajo en Dictamen Ord. 3363/103 de fecha 28 de Agosto de 2003.

Sin embargo, del análisis de los Dictámenes de la Dirección del Trabajo, sostenemos que esta no se ha pronunciado sobre el caso en que las partes por mutuo acuerdo en el contrato individual de trabajo integren a este el reglamento interno de la empresa, por cuanto pensamos que sería interesante formular a la Dirección del Trabajo consulta en que se planteara el caso en cuestión.

A pesar de esto, adentraremos en el tema de las sanciones disciplinarias en el capítulo IV del presente trabajo, donde trataremos de realizar una evaluación al tema en cuestión y una eventual solución.

B6.- Conclusiones.

Del estudio de las normas que regulan el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad que rige en la empresa, podemos concluir que se trata de un medio idóneo para regular el uso del Correo Electrónico dentro de la empresa, así lo ha determinado la Dirección del Trabajo en distintos Dictámenes, llegando a una jurisprudencia uniforme respecto al tema, Dictámenes Ord. 2060/176 de 22 de Mayo de 2000, 195/8 de 17 de Enero de 2002, 260/19 de 24 de Enero de 2002, 4822/207 de 11 de Noviembre de 2003.

Así, en el reglamento interno en uso de sus facultades de administración de su empresa, puede dictarlo a fin de 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 empresa o establecimiento.

De esta forma, en el antedicho reglamento, el empleador, puede detallar con mayor profundidad las obligaciones y las prohibiciones a que se encuentran sujetos los trabajadores en el desempeño de sus funciones dentro de la empresa, lo que de alguna manera viene a complementar el contrato individual de trabajo, ya que en el primero se va a desarrollar de manera mas extensa y detallada la forma en que se debe dar uso a los instrumentos que pone a disposición de los trabajadores, en el caso específico del computador y conexión a Internet, con todos los usos que este puede tener, y que son de propiedad del empleador.

Por lo tanto, mediante el reglamento interno de la empresa se pueden establecer las condiciones de uso de los medios informáticos de la empresa, además de las restricciones, y forma de uso de los mismos, pero en ningún caso se pueden establecer medidas tendientes a vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores.

Por otra parte, nos queda claro que el incumplimiento por parte del trabajador, de lo dispuesto en el reglamento interno de la empresa, lleva aparejado ciertas sanciones, las que ha juicio de la Dirección del Trabajo se limitarían a ser solamente las que señala el artículo 154 N° 10, esto es, amonestaciones verbales o escritas y multas, pero creemos que existe un vacío, por cuanto se da en la práctica que en los contratos individuales se incluye el reglamento interno como parte integrante de este contrato, por esto entendemos de que si el reglamento interno pasa a integrar el contrato de trabajo, una infracción a el, no llevaría solamente alguna de las sanciones establecidas por la ley laboral para el incumplimiento del Reglamento Interno, sino que habría que estar a las sanciones impuestas para el incumplimiento del contrato de trabajo, lo que incluso podría acarrear un despido, si el incumplimiento de que se trata reviste caracteres de gravedad.

C.- CONTRATOS COLECTIVOS, CONVENIOS COLECTIVOS, FALLOS ARBITRALES.

El último instrumento de regulación que estudiaremos en el presente capítulo, son los contratos colectivos, convenios colectivos y fallos arbitrales.

La particularidad de estos instrumentos es que se llega a ellos, mediante un proceso que se conoce con el nombre de “**negociación colectiva**”, en el cual participa por una parte

el empleador o grupo de empleadores, con un grupo de trabajadores, que pueden estar representados por uno o mas sindicatos o bien por un grupo de trabajadores que se reúnen con el solo objeto de negociar mejores condiciones de trabajo, remuneraciones y otros beneficios adicionales.

Una de las bases de la negociación colectiva es la **“Libertad Sindical”**, la que en nuestro país esta consagrada en la Constitución Política de la Republica en el articulo 19 N° 19, el que dispone: “La Constitución asegura a todas las personas:

N° 19 El derecho de sindicarse en los casos y formas que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria.

Las organizaciones sindicales gozaran de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones, Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político-partidistas”.

Este derecho se presenta con las siguientes características:

- Asegura el derecho a sindicarse en los casos y formas que señale la Ley.
- Reconoce el principio de libre afiliación.
- Las organizaciones sindicales gozan de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la Ley.
- Se le encomienda al legislador contemplar los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones.
- Se declara que las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político-partidista.

Esta norma debe relacionarse con el artículo 19 N° 16 inciso 3° de la Constitución que prohíbe que la ley o disposición de autoridad pública pueda exigir la afiliación a

organización o entidad alguna como requisito para desarrollar determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en estos.

Estas normas o principios básicos que consagra nuestra Carta Fundamental relativa a la libertad sindical, los cuales son desarrollados y reglamentados en el Código del Trabajo.

En cuanto a la formación de sindicatos, una de las principales razones para que los trabajadores formen sindicatos es que un trabajador aislado suele estar en condiciones de inferioridad para negociar con el empleador es uno de tantos trabajadores y, a menos que sea un obrero indispensable por su dominio de una profesión muy solicitada, el empleador puede fácilmente prescindir de sus servicios sin perjuicio para el funcionamiento de su empresa. En cambio, el trabajador puede necesitar un empleo inmediato para vivir y mantener a su familia, y quizás se vea obligado a aceptar el salario y las condiciones que le ofrezca el empleador.

Se ha dicho que la fuerza del empleador para negociar equivale a emplear las fuerzas mancomunadas de todos los trabajadores.

Quizás sea una exageración, porque aun en el caso de que solo estén bien organizados el 25 o 30 por ciento de los trabajadores de una empresa o de una profesión indispensable, ello basta en muchos casos para efectuar eficazmente en las negociaciones.

Otro factor esencial en la negociación colectiva, es la oferta y la demanda de mano de obra. Si decae la actividad comercial y hay muchos trabajadores sin empleo, la fuerza de los sindicatos para actuar en las negociaciones disminuye. En cambio, durante los periodos de escasez de mano de obra aumenta, y se encuentra en mejores condiciones para lograr concesiones de los empleadores.

C1.- Concepto de Negociación Colectiva.

Podemos dar varios conceptos de Negociación Colectiva, legal y doctrinales.

En primer termino el articulo 303 del Código del Trabajo, define a la Negociación Colectiva como: “Negociación Colectiva es el procedimiento a través del cual uno o mas

empleadores se relacionan con una o mas organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones por un tiempo determinado, de acuerdo con las normas contenidas en los artículos siguientes.”

Basándose en la definición se puede extraer como importante que:

- No es necesario que los trabajadores estén organizados como sindicato para poder negociar.

- El acuerdo sobre condiciones comunes de trabajo es por un tiempo determinado.

- Este acuerdo se alcanza a través de un procedimiento, es decir, mediante el cumplimiento de etapas o instancias.

- La negociación colectiva debe sujetarse a las normas contenidas en el Libro IV del Código del Trabajo.

La Carta Fundamental, junto al consagrar el derecho a negociar colectivamente, establece limitaciones o excepciones a él en su artículo 19 N° 16 al señalar: “La constitución asegura a todas las personas:

N° 16: La libertad de Trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en estos. La ley determinará las profesiones que

requieren de grado o título universitario y las condiciones que deban cumplirse para ejercerlas.

La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica.

La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponda a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.

No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso;”

La Constitución Política de la Republica, entonces, faculta a la Ley para señalar los casos en que no se puede negociar. En este sentido el artículo 304 en su inciso 1° del Código del Trabajo , señala quienes pueden negociar, mientras en los incisos siguientes señal quienes no pueden negociar colectivamente, al igual que lo hace el artículo 305 del mismo cuerpo legal.

Artículo 304: “La negociación colectiva podrá tener lugar en las empresas del sector privado y e aquellas en las que el Estado tenga aportes, participación o representación.

No existirá negociación colectiva en las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Supremo Gobierno a través de este Ministerio y en aquellas en que leyes especiales la prohíban.

Tampoco podrá existir negociación colectiva en las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de sus dos últimos años calendarios, hayan sido

financiadas en mas de un 50% por el Estado, directamente, o a través de derechos o impuestos.

Lo dispuesto en el inciso anterior no tendrá lugar, sin embargo, respecto de los establecimientos educacionales particulares subvencionados en conformidad al Decreto Ley N° 3.476, de 1980, y sus modificaciones, ni a los establecimientos educacionales técnico-profesional administrados por Corporaciones Privadas conforme al Decreto Ley N° 3.166, de 1980.

El Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción determinara las empresas en las que el Estado tenga aporte, participación o representación mayoritarios en que se deberá negociar por establecimiento, entendiéndose que dichas unidades tendrán el carácter de empresas para todos los efectos de este Código.”

Articulo 305: “No podrán negociar colectivamente:

1. los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje y aquellos que se contraten exclusivamente para el desempeño en una determinada obra o faena transitoria o de temporada;

2. los gerentes, subgerentes, agentes y apoderados, siempre que en todos estos casos estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración;

3. las personas autorizadas para contratar o despedir trabajadores, y

4. los trabajadores que de acuerdo con la organización interna de la empresa, ejerzan dentro de ella un cargo superior de mando e inspección, siempre que estén dotados de atribuciones decisorias sobre políticas y procesos productivos o de comercialización.

De la circunstancia de no poder negociar colectivamente por encontrarse el trabajador en alguno de los casos señalados en los números 2, 3 y 4 deberá dejarse constancia escrita en el contrato de trabajo y, a falta de esta estipulación, se entenderá que el trabajador esta habilitado para negociar colectivamente.

Dentro del plazo de seis meses contados desde la suscripción del contrato, o de su modificación, cualquier trabajador de la empresa podrá reclamar a la Inspección del Trabajo

de la atribución a un trabajador de alguna de las calidades señaladas en este artículo, con el fin de que se declare cual es su exacta situación jurídica. De la resolución que dicho organismo dicte, podrá recurrirse ante el juez competente en el plazo de cinco días contados desde su notificación. El tribunal resolverá en única instancia, sin forma de juicio y previa audiencia de las partes.”

En cuanto a los conceptos doctrinales de negociación colectiva, tenemos el que señala el profesor Ricardo Juri Sabag⁵⁸, quien señala como definición de la misma: “Pueden definirse como negociaciones colectivas las que se efectúan entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con objeto de llegar a un acuerdo sobre las condiciones de trabajo y contratación”.

Asimismo, en su definición acota algunos puntos que su parecer revisten importancia, a señalar⁵⁹:

“El primero es el requisito de que las negociaciones se celebren “con objeto de llegar a un acuerdo”. Aunque no se llegue a un acuerdo, o incluso si su fracaso provoca una huelga o un lock- out, las discusiones celebradas podrían considerarse como negociaciones colectivas si ambas partes se han esforzado sinceramente por conseguirlo.

El Segundo punto es el de las partes que intervienen en las negociaciones. Pueden ser <<parte>> un solo empleador , como también pueden efectuarse las negociaciones con un grupo de empleadores, cada cual dirige su propia empresa, en este caso se puede decir que las negociaciones son colectivas por ambas partes, otras veces , las negociaciones se llevan a cabo con los representantes de una sola organización de empleadores o con los representantes de varias organizaciones patronales, cuyos diferentes miembros tienen intereses comunes que defender, a este caso corresponden las negociaciones con una federación o confederación de organizaciones de empleadores.

⁵⁸ Materiales de clases Prof. Sr. Ricardo Juri Sabag; “Negociación Colectiva”; año 2003; Pág. 3

⁵⁹ Materiales de clases Prof. Sr. Ricardo Juri Sabag; “Negociación Colectiva”; año 2003; Pág. 4

Por parte de los trabajadores, las negociaciones deben efectuarlas una entidad que tenga facultades para concluir contratos, que suele ser, por lo general una organización de trabajadores.

La organización obrera, para ser aceptada como parte en una negociación colectiva, tiene que representar a una o varias de las categorías de trabajadores cuyas condiciones de trabajo se discuten.

Finalmente, una asociación de trabajadores dominada por los empleadores no puede considerarse como representativa, ya que carece de toda libertad e independencia para tratar de obtener las mejores condiciones posibles para los trabajadores”.

Por otra parte el Dr. Humberto A. Podetti⁶⁰, en el marco de su estudio sobre la “Globalización Económica y Negociación Colectiva”, conceptúa a esta última, en los términos adoptados como aptos para definirla por la OIT como un “método efectivo para determinar salarios y condiciones de trabajo, reglamentar las relaciones entre las partes de la negociación y lograr una solución de problemas socio-económicos generados en los respectivos países” (Von Potobsky).

Finalmente podemos señalar que a nuestro parecer como punto en común de todas las definiciones y conceptos entregados, poseen como elemento en común el hecho de que mediante la negociación colectiva los trabajadores buscan mejores condiciones de trabajo y remuneración.

Que además estos se unen para enfrentarse al empleador en una posición de igualdad, lo que como ya vimos tratándose en el caso del contrato individual de trabajo no sucede en la práctica.

C2.-Tipos de negociación colectiva.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 19.759, nuestro Ordenamiento Jurídico reconocía dos tipos de negociaciones colectivas, Reglada y No Reglada.

Luego de la entrada en vigencia de la ya citada Ley, se reconocen tres tipos de negociación colectiva, Reglada, Semi reglada y No reglada

En palabras de la Dirección del Trabajo⁶¹, “El código del Trabajo en sus artículos 314 a 314 bis C), clasifica la negociación colectiva en reglada, no reglada y semi reglada.

La primera corresponde a aquella negociación que se efectúa con sujeción a todas y cada una de las normas de carácter procesal establecidas en el Libro IV del Código del Trabajo y que da lugar a los derechos, prerrogativas y obligaciones previstas en dicho cuerpo legal resolviéndose a través de un contrato colectivo o un fallo arbitral.

Por el contrario la segunda, es decir, la negociación no reglada, contenida en el artículo 314 del Código del Trabajo, consiste en aquella negociación directa que, en cualquier momento, se celebra entre uno o mas empleadores y una o mas organizaciones sindicales en representación de los trabajadores afiliados a la misma que no da lugar a los derechos, prerrogativas y obligaciones del procedimiento reglado, concluyendo con la suscripción de un convenio colectivo. Por ultimo la semi reglada, en cuyo procedimiento deben observarse las reglas procesales contenidas en los artículos 314 bis A y 314 bis B.

Tanto la negociación no reglada como la semi reglada dan origen a un convenio colectivo y en ambos casos, por expresa disposición del inciso 2º del artículo 314 bis C, una vez suscrito el instrumento respectivo produce los mismos efectos de un contrato colectivo”

En cuanto a la naturaleza y formalidades de estos instrumentos colectivos, la Dirección ha señalado: “Pues bien, teniendo en cuenta la excepción señalada en los párrafos precedentes, cabe señalar sobre la materia, interpretando diversas normas del Libro IV del Código del Trabajo, en su debido contexto y armonía, se confirma que los convenios y los contratos colectivos son actos jurídicos de la misma naturaleza y que, por ende, ambos deben cumplir iguales requisitos esenciales para su existencia y validez, entre ellos, ciertamente el necesario consentimiento para que nazcan y se perfeccionen como convenciones colectivas.

En efecto, el inciso 2º del artículo 314 bis C, del Código del Trabajo, dispone:

⁶⁰ Materiales de clases Prof. Sra. Ximena Gutiérrez Rosa; “Globalización Económica y Negociación Colectiva”, Dr. Humberto A. Podetti; año 2004; Pág. 75-76.

⁶¹ Dictamen de la Dirección del Trabajo ORD. N° 3678/127; de fecha 05 de Septiembre de 2003.

“los instrumentos colectivos que se suscriban se denominarán convenio colectivos y tendrán los mismos efectos que los contratos colectivos, sin perjuicio de las normas especiales a que se refiere el artículo 351”.

Por su parte el inciso 2° del artículo 349, del mismo cuerpo legal, en directa aplicación de esa norma dispone que son igualmente sancionables las infracciones a los contratos y convenios colectivos y fallos arbitrales.

Luego, necesario es concluir que, si ambos tipos de convenciones colectivas producen los mismos efectos y revisten la misma exigibilidad, es porque ellos dimanar de convenciones de igual naturaleza jurídica”.

C3.-Procedimiento de negociación colectiva.

Como ya se ha indicado con anterioridad, el procedimiento de negociación colectiva, es el procedimiento que la Constitución Política de la Republica en su artículo 19 N° 16, ordena a la ley elaborar y que se encuentra consagrado en el Libro IV “De la Negociación Colectiva”, específicamente en su Título II “De la presentación y tramitación del proyecto de contrato colectivo”, artículo 315 y siguientes, del Código del Trabajo.

Asimismo, Este mismo cuerpo legal, consagra la posibilidad de generar una negociación colectiva, no reglada, es decir, sin sujeción a las normas de procedimiento que establece el ya citado Libro IV, del Código en estudio.

Finalmente, se consagro, a partir de la Ley 19.759, el procedimiento de negociación colectiva semi reglada, la cual debe sujetarse a normas mínimas de procedimiento que se encuentran contenidas en los artículos 314 bis, 314 bis A y 314 bis B.

Creemos que es importante realizar estas consideraciones, ya que a partir del procedimiento de negociación colectiva se va a llegar a la firma de los instrumentos Colectivos de Trabajo, cuales son el contrato colectivo y el convenio colectivo.

Además existe la posibilidad de generar un Arbitraje Laboral, el que en algunos casos va a ser obligatorio, y en otros voluntario, artículo 355 , 384 y 385 del Código del Trabajo.

En el caso de las empresas que pueden llegar a la declaración de huelga o lock- out, el arbitraje que se realice en ellos, va a tener carácter voluntario.

En cambio en aquellas empresas en que la ley prohíbe la declaración de huelga o el lock-out o cierre temporal de la empresa, y en el caso previsto por el artículo 385 del Código del Trabajo, el arbitraje revestirá el carácter de obligatorio.

Importa así mismo hacer presente, que en el arbitraje laboral obligatorio, de acuerdo con lo previsto en el artículo 363 del Código del Trabajo, el Tribunal estará obligado a fallar, a favor de una de las dos proposiciones de las partes, debiendo aceptarla en su integridad. Al arbitro le esta prohibido fallar por una alternativa distinta o elaborar un fallo con proposiciones de una u otra parte.

Con todo, el arbitro, al optar en su fallo por una u otra proposición de las partes, deben considerar o tener presentes el nivel de remuneraciones vigente en plaza para actividades similares, el grado de especialización y experiencia de los trabajadores y su influencia en la productividad, los aumentos de productividad en los distintos grupos de trabajadores y el nivel de empleo en las actividades de la empresa objeto de arbitraje.

El fallo debe ser fundado y contener iguales especificaciones que las del contrato colectivo, además de la regulación de honorarios.

En el caso del arbitraje laboral, el fallo o laudo arbitral, tendrá el carácter y los efectos del contrato colectivo de trabajo y tendrá merito ejecutivo, ya que se le aplica lo previsto en el artículo 349 inciso 1º, por disposición del artículo 367. Por tanto, las ejecuciones de los fallos se rigen por lo ordenado en el artículo 461 del Código del Trabajo.⁶²

Del mismo modo, existe la posibilidad de escuchar a un mediador, así, la mediación como institución laboral dentro de la negociación colectiva, esta consagrada en los artículos

⁶² William Thayer A.- Patricio Novoa F.; “Manual de Derecho del Trabajo; V. 3; Pág. 229.

352 a 354, como una gestión que procede: a) en cualquier momento de la negociación, y b) solo por acuerdo de las partes (artículo 352)

El mediador puede ser cualquier persona que merezca la confianza de las partes por su idoneidad técnica y moral para aproximarlas a un acuerdo

Salvo que las partes acuerden otro plazo, el mediador tiene diez días para desarrollar su gestión (artículo 354 inciso 1°), además, salvo acuerdo contrario de las partes el mediador estará dotado por las facultades indicadas por el artículo 362 del Código del Trabajo.

Al término del plazo de su mandato, si no hubiere logrado acuerdo, el mediador convocara a las partes a una audiencia en la que estas deberán formalizar su última proposición de contrato colectivo. El mediador por su parte, presentara una formula de solución, a la que las partes deberán dar respuesta dentro del plazo de tres días. Si su proposición no fuese aceptada por ambas partes (por rechazo o falta de respuesta oportuna), pondrá termino a su gestión, con un informe en el que dejará constancia de su proposición y de las que eventualmente hubieren presentado las partes (artículo 354 inciso 2°).⁶³

Para finalizar, es necesario referirnos a la exigibilidad de los instrumentos colectivos, como ya lo señalamos, el laudo arbitral, tiene el merito ejecutivo, ya que se aplica lo previsto en el artículo 349 inciso 1° del Código del Trabajo por disposición del artículo 367 del mismo cuerpo legal.

De la misma forma, el contrato colectivo, en conformidad al artículo 349, el original del contrato colectivo y sus copias autenticas autorizadas por la Inspección del Trabajo tienen “merito ejecutivo” ante los tribunales de justicia. Interesa, al respecto lo dispuesto por el artículo 344 del Código del trabajo, que ordena enviar copia de todo contrato colectivo suscrito a la Inspección del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a la suscripción.

Para hacer cumplir el contrato colectivo, es posible seguir, ante el Juez de Letras del Trabajo, el procedimiento ejecutivo establecido en el artículo 461 del Código del Trabajo, que se remite a los Títulos I y II del Libro III del Código de Procedimiento Civil, con las

⁶³ William Thayer A.- Patricio Novoa F.; “Manual de Derecho del Trabajo; V. 3; Pág. 218-220.

modificaciones y simplificaciones que contempla el artículo 460 letras b), c) y d), del mismo cuerpo legal.

También se puede seguir el procedimiento del título II del Libro V del Código del Trabajo, en los casos que se persiga la aplicación administrativa de una multa por los inspectores o funcionarios respectivos, la que es reclamable ante el Juez del Trabajo y, una vez ejecutoriada, se persiga de oficio por dicho Tribunal.

C4.- Contrato Colectivo y Convenios Colectivos.

El Contrato Colectivo, es tratado, en el Título III del Libro IV del Código del Trabajo, que en su artículo 344 inciso 2º, lo define: “Contrato colectivo es el celebrado por uno o mas empleadores con una o mas organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para negociar colectivamente, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado”

Podemos señalar como características del contrato colectivo⁶⁴ las siguientes:

a) Es un acuerdo de voluntades que culmina un proceso formal de negociación colectiva;

b) En él una de las partes va a ser siempre una pluralidad de trabajadores que actúan a través de un sindicato o solamente unidos para el efecto de negociar;

c) Tiene una finalidad normativa o reguladora: establece derechos y obligaciones para ambas partes y puede extenderse, en las situaciones que fija expresamente la Ley, a quienes no contrataron por sí, sino por representante legítimo, o con posterioridad acceden a él;

d) Es un contrato a plazo fijo, una de cuyas menciones obligatorias, según el artículo 345 N° 3, es el periodo de vigencia, que no podrá ser inferior a dos años ni superior a cuatro, conforme lo dispone el artículo 347 inciso 1º del Código del Trabajo.

⁶⁴ William Thayer A.- Patricio Novoa F.; “Manual de Derecho del Trabajo; V. 4; Pág. 266-267.

Por su parte el Convenio Colectivo, se encuentra definido en el artículo 351 del Código del Trabajo que señala: “Convenio colectivo es el suscrito entre uno o mas empleadores con una o mas organizaciones sindicales o con trabajadores unidos para tal efecto, con uno y otros con el fin de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones por un tiempo determinado, sin sujeción a las normas de procedimiento de la negociación colectiva reglada ni a los derechos, prerrogativas y obligaciones propias de tal procedimiento”.

En lo referente al convenio colectivo, podemos decir, que se trata de un acuerdo de voluntades, al que se llega sin sujeción a las normas de procedimiento que se observan en la celebración del contrato colectivo.

En cuanto a su duración, también tiene el carácter de ser limitado, en el sentido que señala el inciso 3° del artículo 351 del Código del Trabajo, estos es, su duración es no inferior a dos ni superior a cuatro años.

De acuerdo a lo señalado por la Dirección del Trabajo en Dictamen Ord. 3678/127 de 05 de Septiembre de 2003, tanto el contrato colectivo como el convenio colectivo “son actos jurídicos de la misma naturaleza y que, por ende, ambos deben cumplir iguales requisitos esenciales para su existencia y validez”

Nos interesa hacer esta última observación dado que a continuación trataremos el tema de las cláusulas que debe contener el contrato colectivo, por lo que de igual forma nos referiremos al convenio colectivo y a los laudos arbitrales de carácter laboral.

C5.-Cláusulas del Contrato Colectivo.

Las cláusulas que menciona el artículo 345 del Código del Trabajo, tienen el carácter de obligatorio en el contrato colectivo, al disponer esta disposición “Todo contrato colectivo **deberá** contener a lo menos, las siguientes menciones:”

- 1.- La determinación precisa de las partes a quienes afecte;

2.- Las normas sobre remuneraciones, beneficios y condiciones de trabajo que se hayan acordado. En consecuencia, no podrán validamente contener estipulaciones que hagan referencias a la existencia de otros beneficios o condiciones incluidos en contratos anteriores, sin entrar a especificarlos, y

3.- El periodo de vigencia del contrato

Si lo acordaren las partes, contendrá además la designación de un árbitro encargado de interpretar las cláusulas y de resolver las controversias a que de origen el contrato.

C6. Posibilidad de regular el uso del correo electrónico mediante instrumentos colectivos.

Luego de analizar en términos generales el tratamiento de la negociación colectiva en nuestro Ordenamiento Jurídico, y los instrumentos que de ella emanan, es necesario centrarnos en el tema que nos concierne, estos determinar la posibilidad de regular el uso del correo electrónico y de los medios informáticos, propiedad del empleador.

Planteamos esta inquietud, cuando analizamos el Dictamen Ord. 260/19 de 24 de Enero de 2002, en que la Dirección del Trabajo, ante consulta efectuada, se pronuncia respecto del tema, e indica que el empleador puede regular el uso del correo electrónico, mediante los diversos instrumentos que pone a su disposición el Ordenamiento Jurídico laboral, al respecto indica que “nada impide que esta regulación opere por la vía de contrato individual o instrumento colectivo, cuidando siempre de preservar la plena vigencia de la garantía constitucional involucrada, la que no podrá en ningún caso ni en ninguna medida ser materia de acuerdo entre las partes ni tampoco de regulación por el reglamento interno de la empresa”.

De esta manera a la vista de todo lo expuesto en los títulos anteriores sobre negociación colectiva e instrumentos colectivos y de lo expuesto por la Dirección del Trabajo, es necesario optar por la afirmativa, en el sentido de señalar que el Contrato colectivo de trabajo es un medio a través del cual se puede regular el uso del correo electrónico por los trabajadores.

De las normas que regulan la negociación colectiva, se infiere que esta tiene por objeto conseguir las mejores condiciones de remuneración y condiciones de trabajo, dentro de las condiciones de trabajo, podemos situar al tema en cuestión, en el sentido de que a través del contrato colectivo las partes enfrentadas en posición de igualdad los trabajadores pueden obtener autorización por parte del empleador para realizar un uso moderado de los medios informáticos de la empresa o bien, por su parte el empleador puede derechamente prohibir o limitar el uso de estos medios.

Dentro de las cláusulas obligatorias que indica el artículo 345 del Código del Trabajo, según el N° 2 “deben contener las normas sobre remuneraciones, beneficios y condiciones de trabajo”.

Importa hacer hincapié en estos puntos dado que los instrumentos colectivos pueden hacerse valer ante los Tribunales de Justicia, en los términos que ya hemos señalado.

Por otra parte el artículo 348 en su inciso 1°, nos indica que: “Las estipulaciones de los contratos colectivos reemplazarán en lo pertinente a las contenidas en los contratos individuales de los trabajadores que sean parte de aquellos y a quienes se les apliquen sus normas de conformidad al artículo 346”

Por esto nos parece interesante, señalar que además de el cumplimiento ejecutivo de los instrumentos colectivos que contempla el artículo 349 del Código del Trabajo en relación a lo dispuesto en el artículo 460.

Por parte del empleador, se abre la posibilidad de dar término al contrato de trabajo, por incumplimiento del mismo, en el caso de que el trabajador no diera cumplimiento a las normas relativas al uso de los medios informáticos propiedad del trabajador, poniéndonos en el caso extremo, de que por el incumplimiento se produzca un daño a la empresa o a los materiales informáticos, que revistan carácter de gravedad que exige el artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, para que constituya causal de despido.

3.3.-Conclusiones Finales.

Del presente estudio y como ya lo señalamos todos los medios o instrumento analizados, esto es contrato individual de trabajo, reglamento interno de orden , higiene y seguridad e instrumentos colectivos de trabajo, son un medio adecuado para la regulación del uso de los medios informáticos propiedad del empleador, por parte de los trabajadores, en especial en lo que dice relación con el Correo Electrónico

Sin embargo, todos estos instrumentos deben al momento de considerar esta regulación, guardar el debido respeto a los derechos fundamentales del trabajador, en especial, aquel que dice relación con las comunicaciones privadas.

A pesar de que somos de la postura de que todos estos instrumentos sirvan para la regulación de estas herramientas de trabajo, creemos que el medio mas eficaz es el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, porque este es objeto de un examen de legalidad, realizado por la Dirección del Trabajo y por los Servicios de Salud, dependientes del Ministerio de Salud, examen que puede ser realizado a petición de parte por cualquier trabajador, por el Sindicato o por el delgado de Personal o bien pueden ejercerla de oficio.

Ante este examen de legalidad las autoridades pueden obligar al empleador a realizar las modificaciones pertinentes, y de esta manera, se puede lograr una regulación absolutamente ajustada a derecho y que vele por lo derechos fundamentales de los trabajadores

También, en el caso del Contrato Colectivo, de acuerdo al articulo 331 del Código del Trabajo, se da la posibilidad a los trabajadores para realizar las objeciones de legalidad que estimen pertinentes realizar, por incumplimiento de la normativa laboral, bien mediante esta reclamación la Inspección del Trabajo o Dirección del Trabajo, según corresponda, ordenará a la parte que corresponda su enmienda dentro de un plazo no inferior a cinco ni superior a ocho días contados desde la fecha de la notificación de la resolución que se pronuncia.

De esta manera, mediante el contrato colectivo, las autoridades pertinentes pueden velar por el cumplimiento de la normativa constitucional y laboral que se refiere a la protección de los derechos fundamentales.

Finalmente, el medio mas débil, a nuestro juicio, por el cual se puede regular la forma de uso de los medios informáticos en la empresa, es el contrato, ya que, mientras el Reglamento Interno de la Empresa y el Contrato Colectivo, pueden ser objeto de control de legalidad, el contrato individual de trabajo, carece de este control, y además en la practica el contrato individual es un contrato de adhesión y no un contrato donde las partes negocien las cláusulas con el objeto de obtener las mejores condiciones de trabajo, porque eso en la realidad no se presenta.

4. CAPITULO III

REGULACIÓN MATERIAL, SOBRE EL USO DE LA RED INTERNET DENTRO DE LA EMPRESA.

4.1.- Introducción.

Como ya lo analizamos en el capítulo anterior, la hipótesis objeto de nuestro estudio, esto es la posibilidad de regular el uso del correo electrónico de la empresa, restringiéndolo exclusivamente para efectos laborales y no particulares del trabajador.

Y por otra parte, nos encontramos con la situación de que habiendo utilizado el trabajador este material propiedad de la empresa, se debe determinar cual es el límite del empleador, en cuanto a la facultad de regular el uso de estos instrumentos, ya que pensamos que puede regularlo, pero se debe determinar en definitiva, cuales son los límites al control, ya que estos deben respetar ciertos límites, que se encuentran previstos en la Constitución y las Leyes.

Como señalamos en el capítulo II de este trabajo, existen límites a la regulación del uso de los instrumentos informáticos de la empresa, en especial el Correo Electrónico, en el antedicho capítulo, estudiamos cada uno de los instrumentos en su aspecto formal, por ello corresponde estudiar a continuación el contenido de estos instrumentos, es decir, en el sentido material

4.2.- La Constitución y las Leyes.

La relación laboral en primer término debe ser ajustada a la Constitución Política de la República, por cuanto es la Carta Fundamental del Estado la que establece la forma del mismo, el régimen de Gobierno, el sistema de garantías, derechos y libertades que se reconocen a todos y cada uno de los miembros de la comunidad y finalmente la organización y atribuciones de los poderes públicos que ejercerán las diversas funciones del Estado.

Nos interesa recalcar que la Constitución se preocupa de consagrar el régimen de garantías y derechos fundamentales de las personas, que para el caso en concreto se cristaliza

por una parte en la protección al trabajador en el derecho a la privacidad especialmente en sus comunicaciones, y por parte del empleador se consagra en el derecho a la propiedad privada (Art. 19 N° 24 CPR) y de la libertad de desarrollar cualquier actividad económica (Art. 19 N° 21 CPR).

Así mismo importa hacer presente que en virtud del principio de Supremacía Constitucional , la Constitución Política de la República se encuentra a la cabeza del ordenamiento jurídico chileno y por tanto todas las normas legales se encuentran subordinadas a ella, tanto en sentido formal, lo que significa que las otras fuentes formales se crean por los órganos y procedimientos establecidos por ella, como en sentido material, o sea , las otras fuentes formales no pueden contradecir el contenido o materia de la constitución .

De esta manera llegamos a las leyes que regulan esta materia en nuestro ordenamiento jurídico, en primer término la ley que regula la relación empleador –trabajador, es el Código del Trabajo, cuyo articulado aplicable, fue analizado en la parte introductoria de este trabajo.

Así mismo, a nivel legal nos encontramos con otros cuerpos legales como la Ley 19.799: “Sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma” y la Ley 19.628, sobre protección a la vida privada: “protección de datos de carácter personal”, que regulan las relaciones entre particulares, la primera relativa a las relaciones comerciales, pero que a nuestro juicio es aplicable en cuanto a los principios que consagra, y la segunda relativa a la protección de los datos personales , normas que integran nuestro ordenamiento jurídico y que a nuestro juicio son plenamente aplicables a la relación laboral, especialmente si lo relacionamos con el Art. 5° y 154 bis del Código del Trabajo, que consagran el derecho del trabajador a la privacidad y el respeto que debe guardar el empleador frente a este derecho.

Es por todo ello, que al momento de regular la relación laboral, es necesario que el empleador tenga en vista el marco regulatorio laboral, desde la Carta fundamental, hasta la última norma que sea aplicable.

4.3.- ¿cuál es el contenido de la reglamentación?

Luego de haber determinado que la regulación material de los instrumentos debe sujetarse a las normas constitucionales y legales que sean aplicables, es necesario referirse al contenido mismo de la regulación, esto es, indagar hasta donde puede regularse el uso de los instrumentos informáticos de trabajo, ¿se podrá regular el contenido de los Correos Electrónicos, o bien, la oportunidad, cantidad o frecuencia de los mismos?

En primer término, al tratar de dar una respuesta a esta primera pregunta, seguimos la opinión de la Dirección de Trabajo⁶⁵, por cuanto pensamos que se puede regular la frecuencia, cantidad, oportunidad, y el contenido de los mismos, en el sentido de exigir al Trabajador, que use el Correo Electrónico, para fines estrictamente laborales, así la Dirección de Trabajo señala: “la experiencia practica que emana de los hechos y la costumbre, indican que en el ámbito de las relaciones de trabajo, lo habitual y frecuente es que el empleador no pretenda enterarse del contenido de las llamadas telefónicas de sus dependientes, aun cuando la línea y el aparato pertenezcan al empleador. Igual cosa sucede con cierto mobiliario y lugares de la empresa que usa el dependiente, tales como casilleros, escritorios y cajones, entre otros, en que lo corriente será que estos reductos sean una proyección natural de la persona y actividad del dependiente, y por tanto, habitualmente tampoco serán controlados, ni invadidos por el empleador, aun cuando - se reitera- en estricto rigor sean de propiedad de este. Con similar predicamento deben abordarse las situaciones a que dé lugar el uso del correo electrónico.”

De esta manera, la Dirección del Trabajo, trata el uso del correo electrónico, de manera similar formas análogas, como es el caso de las llamadas telefónicas, situación en la cual el empleador no debe imponerse del contenido de las comunicaciones , aun cuando estos medios sean de propiedad del empleador, lo mismo ocurre con ciertos mobiliarios y lugares de la empresa, que se han considerado una proyección natural de la persona y actividad del trabajador, considerando por supuesto que dentro del lugar de trabajo, rigen plenamente los derechos fundamentales de las personas.

⁶⁵ Dictamen de la Dirección del Trabajo ORD. 260/19, de 24 de Enero del 2002.

Luego es necesario, señalar que las medidas de control que debe ejercer el empleador, deben revestir ciertos caracteres, para que de esta manera no se vean vulnerados los derechos fundamentales de los mismos ampliamente reconocidos por la Constitución Política y las Leyes, es así como el mismo artículo 154 del Código del Trabajo, a propósito del Reglamento Interno de la Empresa, dispone: “Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, solo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación debe ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador.” En este sentido se ha pronunciado la Dirección del Trabajo, en diversos dictámenes⁶⁶, que en definitiva dan cuenta de que se debe respetar la privacidad de los trabajadores, y que en el fondo si el empleador desea tomar medidas de seguridad para que sus dependientes no abusen de su confianza, estas medidas deben ser idóneas, concordantes y de aplicación general.

A nuestro parecer y sin desmerecer los demás requisitos que se requieren por la ley laboral, es importante recalcar el carácter de “**generalidad**” que deben revestir las medidas de regulación, ya que como ha señalado la Dirección del Trabajo⁶⁷, si las medidas de control, cumplen con este requisito, se evitara que estas tengan un carácter prepolicial, así se ha pronunciado: “Es necesario que tales medidas se integren en sistemas que sean compatibles con el respeto de la honra y dignidad de los trabajadores y en función de este objetivo se requiere que los sistemas de prevención sean técnicos y despersonalizados, y que por ende se apliquen mediante mecanismos automáticos o de sorteo, que eviten que su operación o funcionamiento se produzca frente a presunciones de actos o conductas ilícitas concretas.

Abundando en lo expuesto, cabe consignar que los sistemas de control o revisión solo pueden tener un carácter preventivo y no investigador o prepolicial, como sería, por ejemplo si se aplicara frente a determinadas personas o situaciones sospechosas, o ante casos que fueran de elección del empleador a su arbitrio.

En concordancia con lo expuesto, las medidas propuestas por la consultante, deben incorporar elementos que reflejen los criterios ya señalados, como podrían ser, a modo de

⁶⁶ Dictámenes 4440 de 06 de Septiembre de 1984; 252/15 de 13 de Enero de 1988; 7572/255 de 15 de Noviembre de 1991.

⁶⁷ Dictamen ORD. 2060/176 de 22 de Mayo de 2000.

ejemplo, algo semejante a que el sistema de control de portería seleccionara las personas a revisar, en los días en que se disponga la medida, mediante algún mecanismo electrónico o por alguna forma de sorteo.”

De esta manera si nos atenemos a lo señalado por la Dirección del Trabajo, al revestir el carácter de generalidad en comento, se resguardan las garantías constitucionales de Inviolabilidad de las Comunicaciones Privadas de los trabajadores, en estudio, y además, se evita que exista algún tipo de discriminación y persecución en contra de algún trabajador en específico, de quien se sospecha podría estar faltando a sus obligaciones laborales, impuestas, por el contrato individual, o por el reglamento interno o bien por el instrumento colectivo.

Por su parte los Tribunales⁶⁸ y doctrina españoles, han indicado que las medidas de control deben estar sujetas al **“principio de proporcionalidad”**, el que debe revestir una triple característica de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. “En ese sentido la empresa tiene un derecho a vigilar sus instrumentos de trabajo para que no se realice un uso abusivo y para fines personales del mismo, en consecuencia acceder a los contenidos de las direcciones de Internet a los que el trabajador ha utilizado es un medio idóneo, y dado el número de horas de trabajo empleadas en ella y el coste económico que le supone completar los requisitos de necesidad y proporcionalidad de la medida.”

De todo lo expuesto hasta este punto, podemos señalar:

- Como ya indicamos, el empleador, puede regular el uso del Correo electrónico de la empresa, por parte del trabajador, para que este solo sea utilizado para fines laborales, y prohibir su uso particular.

- Luego, esta regulación debe realizarse por alguno de los instrumentos que sirven para reglamentar la relación laboral entre las partes involucradas.

- Dichos instrumentos deben ajustarse a las normas que contempla el Ordenamiento Jurídico, desde la Constitución a la última norma, que sea aplicable al caso.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Galicia (Sala de lo Social), de 4 de Octubre de 2001, AS 2001/3366.

- Para que esta regulación no afecte a los Derechos Fundamentales del trabajador, debe cumplir con ciertas características que establece la Ley, cuales deben ser: idóneas, concordantes y generales.

- Finalmente, si el empleador permite que el trabajador utilice el correo electrónico para el uso personal, puede regular el aspecto formal del uso del correo electrónico como la frecuencia, cantidad, pero no debiera pretender enterarse del contenido de los mismos, ya que ello implicaría una vulneración a su derecho a la Inviolabilidad de las Comunicaciones Privadas.

4.4.- ¿podría existir el caso en que el empleador se enterara del contenido de los correos electrónicos del trabajador?.

Luego de analizar el caso anterior, corresponde plantearnos la interrogante, bajo la cual titulamos este apartado, que es determinar la posibilidad de que el empleador pueda enterarse del contenido de los mensajes de correo electrónico recibidos y enviados por el trabajador, usando los medios informáticos de propiedad del empleador.

Creemos que en primer lugar, habría que distinguir de qué tipo de correspondencia electrónica se trata, ya que este podría ser un correo de carácter institucional, caso en el cual se debe tener como presupuesto de que la empresa ha invertido en materiales de carácter informático y que por tanto, se ha hecho acreedor de un sitio web, donde cuenta con su pagina web donde promocionar sus productos y servicios, por lo que además cuentan con su propio dominio ; por otra parte debemos tener presente que el correo electrónico de que se trata puede ser de carácter personal del trabajador, que puede ser contratado en alguna de las paginas web, donde se ofrecen dichos servicios y que por tanto no son de carácter institucional o de la empresa sino que puramente del trabajador.

Luego, si pensamos en el hecho de que el trabajador revise su correspondencia electrónica de carácter personal, desde el ordenador de la empresa, utilizando la cuenta de Internet propiedad de la empresa, nos encontramos con otro problema, ya que en muchas empresas se prohíbe la navegación por determinados sitios web, en especial los que tienen un carácter de entretenimiento, ya sea porque implican visitar paginas de juegos, sexistas, etc, y donde probablemente el usuario haya contratado su cuenta de correo electrónico, por que si

estamos a la realidad, un sitio web que ofrece servicio de correo electrónico, no solo ofrece esto, sino que varios servicios más como los dichos y otros como noticias, horóscopo, entre otros, lo que implica de todas formas una pérdida de tiempo en el trabajo, tiempo que efectivamente es remunerado.

Frente a estos problemas intentaremos esbozar una posición sobre la interrogante principal.

Siguiendo el esquema antedicho, tendríamos que pronunciarnos en primer término sobre la facultad del empleador de conocer el contenido de los correos electrónicos, enviados y recibidos por el trabajador.

Debemos referirnos necesariamente a lo dictaminado por la Dirección del Trabajo⁶⁹, al señalar “de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica enviada y recibida por los trabajadores.”

Frente a lo antedicho, es necesario hacer hincapié en que la Dirección del Trabajo no hace distinción entre correo particular y correo institucional, ya que otorga el carácter de privado a cualquier tipo de comunicación, y hablamos de “comunicaciones” ya que recuerda la situación que se refiere a las llamadas telefónicas, “aún cuando la línea y el aparato pertenezcan al empleador”, por lo cual si la Dirección del Trabajo, que es el órgano administrativo encargado de interpretar la ley laboral, es absolutamente necesario tener presente cual es su posición al respecto.

En atención a las normas constitucionales y legales que regulan la materia es necesariamente a esta conclusión a la que debemos llegar, puesto que de los antecedentes expuestos en la parte introductoria de este trabajo desde la historia fidedigna de la Constitución Política de la República⁷⁰, se discutió acerca de que término correspondía dar protección, finalmente se llegó a la conclusión de que se debería dar protección no solo a la correspondencia, sino a cualquier tipo de comunicación, ya que los autores de este texto legal, se

⁶⁹ Dictamen de la Dirección del Trabajo, ORD. N° 260/19 de 24 de Enero de 2002

⁷⁰ véase Pág. 14-16 de este mismo Trabajo.

pusieron en la situación de que con los avances tecnológicos, en un futuro se podrían presentar nuevas formas de comunicación que en aquel momento eran insospechadas, dentro de lo cual podemos enmarcar las comunicaciones a través del correo electrónico, que como ya dijimos al referirnos a la naturaleza del correo electrónico⁷¹, este sería igual que una carta en soporte papel, por lo cual debiera tener la misma protección legal que reciben las correspondencias epistolares.

Ahora bien hay autores como el abogado Renato Jijena⁷², que no siguen esta posición, así al tener en conocimiento el Dictamen de la Dirección del Trabajo, no dejó de dar a conocer su opinión, de esta manera es partidario de la posición contraria, es decir, da la posibilidad de que el empleador, tiene el derecho de revisar la correspondencia electrónica recibida por sus dependientes a través de los medios informáticos de propiedad del empleador.

Si bien no somos partidarios de esta última posición, pensamos que existen ciertos casos en que cabría la posibilidad de que el empleador se entere de la correspondencia electrónica de sus trabajadores, y que son situaciones que la Dirección del Trabajo omitió al emitir el dictamen en que se refiere al tema en cuestión, como sería, el caso del consentimiento del trabajador, o bien en el caso de que el empleador necesite rescatar del ordenador de su trabajador cierta información vital para la empresa, en caso de que el trabajador este presente o en su ausencia, en un caso extremo como sería enfermedad del dependiente o cualquier circunstancia que lo haya hecho ausentarse de su puesto de trabajo.

Nos parece interesante detenernos en estas hipótesis, ya que si bien no fueron abordadas en el Dictamen en comento de la Dirección del Trabajo, son situaciones que comúnmente pueden presentarse.

Así en el primer caso, estamos frente al consentimiento del trabajador, el que podríamos considerar como una validante a la intromisión del empleador en las comunicaciones del trabajador, este es lo que dispone el artículo 4º inciso 1º de la ley 19.628, que regula el tratamiento de los datos de carácter personal⁷³, que indica que para la protección de la privacidad de la persona el tratamiento de los datos personales solo podrán efectuarse cuando la ley lo autorice o el titular consienta **expresamente** en ello. Así el consentimiento que requiere la citada

⁷¹ véase Pág. 19-20 de este mismo Trabajo.

⁷² Hamlet y correos electrónicos; Autor: Renato Jijena Leiva.; URL: <http://www.emol.cl>

⁷³ Artículo 4º “El tratamiento de los datos personales solo puede efectuarse cuando la ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello.”

ley debe ser expreso, esto es aquel que se da a conocer en términos formales y explícitos, por lo que en esta materia no cabría el consentimiento tácito.

El artículo en comento forma parte, de la ley que regula el tratamiento de datos de carácter personal, y da la posibilidad como ya lo dijimos de que el titular de estos datos consienta en su tratamiento, sin embargo no todos los datos de carácter personal pueden ser objeto de tratamiento, los llamados “datos sensibles”^{74 75}, que son aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada e intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

Ahora llevando esta materia al ámbito del correo electrónico, suponiendo que el empleador, se entere del contenido de los correos electrónicos del trabajador, al conocerlo puede hacer un perfil del trabajador y saber de circunstancias de la vida del mismo que son desconocidas por el empleador y que forman parte de la vida privada del dependiente y que no tienen relación con el ámbito laboral, lo que puede decantar en otras situaciones como serían ciertos tipos de retenciones contra el trabajador, por sus tendencias sexuales, políticas, religiosas, etc., lo que configura la llamada “teoría del mosaico”, de plena aplicación en materia de tratamiento de datos, la que podemos sintetizar de la siguiente forma⁷⁶: es posible confrontar el banco de datos de una gran multitienda, con el banco de datos de la administradora de tarjeta de crédito o aquel que la entidad administradora de cuenta bancaria, y con ellas saber el tipo de lencería que compra determinada persona, la clase de locales que frecuenta por las noches, el tipo de publicaciones que adquiere y, a partir de ello disponer no de una fotografía, pero sí de un perfil relativamente claro de su opción sexual, sin siquiera haberle preguntado cual es ella.

Por todo ello, no es tan sencillo el estudio de esta materia, por que si bien es cierto, en aplicación de los principios generales del derecho, normas generales y especiales como la ley citada, es posible concebir que el trabajador consienta en que el empleador conozca el contenido

⁷⁴ Artículo 10º: “No pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.”

⁷⁵ Artículo 2º, letra g), ley 19. 628, “sobre protección de la vida privada”, publicada en el D.O. 28 de Agosto de 1999.

⁷⁶ Revista Chilena de Derecho Informático; Alberto Cerda Silva; “Intimidad de los Trabajadores y Tratamiento de Datos Personales por los Empleadores; Pág. 44

de su correspondencia electrónica, pero con el consiguiente peligro de que el empleador pueda enterarse de cierta información sobre el trabajador.

Luego, y siguiendo esta línea, y suponiendo que el trabajador use el correo de la empresa para efectos estrictamente laborales, entendemos que si el trabajador conciente en que el empleador se entere del contenido de los correos electrónicos enviados y recibidos por el primero, su consentimiento validaría el conocimiento de su empleador. Por otro lado, si estuviera establecido en alguno de los instrumentos que regula la relación laboral, a los cuales nos referimos en extenso en el capítulo anterior, el hecho de que el correo electrónico puede ser utilizado solo para fines laborales, y además se establece en estos mismos que el empleador tiene la posibilidad de controlar su utilización, e incluso conocer su contenido, puesto que el correo se asignó solo para el uso laboral y que por tanto son del interés de la empresa, propiedad del empleador, creemos que de la misma forma, en caso de que mediara consentimiento del trabajador, el empleador podría enterarse del contenido de los mismo.

Este conocimiento a nuestro parecer, consentido por el trabajador, debiera realizarse bajo algunas condiciones, como serian, que los correos electrónicos que sean conocidos por el empleador, digan relación con el trabajo, además que esta medida no sea caprichosa, sino que sea necesaria, o sea, que esta mediada no sea antojadiza, y creemos que al igual como sucede con la revisión de ciertos efectos, como lo son el bolso o la cartera del trabajador, este debiera estar presente y él mostrar personalmente su correspondencia, en presencia de alguno de los representantes de los trabajadores.

De la misma manera nos encontramos frente a la situación de la ausencia del trabajador, ya sea, porque se encuentra fuera en uso de su feriado legal, o bien en utilización de alguna licencia medica, lo que le impide llegar a su puesto de trabajo.

En este caso, y poniéndonos en la hipótesis adicional, de que el trabajador, contenga en su correo electrónico o en la memoria de su computador guarde la correspondencia electrónica, información necesaria para el normal funcionamiento de la empresa, como seria por ejemplo en el caso de algún gerente o de un vendedor, o bien en general de cualquier funcionario de la empresa, cuando en esta todos trabajan con computadores, creemos que habría que determinar si es posible que el empleador, pueda revisar la correspondencia electrónica del trabajador.

En un primer término, como dijimos en el caso anterior, no se trataría de una medida caprichosa, sino que necesaria, porque como ya dijimos, sería en aras del normal funcionamiento de la empresa, cuando el trabajador tuviera en su ordenador información esencial para la misma.

En segundo lugar, creemos que habría que tratar de conseguir el consentimiento del trabajador, de alguna manera, como sería tratar de ubicarlo en su residencia, ya sea personalmente o mediante una llamada telefónica, de manera que el trabajador, de antemano estuviera informado e idealmente hubiere aceptado la revisión de la correspondencia electrónica por el empleador.

Luego, y una vez regularizada esta situación, esta revisión, debiera realizarse, frente a algún delegado de personal, o representante de los trabajadores quien pudiera dar fe de la revisión y cerciorarse que esta se limite únicamente a los correos que digan relación con el trabajo, y que no se trate de correos de carácter particular del trabajador, que puedan contener información privada del mismo.

Otra posibilidad que imaginamos posible, y en vista de que esta materia no se encuentra regulada, y dado el carácter protector que tiene el Derecho Laboral chileno, es que el empleador pudiera solicitar autorización a alguna autoridad encargada de supervisar la relación laboral, como sería por ejemplo, solicitar a la Inspección del Trabajo respectiva que enviara a algún funcionario que fiscalizara y se encontrara presente cuando el empleador revisara la correspondencia del trabajador en cuestión de manera que certificara la transparencia de la revisión efectuada en el computador y el correo electrónico del trabajador ausente.

Sin embargo, creemos que esta medida, debiera ser tomada en casos específicos como los señalados, esto es en casos de ausencia del trabajador, ausencia justificada, y que debiera ser acreditada por el empleador con los respectivos documentos, ya sea de licencia médica o algún comprobante que acredite que el trabajador se encuentra en periodo de vacaciones, ya que correríamos el riesgo de que la práctica de esta autorización se generalizara, y si estamos al principio de la primacía de la realidad, que es un principio que rige en materia laboral, si la medida se generalizara, colapsaría el sistema porque muchos empleadores tratarían de acogerse a la norma que otorgara dicha posibilidad.

Así, podemos concluir que nos movemos en un terreno delicado, y hemos tratado de esbozar en estas líneas algunas posibles soluciones a algunos problemas que se pueden presentar en la práctica, sin embargo pensamos que es absolutamente necesaria una ley que regule los casos concretos, por que si bien hemos tratado de buscar alguna forma de validar la intromisión del empleador en el correo electrónico del trabajador, en determinadas situaciones, no es menos cierto, que el trabajador y todas las personas poseen ciertos derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el derecho a la vida privada y a la privacidad de cualquier tipo de comunicación, derecho, que como ya dijimos se encuentra consagrado en la Constitución⁷⁷ y las leyes, además no podemos olvidar el carácter de irrenunciables que tienen ciertos derechos⁷⁸, lo que en concordancia con lo señalado por la Dirección del Trabajo que en el marco de los derechos fundamentales ha señalado⁷⁹: “Se ha materializado el reconocimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa, lo que se ha denominado por la doctrina como “ciudadanía en la empresa”; reconocimiento que esta llamado a constituirse en la idea matriz que ha de conformar y determinar, de forma ineludible, la interpretación del conjunto de las normas que regulan las relaciones al interior de la empresa.

Este posicionamiento de los derechos fundamentales como valores centrales del ordenamiento jurídico- laboral, hunde sus raíces en el reconocimiento de la dignidad que como persona posee todo trabajador.” entre estos derechos fundamentales podríamos situar la garantía en comento, por tanto, si solo nos situamos en la posición del trabajador y en estricto rigor legal, debiéramos señalar que bajo ningún pretexto el empleador podría revisar el contenido del correo electrónico del trabajador.

Luego de haber estudiado diversos casos que se pueden presentar, es necesario referirnos a lo que se entiende por control, ya que a medida que han avanzado los medios de comunicación electrónica, también han avanzado las técnicas de control del uso de estos medios de comunicación, por lo que debemos determinar que se entiende por control y luego examinar cuales son sus límites.

⁷⁷ Artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la Republica

⁷⁸ Artículo 5° inciso 1° y 2° del Código del Trabajo : “El ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como limite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada y la honra de estos.

Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.”

⁷⁹ Dictámenes de la Dirección del Trabajo ORD 2875/72, de 22 de Julio de 2003 y ORD. N° 2856/162 de 30 de Agosto de 2002, en referencia a lo establecido en el Artículo 5° del Código del Trabajo.

4.5.- Concepto de Control.

Para dar un concepto de control teniendo en cuenta el sentido común, nos lleva a pensar que el control implica una limitación a la libertad en sus diversos sentidos y a través de diversos medios, ya sean verbales o instrumentales especialmente tecnológicos, como serian por ejemplo cámaras de vigilancia, micrófonos, o programas computacionales.

Recurriendo a la doctrina española tenemos una primera aproximación al concepto de control en forma muy simplificada⁸⁰ serian “determinadas tareas de inspección, vigilancia, de verificación, intervención u otras de carácter similar de quien posee una especifica posición respecto de la realidad objeto de fiscalización” .

Así, después de dar un concepto de control, relativo a la experiencia practica, es necesario dar un concepto de control, de carácter mas bien jurídico, sin embargo y en palabras del autor⁸¹ en estudio, “no es fácil extraer una categorización de los aspectos esenciales en que consiste el control en el ordenamiento jurídico”

Pensamos sin embargo que es necesario distinguir diversos tipos de control, así en función de su objeto: los controles pueden ser: controles personales, reales o mixtos; si el control se refiere a un acto que se cumple en un concreto momento o en un periodo temporal nos encontramos frente a un control de operación , luego si el control se extiende a todo momento en el desarrollo de la actividad o por todo el tiempo que esta dure, se trata de un control de funcionamiento; atendiendo al momento en que se practica podemos distinguir entre control preventivo, simultáneo y sucesivo, finalmente en razón de la obligatoriedad puede hablarse de control necesario o facultativo.

En el marco de la relación laboral, la actividad de control consiste en una actividad de observación del comportamiento del trabajador destinada a obtener el material informativo que permita la evaluación del mismo.

⁸⁰ Martínez Fons Daniel; “El Poder de Control del empresario en la Relación Laboral”; Pág. 19.; Ed. Consejo Económico y Social; año 2002.

⁸¹ Martínez Fons Daniel; “El Poder de Control del empresario en la Relación Laboral”; Pag 19.; Ed. Consejo Económico y Social; año 2002.

Luego corresponde señalar que el control posee ciertos elementos, cualquiera sea el tipo, estos elementos son:

- Parámetros previamente previstos y conocidos, tanto por quien ejerce el control como por el sujeto que ejerce la actividad controlada; y
- El juicio de adecuación del objeto controlado a los parámetros sobre los que se realiza la verificación.

En todos los tipos de control la actividad preliminar consiste en la comprobación del hecho, luego se procede a la valoración positiva o negativa de conformidad, esta tarea viene seguida de las medidas que se van a adoptar en relación con el sujeto que es controlado, sanción que puede ser aplicada de inmediato, o bien puede dar pie para una actividad de control mas intensa en contra de aquella, produciéndose una acumulación de faltas la que puede llevar a una sanción mayor en el tiempo.

Finalmente la justificación del control en el ámbito privado, se viene a justificar en una relación contractual, donde la ley reconoce a alguna de las partes una facultad de control de la actividad empresarial. Mientras que en el Derecho Publico, la actividad de control se encuentra regulada y legitimada en una ley que lo autoriza.

4.6.- Limites al control.

A continuación nos referiremos al tema de los límites al control, porque como ya dijimos, el empleador, en el marco de la relación laboral, podría efectuar ciertos tipos de control, que encuentra su justificación en los instrumentos que regulan la relación laboral y en uso del poder de control.

Sin embargo, y a pesar de este poder de control se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico a lo largo de la legislación laboral, nos encontramos frente a los derechos fundamentales de los trabajadores, que viene a ser una limitante a dicho poder, y que independiente del lugar donde estén, se reconocen y son irrenunciables.

Así nos encontramos con un conflicto de intereses y derechos constitucionalmente protegidos, ya que el empleador, también goza de un derecho fundamental de propiedad y

libertad de ejercer cualquier actividad económica⁸², pero por otro lado nos encontramos con el derecho fundamental del secreto a las comunicaciones⁸³, entonces habrá que determinar si es posible o no la utilización de medios de control y cuales son los límites de la aplicación de los mismos.

Creemos que es necesario señalar que en el sentido que hemos estudiado, que es lo que se entiende por control, al entender la actividad de control integra necesariamente una comprobación u observancia del comportamiento del trabajador, esta actividad aparece inevitablemente relacionada con el medio de control.

La determinación del legítimo ejercicio del poder de control será el resultado de la determinación de la finalidad perseguida con el acto de investigación y el correlativo sacrificio de los derechos del trabajador en atención al medio empleado, así será necesario la realización de un juicio que se concluya que el medio usado resulta ser razonable y proporcionado en la relación derechos del trabajador y el fin perseguido con la actividad de control y por supuesto el medio utilizado para tales efectos.

Frente a la adopción del medio de control que se va a identificar con la elección de la técnica de investigación y representa la facultad del empresario de escoger entre distintos medios aptos, el mas adecuado para la obtención de la finalidad. De esta manera podemos señalar que los elementos lógicos del control son en esencia tres⁸⁴: el fin, la estructura y el objeto.

- Fin: se identifica con aquello que se pretende conocer con la aplicación del control. Distinto del fin es la finalidad, la que dice relación con la satisfacción de los distintos intereses perseguidos con el ejercicio del control y, por tanto, constituye el límite objetivo del poder de control enmarcado en el ejercicio legítimo del mismo.
- Estructura: será la relación entre los resultados obtenidos por la investigación con el fin del control.
- Objeto del control: será la realidad sobre la que se proyecta la indagación y de la que se obtiene la información.

⁸² Artículo 19° N° 24 y 21 de la CPR, respectivamente.

⁸³ Artículo 19° N° 5 de la CPR.

Estos elementos son determinantes tanto en la adopción y aplicación de un determinado medio de control como en la reconstrucción de controles en que la actividad de investigación y la información que permite la verificación no se presentan con carácter simultáneo.

Por otra parte y en aplicación de lo antes dicho, cuando nos encontramos frente a la opción de adoptar un medio de control esta elección no se presenta de una manera plenamente libre, ya que el medio seleccionado deberá ajustarse al fin perseguido con aquella y, consiguientemente, los resultados obtenidos con la determinada técnica de control deberán estar en consonancia con dicho fin, sin olvidar por supuesto el respeto a los derechos fundamentales, especialmente a la vida privada del trabajador, lo que hace suponer la más mínima intervención en estos derechos que pertenecen a las personas controladas, esta ha sido la posición de la Dirección del Trabajo al pronunciarse en dictamen⁸⁵, donde se consulta sobre la procedencia de implementación de cámaras de video vigilancia, señala: “la utilización de estos mecanismos de control visual, con el objetivo principal de vigilar el cumplimiento de la prestación de trabajo, importa a todas luces una limitación del derecho a la intimidad del trabajador no idónea a los fines perseguidos, al no cumplirse a sus efectos los requisitos propios de todo límite que se quiera imponer 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. Principio que se traduce en 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.

En virtud de este principio de proporcionalidad, se exige que la medida limitativa, en este caso control visual, 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, lo que en la situación en análisis evidentemente no ocurre, ya que existen variadas formas que el empleador puede utilizar para controlar la prestación de los servicios y optimizar el control de calidad de los productos y que son menos restrictivas de la libertad del trabajador.”

⁸⁴ Martínez Fons Daniel; “El poder de control del empresario en la Relación Laboral” Pág. 49-50. Ed. Consejo Económico y Social; año 2002.

⁸⁵ Dictamen de la Dirección del Trabajo; ORD. N° 2875/72 de 22 de Julio de 2003.

De esta forma, luego de estudiar los elementos necesarios del control, la Dirección del Trabajo, además de concordar con lo expuesto con anterioridad, nos entrega nuevos elementos de estudio en el tema, es así como pone de relieve la importancia de los derechos fundamentales del trabajador ante los medios de control que va a adoptar el empleador, además supone que en la adopción del método de control se va a hacer uso de un juicio de proporcionalidad.

Consecuente con lo anterior, es necesario examinar los derechos fundamentales de los trabajadores como límite en la adopción de los métodos de control, en una primera aproximación, y considerando los derechos fundamentales de las personas en forma genérica frente al ejercicio del poder del empresario se presenta en varias oportunidades como insuficiente o inadecuada, ya que no sirve el mero reconocimiento de la existencia de estos derechos, si no se cuenta con una manera eficaz de protegerlos.

Entonces, a partir de que el derecho en cuestión es la intimidad o vida privada del trabajador, donde se contienen las comunicaciones privadas, habría que entender que es lo que se protege y cual es su propio contenido. Primero podemos decir que lo que se protege es el Derecho a la Intimidad en forma amplia como ya lo señalamos, y en cuanto a su contenido, debemos indicar cual ha sido su desarrollo y cual es su actual configuración. De esta manera no hace mucho tiempo atrás y desde la creación de este derecho, se entendía en un sentido mas personal , referente solo a la persona, mirado en forma individual, concepto tradicional que había sido formulado en términos negativos o de exclusión, que se fundamentaba en la capacidad de control del individuo sobre la información que solamente a él le pertenece, lo que nos lleva a un concepto de intimidad autoposesivo, en que la esfera de tutela se define de forma autónoma y estrictamente individual. Luego el concepto de intimidad ha ido avanzando hasta llegar a lo que se conoce como el derecho a la autodeterminación informativa, así la actualización de este concepto permite poner al día el debate en el ejercicio del poder de control, esto es determinar qué acceso puede tener el empresario a lo que hacen sus empleados o, en fin determinar cual derecho puede ceder el trabajador a favor de este control que va a desarrollar el empleador.

Enfrentados al problema en cuestión, debemos usar en su resolución un segundo elemento que ya fue enunciado y que se trata del principio de proporcionalidad, en virtud del cual el medio que se adopte por el empresario, además de cumplir con otros requisitos de dicho principio que ya fueron señaladas con anterioridad al referirnos al principio en comento, deberá

tener en la adopción del medio de control un carácter de imprescindibilidad para asegurar en definitiva la libertad o dignidad de los interesados.

El antedicho carácter, se obtiene a partir de tres criterios básicos⁸⁶:

- **La relevancia del poder empresarial** satisfecho a través de la información que pretende conseguirse;
- **La relevancia de la información** que puede obtenerse a través de la adopción de sistemas de grabación u obtención de información, en relación a aquel interés empresarial;
- **La efectividad de otros medios para alcanzar resultados similares.**

De esta manera la capacidad de identificación del fin perseguido por el control y la adecuación de su estructura a dichas necesidades se convierte en el elemento determinante en la identificación del carácter de imprescindibilidad en comento, por lo tanto, es fundamental, observar si con el medio de control que se aplica se obtienen efectivamente los fines propuestos por el empresario, fines que lógicamente no deben perjudicar o vulnerar los derechos de las personas que van a ser observadas o investigadas a través de ellos, tomando en consideración que estos derechos pueden verse afectados, no solo en la actividad de investigación, sino que a posteriori cuando obtenidos los resultados , el empleador pueda entrar a tomar medidas en contra del trabajador, que muchas veces sin querer fue descubierto por el empleador en alguna practica ilegítima, y que sin esos medios de control no hubiera sido descubierto, teniendo en consideración lógicamente de que el medio de control adoptado, no fue para investigar a sus empleados, sino que con otros fines como sería por ejemplo la seguridad de la empresa y de los propios trabajadores en su lugar de trabajo, evitar la entrada de personas ajenas a la empresa sin la autorización correspondiente, controlar los procesos productivos, o derechamente en el caso de la comunicación electrónica, para determinar la frecuencia, oportunidad o cantidad de correspondencia electrónica recibida por el trabajador, sin que obviamente pretenda enterarse del contenido de dichos mensajes. Así lo ha entendido la Dirección del Trabajo⁸⁷, al señalar: “De conformidad a la doctrina vigente de este Servicio, solo resulta procedente la utilización de

⁸⁶ Martínez Fons, Daniel ; «El poder de control del empresario en la Relación Laboral»; Pag. 58; Ed. Consejo Económico y Social; año 2002.

⁸⁷ Dictamen de la Dirección del Trabajo: ORD. N° 2875/72 de 22 de Julio de 2003.

sistemas de control visual en la medida que tengan por finalidad velar por la seguridad de las personas o de las instalaciones o cuando el proceso productivo, desde un punto de vista técnico, así lo exija. Se trata pues, de supuestos en los cuales la instalación de mecanismos de control audiovisual, tiene como fundamento motivaciones diferentes al control laboral, siendo su razón de ser la prevención de situaciones de riesgo consideradas preponderantes en atención a los bienes jurídicos protegidos.”

Luego de indicar las finalidades que se aceptan como lícitas a los ojos de la Dirección del Trabajo y en armonía con lo dispuesto por la Constitución y las leyes, especialmente laborales, establece ciertos requisitos que deben cumplir los mecanismos de control a propósito de la respuesta⁸⁸ a consulta referente a la facultad del empleador para implementar medios obligatorios de control, que impliquen la revisión de las personas, de sus efectos privados o de sus casilleros, en el cual no niega la posibilidad de establecerlos, pero establece ciertos requisitos al respecto : “A fin de vincular tales medidas al ordenamiento jurídico laboral, este Servicio ha sostenido también que si las medidas de prevención del empleador imponen determinadas obligaciones y prohibiciones a las que deben sujetarse los trabajadores dentro de las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento, ellas deberán ser materia del Reglamento Interno, de acuerdo a lo establecido en los artículos 149 y siguientes del Código del Trabajo.

Luego, el empleador no se encuentra legalmente facultado, al margen del Reglamento Interno, para imponer por sí y ante sí, determinados sistemas obligatorios de control a sus dependientes, que signifiquen revisión de las personas, de sus efectos privados o casilleros. Sí tiene el derecho de adoptar medidas de prevención que no atenten contra la dignidad y honra de los trabajadores, debiendo en tal caso incorporar las obligaciones y prohibiciones en que dichas se traduzcan, en el respectivo Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, ya que así lo disponen los antes mencionados artículos 149 y siguientes del Código del Trabajo.

Tras todo lo señalado, en la especie, resultará lícito que el empleador incorpore las medidas de control y revisión por él planteadas en el Reglamento Interno de la empresa, en el contexto de las consideraciones que a continuación se formulan:

⁸⁸ Dictamen de la Dirección del Trabajo; ORD. N° 2060/176 de 22 de Mayo de 2000.

Es necesario que tales medidas se integren en sistemas que sean compatibles con el respeto a la honra y dignidad de los trabajadores y en función de este objetivo se requiere que los sistemas de prevención sean técnicos y despersonalizados, y que por ende se apliquen mediante mecanismos automáticos o de sorteo, que eviten que su operación o funcionamiento se produzca frente a presunciones de actos o conductas ilícitas concretas.

Abundando en lo expuesto, cabe consignar que los sistemas de control o revisión solo pueden tener un carácter preventivo y no investigador o prepolicial, como sería, por ejemplo si se aplicara frente a determinadas personas o situaciones sospechosas, o ante casos que fueran de elección del empleador a su arbitrio.”

De lo expuesto a propósito de lo anteriormente transcrito, podemos señalar los siguientes requisitos que a juicio de la Dirección del Trabajo contempla para el caso de la implementación de medios de control:

- En primer término deben tener como límite el respeto a las garantías constitucionales del trabajador, es decir no deben atentar contra la dignidad y honra de los trabajadores;
- Deben estar contenidas en el Reglamento Interno de la Empresa;
- Para garantizar el respeto de la honra y dignidad de los trabajadores y en función de este objetivo se requiere que estos sistemas de prevención sean técnicos y despersonalizados.
- Que sean aplicados mediante mecanismos automáticos o de sorteo, que eviten que su operación o funcionamiento se produzca frente a presunciones de actos o conductas ilícitas concretas.
- Finalmente es necesario que estas medidas de control o revisión solo pueden tener un carácter preventivo y no investigador o prepolicial.

En base a lo anteriormente expuesto, podemos decir que a juicio de la Dirección del Trabajo, si los medios de control que adopta el empleador, cumple con estas directrices, nos encontraríamos frente a un control lícito y que no vulneraría los derechos fundamentales en juego.

Sin embargo a estas exigencias se agrega otra y que dice relación con el tema que habíamos tratado en párrafos anteriores y que dice relación con la finalidad que busca la medida de control, y que dice relación con el principio de proporcionalidad, en virtud del cual, se 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, ya que existen variadas formas que el empleador puede utilizar para controlar la prestación de servicios y que sean menos restrictivas de la libertad del trabajador.

Luego de un análisis mas bien doctrinal y jurídico, es necesario tomar un último punto que creemos importante tener presente en este estudio y que ve al trabajador no tanto desde el punto de vista jurídico sino más bien como persona, ya que los medios de control pueden respetar sus derechos fundamentales y no afectarlo de manera que puede desarrollar sus funciones de una manera tranquila, sin embargo, se puede presentar el caso contrario y estos controles pueden incomodar a la persona del trabajador, así lo ha entendido la Dirección del Trabajo, al referirse a los medios de control en las empresas y su injerencia en los derechos fundamentales de ellos.

Así en Dictamen ORD. N° 2875/72 de fecha 22 de Julio de 2003, ha dictaminado: “De esta manera, estamos en presencia de una forma de control empresarial permanente y continuada, que provoca en el trabajador, inexorablemente, un estado de tensión o presión incompatible con la dignidad humana. El trabajador, al verse expuesto de forma ininterrumpida al ojo acusador de la cámara, será objeto de una forma intolerable de hostigamiento y acoso por parte de su empleador.

Este control sujeta a los trabajadores a una exasperante e irritante presión. Tales controles continuados importarían en el trabajador un verdadero temor reverencial frente a su empleador, haciendo inexistente toda esfera de libertad y dignidad.

El control permanente por las cámaras constituye un atentado desproporcionado a la intimidad del trabajador, ya que permite también evidenciar aspectos de la conducta del trabajador que no dicen relación con la actividad laborativa , es decir con la actividad desarrollada para el cumplimiento de la prestación de trabajo (strictu sensu), sino que obedecen a situaciones, que si bien se verifican en el puesto de trabajo o con ocasión de la prestación de los servicios, se expresan en las naturales pausas que toda actividad humana supone, denominadas

por la doctrina <<licencias comportamentales>>, y que como tales no tienen por que ser conocidas por el empleador.”

Creemos que este dictamen grafica claramente la idea a la que queremos llegar, en el sentido de que el control del empleador puede producir algún daño al trabajador y a su desempeño dentro de la empresa, al verse sometido a esta restricción de libertad, y quizás vulnerados sus derechos al sentirse vigilado durante toda su permanencia en la empresa, si este control se extiende durante todo el día o en cualquier momento, si el control se desarrolla en forma discontinua nos encontramos frente al control de operación, como ya lo estudiamos, en ese caso el trabajador también se encuentra en una posición de tensión ya que sabe que en cualquier momento puede ser controlado.

Como bien dice el Dictamen en comento, hay muchas situaciones o comportamientos propios del trabajador, que caben dentro de su esfera privada, y que ocurren durante el transcurso del horario laboral, como sería una conversación con sus pares, o bien en el caso del uso del computador e Internet, puede observar como el trabajador revisa la prensa electrónica, o ingresa a paginas web que no tienen relación con el trabajo, o revisa su correspondencia electrónica , o bien realiza tramites a través de Internet que si no hubiera la posibilidad de realizarlas por este medio, lo más probable es que solicitaría permiso al empleador para ausentarse durante la jornada laboral para realizarlos, o simplemente puede tomar pausas en su trabajo, lo que la Dirección del Trabajo denomina “licencias comportamentales”, las que no tienen por que ser conocidas por el empleador, ya que forman parte de la vida privada del trabajador.

A mayor abundamiento y en este mismo sentido, podemos citar otro dictamen⁸⁹ de la Dirección del Trabajo, que se refiere a tema similar, en el caso del control audiovisual en los medios de transporte, en cuanto al efecto que pueden producir sobre la persona de los conductores: “Provocaría en el trabajador inexorablemente un estado de tensión o presión incompatible con la dignidad humana. El trabajador, al verse expuesto de forma ininterrumpida al ojo acusador de la cámara, será objeto de una forma intolerable de hostigamiento y acoso por parte del empleador”.

⁸⁹ Dictamen de la Dirección del Trabajo; ORD. N° 4822/207 de 11 de Noviembre de 2003

Señala asimismo, que “debe considerarse ilícito el uso de cámaras al interior de la maquina cuando su implementación tiene claramente como propósito, como lo reconoce la misma empleadora en la especie, el control de la productividad laboral y la optimización del desempeño laboral, a través de una practica patronal que representa definitivamente para el trabajador una permanente presión, un inadecuado temor reverencial al empleador, la conculcación de la garantía constitucional del derecho a la intimidad del dependiente y, en definitiva, implica vigilar el cumplimiento de la prestación de los servicios con absoluta prescindencia y ausencia de libertad y dignidad del trabajador.”

4.7. Conclusiones finales.

En cuanto al tema de los medios de control de la actividad laboral, creemos que seria conveniente, dado el carácter legalista de nuestro ordenamiento jurídico, dictar alguna norma que regule de alguna manera la adopción de medios de control en la empresa, para que de esta forma se logre una efectiva protección de los trabajadores y de los derechos de los mismos.

No negamos que en ciertos casos es necesaria la adopción de mecanismos de control, pero como ya lo señalábamos al estudiar la materia, existen diversos tipos y formas de medios de control, entonces habrá que tratar de usar el que sea más efectivo y a la vez menos invasivo en la vida privada del trabajador, en esta tarea se tendrá que estar al principio de proporcionalidad, ya estudiado.

En fin, para lograr que un medio de control sea lícito a los ojos del ordenamiento jurídico laboral, será necesario que la medida de control, sea necesaria, que se haya decidido tomarla con una determinada finalidad, que en ningún caso debe ser la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores, en especial la dignidad, vida privada y honra de los mismos⁹⁰, y que una vez obtenidos esos resultados de la investigación, estos resultados coincidan con la finalidad planteada desde el principio y para la que fueron adoptados.

Finalmente creemos que es necesario tener cuidado con el medio de control por el que se opta, ya que estos pueden producir como efecto una aflicción, no solo jurídica sino también

⁹⁰ Artículo 5° del Código del Trabajo

psicológica o moral en los trabajadores, la que los puede llevar a una serie de consecuencias como las que señala la Dirección del Trabajo, al referirse al asunto en comento, en los dictámenes que estudiamos⁹¹ con anterioridad, entre las cuales podemos señalar, un constante estado de tensión, presión u hostigamiento, un inadecuado, y nosotros diríamos exagerado temor reverencial a la persona del empleador, sentir acoso por parte del empleador, la imposibilidad del trabajador de tomar pausas que son necesarias para cualquier persona normal, durante la jornada laboral, entre otras consecuencias.

⁹¹ Dictámenes de la Dirección del Trabajo; ORD. N° 2875/72 de 22 de Julio de 2003 y ORD. N° 4822/207 de 11 de Noviembre de 2003.

5. CAPÍTULO IV:

SANCIONES Y FISCALIZACIÓN.

5.1.- Sanciones.

En concordancia con lo planteado en los capítulos anteriores, y luego de haber determinado los alcances que puede tener el control del empleador sobre el uso del correo electrónico en forma extralaboral por el trabajador, y acordada la forma en cual puede implementarse este control empresarial, debemos ahora establecer las consecuencias que pueden conllevar las dos principales situaciones tratadas en este trabajo:

La primera, y que es la regla general en la actualidad, los efectos de las obligaciones de las partes acerca de la correcta utilización de los medios tecnológicos dispuestos para el trabajo y las sanciones frente al incumplimiento, frente a la falta de regulación, en los instrumentos que pueden regir la relación laboral.

La segunda, los efectos del incumplimiento de alguna de las partes en torno a las obligaciones establecidas en los instrumentos señalados en el capítulo anterior.

5.1.1.- Sanciones por la utilización del correo electrónico institucional en forma personal, en los casos en que no se encuentra regulada dicha situación.

Para comenzar, debemos analizar el hecho de que si “las partes”⁹² no regulan esta situación en ningún instrumento de los ya estudiados, estos son: contrato individual o colectivo de trabajo, convenio colectivo o reglamento interno de la empresa, se limita notoriamente el abanico de posibles sanciones a los excesos que puedan cometer tanto trabajadores como empleadores.

⁹² En capítulos anteriores hemos dado nuestra opinión acerca de que el trabajador normalmente no negocia su contrato de trabajo, sólo lo acepta, con todas sus cláusulas, por lo tanto no cabe hablar en este punto de cláusulas acordadas por las partes, pero redactaremos este capítulo acorde con la legislación laboral vigente que hace caso omiso a esta precisión.

Sin que exista esta regulación convencional pueden darse situaciones entre las partes que sean difíciles de encuadrar en alguna de las sanciones establecidas por la legislación laboral.

Las únicas sanciones que podemos tener entonces en cuenta para regular esta situación son las establecidas por la legislación laboral vigente, conclusión bastante obvia, ya que si las partes no han establecido las conductas correctas mediante la aplicación de la autonomía de la voluntad, con menor razón podemos presumir que se hayan determinado por las partes las sanciones correspondientes al incumplimiento de dichas conductas.

Así, al mismo tiempo que el artículo 154 el Código del Trabajo establece que las medidas de control que puede efectuar el empleador deben guardar ciertas características de impersonalidad y de aplicación general, ajustándose a la naturaleza de la relación laboral, es dable entonces, entender que las sanciones aplicables contengan estos mismos principios de generalidad y adecuación. Estas sanciones pueden ser de carácter pecuniario o directamente el despido si el trabajador es quien infringe, según su empleador, los límites implícitos del uso del correo electrónico o de Internet, basados en los artículos 10 N° 7, 160 N° 7 y 477 del Código del Trabajo, y desde multas al empleador hasta el despido indirecto en caso de que sea el empleador quien infringe las normas implícitas de convivencia y respeto a la privacidad del trabajador en el recinto de trabajo, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 477 y 171 del Código del Trabajo, todas normas referidas al caso en que sea el contrato individual de trabajo la forma por la cual se relacionen las partes.

“Art. 10: El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:

7. Demás pactos que acordaren las partes.”

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:

7. Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.”

“Art.477: Las infracciones a este Código y a sus leyes complementarias, que no tengan señaladas una sanción especial, serán sancionadas con multa de una a veinte unidades tributarias mensuales, **según la gravedad de la infracción.**

Asimismo, si el empleador tuviere contratados cincuenta o más trabajadores, las multas aplicables ascenderán de dos a cuarenta unidades tributarias mensuales.

Con todo, si el empleador tuviere contratados doscientos o más trabajadores, las multas aplicables ascenderán de tres a sesenta unidades tributarias mensuales”.

“Art.171: si quien incurriere en las causales de los números 1, 5 o 7 del artículo 160 fuere el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al juzgado respectivo, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la terminación, para que éste ordene el pago de las indemnizaciones establecidas en el inciso cuarto del artículo 162 y en los incisos primero o segundo del artículo 163, según corresponda, aumentada en un cincuenta por ciento en el caso de la causal del número 7; en el caso de las causales de los números 1 y 5, la indemnización podrá ser aumentada hasta en un ochenta por ciento.”

En estos casos, el mayor problema que se dará está en materia de prueba en el tribunal, si es que alguna de las partes entiende como ilegítima o ilícita la medida tomada por la contraparte, no porque sea complicado establecer los hechos que den lugar a la sanción, sino que la dificultad está en determinar por el tribunal si la sanción corresponde a derecho o se encuentra desmedida, de acuerdo a la importancia o gravedad que las partes intenten darle (o prueben) a la infracción cometida, sin que estén establecidas las conductas que constituyen “incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato”.

En este sentido, si el despido está basado en el artículo 160 N° 7, el trabajador podrá intentar impugnar el despido, al discutir judicialmente si es que su conducta correspondió o no con un incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, o más claramente, establecer que tipos de conductas pueden ser consideradas como “incumplimiento grave”.

En este sentido se ha inclinado también la jurisprudencia española, tanto acerca de la posibilidad de despedir a un trabajador por estas conductas como acerca de una situación coetánea o anterior con el despido, esto es, la información que debe entregarse al trabajador junto con el aviso.⁹³

Si el trabajador logra impugnar la causal de despido, entonces en este caso, ¿qué sanción debería de establecerse al empleador? : Si la respuesta es la sanción que hayan establecido las partes, ésta sería la opción más correcta, pero de poca aplicación en la práctica. Si nada se ha establecido en el contrato individual o colectivo de trabajo, convenio colectivo o reglamento interno de la empresa acerca de las sanciones que deban aplicarse al empleador que ha invocado una causal de despido que o no existe o no coincide con la que realmente debió aplicarse, la respuesta a esta interrogante está en el Código del Trabajo, al establecer en su artículo 168 la sanción en el caso que el trabajador logre impugnar las causales de despido invocadas por el empleador, la cual consiste en el pago de las indemnizaciones legales, sustitutiva del aviso previo y por años de servicio, aumentadas ambas en un ochenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación indebida de las causales del art. 160, entendiéndose, según el inciso cuarto del art.168 del Código del ramo, que la causal de despido en este caso sería la del inciso primero del art. 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, y que “habrá derecho a los incrementos legales que corresponda en conformidad a lo dispuesto en los incisos anteriores”.

Acerca de qué conductas conducirían al concepto de “incumplimiento grave”, tenemos claro que lo primero es referirse a lo establecido por las partes en el instrumento en el cual hayan regulado su relación laboral, y luego, si esta aclaración no existe, que será lo más común, razón

⁹³ AS 2001/2048, Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 2232/2001 **Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), de 27 de abril 2001**, Recurso de Suplicación núm. 563/2001, Jurisdicción : Social, Ponente: Ilma. Sra. D^a Mercedes Boronat Tormo: “En este sentido tal y como ha venido estableciendo el TS en reiteración del pronunciamiento realizado en fecha 26-7-1988 (RJ 1988/6238) (6720/1988), <<lo único que el art.55.1, ET exige es que el despido sea notificado por escrito y que se hagan constar los hechos que los motivan y la fecha en que tendrán efecto. Mas, por lo que a los hechos motivadores del despido se refiere, es constante la jurisprudencia en el sentido de que basta con que la descripción de esos hechos sea clara y suficiente para que el trabajador pueda preparar convenientemente su defensa, sin que sea precisa una pormenorización que en ocasiones ni siquiera resulta posible>>; y dicha doctrina, seguida y ampliada por las sentencias de fecha 22 de octubre de 1990 (RJ 1997/3584), 13 de diciembre del mismo año (RJ 1990/9780), y 28 de abril de 1997 (RJ 1997/3584), vienen a señalar que dichos requisitos de claridad y precisión no se cumplen cuando la aludida comunicación solo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente la defensa que pueda realizar el trabajador en juicio y atentan al principio de igualdad de partes al constituir en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador”.

por la cual se trata el tema en este orden, sólo entonces debemos entrar a definir que conductas pueden ser generalmente consideradas como concurrentes en este concepto.

Las hipótesis tratadas en los anteriores capítulos de este trabajo nos permiten distinguir entre las siguientes conductas posibles por el trabajador, de las cuales debemos concluir en que casos puede darse el incumplimiento grave de las obligaciones laborales:

1. Uso de Internet con fines laborales,

Lo que se encuentra lógicamente permitida por el empleador, en relación con la naturaleza de la relación laboral, situación en la cual no debieran existir mayores inconvenientes o discusiones acerca de sus límites, pero cuyo incumplimiento claramente se encuadra en la causal séptima del artículo 160 del Código del Trabajo, si entendemos como elemento de la esencia de su labor el uso de Internet.

2. Uso de Internet con fines privados, con autorización del empleador.

En este punto tampoco existirían mayores problemas, excepto en relación con conductas reñidas con la moral o las buenas costumbres referidas a los sitios visitados por el trabajador, casos en los cuales deberá determinarse por el Tribunal correspondiente si es que esta conducta infringe o no las obligaciones del contrato, contrapesando su conducta con su productividad en el trabajo y otros elementos a considerar, como la amplitud de la autorización del empleador y las consecuencias que estas conductas puedan llevar para la empresa, entendiendo que el uso de correo electrónico corporativo o de la empresa puede dañar la reputación de ésta si se lo establece por terceros como fuente frecuente de mensajes basura (“spam”) u obscenidades.

3. Uso de Internet sin autorización del empleador.

En este sentido tenemos que señalar que esta conducta constituye abiertamente una transgresión a la buena fe contractual, como ya fue analizado en capítulos anteriores, el problema está ahora en determinar si estas actividades pueden constituir la figura de incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de trabajo. Para esto, primero es posible

establecerlo si es que las partes lo han dispuesto, pero igualmente podría ser materia de prueba en juicio el hecho de que la conducta tenga este alcance.

4. Utilización de correo electrónico privado en horario de trabajo con autorización del empleador.

Aquí, según nuestra opinión, no cabría originalmente la posibilidad de que se formularan objeciones a la conducta del trabajador, por lo tanto no conformaría la causal mencionada anteriormente, excepto que en este correo se distribuya material referido a la actividad productiva y que tenga un carácter de secreto.

5. Utilización de correo electrónico privado en horario de trabajo sin autorización del empleador.

En este caso creemos que para estar en presencia de la causal de despido tendrían que primero las partes establecerla en este sentido, pero si este pacto no existe debe probarse en juicio. El problema que trae consigo esta situación es que para determinar que la conducta fue realizada en horas de trabajo, las diligencias de prueba pueden estar virtualmente violando las disposiciones de los artículos 154 y 5º del Código del Trabajo, y directamente referido a este último artículo, las correspondientes garantías constitucionales.

6. Utilización de correo electrónico de la empresa con fines privados en horario de trabajo con autorización del empleador.

Frente a esta realidad tampoco cabría a primera vista la sanción mencionada, aunque también cabe mencionarse los límites referidos a las buenas costumbres y la moral, ya mencionado anteriormente.

7. Utilización de correo electrónico de la empresa con fines privados en horario de trabajo sin autorización del empleador.

En este caso la conducta es de mayor gravedad que en los anteriores numerales, pero es una situación que a nuestro juicio también debe primero elevarse consensualmente a la calidad de infracción grave a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo para ser sancionada con despidos o multas.

Entendemos además que todas estas conductas también tienen la posibilidad de reclasificarse en cuanto a su gravedad dependiendo de que tengan o no como resultado perjuicios para el empleador.

Así como hemos visto qué conductas pueden sancionarse por constituir incumplimiento grave de las obligaciones laborales, deben tratarse las conductas del empleador que atenten contra las reglas que las mismas partes hayan establecido, o que afecten las garantías constitucionales específicas aplicables a estos casos.

Nuestra opinión es que quien debe hacer la interpretación de estas cláusulas y del encuadramiento de las conductas señaladas con las sanciones establecidas es originalmente la Dirección del Trabajo y luego el Tribunal laboral que conozca de los litigios entre las partes derivadas de este tema.

Tomando como base lo expresado por el Art. 476 Código del Trabajo: “*La fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponden a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes especiales que los rigen*”, podemos determinar que esta facultad se refiere a los siguientes aspectos:

- a) Fiscalizar el cumplimiento de la legislación laboral.
- b) Señalar su interpretación, esto es, indicar cuál es el sentido y alcance de la disposición laboral que en la especie debe imperar.

Acerca de la Interpretación de contratos, la Dirección del Trabajo ha sustentado la tesis de que se encuentra facultada para interpretar sus cláusulas y cursar las sanciones administrativas que de ello se deriven cuando se constata infracción a la norma laboral.⁹⁴

“La Dirección no tiene la facultad para calificar hechos, los que en caso de controversia deben ser apreciados en vía jurisdiccional por los Tribunales del Trabajo”⁹⁵, salvo que en aquellas situaciones en que el propio legislador le otorga competencia para conocerlos, v. gr., el art.12, que le confiere la facultad para pronunciarse sobre el ejercicio del *ius variandi* por el empleador; pero en todos estos casos el propio legislador otorga al afectado un derecho de reclamo contra la resolución de la Dirección ante la Judicatura del Trabajo⁹⁶, y serían los artículos 12, 13, 27, 31, 34, 38, 87, 146, 153, 157, 223, 237, 282, 331, 474, 477, 478, 481 y 482 del Código del Trabajo.

En nuestra opinión, si no existe regulación por las partes, cabe aplicar el numeral séptimo del artículo 160, ya que como el contrato reglamenta el uso de los instrumentos de trabajo, originalmente para fines estrictamente laborales, la utilización de estos elementos para fines personales implicaría infringir dicho contrato, y este incumplimiento podría llegar a tener el carácter de grave en las siguientes circunstancias: Si este uso no es autorizado por el empleador y que además llegue a provocar algún perjuicio al material mismo o a la persona del empleador, y más grave aun, cuando el trabajador de antemano, sabía ya cuando leyó el contrato que se le estaba ofreciendo y lo aceptó, que tenía la prohibición de hacer uso personal de los instrumentos de trabajo.

Por otra parte, si existe incumplimiento por parte del trabajador, pero no es de carácter grave, por estar definidos los incumplimientos graves en el propio contrato de trabajo, o por que en el proceso judicial que dio origen la reclamación del trabajador el Juez de Letras del Trabajo

⁹⁴ Ord.1712/145 de 7 de julio de 1992

⁹⁵ Vid. Jurisprudencia citada sobre esta materia en Rojas Espinoza, J. Manuel, *Código del Trabajo* (Boletín del Trabajo), Santiago, 1997, págs. 583 y ss.

⁹⁶ Así lo establecen los profesores Thayer y Novoa en su manual de Derecho Laboral, tomo III, derecho procesal laboral, editorial jurídica, colección manuales jurídicos, año 1996.

estableció que existe infracción pero no ameritaba el despido⁹⁷, las sanciones que en estos casos podemos aplicar son las establecidas en el art 477 incisos 1º, 2º y 3º del Código del Trabajo:

“Art.477: Las infracciones a este Código y a sus leyes complementarias, que no tengan señaladas una sanción especial, serán sancionadas con multa de una a veinte unidades tributarias mensuales, **según la gravedad de la infracción.**

Asimismo, si el empleador tuviere contratados cincuenta o más trabajadores, las multas aplicables ascenderán de dos a cuarenta unidades tributarias mensuales.

Con todo, si el empleador tuviere contratados doscientos o más trabajadores, las multas aplicables ascenderán de tres a sesenta unidades tributarias mensuales”.

Actualmente, el problema que existe es que la legislación atinente a este planteamiento es, únicamente, el Dictamen 260/19 de 24 de Enero de 2002 de la Dirección del Trabajo, el cual se refiere a esta materia de manera absolutamente tangencial y sólo señala como solución el hecho de que debe regularse por las partes el uso del correo electrónico, situación ya explicada con detenimiento en capítulos anteriores de este mismo trabajo.

5.1.2.- Sanciones frente al incumplimiento de las obligaciones establecidas por las partes, acerca del uso de los elementos de trabajo.

Para establecer las sanciones aplicables a las partes de la relación laboral debemos distinguir entre los instrumentos establecidos por la ley en que puede regularse el uso privado del correo electrónico, según lo estudiado en el capítulo anterior:

- a) Si es el **contrato individual de trabajo** el instrumento escogido, debemos distinguir entre los siguientes supuestos de hecho:

⁹⁷ Ejemplos de sentencias que declaran como despido injustificado por falta de gravedad de la conducta del trabajador en jurisprudencia comparada: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia num. 393/2001 Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), de 12 Junio 2001, en el Recurso de Suplicación núm. 1207/2001, de Jurisdicción Social, AS **2001/3653**, **Sentencia Juzgado de lo Social** núm. 211/2001 Vigo, Galicia (núm. 3), **de 29 de Abril 2001**. Procedimiento núm. 158/2001 Jurisdicción Social.

i) Si es el trabajador quien excede los límites establecidos de manera unilateral o bilateralmente, el empleador puede:

Primero, aplicar las sanciones establecidas por las partes, las cuales opinamos tampoco se alejan de las sanciones legales, por lo tanto sólo pueden consistir desde sanciones pecuniarias hasta el despido, la diferencia podría estar en cuanto a la cantidad de dinero que represente la multa a cobrar o el establecimiento explícito de qué conductas reincidentes elevan la gravedad de la falta hasta causal de despido, por tanto puede también existir una evaluación anticipada de perjuicios por las partes. El límite que deben tener estas sanciones está nuevamente marcado expresamente por el cumplimiento de las garantías constitucionales y normativas laborales vigentes.

Segundo, a falta de normativa privada, debemos aplicar supletoriamente las normas establecidas por el Código del Trabajo, esto es:

- Si la conducta del trabajador se considera grave, esto es, provoca perjuicios al empleador, éste puede aplicar el artículo 160 del Código Laboral, causal séptima, basado en el art. 10 n° 7 del mismo cuerpo legal, normas ya referidas y analizados sus alcances en puntos anteriores de este mismo capítulo:

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:

7. Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.”

“Art. 10: El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:

7. Demás pactos que acordaren las partes.

- Si el trabajador estima que las conductas cometidas no tienen el carácter de gravedad suficiente para proceder a su despido, puede demandar por despido injustificado, basándose para ello en los artículos 159 a 178, 439 y siguientes, y demás normas

pertinentes del Código del Trabajo, teniendo la posibilidad de obtener las siguientes sanciones contra su empleador: condenarlo a restituir al empleado su puesto de trabajo hasta el final del plazo original de su contrato, o, al pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo, más los aumentos legales del art. 168 del Código del Trabajo, los cuales se refieren a las indemnizaciones de los artículos 162 y 163 del mismo cuerpo legal.

Art. 168. “El trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161, y que considere que tal aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se ha invocado ninguna causal legal, podrá recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la separación, a fin de que éste así lo declare. En este caso el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la de los incisos primero o segundo del artículo 163 según correspondiere, aumentada esta última de acuerdo a las siguientes reglas:

- a) En un treinta por ciento si se hubiere dado término por aplicación improcedente del artículo 161;
- b) En un cincuenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación injustificada de las causales del artículo 159 o no se hubiere invocado ninguna causa legal para dicho término;
- c) En un ochenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación indebida de las causales del artículo 160.

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, la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, se incrementará en un cien por ciento...”

“Si el juez estableciere que la aplicación de una o más de las causales de terminación del contrato establecidas en los artículos 159 y 160 no ha sido acreditada, de conformidad a lo

dispuesto en este artículo, se entenderá que el término del contrato se ha producido por alguna de las causales señaladas en el artículo 161, en la fecha en que se invocó la causal, y habrá derecho a los incrementos legales que corresponda en conformidad a lo dispuesto en los incisos anteriores.

El plazo contemplado en el inciso anterior se suspenderá cuando, dentro de éste, el trabajador interponga un reclamo por cualquiera de las causales indicadas, ante la Inspección del Trabajo respectiva. Dicho plazo seguirá corriendo una vez concluido este trámite ante dicha Inspección. No obstante lo anterior, en ningún caso podrá recurrirse al tribunal transcurridos noventa días hábiles desde la separación del trabajador.”

“Art. 162. Si el contrato de trabajo termina de acuerdo con los números 4, 5 ó 6 del artículo 159, o si el empleador le pusiere término por aplicación de una o más de las causales señaladas en el artículo 160, deberá comunicarlo por escrito al trabajador, personalmente o por carta certificada enviada al domicilio señalado en el contrato, expresando la o las causales invocadas y los hechos en que se funda.

Esta comunicación se entregará o deberá enviarse, dentro de los tres días hábiles siguientes al de la separación del trabajador. Si se tratare de la causal señalada en el número 6 del artículo 159, el plazo será de seis días hábiles.

Deberá enviarse copia del aviso mencionado en el inciso anterior a la respectiva Inspección del Trabajo, dentro del mismo plazo. Las Inspecciones del Trabajo, tendrán un registro de las comunicaciones de terminación de contrato que se les envíen, el que se mantendrá actualizado con los avisos recibidos en los últimos treinta días hábiles.

Cuando el empleador invoque la causal señalada en el inciso primero del artículo 161, el aviso deberá darse al trabajador, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva, a lo menos con treinta días de anticipación. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pagare al trabajador una indemnización en dinero efectivo sustitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual devengada. La comunicación al trabajador

deberá, además, indicar, precisamente, el monto total a pagar de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente.

Para proceder al despido de un trabajador por alguna de las causales a que se refieren los incisos precedentes o el artículo anterior, el empleador le deberá informar por escrito el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. Si el empleador no hubiere efectuado el íntegro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo.

Con todo, el empleador podrá convalidar el despido mediante el pago de las imposiciones morosas del trabajador lo que comunicará a éste mediante carta certificada acompañada de la documentación emitida por las instituciones previsionales correspondientes, en que conste la recepción de dicho pago.

Sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador.

Los errores u omisiones en que se incurra con ocasión de estas comunicaciones que no tengan relación con la obligación de pago íntegro de las imposiciones previsionales, no invalidarán la terminación del contrato, sin perjuicio de las sanciones administrativas que establece el artículo 477 de este Código.

La Inspección del Trabajo, de oficio o a petición de parte, estará especialmente facultada para exigir al empleador la acreditación del pago de cotizaciones previsionales al momento del despido, en los casos a que se refieren los incisos precedentes. Asimismo, estará facultada para exigir el pago de las cotizaciones devengadas durante el lapso a que se refiere el inciso séptimo. Las infracciones a este inciso se sancionarán con multa de 2 a 20 UTM.”

“Art. 163. Si el contrato hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término en conformidad al artículo 161, deberá pagar al trabajador, al momento de la terminación, la

indemnización por años de servicio que las partes hayan convenido individual o colectivamente, siempre que ésta fuere de un monto superior a la establecida en el inciso siguiente.

A falta de esta estipulación, entendiéndose además por tal la que no cumpla con el requisito señalado en el inciso precedente, el empleador deberá pagar al trabajador una 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.

La indemnización a que se refiere este artículo será compatible con la sustitutiva del aviso previo que corresponda al trabajador, según lo establecido en el inciso segundo del artículo 161 y en el inciso cuarto del artículo 162 de este Código.

Lo dispuesto en los incisos anteriores no se aplicará en el caso de terminación del contrato de los trabajadores de casa particular, respecto de los cuales regirán las siguientes normas:

- a) Tendrán derecho, cualquiera que sea la causa que origine la terminación del contrato, a una indemnización a todo evento que se financiará con un aporte del empleador, equivalente al 4,11% de la remuneración mensual imponible, la que se regirá, en cuanto corresponda, por las disposiciones de los artículos 165 y 166 de este Código,
- b) La obligación de efectuar el aporte tendrá una duración de once años en relación con cada trabajador, plazo que se contará desde el 1 de enero de 1991, o desde la fecha de inicio de la relación laboral, si ésta fuere posterior. El monto de la indemnización quedará determinado por los aportes correspondientes al período respectivo, más la rentabilidad que se haya obtenido de ellos.”

- Si la conducta del trabajador no cumple con la descripción de “incumplimiento grave”⁹⁸ de las obligaciones del contrato de trabajo ya referidas, el empleador puede aplicar las sanciones pecuniarias establecidas en el artículo 477 del Código del Trabajo:

“Art.477: Las infracciones a este Código y a sus leyes complementarias, que no tengan señaladas una sanción especial, serán sancionadas con multa de una a veinte unidades tributarias mensuales, **según la gravedad de la infracción.**”

Asimismo, si el empleador tuviere contratados cincuenta o más trabajadores, las multas aplicables ascenderán de dos a cuarenta unidades tributarias mensuales.

Con todo, si el empleador tuviere contratados doscientos o más trabajadores, las multas aplicables ascenderán de tres a sesenta unidades tributarias mensuales”

Los incisos quinto y sexto de este mismo artículo cuenta con una novedosa sanción, la que podría ser utilizada en esta materia:

Art. 477 inciso quinto del Código del Trabajo: “No obstante lo anterior, si un empleador tuviere contratados a nueve o menos trabajadores, el Inspector del Trabajo respectivo podrá, si lo estima pertinente, autorizar, a solicitud del afectado, y sólo por una vez en el año, la sustitución de la multa impuesta por la asistencia obligatoria a programas de capacitación dictados por la Dirección del Trabajo, los que, en todo caso, no podrán tener una duración superior a dos semanas.”

Art. 477 inciso sexto del Código del Trabajo: “Autorizada la sustitución, si el empleador no cumpliera con su obligación de asistir a dichos programas dentro del plazo de dos meses, procederá la aplicación de la multa originalmente impuesta, aumentada en un ciento por ciento.”

⁹⁸ Podemos mencionar los ejemplos de jurisprudencia comparada (ver infra 90) en que se establece que la normativa correcta que establece sanciones para las conductas mencionadas no son aquellas que las consideran como faltas muy graves (las que si permiten despedir justificar a los trabajadores según su ET), sino que la utilización excesiva, o sin conocimiento, de Internet o correo electrónico, son consideradas sólo como faltas de carácter grave (que ameritan otro tipo de sanciones).

ii) Si es el empleador quien excede las normas establecidas en el contrato de trabajo, el trabajador puede:

Primero, al igual que en el caso en que sea el trabajador el infractor, aplicar las sanciones establecidas específicamente para este caso por las partes, las cuales pueden ir desde multas hasta el despido indirecto, con las mismas limitaciones constitucionales y referencias hechas acerca del trabajador infractor.

En segunda instancia, si se entiende que las conductas del empleador son de cierta gravedad, deben aplicarse supletoriamente las normas del Código del Trabajo, específicamente el art. 171 inciso 1°:

“Art.171: si quien incurriere en las causales de los números 1, 5 o 7 del artículo 160 fuere el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al juzgado respectivo, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la terminación, para que éste ordene el pago de las indemnizaciones establecidas en el inciso cuarto del artículo 162 y en los incisos primero o segundo del artículo 163, según corresponda, aumentada en un cincuenta por ciento en el caso de la causal del número 7; en el caso de las causales de los números 1 y 5, la indemnización podrá ser aumentada hasta en un ochenta por ciento.”

El empleador en este caso tendrá las oportunidades procesales correspondientes para defenderse si alega no ser infractor de ninguna normativa.

Si las infracciones que ocurrieren por culpa del empleador no fueran de carácter grave según la apreciación judicial, también serían aplicables las multas establecidas en el artículo 477 incisos 1°, 2° y 3° del Código del Trabajo, artículo al que ya hemos referencia en puntos anteriores de este mismo capítulo.

También en este caso podría operar la sustitución de la multa al empleador por asistencia obligatoria a cursos de capacitación, según lo indica el mismo artículo 477 del Código del Trabajo en su inciso sexto.

b) Si el medio elegido para regular la utilización de los instrumentos de trabajo es el **Reglamento Interno de Higiene y Seguridad de la Empresa:**

Basándonos en consideraciones de capítulos anteriores y dictámenes de la Dirección del Trabajo, podemos entender que este es el medio idóneo para regular el uso del Correo Electrónico dentro de la empresa⁹⁹, pero, en el cual sólo pueden establecerse las siguientes sanciones:

Se limitarían a las que señala el artículo 154 N° 10, esto es, amonestaciones verbales o escritas y multas, pero tenemos la claridad de que existe un vacío, por la práctica que en los contratos individuales se incluye el reglamento interno como parte integrante de este contrato, por lo que ante una infracción a él también debería estarse a las sanciones impuestas para el incumplimiento del contrato de trabajo, lo que incluso podría acarrear un despido, si el incumplimiento de que se trata reviste caracteres de gravedad ya tratados en los puntos anteriores de este mismo capítulo.

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

N° 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,”

Como la norma citada no distingue si esta sanción sólo podrá aplicarse al trabajador, podemos establecer que serían las mismas sanciones en el caso de que fuera el empleador quien incumpla las obligaciones impuestas por el Reglamento Interno, reiterando la misma crítica a la legislación actual.

j) Si el elemento elegido es el **contrato o convenio colectivo**, las reglas aplicables en materia de sanciones son:

⁹⁹ Ver conclusiones del capítulo III de este mismo trabajo.

Primero, las que establezcan las partes en las cláusulas del contrato o convenio colectivo.

Segundo, basados en el artículo 345 n° 2 del código laboral, podemos aplicar también el artículo 160 n°7 del Código del Trabajo, ya que se establece que en el contrato colectivo se pueden establecer las ventajas y circunstancias del trabajo.

“**Art. 345:** Todo contrato colectivo deberá contener, a lo menos, las siguientes menciones:

N° 2: las normas sobre remuneraciones **beneficios y condiciones de trabajo** que se hayan acordado.”

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:

7. Incumplimiento grave de las **obligaciones** que impone el contrato.”

En este caso interpretamos el término “*condiciones de trabajo*” mencionado en el artículo 345 n°2 del Código laboral como un concepto amplio que contempla claramente las obligaciones que establezcan las partes, por lo cual se haría aplicable el artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo.

Pero es este mismo artículo 345 del Código del ramo el que regula una posibilidad distinta de solución de problemas en relación con el contrato individual de trabajo. Es en su inciso final en donde el referido artículo establece una nueva posibilidad, el arbitraje:

Art.345 inc. Final: “Si lo acordaren las partes, contendrá además la designación de un árbitro encargado de interpretar las cláusulas y de resolver las controversias a que de origen el contrato.”

El arbitraje en estos casos debe seguir las reglas establecidas por el Código del Trabajo en su Libro IV, Título V, teniendo también como reglas supletorias las establecidas por el Código de Procedimiento Civil en su Libro IV, párrafo VIII.

Por último, y siendo cualquiera el instrumento legal determinado por las partes para regular su relación laboral y las sanciones que pueden establecerse sobre la materia en estudio, debemos tener presente que las partes siempre podrán reclamar por las conductas que sean reñidas con los derechos fundamentales ante los tribunales de justicia competentes (Cortes de Apelaciones respectivas) con el **Recurso o Acción Constitucional de Protección**, regulada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile y por el auto acordado de la Corte Suprema de fecha 27 de junio de 1992 sobre tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, referente a los derechos fundamentales de protección a la vida privada, por una parte, y de protección al derecho de propiedad, regulados en el artículo 19, numerales 4°, 5° y 24° de la Constitución Política de la República.

Esto, ya que, como nos hemos referido en anteriores capítulos de este trabajo, toda estipulación referida al control de las actividades del trabajador en la empresa en relación con los medios tecnológicos entregados por el empleador debe estarse a lo dispuesto en la Constitución y las leyes laborales acerca de la protección de los derechos fundamentales del trabajador, así como también la protección del derecho de propiedad del empleador sobre los elementos entregados al trabajador para la prestación de sus servicios.

A través de esta acción Constitucional puede el afectado en sus derechos fundamentales intentar desembarazarse de la presión ilegítima o ilegal de que sea víctima.

La posibilidad de aplicación de este recurso se basa en los artículos 5° inciso primero del Código del Trabajo y 19 N°s 4 inciso primero, 5 y 24 inciso primero; y 20 de la Constitución Política de República.

Art. 5° Código del Trabajo inciso primero: “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como limite el respeto a las garantías constitucionales de los

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

“Art. 19 Constitución Política de República: La constitución asegura a todas las personas:

Nº 4 inciso primero: El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia.

Nº5: 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;

Nº 24 inciso primero: El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.”

“Artículo 20 Constitución Política de la República: El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º y 25º, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también el recurso de protección en el caso del Nº 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

Esta acción constitucional se encuentra procesalmente regulada por el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de Protección de Garantías Constitucionales,

publicado en el Diario Oficial de 27 de junio de 1992, y que se encuentra en el Apéndice del Código de Procedimiento Civil.

5.2.- Fiscalización.

Teniendo presente lo expuesto en capítulos anteriores de este trabajo acerca de cual es el mejor medio para regular la utilización por parte del trabajador de los medios tecnológicos otorgados por el empleador, llegamos a las siguientes conclusiones:

Primero, todos los medios o instrumentos que hemos analizado en este trabajo, estos son: el contrato individual de trabajo, el reglamento interno de orden, higiene y seguridad y los instrumentos colectivos de trabajo, son medios aptos para la regulación del uso de los medios informáticos de propiedad del empleador, por parte de los trabajadores, en especial en lo que dice relación con la utilización del Correo Electrónico.

Sin embargo, el hecho de debe guardarse el debido respeto a los derechos fundamentales del trabajador, en especial, aquel que dice relación con las comunicaciones privadas, en todos estos instrumentos deben al momento de considerar la regulación del tema punto en estudio hace que algunos de dichos instrumentos no tengan la misma precisión que los demás.

Segundo, al revisar las normas que rigen al Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la empresa, llegamos a la conclusión de que se trata de un medio idóneo para normar la utilización del Correo Electrónico dentro de la empresa, ya que así lo ha determinado la Dirección del Trabajo en diversos Dictámenes, con lo conformaría jurisprudencia uniforme respecto al tema, son los Dictámenes Ord. 2060/176 de 22 de Mayo de 2000, 195/8 de 17 de Enero de 2002, 260/19 de 24 de Enero de 2002, 4822/207 de 11 de Noviembre de 2003.

Por esto, aunque de que nuestra opinión es que todos estos medios funcionan a la hora de la regulación de estas herramientas de trabajo, creemos que el instrumento más eficaz es el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, debido a que éste es objeto de un examen de legalidad, el cual es realizado por la Dirección del Trabajo y por los Servicios de Salud, dependientes del Ministerio de Salud. Dicho examen puede ser desarrollado a solicitud de cualquier trabajador, del Sindicato o del delegado de Personal, o bien pueden ejercerla de oficio las instituciones fiscalizadoras antes mencionadas, según lo establecen los incisos tercero y cuarto del artículo 153 del Código del Trabajo.

Art. 153 incisos 3º y 4º: “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.”

Como consecuencia de este examen de legalidad, las autoridades fiscalizadoras pueden obligar al empleador a realizar las modificaciones pertinentes, con lo cual se puede lograr una reglamentación absolutamente ajustada a derecho y que además vele por las garantías constitucionales de los trabajadores.

Tercero, en el caso de los Instrumentos Colectivos, en especial el Contrato Colectivo, de acuerdo al artículo 331 del Código del Trabajo, existe la oportunidad de que los trabajadores realicen las objeciones de legalidad que a su juicio estimen pertinentes, referidas a la normativa laboral. Mediante esta reclamación la Inspección del Trabajo o Dirección del Trabajo, según corresponda, ordenará a la parte que corresponda su enmienda dentro de un plazo no inferior a cinco ni superior a ocho días contados desde la fecha de la notificación de la resolución que se pronuncia.

“**Art. 331:** Recibida la respuesta del empleador, la comisión negociadora podrá reclamar de las observaciones formuladas por éste, y de las que le merezca la respuesta, por no ajustarse éstas a las disposiciones del presente Código.

La reclamación deberá formularse ante la Inspección del Trabajo dentro del plazo de cinco días contados desde la fecha de recepción de la respuesta. La Inspección del Trabajo tendrá igual plazo para pronunciarse, contado desde la fecha de presentación de la reclamación.

No obstante, si la negociación involucra a más de mil trabajadores, la reclamación deberá ser resuelta por el Director del Trabajo.

La resolución que acoja las observaciones formuladas ordenará a la parte que corresponda su enmienda dentro de un plazo no inferior a cinco ni superior a ocho días contados desde la fecha de la notificación de la resolución respectiva, bajo apercibimiento de tenerse por no presentada la cláusula o el proyecto de contrato, o de no haber respondido oportunamente el proyecto, según el caso.

La interposición del reclamo no suspenderá el curso de la negociación colectiva.

No será materia de este procedimiento de objeción de legalidad la circunstancia de estimar alguna de las partes que la otra, en el proyecto de contrato colectivo o en la correspondiente respuesta, según el caso, ha infringido lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 306.”

Por lo tanto, a través del contrato colectivo, las entidades fiscalizadoras pertinentes pueden revisar el cumplimiento de los derechos fundamentales y la legislación laboral vigente.

Finalmente, a nuestro entender, el instrumento que otorga una protección más ineficaz o débil acerca de la regulación de la utilización de los medios informáticos en la empresa, es el contrato individual, ya que, mientras el Reglamento Interno de la Empresa y el Contrato Colectivo, pueden ser objeto de control de legalidad por las entidades fiscalizadoras, el contrato individual de trabajo, no tiene este control, y debido a que según lo hemos establecido en capítulos anteriores, en la practica el contrato individual es un contrato

de adhesión y no un contrato donde las partes negocien las cláusulas con el objeto de obtener las mejores condiciones de trabajo.

A nuestro entender, es aconsejable someter también en forma efectiva los contratos individuales de trabajo a una revisión de legalidad mas precisa y así comunicar al trabajador por un organismo competente cuales son sus derechos y obligaciones, de manera que el trabajador conozca de manera positiva y seria cuales son las restricciones que le impone el contrato de trabajo, de manera que no se vea apurado a aceptar contratos que contengan estipulaciones ilegales, o bien, a ser objeto de un despido que a juicio del trabajador, sea infundado, por su impericia, pero que ciertamente tenga su justificación legal en el Código del Trabajo.

6.- CONCLUSIONES

Del extenso estudio que hemos desarrollado, respecto al tema de la privacidad de la correspondencia electrónica, específicamente del trabajador dentro de la empresa, la primera afirmación que nos viene en mente y que nos llama la atención, esto debido a la creciente difusión de este medio de comunicación, es la, prácticamente, nula legislación, especialmente laboral, que nos permita resolver a ciencia cierta un problema laboral que revista estos caracteres.

A medida que nos fuimos adentrando en la materia, nos encontramos con diversos factores que tienen incidencia en la misma, como lo son las normas jurídicas, tanto constitucionales como legales y ciertos principios fundamentales que especialmente son recogidos por la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como extranjera.

Ante nuestro cuestionamiento, cual es el ámbito de la privacidad de la correspondencia electrónica del trabajador dentro de la empresa llegamos a las siguientes conclusiones:

Existe una colisión de derechos constitucionalmente consagrados, cuales son por una parte “el respeto y protección a la vida privada y publica ya a la honra de la persona y su familia” y “la inviolabilidad del hogar y la correspondencia, cualquiera sea el medio en que esta se realice”, y, por otro lado “el derecho a la propiedad en cualquiera de sus formas”.

Difícil tarea intentar privilegiar a unos sobre los otros, puesto que todos estos son igualmente protegidos por la misma norma de carácter constitucional, existiendo para todos ellos el método de impugnación en caso de que sean conculcados, cual es el Recurso de Protección, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la Republica.

Esta ha sido la postura de la Corte de apelaciones ante este tipo de disyuntiva, es decir, no se puede anteponer un derecho fundamental sobre otro, puesto que todos ellos se encuentran igualmente consagrados y protegidos por la Constitución Política de la Republica.

En este orden de ideas, ante la interrogante de si la correspondencia electrónica , se encuentra contenida en la garantía del artículo 19 N° 5 de la Carta fundamental, teniendo a la vista la norma en comento y las actas del constituyente, nos parece necesario concluir, que este tipo de correspondencia se encuentra igualmente protegido, como si fuera una carta en soporte de papel, puesto que la comisión que redactó la constitución hizo presente que en un futuro, se podían presentar nuevos tipos de comunicaciones y estas debían estar igualmente amparadas por la norma, por ello optaron por que la norma protegiera “las comunicaciones”.

Luego de esta discusión de carácter constitucional, tuvimos que atender a la legislación vigente, según sea el caso, para tratar de dar una solución acertada ante algún problema que se suscite durante la relación laboral y que tenga que ver con la privacidad de la correspondencia electrónica del trabajador.

En primer termino debemos atender u observar, si dentro del contrato individual de trabajo o cualquier otro instrumento que sirva para regular o dirigir la relación laboral, existe alguna cláusula que contemple qué hacer ante una situación de uso de correo electrónico del trabajador, con los medios entregados por el empleador para desarrollo de su trabajo y durante su horario de trabajo.

Lógicamente, si las partes han previsto el caso, deberá estarse a lo pactado por ellas, sin dejar por supuesto de tener a la vista que no haya de por medio una renuncia a ciertos derechos que tienen el carácter de irrenunciables como lo son las garantías constitucionales, así se reconoce expresamente en el artículo 5° inciso 2° del Código del Trabajo “Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”. De la misma manera que lo reconoce a contrario sensu el Código Civil en el artículo 12° “Podrán renunciarse los derechos conferidos por la leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no este prohibida su renuncia”.

Luego, es necesario realizar una distinción entre correo electrónico habilitado por el empresario y aquel de uso particular del empleado, contratado por el al margen de su relación laboral.

En cuanto al correo habilitado por el empresario con un destino estrictamente profesional, y por tanto, consistente en un elemento mas d trabajo, propiedad de la empresa,

este no puede ser utilizado por el trabajador para fines personales, pero esto tampoco habilita al empresario a conocer su contenido, sino más bien este debe limitarse a impedir su uso extralaboral, puesto que en caso de que pretendiese conocer el contenido de la correspondencia, no encontraríamos frente a una práctica contraria a derecho.

Apoyamos esta nula posibilidad de usar el correo electrónico de la empresa, con fines particulares, porque además de ser un medio de trabajo, propiedad de la empresa, entran otros factores en juego, como serían por ejemplo: el hecho de que si se tratase de un correo institucional, en el que va contenido el nombre de la empresa, ello podría acarrear muchos problemas a la misma, puesto que el trabajador podría usar el correo de la empresa para cometer algún tipo de delito informático; otro ejemplo que vislumbramos, sería el caso de que el trabajador, en medio de una práctica desleal con su empleador, hiciera llegar a la competencia información reservada de la empresa; o bien el otro riesgo que se corre es la apertura de virus que pudieran infectar e inutilizar los ordenadores de la empresa que normalmente funcionan en línea, lo que puede producir un fuerte perjuicio económico para el empleador.

Por otra parte nos encontramos frente al correo particular del trabajador, en el que claramente cualquier intromisión supondría una vulneración de derechos fundamentales, pero concordamos con que en este caso el empresario podría prohibir o restringir su utilización en horas de trabajo, incumplimiento que estaría tipificado dentro de las faltas laborales con la graduación que se estimare oportuna.

Otro punto, que dentro de las conclusiones cabe destacar, y como bien es sabido, la sociedad siempre avanza más aceleradamente que el derecho y dentro del tema que hemos venido desarrollando en la presente memoria, existe una profunda laguna legal respecto de los límites que tiene la utilización por los trabajadores del correo electrónico proporcionado por las empresas durante el horario de trabajo.

Para cubrir esta laguna legal, en vista de lo estudiado, nos atrevemos a plantear algunas alternativas de solución:

1. Establecer entre el empresario y los trabajadores acuerdos relativos, al uso del correo electrónico.

Dichos acuerdos pueden materializarse a través del contrato individual de trabajo, o mediante contratos o convenios colectivos de trabajo.

No consideramos en este punto, como relevante el Reglamento Interno de la Empresa, puesto que este es determinado unilateralmente por el empleador y no hay ninguna posibilidad de discusión con el trabajador, en cuanto a su establecimiento, puesto que este Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad, consagrado en los artículos 153 y siguientes del Código del Trabajo, es una clara manifestación del poder de dirección del empleador.

2. En concordancia con lo anterior, y como ya lo explicamos una alternativa distinta, es, dar a los trabajadores una información clara sobre el uso del correo electrónico y sobre el sistema y características de su eventual control por parte del empresario.

En este punto consideramos importante detenernos, ya que fuera de los instrumentos que regulan directamente la relación laboral como son los contratos de trabajo y los convenios colectivos, aquí, sí es posible situar al Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad de la empresa, contemplado por el Código del Trabajo en los artículos 153 y siguientes, que como analizamos en el desarrollo de nuestro trabajo es una herramienta eficaz para regular el uso de los medios o materiales de todo tipo entregados por la empresa a los trabajadores, por tanto, plenamente aplicable al correo electrónico.

Luego es necesario detenernos sobre la información que debe entregar el empleador sobre el sistema y características del eventual control, en cuanto a este último, debe contemplar los siguientes aspectos:

a. debe tratarse de una medida **general**, es decir, que sea aplicable a la totalidad de los trabajadores y que evite una especie de persecución en contra de algunos pocos en desmedro de los demás, para ello es necesario que los sistemas de prevención sea técnicos y despersonalizados, idealmente, lo óptimo sería que los mecanismos fueran automáticos o de sorteo, de manera que se evite una persecución personal o prepolicial de los posibles infractores.

b. Estas medidas deben estar sujetas al principio de **proporcionalidad**, el cual a su vez, contiene una triple identidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

De acuerdo a este principio, en la medida de que sea necesario el control, la empresa puede y tiene el derecho de vigilar el desempeño laboral de sus trabajadores, siempre que la medida de control sea idónea y proporcional.

c. Luego estas medidas **no pueden vulnerar las garantías fundamentales del trabajador**, quien como persona que es, sus derechos fundamentales son irrenunciables dentro y fuera de la empresa.

Así, es importante señalar que las medidas de control deben ser respetuosas de la dignidad de la persona y deben tratar de ser lo mas disimuladas posible, de manera que no produzcan ningún tipo de presión innecesaria sobre la persona del trabajador.

4. Sin embargo y como ya lo hicimos presente, es cierto que en nuestra legislación hay una laguna legal sobre el tema, materia de esta memoria, por lo tanto la solución mas acertada, creemos que es, la legislación sobre el asunto, por que prácticamente se esta dejando entregado a la regulación entre las partes, y siendo francos en muy pocos contratos se contemplan estos temas, normalmente al celebrar un contrato, se esta a las cláusulas estrictamente establecidas por la ley como necesarias, pero no se regula en el detalladamente cual es la labor concreta del trabajador, ni como debe usar los medios que entrega la empresa.

De este modo, extraño es, que no se haya realizado una regulación acabada, en vista del espíritu protector de los trabajadores, que emana de cada uno de los artículos del Código de Trabajo, dejándonos en un terreno de nadie, donde es necesario como ya dijimos, recurrir al acuerdo privado (que muchas veces no contempla el tema) o bien a resquicios legales o a normas y principio generales que inspiran el derecho.

Por todo ello, seria bastante interesante y provechoso para nuestra sociedad, escuchar alguna discusión sobre el tema en nuestro congreso nacional, donde en definitiva se de una solución legal concreta a los distintos casos que se presentaren durante la relación laboral y en cuanto al uso del correo electrónico, dada la creciente masificación de este medio de comunicación.

Otro tema que nos llamó la atención en el desarrollo de nuestro trabajo, es el que si bien es cierto, el trabajador al revisar su correspondencia electrónica o realiza tramites en Internet, en su horario de trabajo y con los medios que entrega el empleador, esta perdiendo

tiempo de trabajo que es efectivamente remunerado por la empresa, no es menos cierto que el tiempo que pierde es inferior al que perdería si tuviera que ausentarse de su puesto de trabajo para realizar dichos tramites en forma física , por esto consideramos que de vez en cuando se hace necesario que el trabajador realice estas practicas , por una cuestión de normal funcionamiento de la misma empresa.

Por estas consideraciones creemos que el dictamen de la Dirección del Trabajo¹⁰⁰ es acertado al señalar que el empleador puede regular el uso, frecuencia y oportunidad del uso de los medios informáticos y del correo electrónico de la empresa, pero en ningún caso puede pretender enterarse del contenido de los mismos.

Finalmente en cuanto al tema de las sanciones a las infracciones cometidas por el trabajador, habra que estar al caso concreto que se nos presente y utilizar los medios generales que nos da la legislación en caso de faltas en materia laboral, teniendo presente que la ley otorga al trabajador de accionar via despido indirecto en contra del empleador si de alguna manera este conculca sus derechos, sin perjuicio de que también cuenta con el Recurso de Protección que contempla la Constitución en caso de que vea conculcadas sus garantías constitucionales , además se encuentra todo el mecanismo de indemnizaciones legales que le corresponden en caso de despidos injustificados, materias que fueron ampliamente tratadas en los capítulos anteriores.

Fuera de estas conclusiones a que hemos llegado, y observando la muy escasa legislación en la materia, creemos que no queda mas que entregar el tratamiento de la materia a la buena voluntad de las partes en la discusión del contrato de trabajo, evitando que este ultimo siga siendo un contrato de adhesión, y pase a ser efectivamente el fruto del acuerdo de voluntades de trabajador y empleador.

¹⁰⁰ Dictamen de la Dirección del Trabajo, ORD. N° 260/19 de 24 de Enero de 2002

7.- BIBLIOGRAFÍA.

1. **Aguado** Magallón, Maria
Intimidad del correo electrónico de los empleados
URL: <http://www.lec.csic.es/cryptonomico/articulos/expertos82.html>
2. **Álvarez** Marañón, Gonzalo.
Espías en el Trabajo
URL:<http://www.facom.udp.cl/cem/tdc/artic/empleadores/index.htm>
3. **Áudea**, Seguridad de la Información, S.L.
El uso de las nuevas tecnologías en el entorno empresarial ha comportado la aparición de un nuevo marco laboral.
<http://www.degerencia.com/articulos.php?artid=647>
4. **Batlorí** Bas, Martí.
Acerca del control del correo electrónico en la empresa.
URL:http://www.juridicas.com/areas_virtual/articulos/40-derechos%20laboral/200102-0551291101539.html
5. **Bibby**, Andrew
Correo electrónico e Internet en el trabajo: ¿privado o público?
<http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/magazine/40/email.htm>
6. **Cerda** Silva, Alberto
Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías
Proyecto de Investigación en Ciencias Sociales, Humanidades y Educación Did – 2002
Código Soc 03/2003
http://www.cedi.uchile.cl/cedi_2003/cuerpo02tele.htm
7. **Comfia.info**
El uso del correo electrónico en horario laboral enfrenta a empresas y sindicatos
<http://www.comfia.net/historico/////actual/general/correoelec1601.htm>
8. **Corte de Apelaciones** de Santiago
Sentencia pronunciada sobre Recurso de Protección interpuesto por funcionarios de la Dirección General de Concesiones del Ministerio de Obras Publicas
Fecha: 26 de Diciembre de 2004.
9. **Cuervo** Álvarez, José
Privacidad del Correo Electrónico del Trabajador
<http://www.informatica-juridica.com>
10. **Cuervo** Álvarez, José
La intimidación informática del trabajador
Fuente: Revista electrónica de Derecho informático N° 3 ISSN 1576-7124.

11. **Dirección** Nacional del Trabajo.

Dictamen 2060/176

Fecha: 22 de Mayo de 2000.

12. **Dirección** Nacional del Trabajo.

Dictamen 0260/0019

Fecha: 24 de Enero de 2002.

13. **Dirección** Nacional del Trabajo.

Dictamen 2856/162

Fecha: 30 de Agosto de 2002.

14. **Dirección** Nacional del Trabajo.

Dictamen 2875/72

Fecha: 22 de Julio de 2003.

15. **Dirección** Nacional del Trabajo.

Dictamen 3678/127

Fecha: 05 de Septiembre de 2003.

16. **Dirección** Nacional del Trabajo.

Dictamen 4822/207

Fecha: 11 de Noviembre de 2003.

17. **Dirección** Nacional del Trabajo.

Dictamen 1147/34

Fecha: 21 de Marzo de 2005

18. **Editorial** Jurídica de Chile

Constitución Política de la República de Chile. Año 1980

Edición: Undécima Edición Oficial aprobada por Decreto N° 804, del Ministerio de Justicia, de 19 de junio de 2006.

ISBN: 978-956-10-1772-6

19. **Editorial** Jurídica de Chile

Código del Trabajo

Edición: Undécima Edición

ISBN: 978-956-10-1806-8

20. **El Mercurio.**

Privacidad en Jaque

URL: <http://www.emol.cl>

21. **El Mercurio.**

Afuera la privacidad se respeta

URL: <http://www.emol.cl>

22. **Falguera** i Baró, Miguel Ángel.

Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador.

URL: <http://www.ceveal.com/falguera.htm>

23. **Herrera** Bravo, Rodolfo; Hernández Rubio, Monserrat.

Sin Título

Fuente: Revista electrónica de Derecho informático N° 3 ISSN 1576-7124.

24. **Horvitz** Lennon, María Inés; López Masle, Julián.

Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II.

Editor: Editorial Jurídica de Chile.

Tomo II: Capítulo IX: La prueba.

Registro de Propiedad Intelectual N° 144.078

ISBN: 956-10-1584-6

1° Edición

Año 2004

25. **Humeres** Noguera, Héctor

Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

Editor: Editorial Jurídica de Chile

Registro de Propiedad Intelectual N° 116.063

ISBN: 956-10-1319-3

16° Edición

Año 2000

26. **Jijena** Leiva, Renato

Hamlet y correos electrónicos

URL: <http://www.emol.cl>

27. **La Segunda**

Correo electrónico y privacidad

URL: <http://www.lasegunda.com/economia/comentarios/debates/otero/10/index.asp>

28. **Martínez**, Alfonso

Los derechos constitucionales y las nuevas tecnologías en el trabajo. Doctrina constitucional;

Fuente: Noticias Jurídicas.

29. **Martínez** Fons, Daniel

El Poder de Control del Empresario en la Relación Laboral.

Editor: Consejo Económico y Social

Colección Estudios; España 2002

Registro de Propiedad Intelectual N° M 10.795.2002

ISBN: 84-8188-158-9

1° Edición

Marzo 2002

30. **Ministerio de Economía**, Fomento y Reconstrucción.
Ley 19.799: “Sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma.”
Fecha: 12 de Abril de 2002.
31. **Ministerio Secretaria** General de la Presidencia.
Ley 19.628: Sobre protección de la vida privada “Protección de datos de carácter personal”
Fecha: 18 de Agosto de 1999.
32. **Ministerio del Trabajo** y Previsión Social.
Decreto con Fuerza de Ley N° 1, “Código del Trabajo”.
Fecha: Edición del año 2006.
33. **Ministerio del Trabajo** y Previsión Social.
Ley 19.759: “Modifica el código del trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho a sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica.”
Fecha: 5 de Octubre de 2001.
34. **Moya, F.**
Los alcances de un complicado triangulo, Internet, privacidad y productividad laboral.
URL: <http://www.mujireshile.cl/conocedoras/articulos.php?articulo=855&area=trabajo>
35. **Pérez, Toni**; Huguet, Txell
El uso del correo electrónico en el lugar de trabajo: La Sentencia Deutsche Bank.
URL: <http://www.vlex.com>
36. **Pfeffer** Urquiaga, Emilio.
Manual de Derecho Constitucional
Tomo I
Editor: Conosur
Registro Propiedad Intelectual 63.647
Año 1990.
37. **Pressenda** Luis Hugo
En Estados Unidos cada vez mas empresas espían a sus empleados, controlan el e-mail y el acceso a Internet. (Traducción)
URL: http://www.lanacion.com.ar/edicionesanteriores/nota.asp?nota_id=302507
38. **Privacy** Internacional
Privacidad y lugar de trabajo;
Traducido por J. Alkorta y revisado por Juan Romero
URL: <http://www.zmag.org/spanish/1201privacy.htm>
39. **Revista** Chilena de Derecho Informático.
Centro de Estudio en Derecho Informático
ISSN: 0717-9162

Universidad de Chile, 2002
Editor: Lom Ediciones LTDA.

40. **Sampere** Navarro, Antonio V.; San Martín Mazzucooni Carolina
Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales.
Editor: Aranzadi, 2002
ISBN: 84-8410-747-7

41. Sin autor.
Control de correo en el trabajo.
[URL: http://www.datumlex.com/correo-art.htm](http://www.datumlex.com/correo-art.htm)

42. Sin autor.
El secreto del correo electrónico de los trabajadores en grave peligro.
URL: <http://www.iurislex.net/article.php?sid=127>

43. **Soto** Vera, Pedro Nicanor.
Inviolabilidad del correo electrónico
URL: <http://www.emol.cl>

44. **Thayer** Arteaga, William; Novoa Fuenzalida, Patricio
Manual de Derecho del Trabajo.
Editor: Colección Manuales Jurídicos
Tomo II: Derecho Individual del Trabajo.
Registro de Propiedad Intelectual N° 104.032
ISBN: 956-10-1222-7
3° Edición
Año 1998

45. **Thayer** Arteaga, William; Novoa Fuenzalida, Patricio
Manual de Derecho del Trabajo.
Editor: Colección Manuales Jurídicos
Tomo III: Derecho Individual de Trabajo- Derecho Procesal de Trabajo.
Registro de Propiedad Intelectual N° 104.071
ISBN: 956-10-1223-5
3° Edición
Año 1998

46. **Thayer** Arteaga, William; Novoa Fuenzalida, Patricio
Manual de Derecho del Trabajo.
Editor: Colección Manuales Jurídicos
Tomo IV: Sindicatos y Negociación Colectiva.
Los Convenios 87- 98 de OIT y su Impacto en la Legislación Chilena
Registro de Propiedad Intelectual N° 114.647
ISBN: 956-10-1305-3
2° Edición
Año 2000

47. **Tribunal** de Justicia de Andalucía

Sentencia del 25 de Febrero de 2000.

URL: <http://www.informatica-juridica.com/anexo.asp?id=anexon%ba324.htm>

48. **Tribunal** Superior de Justicia de Asturias

Sentencia del 20 de Julio de 2000.

URL: <http://www.informatica-juridica.com/anexo.asp?id=anexon%BA306.htm>

49. **Tribunal** Superior de Justicia de la Catalunya

Sentencia de Sala social N° 9382/2000.

URL: http://www.uj.com.br/publicaciones/pescas/pecas_showpecas.asp?idpeca=71

50. **Tribunal** Superior de Justicia de Madrid

Sentencia de la sala de lo social del 16 de Octubre de 1998.

URL: <http://www.noticias.juridicas.com/>

51. **Urcelay** Losana, Pedro Aitor

Problemas jurídicos en el uso laboral de las nuevas tecnologías.

URL: <http://www.legal.monster.es/articulos/internet/3/>

8.- ANEXO JURISPRUDENCIA

A continuación incluimos en este trabajo una selección de fallos de los Tribunales de Justicia Española, Chilena y la Dirección Nacional del Trabajo, que tuvimos a la vista al momento de preparar nuestra memoria.

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.

AS 2001/2953

Sentencia Tribunal Superior de Justicia num. 393/2001 **Madrid** (Sala de lo Social, Sección 2ª), **de 12 Junio 2001.**

Recurso de Suplicación núm. 1207/2001.

Jurisdicción : Social.

Ponente: Ilma. Sra. Dª Concepción Morales Vallez.

DESPIDO IMPROCEDENTE: transgresión de la buena fe contractual: falta de gravedad: utilización del correo electrónico de la empresa para uso particular: envío de contenido pornográfico.

El TSJ desestima el recurso interpuesto por la empresa demanda contra la Sentencia del Juzgado de lo Social num. 6 de Madrid, de fecha 13-11-2000, dictada en autos promovidos en reclamación de despido, en base a lo reseñado en la fundamentación jurídica.

En Madrid a doce de Junio de dos mil uno.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid formada por los Ilmos. Sres. Dª Virginia García Alarcón, Presidente , D. Marcial Rodríguez Estevan, Concepción Morales Vallez, Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA NUM. 393/2001

En el recurso de suplicación interpuesto por Societè Generale Sucursal en España, Societè Generale Securities Madrid, Sociedad de Valores y Bolsa contra la sentencia del Jdo. De lo Social núm.6 de Madrid de fecha trece de Noviembre de dos mil, dictada en proceso sobre despido, y entablado por Francisco José V.F. frente a los recurrentes y otros.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Dª Concepción Morales Vallez, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de lo social de referencia, con número de autos 540/2000, tuvo entrada demanda suscrita por don Francisco V. F. Contra Societè Generale Sucursal en España, Societè Generale Securities Madrid, Sociedad de Valores y B, y Ministerio Fiscal en reclamación sobre despido. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio, se dictó resolución con fecha trece de noviembre de dos mil, en los términos que figuran en el fallo de la mencionada resolución y que se dan aquí íntegramente por reproducidos.

SEGUNDO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

<<I.- El actor don Francisco José V. F., prestó servicios para las demandadas Societè Generale Sucursal en España y Societè Generale Securities Madrid, Sociedad de Valores y Bolsa, que constituyen una unidad empresarial, con antigüedad de 1-3-1989, categoría profesional de Nivel 6, en el puesto de trabajo de Administrativo en el Departamento de renta variable, y percibiendo un salario mensual prorrateado de 423.410 ptas.

II.- Con fecha 18-8-2000, y mediante carta, se notificó al actor su despido disciplinario por los hechos que constan en la misma, dándose por reproducido en este apartado.

III.- El día 10-8-2000, a las 13.05 horas, y desde el buzón de correo electrónico del actor, se remitió un mensaje titulado “operaciones pendientes de liquidar”, con dos ficheros adjuntos denominados “police pps” y “taller pps” a la dirección del correo electrónico “Jesús Jiménez/US/ SOGEN” de un empleado de SG en Nueva York, de nombre Jesús Jiménez, teniendo esos dos ficheros adjuntos carácter pornográfico.

VI.- En las demandadas los accesos de los empleados a sus ordenadores tienen claves personales que deben ser cambiadas cada noventa días e igualmente todos los usuarios deben tener activado el protector de pantalla, con contraseña. Los ordenadores una vez introducida la clave de acceso están operativos toda la jornada.

V.- Las claves de acceso al ordenador y al correo electrónico del puesto de trabajo del actor son conocidos por el resto de compañeros del Departamento, dada la confianza existente entre ellos.

VI.- El actor conoce a un trabajador de la empresa de nombre Jesús Jiménez cuyo nombre coincide con otro trabajador en Nueva York, que es quien recibió el correo electrónico con fecha 10-8-2000.

VII.- El demandante tiene un horario de comida de 13 a 14 horas.

VIII.- Se celebró el acto previo de conciliación con resultado de sin avenencia>>.

TERCERO.- Contra la mencionada resolución se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada representada por el letrado doña María Jesús H. D., siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en esta Sala se dispuso el pase de los mismos a Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la Sentencia de instancia en la que se estima la pretensión de la actora articulada con carácter subsidiario en la demanda rectora de las presentes actuaciones por despido nulo o subsidiariamente improcedente, frente al despido disciplinario practicado por las mercantiles **Societè Generale Sucursal en España y Societè Generale Securities Madrid**, Sociedad Valores y Bolsa, con fecha 18-8-2000, se formaliza Recurso de Suplicación por la presentación procesal de las mercantiles demandadas, en el que se articulan tres motivos de

recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 191, apartado b) de la vigente LPL (RCL 1995/1144 y 1563). El primero, interesando la revisión del Hecho Probado Cuarto, para lo que se propone un texto alternativo del siguiente tenor literal: <<La empresa Societè Generale tiene instaladas una serie de medidas de seguridad de control de acceso a los ordenadores de trabajo de la Entidad consistentes en las que a continuación se describen : una clave personal para acceder a la información residente en el ordenador que debe introducirse cuando se conecta el mismo ; una segunda clave de identificación asignada a cada usuario a través de la identificación de un nombre y una palabra clave personal asociada a ese nombre, que permite el reconocimiento único de dicho usuario en el sistema; una clave de acceso del salva pantallas, consistente en una clave personal que cuando esta instalada se activa automáticamente si el ordenador esta un tiempo sin utilizarse, quedando bloqueado cuando se activa, y debiendo introducir en tal caso la clave personal de acceso al salva pantallas para que el ordenador vuelva a ser operativo; una clave personal de correo electrónico, que es una clave de acceso propia de cada usuario, que éste tiene que introducir necesariamente, siempre que el usuario quiera acceder a su buzón de correo para lectura o envío de mensajes. Los trabajadores están obligados a cambiar las claves cada noventa días>>, citando en apoyo de su pretensión la prueba pericial obrante en los folios 95 a 110 de las actuaciones, entre los que obra el Informe pericial evacuado por la empresa Arthur Andersen, que fue debidamente ratificado en el acto de juicio. El segundo, interesando la adición de un nuevo hecho probado, para lo que se propone un texto del siguiente tenor: << Los trabajadores, según circular de la empresa de fecha 24-2-1997, dirigida a todo el personal de la Empresa, tienen prohibido divulgar claves de acceso de sus respectivos PCs, siendo las transacciones que se hayan podido realizar utilizando sus claves de acceso serán responsabilidad de los mismos>>, citando en apoyo de su pretensión los documentos obrantes a los folios 95,112, y 116 de las actuaciones, en los que obran respectivamente el ya citado Informe Pericial de Arthur Andersen, una Circular interna sobre << Seguridad macroinformática>> de fecha 24-2-1997, y una Circular Interna sobre <<Cambio de la Seguridad de la Red>> de fecha 10-7-2000.

Y el tercero, interesando la supresión del Hecho Probado Quinto por tratarse de una mera manifestación de parte que no tiene sustento probatorio de ningún tipo, salvo el del mero voluntarismo de la manifestación interesada de la parte demandada. Debidamente formalizados los transcritos motivos de suplicación, entendiéndole la Sala, respecto del primero, que debe tener favorable acogida por cuanto el texto alternativo que se propone recoge de forma mas concreta y acertada que el juzgador de instancia las medidas de control de acceso a los ordenadores de trabajo que la empresa Societè Generale tiene instaladas; respecto del segundo, su adición al relato fáctico no deviene trascendente a efectos del fallo, como se razonara en su momento; y respecto del tercero, la supresión interesada ha de tener favorable acogida por cuanto la única prueba practicada a este respecto es la mera declaración en prueba de confesión del actor, sin ningún otro respaldo documental o testifical que acredite la aseveración interesada efectuada por la parte actora.

SEGUNDO.- Se articulan, por la presentación procesal de la mercantil recurrente, un cuarto y quinto motivos de recurso, al amparo del artículo 191, apartado c)de la vigente LPL. El cuarto, por aplicación indebida del artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995/997), en relación con los artículos 97.2 y 108.1 de la vigente LPL y en relación con el artículo 24 de la Constitución (RCL 1978/2836 y apNDL 2875), por entender en síntesis la recurrente que el correo electrónico de contenido pornográfico se mando desde el ordenador del actor, que es el único responsable de las transacciones hechas con su clave de acceso, habida cuenta la falta de prueba testifical de sus compañeros de trabajo en la que se manifiesten conocer las claves de

acceso del actor. El quinto, por aplicación indebida del artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 1253 del Código Civil, sobre la prueba de las presunciones, por entender en síntesis la recurrente que existe una relación clara entre el hecho base y la afirmación a la que se llega para proceder al despido del actor imputándole la autoría en la emisión de un correo electrónico ajeno al trabajo y además ofensivo, con y desde los medios de la empresa. La Sala, tras el análisis de la censura jurídica que se articula por la representación procesal de la parte recurrente, y tomando como base el modificado relato fáctico en los términos significados en el ordinal anterior, ha de concluir afirmando que : **1.- Consta debidamente acreditado que desde el ordenador del actor se remitió el correo electrónico de marcado contenido pornográfico, que se le imputa en la carta de despido de fecha 18-8-2000. 2.- Habida cuenta las medidas de seguridad de control de acceso a los ordenadores de trabajo que la empresa Societè Generale tiene instaladas y que exigen hasta un total de cuatro claves de acceso distintas para cada usuario, siendo una de ellas imprescindible para acceder a su buzón de correo para lectura o envío de mensajes, claves personales y necesariamente y necesariamente intransferibles que deben ser cambiadas cada noventa días, por lo que parece poco razonable considerar que el citado correo electrónico no fue remitido por el actor, como este manifiesta en su descargo, afirmando que las claves son conocidas por el resto de compañeros de trabajo, sin que ninguno de ellos haya ratificado la citada aseveración. Por consiguiente, y en base a lo antes razonado se debe considerar debidamente acreditado el incumplimiento alegado por la mercantil recurrente en su carta de despido de fecha 18-8-2000**, por lo que solo le queda a esta Sala determinar si el citado incumplimiento, es lo suficientemente grave y culpable como para llevar aparejada la máxima sanción prevista en el ordenamiento jurídico, algo que no cabe dar respuesta afirmativa por cuanto, se razona a continuación. La Sala considera que la conducta reprochable y ofensiva del actor, esta expresamente recogida en el XVIII Convenio Colectivo de Banca (RCL 1999/2929), pero en el artículo 50.1, como se pretende por la recurrente, que tipifica como falta muy grave, <<La trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en su puesto de trabajo>>, ni en el artículo 50.1, que tipifica igualmente como falta muy grave, las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajen en la empresa, sino en el artículo 49.4 del citado XVIII Convenio Colectivo de Banca, que tipifica como falta grave la perturbación del servicio, sin justificación legal, realizando en el centro de trabajo cualquier actividad ajena al interés de la empresa, **así pues la conducta del actor consistente en el envío de los correos electrónicos particulares y de contenido pornográfico desde un elemento de trabajo proporcionado por la empresa con fines laborales**, tal y como se recogen en el Hecho Probado Tercero de la sentencia de instancia, será sancionable en su caso como **falta grave** de conformidad con el régimen de sanciones establecido en el artículo 51 del XVIII Convenio Colectivo de Banca. En virtud de cuanto antecede, procede la desestimación del recurso interpuesto por la representación en todos sus términos, condenando a las mercantiles Societè Generale Sucursal en España y Societe Generale Securities Madrid, la Sociedad Valores y Bolsa, al abono de los honorarios devengados por el Letrado de la parte contraria que ha actuado en el recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 233.1 de la vigente LPL, cuantificándose estos en 50.000 pesetas. Densele a los depósitos y consignaciones el destino prevenido en la Ley.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Societè Generale Sucursal en España, y Societè Generale Securities en Madrid, Sociedad de Valores y Bolsa, contra sentencia dictada por el juzgado de lo Social Núm. Seis, de fecha trece de

noviembre de dos mil, en virtud de demanda interpuesta por Francisco José V. F. Contra las ahora recurrentes, en reclamación sobre despido, y en consecuencia confirmar la sentencia de instancia en todos sus términos, condenando a las mercantiles demandadas al abono de los honorarios devengados por el Letrado de la parte contraria que ha actuado en el recurso, cuantificándose estos en 50.000 (cincuenta mil) pesetas. Densele a los depósitos y consignaciones el destino prevenido en la Ley.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia .

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días siguientes al de su notificación. Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el BBVA Cta. Número:....., a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital -coste de una pensión de seguridad social, el ingreso de este habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por estos su importe, lo que se le comunicara por esta Sala.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

AS 2001/3653

Sentencia Juzgado de lo Social núm. 211/2001 Vigo, Galicia (núm. 3), **de 29 de Abril 2001.**

Procedimiento núm. 158/2001

Jurisdicción Social

Ponente : Ilmo. Sr. D. M^a Teresa Conde-Pumpido Tourón

DERECHOS FUNDAMENTALES: comunicar o recibir mensajes libremente información: vulneración del derecho: acceso al contenido del correo electrónico: violación al secreto de las comunicaciones.

DESPIDO IMPROCEDENTE: trasgresión de la buena fe contractual: inexistencia: utilización de Internet para acceso a paginas <<web>>: circunstancias profesionales concurrentes.

PRUEBAS: admisión: desestimación: violación de derechos fundamentales: supuestos.

El Juzgado de lo Social núm. 3 de Vigo estima la demanda formulada por el actor contra la empresa demandada, en autos promovidos por despido, en base a lo reseñado en la fundamentación jurídica.

En Vigo, a veintinueve de Abril de dos mil uno.

Vistos por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social número Tres de Vigo, D^a M^a Teresa Conde-Pumpido Tourón, los presentes autos sobre despido, siendo demandante Ovidio F. B., asistido por el Letrado don José Antonio F. F. y como demandado Compañía Esañola de Algas Marinas, SA, representado por el Letrado don Rodolfo H. V. P.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que con fecha 9-3-2001 tuvo entrada en este Juzgado de lo Social demanda presentada por la parte actora en la que tras exponer hechos y fundamentes de derecho que estimo pertinentes termina suplicando se dicte sentencia de conformidad con los pedimentos de la demanda.

SEGUNDO.- Que admitida a tramite dicha demanda, se señalo para el acto de juicio el día 19-4-2001, celebrándose dicho día en todas sus faces, quedando los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- Que en la tramitación de los autos se han observado las formalidades legales de procedimiento.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Don Ovidio F. B., mayor de edad, con DNI núm., vino prestando servicios por cuenta de Compañía Española de Algas Marinas, SA (CEAMSA), dedicada a la actividad de I. Químicas, en las siguientes circunstancias :

a) Con fecha 14-2-1996 se concedió al actor por el IGAPE una beca de 12 meses de duración con efectos del 1-3-1996, para realizar como becario estudios y análisis de mercado, cooperación internacional de empresas, etc., que desarrollaría en la empresa CEAMSA, pasando cuando así se acordara a desarrollar las actividades en Indonesia, lo que hizo al menos desde Mayo siguiente en que, por tal razón, se aumento la cuantía de la beca, dado el alto nivel de vida de aquel país.

b) El 1-3-1997 el actor firmo contrato en practicas con la demandada, como Ingeniero Técnico, que se prorrogó hasta el 31-8-1998, fecha en la que firmó el documento-finiquito obrante en Autos, y que se da por reproducido.

c) El 31-8-1998 firma contrato de Acumulación de Tareas que se definen como <<realizar tareas propias de su categoría por una mayor demanda de servicios>>, y de seis meses de duración; dicho contrato se convirtió en indefinido por acuerdo de las partes de fecha 28-2-1999.

SEGUNDO.- El actor ostentaba la categoría de Ingeniero Técnico, siendo sus funciones las de Director de Calidad, realizando las hojas de características de los productos, actualizándolas, realizando estudio de sus aplicaciones, información a los clientes, y envío y recepción de muestras a Laboratorio; además comunicaba al Responsable de la Pagina Web de la empresa – tercero ajeno a la demandada- los cambios necesarios para su desarrollo. Su salario mensual de 300.771 ptas. Con prorrata de pagas extras.

TERCERO.- El demandante tenia asignada una dirección de correo electrónico personal, y pleno acceso a Internet; sin que la empresa hubiera prohibido al actor , ni a otros trabajadores en sus mismas condiciones de Acceso, su utilización para asuntos personales. Tampoco se le hizo advertencia alguna de disconformidad con tal posible utilización, hasta la entrega del Pliego de Cargos.

CUARTO.- En Septiembre de 2000 la demandada contrato a un Informático –el señor V- como Responsable y Administrador del Sistema; en el mes de Enero de 2001 el Consejero-Delegado solicitó información a éste de por qué el actor <<utilizaba tanto el ordenador>>. Dado que las transacciones de Páginas Web quedan registradas en el disco duro del

ordenador principal, para cada día, con el nombre del usuario que inicia la sesión y la fecha y hora de la transacción, así como página solicitada, el señor V. realizó, en primer lugar, un estudio de las frecuencias de acceso a Internet de los distintos usuarios, observándose que el actor había realizado un 53% del total de las realizadas en el año, y casi cuatro veces más que el siguiente trabajador. Posteriormente, y a instancias de la empresa, realizó un estudio de las <<visitas>> hechas por el actor, en presencia de un representante unitario, que dio como resultado que el señor F. Había visitado en el mes de Diciembre 506 servidores Web diferentes, entre los que se repartieron 14.245 peticiones de información.

QUINTO.- Además el señor V. entro en los ficheros informáticos del Ordenador del actor para ver los mensajes (tanto de entrada como de salida), de los meses de Noviembre y Diciembre, accediendo a las diversas <<carpetas>> para leer los mismos, proporcionándole tal información al perito señor F., consistente en 412 mensajes recibidos y 220 enviados.

SEXTO.- El día 22-1-2001 la empresa notifico al actor Pliego de Cargos que decía << señor Ovidio F.: De conformidad con lo dispuesto en el Art. 57 de la Resolución de 24 de Mayo de 1999 de la Dirección General de Trabajo que publica el XII Convenio Colectivo General de la Industria Química, se procede a tramitar expediente sumario por la comisión de faltas muy graves imputándosele el siguiente : pliego de cargos. **Habiéndose procedido al análisis de los archivos de esta empresa, se ha detectado que Ud. Ha venido utilizando tal herramienta de trabajo en múltiples actividades personales que ninguna relación tienen con esta empresa. En efecto durante los meses de Noviembre y Diciembre de 2000 ha procedido a enviar y recibir los siguientes mensajes : Noviembre (22 días útiles trabajados) –Mensajes personales recibidos: 60 –Mensajes personales enviados : 53. Diciembre : (13 días útiles trabajados) –Mensajes personales recibidos: 32 –Mensajes personales enviados: 32. Así mismo y al margen de las anteriores actividades personales, durante su horario de trabajo se ha detectado que ha visitado páginas Web en la Red de Internet a la que esta conectada esta empresa, durante los meses de diciembre 2000 y los cinco primeros día de Enero de 2001 en el número de paginas que a continuación se indica correspondiente a cada día laborable, así como los minutos utilizados, todas ellas actividades ajenas a la empresa. Mes de Diciembre de 2000. Día 1 Páginas 32, minutos 46 Min. Día 4 Páginas 104, Minutos 201. Día 5 Páginas 42, 114 Min. Día 11 Páginas 45, 171 Min. Día 12 Páginas 38, 65 Min. Día 13 Páginas 26, 101 Min. Día 14 Páginas 18, 22 Min. Día 15 Páginas (...) 72 Min. Día 18 Páginas 28, 147 Min. Día 19 Páginas 18, 224 Min. Día 21 Páginas 28, 84 Min. Día 22 Páginas 27, 194 Min. Día 2 Páginas 36, 243 Min. Día 3 Páginas 77, 215 Min. Día 4 Páginas 22, 113 Min. Día 5 Páginas 37, 213 Min. Se le concede a Ud. Un plazo de 10 días a fin de que pueda alegar en su defensa lo que estime por conveniente, así como aportar pruebas que considere oportunas. Una vez transcurrido dicho plazo se procederá a dictar la resolución que proceda. Lo que se le comunica a Ud. A los efectos legales oportunos>>>.**

SÉPTIMO.- Con esa misma fecha se concedió al actor un permiso remunerado de 10 días, para contestar al Pliego ampliado el 2 de Febrero, con lo que el actor no volvió al Centro de Trabajo desde la entrega del Pliego de Cargos, ni consecuentemente, tuvo acceso al Sistema Informático.

OCTAVO.- El 1-2-2001 el demandante presento escrito que decía: << Muy señores míos: En virtud del Art. 57 del Convenio de aplicación, esa Sociedad me notifica la apertura del expediente de sumario por comisión de faltas graves, motivadas por la supuesta utilización de

herramientas de trabajo, concretamente correo electrónico y conexión a Internet, para actividades personales. Las funciones desarrolladas en la Empresa han sido las propias de los trabajos que se me han asignado como, entre otras, las de Director de Calidad y Responsable de la página Web de la Empresa, y el uso de los medios informáticos han sido para este fin, no teniendo otro trabajo que el que desarrollo en esa Empresa. Se me indican días, páginas y minutos utilizados, sin referencia de sus contenidos por lo que me resulta imposible relacionarlas con el trabajo para el que fueron utilizadas o consultadas. Resulta imposible la aportación de pruebas ya que el registro de estos usos son propiedad de la Empresa, que no puedo ni debo utilizar para mi defensa. La utilización de estos medios ha sido siempre la habitual de la Empresa, conocida por todos y, entiendo, que ningún hecho podría tener la consideración de infracción y en ningún caso la consideración de muy grave.

Me ratifico que los hechos imputados no se ajustan a la realidad>>.

NOVENO.- El 6-2-2001 se comunico al actor el siguiente acuerdo: << A don Ovidio F. B. En Porriño, a 6 de Febrero de 2001. Resultando que, con fecha 22 de Enero de 2001 se procedió a notificar al señor F. La apertura de expediente sumario por la comisión de faltas muy graves, imputándosele los hechos que en dicho documento se especifica. Resultando que, en la misma fecha se procedió a notificar tal hecho a la Representación Sindical de la Empresa. Resultando que, en la misma fecha 22 de Enero de 2001, se le concedió al señor F. Un permiso remunerado de 10 días con objeto de que pudiese preparar sus alegaciones. Resultando que, el señor F. presento en la empresa el día 2 de Febrero, escrito fechado el día 1 en contestación a los hechos imputados. Resultando que, con fecha 2 de Febrero de 2001, se procedió a ampliar su permiso de no conformidad con lo dispuesto en el Art. 57 de la Resolución de 24 de Mayo de 1999, que aprueba el Convenio Colectivo General de la Industria Química. Considerando que la falta imputada se encuentra tipificada en el apartado 2 del Art. 56 de dicho Convenio considerada como falta muy grave. Considerando que las alegaciones formuladas por el señor F. carecen de fundamento alguno por lo que no pueden ser tenidas en cuenta y que entre las sanciones previstas para las faltas muy graves conforme al Art. 56 c) del Convenio Colectivo esta prevista la rescisión del contrato mediante el despido; por todo ello la Dirección de esta Empresa ha acordado: Proceder al despido con efectos del día de la fecha de don Ovidio F. B. , por incumplimientos graves y culpables, que dan a lugar a la extinción de su contrato de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 54 del RDLeg 1/ 1995, de 24 de Marzo. Lo que se le comunica a Ud. , a los efectos oportunos>>.

DECIMO.- Se celebro, sin avenencia el acto de conciliación ante el SMAC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que se declaran probados, en lo que resulta discutido, se derivan de los siguientes elementos de convicción: a) En cuanto a las circunstancias de la prestación de servicios, de la documental aportada por la empresa; b) En lo referente a las labores encomendadas, de la confesión empresarial y testifical del señor V., de las que se derivan también el <<iter>> de la investigación; c) En cuanto al libre acceso a Internet y E-Mail, sin advertencias sobre su utilización, de la confesión del Consejero-Delegado empresarial; d) Los datos sobre Correos y Páginas Web, de la Pericial practicada, de la que se extrae los números generales de tales movimientos, ante la imposibilidad del contraste de la ingente documental aportada, donde se describen, comentadas, las diversas páginas y conexiones, a la que debe darse

la calidad de testifical escrita, y que fue reconocida como realizada por el señor V. E) El acceso al contenido de los mensajes de correo Electrónico en carpetas y en el propio Buzón, fue reconocido por el señor V. y el perito; f) El señor T., miembro del Comité, afirmo haber participado en la investigación sobre conexión a Páginas Web, en horario laboral de mañana y tarde.

Ciertamente, el Art. 97.3 LPL (RCL 1995/1144 y 1563) exige que la Sentencia comience expresando los razonamientos que han llevado a estimar probados los hechos que se recogen en el relato fáctico; pero en supuestos, como el presente, quizás lo importante es resaltar por qué los elementos de convicción ofrecidos, no permiten estimar acreditados los hechos que se presentan como relevantes, a los efectos del despido, cuyos requisitos formales se acreditan documentalmente.

Estando frente a una materia tan novedosa, y que de forma tan esencial ha alterado, solo nuestras costumbres, sino nuestra forma de movernos en el mundo, como son las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, para enfocar adecuadamente el problema planteado –y de su resolución- debemos, ante todo, reflexionar sobre lo que significa la red de ordenadores de Internet.

La conexión a Internet ofrece un conjunto de posibilidades o actividades, esencialmente la posibilidad de comunicarse a través del correo electrónico o E-Mail (función equivalente al servicio postal, recibir y enviar información, sea escrito, visual o de sonido), leer o depositar información o enviar y recibir ficheros (conectada directamente con la libertad de información <<ex>> Art. 20.1 CE [RCL 1978/2836 y ApNDL 2875]) y la navegación interactiva sea para recibir información, sea para comprar artículos o bienes; en este ultimo sentido, se habla de <<realidad virtual>> -lo que para analizar el caso de litis, como supuestos semejantes- no puede perderse de vista. Navegar por Internet es como pasear por la calle, deteniéndose a ver la cartelera del cine, admirar un escaparate, entrar a comprar un articulo expuesto, hojear los titulares de las revistas en un kiosco o entrar en una biblioteca a leer una revista o un libro sobre algo que nos interesa.

Solo teniendo en cuenta sus diferencias y semejanzas con otras tecnologías conocidas - como lo señalo el propio perito de la empresa – y, también, con la vida cotidiana real (en contraposición a la virtual), podremos analizar, de manera mesurada, los problemas disciplinarios que en la empresa plantea la utilización de Internet.

SEGUNDO.- Pero ante todo, debe admitirse que el uso de Internet, en todas sus facetas, tiene una conexión esencial con el derecho a la intimidad <<ex>> Art. 18 CE, en cuanto que esta es un bien jurídico, presupuesto del ejercicio potencial y pleno de otros derechos y libertades constitucionales (y, entre otros, como ya se ha señalado el que merece el derecho a la información y el derecho a las comunicaciones secretas, amén de todos los datos indirectos sobre la persona que proporciona un seguimiento : gustos, lecturas, diversiones, etc., y que afectan a su dignidad como persona).

TERCERO.- Entrando en la imputación del despido, lo primero que se plantea es cual seria el incumplimiento contractual del que se acusa al actor. En principio, no es una diligencia o abandono del trabajo habitual, no solo porque un sistema informático como el descrito por el Perito permite un control de seguimiento de la actividad informática diaria del demandante en trabajo efectivo – y el silencio sobre tal extremo, fácilmente verificable, debe entenderse como que existe un trabajo normal o sin incidencias reseñables, incluso paralelo al uso de Internet, como el Perito admitió es usual y posible-, sino que la **confesión del representante**

empresarial fue taxativa en el sentido de que no había quejas sobre la productividad o el trabajo del actor.

La calificación jurídica es de <<trasgresión de la buena fe contractual>>, **sin que se traduzca en un perjuicio económico directo de herramientas de la empresa, pues con la <<tarifa plana>>utilizada en empresas, la utilización de Internet para asuntos particulares no supone un gasto, adicional (como habría, p. Ej., con el uso del teléfono), ni tampoco se alega.**

Tal calificación parece sostenerse en la **perdida de tiempo que debería dedicarse al trabajo, y, como se dice en la carta, se dedica a asuntos particulares.** Pero para el análisis del problema planteado, debemos tener en cuenta los siguientes extremos:

a) El actor como Director de Calidad, amén de actualización y análisis sobre los productos fabricados y su aplicación e informes a clientes, tenía asignadas funciones de desenvolvimiento de la Página Web de la empresa, estando encargado de indicar al Responsable de la misma - ajeno a la empresa - todos los extremos necesarios para su desarrollo o modificación (así, confesión empresarial y testifical del señor V.). Precisamente, fue becario para trabajos de Marketing internacional.

b) **El actor tenía asignada una dirección personal de E-Mail y pleno acceso a Internet, sin que, en ningún momento se le indicara que no podía utilizarlo para asuntos particulares (así, confesión del representante de la empresa y testifical).**

c) En cuanto que el Art. 55.10 del Convenio Colectivo, califica de falta grave (no sancionable con el despido) el <<realizar, sin el oportuno permiso, trabajos particulares durante la jornada, así como emplear herramientas de la empresas para usos propios>>, **tendría que existir un plus de agravación para entender que se desecha tal tipificación,** a favor de la mas grave <<trasgresión de la buena fe contractual>>.

CUARTO.- En lo que se refiere al análisis pormenorizado de las acusaciones, lo que en la carta se señala genéricamente como <<actividades personales>>, se concreta, en primer lugar, en el acto del juicio oral, como el haberse dedicado al registro personal de <<nombres de dominio>> (en concreto la pericial alude a seis); como primera cuestión, cabría preguntarse si tal concreción en dicho momento procesal no comporta una infracción del Art. 105.2 LPL (RCL 1995/1144 y 1563), en cuanto la omisión en la carta de tan concreta acusación, impide la defensa del actor, y por ende, su planteamiento en juicio.

Sin embargo, sin necesidad de entrar en la posible nulidad de la carta en tal sentido, debe desestimarse la imputación, por ilicitud de la prueba, al haberse obtenido por procedimientos que suponen violación de derechos fundamentales, tal y como previene el Art. 90.1 LPL.

En el acto del juicio oral se inadmitió de plano toda prueba que se refiera al contenido de los mensajes de correo electrónico, emitidos o recibidos por el actor; y tanto el testigo señor V., como el perito, afirmaron que el tema de los registros de los dominios lo habían conocido por los mensajes de Correo Electrónico.

Entiende esta Juzgadora, que **tales mensajes están protegidos por el derecho al secreto de las comunicaciones establecido en el Art.. 18.3 CE;** tal derecho al secreto s establece constitucionalmente para todas las comunicaciones (aun cuando se hable <<en especial>> de las hasta entonces habituales), con evidente vocación de englobar aquellas que las nuevas tecnologías nos hayan proporcionado. El Correo Electrónico o E-Mail es un sistema de comunicación codificado dirigido al receptor concreto, que dispone del software apropiado para su descodificación ; como a través del correo postal, puede enviarse desde publicidad a mensajes muy personales, pero esta dirigido a un receptor en particular, configurándose como una comunicación personal; luego si tal es su configuración, solo con

autorización judicial podrá violarse el secreto de tales comunicaciones, lo que no ha existido. Hasta tal punto se considera un <<iter>> especial del derecho a la intimidad, que su violación esta tipificada específicamente en el Art. 197 del Código Penal, y legislaciones de otros países de la UE, lo consideran protegido por el Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1999/1190 y 1572).

QUINTO.- Pero, incluso si no se compartiese tal tesis, y se entendiera que el Correo Electrónico esta amparado por el derecho a la intimidad <<ex>> Art. 18.1 CE (y no en el ap. 2), tendríamos que acudir a la doctrina constitucional sobre los límites del derecho a la vigilancia y control (<<ex>> Art. 20 ET), en relación al derecho a la intimidad de los trabajadores.

Así, como nos recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10-4-2000 (RTC 2000/98) <<desde la prevalencia de tales derechos (fundamentales), su limitación por parte de las facultades empresariales solo puede derivar bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho, bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador>>, constatando que << no puede descartarse que también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral pueden producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores>>.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10-7-2000 (RTC 2000/186) señala que <<la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad ... (y) es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida mas moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad) y finalmente si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella mas beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)>>.

Pues bien la imputación es que el actor recibió en Noviembre y Diciembre un total de 92 mensajes y envió un total de 85 mensajes, que se denomina <<personales>>, lo que supondría entre dos y tres mensajes diarios, en tanto que el perito señala que el actor recibió en tal periodo 412 mensajes y remitió 220 mensajes (la diferencia serian los relacionados con el trabajo).

Desde luego, en un puesto de trabajo de cierta responsabilidad, que precisa el uso del Correo Electrónico con tal asiduidad, no puede considerarse ni proporcional, ni necesaria tal intromisión en la intimidad como es la lectura de su correo, para concluir que recibe o envía un par de mensajes al día, como en otras circunstancias, se consideraría irrelevante recibir o hacer un par de llamadas telefónicas personales, en trabajadores con argos de Dirección, cual es el actor.

Si la empresa (lo que no parece ser el caso, dada la confesión del Consejero-Delegado, que dice encargar la investigación porque el actor <<esta siempre con el ordenador>>, hubiera sospechado cualquier actividad privada, como la de registro de dominios que ahora se imputa, la intromisión debería reputarse de innecesaria, en tanto que los Registros son públicos y dicha información puede recabarse, directamente o a través del Juzgado, de la autoridad encargada del Registro. De no sospecharse tal actividad, estaríamos ante una intromisión desproporcionada, pues **no se sospechan filtraciones a terceros, ni ataques a otras personas, que puedan redundar en perjuicio de la empresa.**

Por ello, en cuanto que la prueba se obtuvo a través de medios ilegítimos, contrarios al Art. 18 CE, no cabe estimar acreditada tal imputación.

SEXTO.- Resta por analizar lo referente al **acceso de Páginas Web de Internet**, en lo que tendremos que aplicar la doctrina constitucional antes reseñada.

En el caso de litis, se nos señala por el señor V. y se confirma por el perito, que el estudio de preanuncios de Acceso a Internet por parte de los trabajadores con autorización de acceso, el demandante realizó un 53% de las transferencias efectuadas, y cuatro veces superior al siguiente trabajador (el Director Financiero). Tal desproporción podría considerarse como una sospecha lógica de un uso abusivo, con pérdida de tiempo significativo de trabajo, y aun cuando desde el punto de vista disciplinario parece que debiera ser objeto de una advertencia previa a cualquier sanción, la investigación podría considerarse proporcionada y ser necesario e idóneo su control (al no existir otro medio para ello).

Ahora bien, el problema es que la imputación, tal y como se realiza en el Pliego de Cargos, causa una manifiesta indefensión, y así lo destacó el actor en su carta de descargo en el mentado Pliego (al que se remite la carta de despido) se habla de número de páginas visitadas, y minutos estimados utilizados para su visión, pero no de cuales fueren aquellas, al menos las mas visitadas que se estiman sin conexión con el trabajo (estimación que hace el Perito, experto en informática, que no en el trabajo profesional del actor), que, sin embargo, se detallan después en el Informe Pericial.

De haberse concretado las paginas que se consideran sin relación laboral, el actor podría defenderse, aportando las explicaciones o pruebas oportuna. Si olvidamos que se trata de <<realidad virtual>> y pensamos en nuestra propia realidad <<tangible>>, un trabajador podrá dar explicaciones de por qué al llegar al trabajo leyó los titulares de la prensa o la página bursátil, de por qué cuando iba a realizar gestiones entro en un determinado comercio, oficina o biblioteca y su conexión o no con el trabajo, y **consideraríamos indemnes para la buena fe contractual el pararse a mirar la cartelera del cine, saludar a un conocido o tomar un café, si ello no ha tenido una negativa repercusión en su rendimiento.**

De la lectura de los informes (y desechando los comentarios, hechos con evidente subjetividad) se observan múltiples conexiones de un minuto - lo que no permite saber si son conexiones aleatorias o premeditadas -, o si son errores de búsqueda - por preenvíos - , otras en cambio se prolongan tanto tiempo, que, como reconoció el Perito, pueden ser simples olvidos mientras se sigue trabajando, incluso con el propio Ordenador.

Si tenemos en cuenta que el trabajo del actor le obliga a conexiones o transferencias con páginas Web, tanto para su trabajo como Director de Calidad, como para el mantenimiento actualizado de la página Web de la empresa, este debe tener la oportunidad de poder probar que utilizo el sistema legítimamente o incluso que si en algún momento lo hizo para fines personales, el tiempo empleado o su objeto, resulta intrascendente a efectos disciplinarios. Pero no solo no se comunica, con cierta concreción, cuales son las páginas Web, que se consideran utilizadas en beneficio personal (y no cabe olvidar que el actor no puede comprobarlo pues esta fuera de la empresa desde la recepción del Pliego de Cargos), sino que ni siquiera en juicio se le hizo interrogatorio sobre las recogidas por el Perito; y es evidente que si la Pericial se extiende, no solo sobre la Seguridad del Sistema, sino sobre una interpretación de las páginas que se consideran no relacionadas con el trabajo, tal concreción, absolutamente necesaria para poder ser contradicha, estaba al alcance de la Empresa y como tal debió ser consignada en la carta de despido. Y al no haberlo hecho así, tal inconcreción en los hechos imputados, que impiden la aportación de prueba necesaria para alcanzar la tutela judicial efectiva, conlleva la declaración

de improcedencia del despido, de acuerdo con lo previsto en el Art. 55 aps. 1 y 4 del ET, con las consecuencias establecidas en el Art. 56 ET.

SÉPTIMO.- Para fijar tales consecuencias, debe resolverse la impugnación de la antigüedad hecha por la demandada, quien mantiene que debe computarse desde 1998, dado que con anterioridad era becario; pero tal condición finalizó en Febrero de 1997, firmando el actor contrato en prácticas el 1-3-1997, de fecha que el actor reclama en demanda como de iniciación de servicios, y a la que debemos atenernos para el cálculo de la cotización, al haberse prestado servicios desde entonces, sin solución de continuidad, dado que como señala la S. De 30-3-1999 (RJ 1999/4414) << el tiempo de servicio al que se refiere el Art. 56.1 del ET sobre la indemnización del despido improcedente debe computar todo el transcurso de la relación contractual del trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma >>, incluyendo los anteriores servicios al amparo de diferentes contratos incluso como señala la STS de 16-4-1999 (RJ 1999/4424) << de los que cabe, en principio, predicar la regularidad >>, y sin que ello obste el percibo de saldo – finiquito al término de alguna de las sucesivas contrataciones.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Por las razones precedentemente expuestas, en nombre del Rey y por la facultad conferida por el Pueblo Español.

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por don Ovidio F. B. declaro improcedente el despido de que fue objeto, condenando a la Empresa Compañía Española de Algas Marinas, SA (CEAMSA), a que en el plazo de cinco días opte ante este Juzgado, entre la readmisión del actor a su puesto de trabajo y el abono de una indemnización de 1.769.589 ptas., con pago, en todo caso, de los salarios dejados de percibir, a razón de 10.026 ptas., desde la fecha del despido hasta la notificación de esta Sentencia.

Se hace saber a las partes de su derecho para interponer contra esta resolución Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que podrán anunciar ante este Juzgado de lo Social en el plazo de cinco días a partir de la notificación, por comparecencia o por escrito.

Si la recurrente fuese la empresa demandada no se le admitirá sin la previa presentación de Justificante de haber consignado el importe de la indemnización y salarios de tramitación que deberá ingresar en el Banco Bilbao Vizcaya, c/ Urzaiz núm.... en la c/c número....., de este Juzgado de lo Social número tres, mas 25.000 ptas. De depósito especial que exige el artículo 189 – 1 de la Ley de Procedimiento Laboral, ambos ingresos deberán efectuarse por separado y en la misma c/c antes indicada.

Así por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día 29 de Abril de 2001 por la Ilma. Sra. Magistrada – Juez de lo social que la escribe en la Sala de Audiencia de este Juzgado doy fe.

AS 2001/2048

Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 2232/2001 **Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), de 27 de abril 2001**

Recurso de Suplicación núm. 563/2001

Jurisdicción : Social

Ponente: Ilma. Sra. D^a Mercedes Boronat Tormo

DESPIDO: comunicación al trabajador: requisitos: determinación; contenido: suficiente: conocimiento fehaciente por la trabajadora de los hechos imputados.

SENTENCIA: nulidad: por dejar imprejujada la cuestión de fondo.

El TSJ estima que el recurso interpuesto por la empresa demandada contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Alicante, de fecha 27-11-2000, dictada en autos promovidos en reclamación de despido, que es revocada en el sentido reseñado en la fundamentación jurídica.

En Valencia, a veintisiete de abril de dos mil uno.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana , compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados citados al margen, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA NUM. 2232 de 2001

En el Recurso de Suplicación núm 563/2001, interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2000, dictada por el Juzgado de lo Social núm 3 de Alicante, en los autos núm. 624/2000, seguidos sobre despido, a instancia de don Ignacio M. R., representado por la letrada doña Miriam J., contra el Fondo de Garantía Salarial, Esteve y Mañez Stone, SL, y Esmasa Mantenimiento, SL, representados por el letrado don Luis Miguel S. Y en los que son recurrentes los codemandados Esteve y Mañez Stone, SL y Esmasa Mantenimiento, SL, habiendo actuado como Ponente la Ilma. Sra. D^a Maria Mercedes Boronat Tormo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida de fecha 27 de noviembre de 2000 dice que en su parte dispositiva: << Fallo: Estimando la demanda rectora de autos promovida por Ignacio M. R. Frente a Esmasa Mantenimiento y Esteve y Mañez Stone, SL, en materia de despido, debo declarar y declaro el referido cese como improcedente, condenando, por ende, a ambas empresas codemandadas a que, en un plazo de cinco días, opten entre la readmisión del actor a su puesto de trabajo o el abono a este de la cantidad de 159.177 ptas. (ciento cincuenta y nueve mil ciento setenta y siete) pesetas en concepto de indemnización por tal despido, así como a que, en todo caso, abonen al actor los salarios de tramitación, desde la fecha del despido, el 5 de septiembre de 2000, hasta la fecha de la notificación de la presente sentencia >>.

SEGUNDO.- Que en las citadas sentencia y como los hechos probados se declaran los siguientes:

<< I.- El actor, don Ignacio M. R., titular del DNI núm...., de las demás circunstancias personales que figuran en el encabezamiento de su demanda, viene prestando servicios por cuenta y orden de las empresas codemandadas, Esmasa Mantenimiento, SL y Esteve y Mañez Stone, SL, con la categoría profesional de auxiliar Administrativo, antigüedad de 1 de Febrero

de 2000, y salario mensual de 176.863 ptas.,. Con inclusión del prorrateo de pagas extras docs. Nüm 4 a 12, y 14 de los aportados por la parte actora.

II.- Las referidas mercantiles constituyen un grupo de empresas, suscribiendo el actor un contrato de trabajo de duración determinada eventual, por la acumulación de tareas, el 1 de febrero de 2000 al 16 de Julio de 2000, tras ser prorrogado dicho contrato y posteriormente, y sin solución de continuidad, celebro otro contrato de trabajo con la empresa Esteve y Mañez Stone, SL. Ambas codemandadas tienen los mismo socios, idéntico domicilio, es decir, el sitio en Novelda, Autovía Madrid – Alicante...., y el mismo objeto social, dedicándose a la actividad de Mármol, granito y piedra, siendo de aplicación el Convenio Colectivo de ámbito provincial de Mármoles, Granito y Piedra – docs. núms.. 5,13 y 14 de los aportados por la parte actora -. El actor, con independencia de con que empresa de las precitadas tuviese firmado contrato de trabajo en cada momento, siempre ha tenido el mismo centro de trabajo, y la misma mesa, las mismas funciones, el mismo ordenador, los mismos compañeros de trabajo, y la misma persona que le daba órdenes.

III.- El actor fue despedido, con fecha de efecto de 5 de septiembre de 2000, mediante carta datada en tal fecha, y en la que se refleja como emisor la empresa codemandada Esteve y Mañez Stone, SL, señalándose en la misma como motivo de tal decisión el “haber utilizado sin permiso y para usos propios el correo electrónico, habiéndose reincidido en la comisión de falta grave”. La mentada misiva obra en el documento núm. 1 de los del ramo de prueba de la parte actora, dándose aquí por reproducida en su integridad, en aras a la economía procesal.

IV.- Posteriormente el **4 de Octubre de 2000, la antedicha empresa Esteve y Mañez Stone, SL, reemitió al actor una carta, datada ese mismo día, en la que se manifestaba que era una ampliación, aclaración, y detalle de la precitada de fecha 5 de septiembre de 2000, haciéndose constar que el actor uso para fines particulares el pasado 22 de Agosto de 2000, durante su jornada de trabajo “el ordenador que tiene en su puesto de trabajo para enviar” un correo electrónico a una dirección que no tiene relación con la meritada empresa codemandada, añadiendo que “su conducta es reincidente, habiendo sido sancionado en dos ocasiones anteriores”, y adjuntando un mensaje que el actor ha enviado por correo electrónico valiéndose de su puesto de trabajo.** La copia de la referida carta de 4 de octubre de 1999 como la del citado correo electrónico constan en el documento núm. 2 tanto de los aportados por la parte actora, como por la parte demandada, dándose aquí por reproducido el contenido de tal carta y del referido correo electrónico en su integridad, en aras a la economía procesal. **El actor envió el citado correo electrónico desde el ordenador de su oficina y en horas de trabajo.**

V.- **En Julio y Agosto de 2000 la empresa Esteve y Mañez Stone, SL, Sanciono al actor, le amonestó, imputándole la comisión de falta muy grave, y grave, respectivamente, por haber utilizado el correo electrónico de dicha empresa para fines particulares – testifical y docs. 7 a 14 y 19 23 de los aportados por la parte demandada - .**

VI.- El mentado Convenio Colectivo de Mármoles, Piedras y Granitos de Alicante, en su artículo 30, se remite, en lo atinente a faltas y sanciones, “a lo dispuesto en los artículos 100 a 105 del Convenio General del Sector de la Construcción”- doc. Núm 30 de los aportados por la parte demandada -.

VII.- El actor no ostentaba en el momento del despido ni en el año anterior a este, la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

VIII.- Instado el preceptivo acto de conciliación, este fue celebrado ante el SMAC el 6 de octubre de 2000, concluyendo con el resultado de “Sin Avenencia”. La correspondiente papeleta de conciliación fue presentada por el hoy actor en el SMAC con fecha 22 de Septiembre de 1999 >>.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte codemandada Esteve y Mañez Stone, SL y Esmasa Mantenimiento, SL. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia que ha declarado la improcedencia del despido del actor, motivada la misma por la infracción de lo dispuesto en el Art. 55.2 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995/997), recurren las empresas al amparo de dos motivos con los que pretenden revisar los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, en concreto el hecho cuarto, y de un único motivo basado en el apartado c) del Art. 191 de la LPL (RCL 1995/1144 y 1563) con el que denuncia la infracción del artículo 55.2 y 55.1 del Estatuto de los Trabajadores.

En relación con el hecho Cuarto, se solicita que se suprima la palabra <<ampliación>> referida a la segunda de las cartas remitida al trabajador, ello en base al contenido de la misma, donde no consta que su contenido sea ampliatorio sino meramente aclaratorio de la anterior; también se solicita que al mismo hecho se añada el siguiente texto <<estando prohibido por la empresa el hacer uso del mismo para fines particulares>>, lo que se pretende en base a la documental obrante a los folios 101, 107, 114 y 118. La anterior revisión no procede al resultar irrelevante al resultado del presente recurso, pues ni la expresión ampliación afecta a la calificación jurídica que resulte respecto a la procedencia de la aplicación del Art. 55.2 citado, ya que el mismo hace referencia a la subsanación de defectos formales, cuya valoración no viene dada por el uso del término que se pretende suprimir, ni cabe añadir mención alguna respecto a la consideración de la conducta del actor como prohibida, pues es evidente que de la propia sentencia se desprende la aceptación de la expresa prohibición empresarial de hacer uso del correo electrónico para fines ajenos a los estrictamente laborales.

SEGUNDO.- Respecto a la denuncia del derecho aplicado, entiende dicha parte recurrente que no resultan aplicables los preceptos citados ya que no es lo mismo la subsanación o corrección de defectos formales a que la norma se refiere y la aclaración realizada en el presente supuesto por la empresa, ya que dicha aclaración no resultaba necesaria al contener la carta notificada el día 5 de septiembre de 2000 todos los requisitos formales exigidos por el Art. 55.1 del ET, sin que la posterior introdujera innovación alguna al motivo de despido ya notificado.

A los efectos de situar el caso concreto planteado es necesario mencionar que la cronología de los hechos que motivan la discusión sobre si es o no aplicable el Art. 52.2 ha sido la siguiente: << Con efectos del día de hoy le comunicamos que procedemos a su despido disciplinario, medida esta que se adopta como consecuencia de su reincidencia en la comisión de falta laboral. Dicho despido viene motivado por haber utilizado sin permiso y para usos propios el correo electrónico, habiendo reincidido en la comisión de falta grave. Ponemos a su disposición, a partir de este momento, en las oficinas de esta empresa, la liquidación, saldo y finiquito correspondiente a la extinción de su contrato de trabajo >>; Posteriormente, dos días antes de la celebración del acto de conciliación, el 4 de octubre, se remite nueva carta que dice ser una aclaración y detalle de la anterior, que añade como novedoso a la misma el dato del día 22 de Agosto como fecha de remisión de un mensaje no autorizado, así como el texto del mensaje y su destinatario.

Pues bien, para conocer si resulta aplicable o no el Art. 55.2 es preciso señalar primero si concurren en este supuesto los presupuestos establecidos en el párrafo anterior para considerar si

la primera de las cartas remitidas era suficiente y cumplir los requisitos de contenido y forma exigidos por la norma. En este sentido tal y como ha venido estableciendo el TS en reiteración del pronunciamiento realizado en fecha 26-7-1988 (RJ 1988/6238) (6720/1988), <<lo único que el art.55.1, ET exige es que el despido sea notificado por escrito y que se hagan constar los hechos que los motivan y la fecha en que tendrán efecto. Mas, por lo que a los hechos motivadores del despido se refiere, es constante la jurisprudencia en el sentido de que basta con que la descripción de esos hechos sea clara y suficiente para que el trabajador pueda preparar convenientemente su defensa, sin que sea precisa una pormenorización que en ocasiones ni siquiera resulta posible>>; y dicha doctrina, seguida y ampliada por las sentencias de fecha 22 de octubre de 1990 (RJ 1997/3584), 13 de diciembre del mismo año (RJ 1990/9780), y 28 de abril de 1997 (RJ 1997/3584), vienen a señalar que dichos requisitos de claridad y precisión no se cumplen cuando la aludida comunicación solo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente la defensa que pueda realizar el trabajador en juicio y atentan al principio de igualdad de partes al constituir en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador.

A juicio de esta Sala aparece aquí, en la primera de las comunicaciones remitidas al trabajador, la descripción de una conducta que se estima clara y suficiente de los hechos motivadores del despido, máxime cuando consta y se le expresa, no solo que la conducta sancionada es la consistente en el uso no autorizado del correo electrónico de la empresa, sino el dato, obviamente conocido por el trabajador, de haber sido sancionado anteriormente por los mismos hechos, descripción que aparece suficiente y susceptible de propiciar la oportuna defensa del trabajador, pues ni el dato de la fecha de remisión del correo ni su texto, por suficientemente conocidos por el trabajador, constituyen datos necesarios de aportación previa empresarial, para la correcta defensa del mismo.

La facultad limitada de subsanación o corrección de los defectos formales del acto de despido que el Art. 55.2 del ET (y en su caso el Art. 110.4 LPL) reconoce al empresario, esta prevista para el supuesto en que tal subsanación de los efectos formales del despido inicial se lleve a cabo en la situación jurídica creada por un despido incorrectamente formalizado (o en la situación jurídica creada por una sentencia que califica a un despido como improcedente por defecto de forma en el supuesto legal del Art. 110.4 de la LPL), por lo que resultará inaplicable cuando la primera de las comunicaciones es por sí misma suficiente para la aportación de los datos en los que se basa la extinción unilateral de la relación laboral. Y al estar en el presente supuesto, resultaba innecesaria la segunda de las comunicaciones remitidas, que en modo alguno puede considerarse como subsanatoria de defectos formales, por lo que procederá la revocación de la sentencia de las instancia. Respecto a las consecuencias que debe conllevar la admisión del recurso, y dado que la sentencia no ha entrado con profundidad a conocer de los hechos imputados al trabajador, su gravedad, inclusión en los preceptos sancionadores y circunstancias concurrentes que permitan su adecuada calificación, deberá declararse la nulidad de la sentencia, a fin de no sustituir esta Sala el criterio del juzgador de la instancia, ante el cual se realizaron las pruebas en acto de juicio, para que, partiendo de la corrección de la carta de despido, se pronuncie sobre su procedencia o improcedencia .

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de las empresas Esmasa Mantenimiento, SL y Esteve Mañez Stone, SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de la Social Número tres de Alicante, de fecha 27 de noviembre de dos mil, en virtud de demanda presentada a instancia del trabajador don Ignacio M. R., contra las mismas; y, en consecuencia,

estimando que la carta de despido reunía los requisitos formales legalmente previstos, se declara la nulidad de la sentencia de instancia, con la finalidad de que el juzgador de la instancia dicte nueva resolución por la que se pronuncie sobre la calificación que procede dar a dicha decisión empresarial.

Devuélvanse las cantidades consignadas y el deposito constituido para recurrir.

La presente sentencia, que se notificara a las partes y al Ministerio Fiscal, no es firme; pónganse certificación literal de la misma en el rollo que se archivara en este Tribunal y también en los autos, que se devolverán al Juzgado de procedencia tan pronto adquiriera firmeza para su ejecución.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido leída en audiencia publica por el/la Ilmo/a Sr./Sra. Magistrado/a Ponente que en ella consta en el día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DE LA INSPECCION DEL TRABAJO.

ORD.: N° 4583/223

MATERIA= Contrato individual Legalidad de cláusula Naturaleza de los servicios Polifuncionalidad.

Contrato individual Legalidad de cláusula Sistema de turnos.

RESUMEN DE DICTAMEN= 1) No resulta ajustado a derecho estipular en la modificación de los contratos individuales de trabajo de los dependientes de la División El Teniente de Codelco Chile, adscritos a la Superintendencia General de Operaciones Mina, que los servicios que prestarán serán genéricos y acumulativos, bajo un criterio de polifuncionalidad, dado que no se precisa las labores o funciones específicas que deben cumplir, y si además, su determinación queda sujeta al arbitrio del empleador; 2) Asimismo, no se conforma a derecho que en la modificación de los referidos contratos se establezca que el trabajador laborará en cualquiera de los sistemas de turnos según distribución que haga la empresa, de acuerdo a las disposiciones del Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad, puesto que su determinación, queda sujeta sólo al arbitrio de una de las partes.

ANTECEDENTES DEL DICTAMEN= 1) Presentación de 31.03.95, de don Julio Jalil Gómez, Presidente Sindicato de Trabajadores N° 7, División El Teniente Codelco Chile; 2) Presentación de 04.04.95, de don Raúl Montes de Oca Cordero, Director Sindicato Profesional Sewell y Mina N° 3, División El Teniente Codelco Chile.

FUENTES LEGALES= Código del Trabajo, art. 10 N° 3; 10 N° 5; 154, N° 1, y 156, inciso primero; Código Civil, art. 1545, y 1546.

CONCORDANCIAS DEL DICTAMEN= Dictámenes Ords. N°s. 2.789-132 de 05.05.95; 916-39, de 07.02.95 y 4.510-214, de 05.08.94.

FECHA DE EMISION= 24/07/1995

DICTAMEN=

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

A : SEÑOR RAUL MONTES DE OCA CORDERO DIRECTOR SINDICATO PROFESIONAL SEWELL Y MINA N° 3 DIVISION EL TENIENTE CODELCO CHILE

Mediante presentaciones del Antecedente 1) y 2), se solicita un pronunciamiento de esta Dirección acerca de si resulta procedente que en modificaciones a los contratos individuales de los trabajadores de la División El Teniente de Codelco Chile, se establezca que los servicios que prestarán a la Empresa serán genéricos y acumulativos, entendiéndose en un criterio de polifuncionalidad, y que deberán hacerlo en cualquiera de los sistemas de turnos, según distribución que haga la Empresa, ateniéndose exclusivamente a lo que disponga el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad.

Sobre el particular, cúpleme informar a Uds. lo siguiente:

1) En cuanto a la primera parte de la consulta, de pactar prestación de servicios genéricos, acumulativos, bajo un criterio de polifuncionalidad, el artículo 10, N° 3, del Código del Trabajo, dispone:

" El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las " siguientes estipulaciones:

" 3°. determinación de la naturaleza de los servicios y del " lugar o ciudad en que hayan de prestarse".

Del precepto legal precedentemente transcrito fluye que el contrato de trabajo, entre otras menciones obligatorias, debe especificar la naturaleza de los servicios a prestarse.

Ahora bien, la determinación de la naturaleza de los servicios debe ser entendida, a juicio de esta Dirección, en orden a establecer o consignar de forma clara y precisa el trabajo específico para el cual ha sido contratado el dependiente.

En otros términos, el legislador exige conocer con exactitud y sin lugar a dudas la labor o servicio que el dependiente se obliga a efectuar para el respectivo empleador, sin que ello importe pormenorizar todas las tareas que involucran los servicios contratados, puesto que de acuerdo con el artículo 1546 del Código Civil, todo contrato debe ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre le pertenecen.

De consiguiente, la determinación de la naturaleza de los servicios exigida por el artículo 10, N° 3, del Código del Trabajo, entre las estipulaciones mínimas de un contrato de trabajo, significa establecer clara y precisamente las labores concretas para las cuales ha sido contratado el trabajador, sin que sea necesario, pormenorizar todas y cada una de las tareas y aspectos que involucra la ejecución de tales labores.

Lo expuesto en acápites que anteceden se encuentra en armonía con la reiterada doctrina de este Servicio contenida, entre otros, en dictámenes N°s. 2.789-132, de 05.05.95; 4.510-214, de 05.08.94 y 916-39, de 07.02.95.

En relación con la materia, es necesario tener presente que la finalidad o intención del legislador al obligar a las partes a determinar en el contrato de trabajo la naturaleza de los servicios fue, conforme lo ha reiterado la doctrina de esta Institución, la de dar certeza y seguridad a la relación laboral respectiva, puesto que, a través de esta exigencia, el dependiente conoce la labor específica que debe cumplir, y el empleador los servicios que le requerirá, propósito éste que se cumple si la determinación de los mismos se hace en los términos concretos señalados precedentemente.

Ahora bien, la modificación del contrato individual de trabajo en la cual se basa la consulta, en su cláusula tercera, expresa:

" "El Trabajador" declara que al suscribir esta modificación " de contrato de trabajo, acepta expresamente que los " servicios que prestará a la Empresa serán genéricos y " acumulativos, entendiéndose en un criterio de " polifuncionalidad.

" Lo anterior significa que cada vez que "El Trabajador" sea " ascendido o promovido, se entenderá que acumulará a sus " actuales funciones las nuevas que se le asignen, sin que " unas reemplacen a las otras, estando disponible para cumplir " la totalidad de ellas".

De la cláusula antes citada se desprende que los servicios a los cuales se obliga el trabajador serán genéricos y acumulativos, dentro de un criterio de polifuncionalidad, de modo tal que en caso de ascenso o promoción la nuevas funciones que se le asignen se acumularán a las anteriores, sin reemplazarlas, encontrándose disponible para cumplir cualquiera o la totalidad de ellas.

Analizado lo antes expuesto, a la luz de la disposición legal en comento, es posible derivar que en la especie no resulta factible entender satisfecha la exigencia legal de precisar en el contrato la naturaleza de los servicios, si justamente se establece que ellos serán genéricos, e incluso que, a los que desempeñe o haya desempeñado el trabajador se acumularán los que se le asignen, acorde con una polifuncionalidad de labores, con lo cual en el hecho no se está fijando o precisando servicio alguno que el trabajador deba realizar como objeto de su obligación.

Todavía más, tampoco resulta conforme a derecho, por no guardar relación con la certeza que las funciones deben involucrar para el trabajador, que su realización quede sujeta a la decisión privativa de la empleadora, en orden a determinar cual de todas las labores que se han acumulado corresponderá efectuar al trabajador, lo que conlleva dejar a la voluntad de una sola de las partes la determinación de las funciones a realizar, su oportunidad, y características, alterándose la necesaria consensualidad del contrato de trabajo.

En efecto, al respecto, la doctrina de esta Dirección ha señalado, en dictamen Ord. 4.510-214, de 05.08.94, entre otros, que "preciso es considerar que estas disposiciones obedecen a " la intención del legislador de que el dependiente conozca " con certeza el o los servicios que deberá prestar, en " términos que se evite que en este aspecto quede sujeto al " arbitrio del empleador".

Lo anterior se traduce en la improcedencia de estipular cláusulas amplias, que faculten al empleador para fijar a su arbitrio la labor que debe realizar el dependiente, de entre todas aquellas que sin determinación alguna deben entenderse bajo la expresión "polifuncionalidad".

De esta manera, entonces, la cláusula en análisis no se encuentra ajustada a derecho, por cuanto no determina en forma unívoca y clara los trabajos específicos para los cuales se ha contratado al dependiente, y aún más al establecer implícitamente alternativas cuya definición sólo queda entregada al empleador al momento de la ejecución de los servicios.

Cabe agregar, a mayor abundamiento, que lo expresado en sin perjuicio de que en el contrato se pueda especificar dos o más funciones que deba realizar el trabajador, tengan o nó relación entre sí, con tal de que se encuentran debidamente determinadas, lo que como se ha señalado no se logra en el presente caso a través de una "polifuncionalidad" genérica como la analizada.

2) Respecto de la segunda parte de la consulta, relativa a que el trabajador deberá laborar en cualquiera de los sistemas de turnos según distribución que haga la Empresa, rigiéndose exclusivamente por el Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad, cabe señalar que el artículo 10 N° 5, del Código del Trabajo, dispone:

" El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las " siguientes estipulaciones:

" 5) duración y distribución de la jornada de trabajo, salvo " que en la empresa existiere el sistema de trabajo por " turno, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el " reglamento interno".

A su vez, el artículo 5° del texto legal en comento, en su inciso segundo, expresa:

" Los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán " ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas " materias en que las partes hayan podido convenir " libremente".

De los preceptos legales transcritos y de acuerdo con la doctrina uniforme de este Servicio se colige que la duración y distribución de la jornada de trabajo constituyen cláusulas mínimas del contrato de trabajo, las que como tales no pueden ser modificadas o suprimidas sino por consentimiento mutuo de las mismas partes.

Corroborando lo anterior el precepto del artículo 1545 del Código Civil que prescribe:

" Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los " contratantes, y no puede ser invalidado sino por su " consentimiento mutuo o por causas legales".

De la norma legal preinserta se infiere igualmente que las cláusulas de todo contrato legalmente celebrado son jurídicamente obligatorias y no pueden ser invalidadas o modificadas sino por mutuo consentimiento o por causas legales.

Conforme a lo expuesto anteriormente, cabe concluir que el empleador no se encuentra facultado para modificar en forma unilateral o por su sola voluntad la jornada pactada en los respectivos contratos de trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente que en el evento de que en la empresa de que se trata existiera un sistema de trabajo por turnos, las horas en que empieza y termina el trabajo deben contemplarse en el reglamento interno.

En efecto, el legislador, en virtud de lo dispuesto en la parte final del citado artículo 10 N° 5, ha permitido, en forma excepcional que una cláusula mínima del contrato de trabajo, cual es la relativa a la duración y distribución de la jornada de trabajo, sea omitida en el supuesto que en la empresa exista un sistema de trabajo por turnos, y que éstos se encuentren establecidos en el respectivo reglamento interno.

Así también lo establece el artículo 154 N° 1 del Código del Trabajo, que al efecto preceptúa:

" 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".

Ahora bien, si conforme a lo precedentemente expuesto el horario de entrada y salida del trabajo y el sistema de turno se encuentran en la especie especificados en el reglamento interno, posible resulta convenir que su modificación estará condicionada al cumplimiento previo, por parte del empleador, de las disposiciones que se contienen en el inciso 1° del artículo 156 del Código del Trabajo, que al efecto, dispone:

" Los reglamentos internos y sus modificaciones deberán " ponerse en conocimiento de los trabajadores treinta días " antes de la fecha en que comiencen a regir, y fijarse, a lo " menos, en dos sitios visibles del lugar de las faenas con la " misma anticipación. Deberá también entregarse una copia a " los sindicatos, al delegado del personal y a los Comités " Paritarios existentes en la empresa".

Conforme a la norma transcrita es dable concluir que no existe inconveniente legal para que el empleador modifique las disposiciones contenidas en el reglamento interno, relativas a la jornada de trabajo, siempre que éste ponga en conocimiento de los trabajadores tales modificaciones con treinta días de anticipación contados desde la fecha en que comiencen a regir y las fijare en dos sitios visibles, a lo menos, del lugar de las faenas con la misma antelación.

Ahora bien, en la especie, cabe señalar que la cláusula segunda de la modificación del contrato individual de los trabajadores de la Superintendencia General Operaciones Mina, de la División El Teniente, de Codelco Chile, establece:

" El "Trabajador" acepta que mientras preste servicios a la " División El Teniente, deberá desempeñarse en cualquiera de " los sistemas de turnos, de acuerdo a la distribución que " haga la Empresa según sus necesidades operacionales, " ateniéndose exclusivamente a la disposiciones del " Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, el que " los contratantes declaran que se entiende formar parte " integrante del contrato individual del Trabajador".

De la cláusula contractual antes citada se desprende que el trabajador contrae la obligación de desempeñarse en cualquiera de los sistemas de turnos, según lo disponga la empresa , atendidas sus necesidades, y de acuerdo exclusivamente a lo que prescriba el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, pactando que éste pasará a formar parte del contrato individual de trabajo.

Al respecto, y sin perjuicio de lo expuesto en párrafos anteriores, en orden a que toda modificación de la jornada de trabajo estipulada en los contratos individuales requiere el acuerdo de ambas partes, o cumplirse las condiciones necesarias para modificar el Reglamento Interno en caso de turnos, corresponde señalar que la cláusula del contrato precedentemente citada no se conforma a derecho, puesto que de su tenor se colige que la empresa, unilateralmente, dispondrá cual sistema de turnos debe desempeñar el trabajador, aún cuando se trate de los que señale el Reglamento Interno sobre el particular, disposición con la cual no se observa la necesaria consensualidad que debe imperar entre el empleador y el trabajador, para la determinación de la jornada laboral, dado que ella se deja sujeta al sólo arbitrio de la empleadora.

Por otra parte, la misma estipulación en comento no se conforma a la finalidad e intención que tuvo en vista el legislador al obligar a las partes a determinar la jornada de trabajo, cual es, la de

dar certeza y seguridad a la relación laboral, puesto que, a través de esta estipulación, el trabajador podrá conocer debidamente y con antelación la jornada específica que deberá cumplir. Por las razones anteriores, es posible concluir que la cláusula segunda de la modificación de los contratos individuales de los trabajadores de la División El Teniente, de Codelco Chile, adscritos a la Superintendencia General de Operaciones Mina, no se conforma a derecho.

En consecuencia, atendido lo expuesto y disposiciones legales citadas, cúmplame informar a Uds.

1) No resulta ajustado a derecho estipular en la modificación de los contratos individuales de trabajo de los dependientes de la División El Teniente de Codelco Chile, adscritos a la Superintendencia General de Operaciones Mina, que los servicios que prestarán serán genéricos y acumulativos, bajo un criterio de polifuncionalidad, dado que no se precisa las labores o funciones específicas que deben cumplir, y si además, su determinación queda sujeta al arbitrio del empleador; 2) Asimismo, no se conforma a derecho que en la modificación de los referidos contratos se establezca que el trabajador laborará en cualquiera de los sistemas de turnos según distribución que haga la empresa, de acuerdo a las disposiciones del Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad, dado que su determinación, queda sujeta sólo al arbitrio de una de las partes.

Saluda a Uds.,

MARIA ESTER FERES NAZARALA
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO

ORD. N° 2060/176

MAT.: Revisión del personal. Revisión del personal.

RDIC.: No resulta jurídicamente procedente que la empresa Prosegur Ltda. ante el evento de producirse una situación anómala de tipo delictual, pueda exigir a su dotación de trabajadores someterse a la medida de revisión corporal y de sus efectos personales, por cuanto dicha exigencia reviste un carácter investigador y prepolicial que vulnera la garantía constitucional del respeto a la honra y dignidad del trabajador.

ANT.: 1) Pase N° 926, de 03.05.2000, de Sra. Directora del Trabajo; 2) Presentación de 27.04.2000, de Sr. Jefe Departamento de Seguridad de Empresa Prosegur Ltda.

FUENTES: Constitución Política de la República, arts. 19 N° 1, 4, 9 y 24. Código del Trabajo, arts. 149 y siguientes.

CONCORDANCIAS: Ords. N°s 287/14, de 11.01.96; 4842/300, de 15.-09.93; 4440, de 06.09.84; 252-/15, de 13.-01.88; 7572/255, de 15.11.91; y 4958, de 28.-08.92.

SANTIAGO, 22 DE MAYO DEL 2000

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SR. EDUARDO MOLINA BALDECCHI
JEFE DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD
EMPRESA PROSEGUR LTDA.
LOS GOBELINOS 2567
RENCA
SANTIAGO/

Mediante presentación citada en el antecedente se solicita un pronunciamiento de este Servicio, respecto de la procedencia de exigir a los funcionarios de dotación de la Empresa Prosegur Ltda., la revisión corporal y de sus efectos personales, tales como bolsos, mochilas, carteras, paquetes, etc. que en esos momentos portan, en el evento de producirse un siniestro interno de tipo delictual.

Sobre el particular cumpla con señalar a Ud. que la reiterada y uniforme doctrina de la Dirección del Trabajo, contenida entre otros en Ords. N°s 4842/300, de 15.09.93; 4440, de 06.0.84; 252/15, de 13.01.88; 7572/255, de 15.11.91 y 4958, de 28.08.92, ha sostenido que tanto la revisión de los efectos personales como la inspección corporal de los trabajadores pueden atentar contra su honra y dignidad, toda vez que con ello es posible infringir el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, que en su inciso 1° 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".

De los mismos dictámenes citados se colige que, por existir también otros derechos del mismo rango constitucional de igual e incluso superior jerarquía, que podrían verse eventualmente lesionados, resulta legítimo que el empleador pueda adoptar determinadas medidas preventivas de resguardo y control.

En efecto, de una oportuna prevención puede derivar una eficaz protección de valores trascendentes, tales como los implícitos en el derecho a la vida e integridad física de las personas, derecho a la salud y el derecho de propiedad, consagrados en los N°s 1, 9 y 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, los que, sin duda, requieren de medidas tutelares para asegurar su pleno ejercicio.

En base a lo anteriormente expuesto, se ha estimado que existe justificación legal para que las empresas adopten medidas de revisión, siempre que estén destinadas a evitar que se atente contra los derechos ya enunciados, y que su práctica no viole o atente contra otros derechos, como serían la honra y dignidad de las personas.

Por otra parte, es necesario tener presente que la ley no establece limitante específica respecto de dichas medidas, de modo que el ámbito de su ejercicio se encuentra sujeto a las normas insertas en el ordenamiento jurídico general.

Justamente, a fin de vincular tales medidas al ordenamiento jurídico laboral, este Servicio ha sostenido también que si las medidas de prevención del empleador imponen determinadas obligaciones y prohibiciones a las que deben sujetarse los trabajadores dentro de las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento, ellas deberán ser materia del Reglamento Interno, de acuerdo a lo establecido en los artículos 149 y siguientes del Código del Trabajo.

Luego, el empleador no se encuentra legalmente facultado, al margen del Reglamento Interno, para imponer por sí y ante sí, determinados sistemas obligatorios de control a sus dependientes, que signifiquen revisión de las personas, de sus efectos privados o de sus casilleros. Sí tiene el derecho de adoptar medidas de prevención que no atenten contra la dignidad y honra de los trabajadores, debiendo en tal caso incorporar las obligaciones y prohibiciones en que dichas medidas se traduzcan, en el respectivo Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad, ya que así lo disponen los antes mencionados artículos 149 y siguientes del Código del Trabajo.

Tras todo lo señalado, en la especie, resultará lícito que el empleador incorpore las medidas de control y revisión por él planteadas en el Reglamento Interno de la empresa, en el contexto de las consideraciones que a continuación se formulan:

Es necesario que tales medidas se integren en sistemas que sean compatibles con el respeto de la honra y dignidad de los trabajadores y en función de este objetivo se requiere que los sistemas de prevención sean técnicos y despersonalizados, y que por ende se apliquen mediante mecanismos automáticos o de sorteo, que eviten que su operación o funcionamiento se produzca frente a presunciones de actos o conductas ilícitas concretas.

Abundando en lo expuesto, cabe consignar que los sistemas de control o revisión sólo pueden tener un carácter preventivo y no investigador o prepolicial, como sería, por ejemplo si se aplicara frente a determinadas personas o situaciones sospechosas, o ante casos que fueran de elección del empleador a su arbitrio.

En concordancia con lo expuesto, las medidas propuestas por la consultante, deben incorporar elementos que reflejen los criterios ya señalados, como podrían ser, a modo de ejemplo, algo semejante a que el sistema de control de portería seleccionara las personas a revisar, en los días en que se disponga la medida, mediante algún mecanismo electrónico o por alguna forma de sorteo.

En todo caso, la revisión misma deberá hacerse en un lugar cerrado anexo a la portería, y si se trata de una mujer trabajadora, en presencia de otra trabajadora vinculada a la empresa.

Otra modalidad podría consistir en un sistema de revisión de bolsos y paquetes a través de una máquina detectora de metales.

Los ejemplos anteriores sin embargo, no deben llevar a la confusión de establecer a través de estas medidas o mecanismos de revisión y control de carácter investigador o prepolicial que requieren de mecanismos técnicos y despersonalizados.

Por el contrario, las posibles medidas o mecanismos de control, según ya se expresara deberán ser de carácter preventivo, no resultando en consecuencia posible que su operación o funcionamiento se produzca frente a presunciones de actos o conductas ilícitas concretas, por cuanto se convertirían en medidas de carácter prepolicial que colisionaría con el respeto a la honra y dignidad de los trabajadores.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, consideraciones formuladas y jurisprudencia administrativa consultada cumpla con informar a Ud. que no resulta jurídicamente procedente que la empresa Prosegur Ltda. ante el evento de producirse una situación anómala de tipo delictual, pueda exigir a su dotación de trabajadores someterse a la medida de revisión corporal y de sus efectos personales, por cuanto dicha exigencia reviste un carácter investigador y prepolicial que vulnera la garantía constitucional del respeto a la honra y dignidad del trabajador.

Saluda a Ud.,

MARIA ESTER FERES NAZARALA
ABOGADO

ORD. N° 195/8

MATE: Facultades de Administración. Cláusula Tácita. Facultades de Administración. Mecanismo de Control

RDIC: En principio, el sistema propuesto por la empresa solicitante cumpliría con el objetivo de mantener a salvaguardas las garantías constitucionales que podrían eventualmente verse menoscabadas con la implementación de un sistema de vigilancia por cámaras de televisión, siempre y cuando se cumpla con los demás requisitos exigidos en la ley y señalados en el cuerpo del presente escrito, especialmente lo referido a su incorporación al reglamento interno de orden, higiene y seguridad.

ANT.: Presentación de la empresa Evercrisp S.A., de 22.08.2001.

FUENTES: Artículo 154 del Código del Trabajo.

SANTIAGO, 17.01.2002

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SEÑOR JULIO CESAR JUSTO MEDINA

DIRECTOR DE RECURSOS HUMANOS

EMPRESA EVERCRISP SNACK PRODUCTOS DE CHILE S.A.

AVDA. LOS CERRILLOS N° 999

COMUNA DE CERRILLOS/

Se ha solicitado a este Servicio un pronunciamiento jurídico acerca de la posibilidad del empleador de instalar un sistema de circuito cerrado de televisión al interior de la empresa, con el objetivo expreso de "detectar eventuales anomalías o atentados contra la propiedad y contra la seguridad y salubridad de los trabajadores", según lo señala expresamente la solicitud de la empresa citada.

Al respecto cumpla con informar a Ud. lo siguiente:

Este Servicio ha señalado, en una línea de jurisprudencia administrativa uniforme, que la ley reconoce la facultad del empleador de implementar mecanismos de control de los trabajadores fundada en la "debida facultad del empleador de dirigir y disciplinar la actividad laborativa", pero "con el respeto a los derechos subjetivos públicos que reconoce la Constitución" (dictamen N° 8273/335, de 1995).

Precisamente, sobre la base de la idea recién expuesta, nuestro legislador ha venido en explicitar el especial equilibrio entre los derechos fundamentales del trabajador y el poder de mando del empleador, señalando el nuevo texto del artículo 5° inciso primero que:

"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 partir de este precepto genérico, que importa el pleno reconocimiento legal de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, derivado del "principio de vinculación constitucional", según el cual, las garantías constitucionales son plenamente exigibles en las relaciones entre particulares, incluidas las de carácter laboral, el legislador ha venido a regular legalmente algunas de las manifestaciones propias del citado poder de mando, como ocurre con la situación prevista en el artículo 154 del Código del Trabajo, que señala que "toda medida de control, sólo

podrá 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".

De la lectura de la nueva redacción del artículo 154 del Código del Trabajo, es posible reconocer dos ideas fundamentales, por una parte, la explicitación del poder de control de los trabajadores por parte del empleador, como una de las manifestaciones fundamentales del poder jurídico de mando, y por otro lado, la limitación de dicha facultad, mediante el cumplimiento de ciertos requisitos, que tienen por objeto último garantizar la dignidad del trabajador y sus derechos fundamentales.

Dichos requisitos son, según la propia jurisprudencia administrativa recogida hoy en el texto legal, los siguientes (dictamen N° 8273/335, de 1995):

"a) Las medidas de revisión y control de las personas, de sus efectos privados o de sus casilleros, al importar un límite a la privacidad de las personas, debe necesariamente incorporarse en el texto normativo que la ley establece para el efecto, esto es, Reglamento Interno de Higiene y Seguridad de la empresa, dictado en conformidad a la ley.

"b) Las medidas de revisión y control deben ser idóneas a los objetivos perseguidos como son el mantenimiento del orden, la higiene y la seguridad de la persona y sus trabajadores, no debiendo importar actos ilegales o arbitrarios por parte del empleador, según lo señala la Constitución en su artículo 20, como por ejemplo, la selección discrecional de las personas a revisar o la implementación de medidas extrañas e inconducentes a los objetivos ya señalados.

"c) Las medidas, además, no deben tener un carácter prepolicial, investigador o represivo frente a supuestos o presuntos hechos ilícitos dentro de la empresa, sino un carácter puramente preventivo y despersonalizado, siendo requisito "sine qua non" para la legalidad de estas medidas de revisión y control, que sean operadas a través de un mecanismo o sistema de selección, cuyas características fundamentales son la universalidad y la despersonalización de las revisiones".

De este modo, y para el caso específico de un sistema televisivo de vigilancia, la exigencia del legislador son las señaladas para todo mecanismo de control de trabajadores, esto es:

Debe estar contemplado en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la empresa dictado en conformidad a la ley.

Su operación no debe significar la vigilancia exclusiva de un trabajador, sino la de la empresa en su conjunto o de una unidad o sección dentro de ella.

Se debe respetar las garantías de los trabajadores, en este caso, en especial la referida a la intimidad de los mismos, no pudiendo el sistema de televisión cerrado instalado en la empresa, importar el control de vestuarios o lugares destinados al cambio de ropa de los trabajadores, o en baños, ni en las puertas de acceso o salida a los lugares recién señalados.

En el caso en consulta, la empresa Evercrisp busca la instalación de un circuito cerrado de televisión al interior de su centro de producción, que consistiría "en la instalación de dos monitoreos, los cuales estarán ubicados uno en portería, el que sería controlado por un guardia dependiente de una empresa de vigilancia externa y el otro en recepción controlado por la Secretaria recepcionistas de la empresa". Además, la misma presentación de la empresa se señala que las cámaras "serán ubicadas en los pasillos y en los Talleres de Producción u Bodegas, y no al interior de baños, vestidores, casino u otras dependencias similares".

De esta forma, en principio, el sistema propuesto por la empresa solicitante cumpliría con el objetivo de mantener a salvaguardas las garantías constitucionales que podrían eventualmente verse menoscabadas con la implementación de un sistema de vigilancia por cámaras de

televisión, siempre y cuando se cumpla con los demás requisitos exigidos en la ley y señalados en el cuerpo del presente escrito, especialmente lo referido a su incorporación al reglamento interno de orden, higiene y seguridad.

Saluda a Ud.,

MARIA ESTER FERES NAZARALA

ABOGADA

DIRECTORA DEL TRABAJO

ORD. N° 260/19

MATE: Empresa. Facultades de administración. Acceso correspondencia electrónica. Procedencia.

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

ANT.: Presentación del señor Gianpaolo Peirano, de 21.02.2001.

FUENTES: Constitución Política, artículo 19 N°s. 5, 24 y 26., Código del Trabajo, artículos 5° y 153 y 154.

SANTIAGO, 24.01.2002

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SEÑOR GIANPAOLO PEIRANO

VITACURA N° 2939, PISO 8°

L A S C O N D E S/

Se consulta a esta Dirección, si es lícito que la empleadora tenga acceso a la correspondencia electrónica de sus trabajadores, en el caso que el dependiente use bienes de propiedad de ésta.

Como se advierte, en la situación descrita aparecen en conflicto dos valores, los que a su vez el ordenamiento jurídico ampara mediante dos garantías constitucionales distintas, debiendo resolverse, en consecuencia, la forma en que deben compatibilizarse ambas y en que condiciones prima una sobre la otra. Por una parte, la garantía constitucional de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, y por la otra, la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar su empresa, que emana de la garantía constitucional del derecho de propiedad, contempladas respectivamente, en el artículo 19 Nos 5 y 24 de la Constitución Política del Estado.

Asimismo, especial consideración deberá prestarse al actual inciso 1° del artículo 5° del Código del Trabajo, incorporado por el párrafo N° 4 del artículo único de la ley N° 19.759, que precisa:

"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".

Ahora bien, la experiencia práctica que emana de los hechos y la costumbre, indican que en el ámbito de las relaciones de trabajo, lo habitual y frecuente es que el empleador no pretenda enterarse del contenido de las llamadas telefónicas de sus dependientes, aún cuando la línea y el

aparato pertenezcan al empleador. Igual cosa sucede con cierto mobiliario y lugares de la empresa que usa el dependiente, tales como casilleros, escritorios y cajones, entre otros, en que lo corriente será que estos reductos sean una proyección natural de la persona y actividad del dependiente, y por tanto, habitualmente tampoco serán controlados ni invadidos por el empleador, aún cuando -se reitera- en estricto rigor sean de propiedad de éste. Con similar predicamento deben abordarse las situaciones a que dé lugar el uso del correo electrónico.

Lo anterior no es impedimento para que resulte aconsejable la regulación formal del uso de estos bienes de que es titular la empleadora, lo que naturalmente no puede ni debe significar limitar la garantía constitucional de inviolabilidad de la comunicación privada.

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", 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. Se reitera, esta regulación podrá recaer en el uso del correo electrónico, no en la garantía constitucional de inviolabilidad de la comunicación privada.

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 Nº 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 Nº 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, cuidando siempre de preservar la plena vigencia de la garantía constitucional involucrada, la que no podrá en ningún caso ni en ninguna medida ser materia de acuerdo entre las partes ni tampoco de regulación por el reglamento interno de la empresa.

Por ejemplo, podrá regularse radicalmente el uso del correo electrónico por alguna de las formas descritas precedentemente, en términos tales que todo envío del personal se efectúe con copia a alguna Gerencia o Unidad de la empresa, envío que de esta forma perderá - en el instante - su condición de comunicación privada, regulación que sin embargo no es practicable en el caso de la recepción de correspondencia electrónica, y por tanto, en este aspecto, esta modalidad de comunicación conserva siempre su carácter privada, como asimismo, permanecerá plenamente amparada por la referida y correspondiente garantía constitucional.

Asimismo, la doctrina comparada ha imaginado los costos de uso extraproductivos del correo electrónico, los que también podrían regularse por el reglamento interno de la empresa: "Siendo el titular de la empresa el pagador de los gastos inherentes al uso del correo electrónico, no se le puede, de entrada, exigir que vaya a su costa la utilización del mismo para fines personales del asalariado o no relacionado directamente con la propia producción o la prestación del servicio de que se trate: se trataría de un enriquecimiento injusto, cuando no, en determinados casos, de un abuso de derecho o una deslealtad contractual" (Miguel Angel Falguera i Baró, "Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador", Revista Relaciones Laborales Nº 22, España, noviembre de 2000, página 24).

En síntesis, como se ha dicho, el empleador podrá regular las condiciones de uso de los correos electrónicos, cubriendo los casos y situaciones descritos precedentemente y otros, pero en ningún caso - ni por reglamento interno ni por acuerdo de las partes - podrá regularse el ejercicio mismo de la respectiva garantía constitucional.

Por lo demás, no podría ser de otra forma, si se tiene presente que aún las regulaciones legales de una garantía constitucional autorizadas por la propia Constitución, "no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio" (artículo 19 Nº 26 de la Constitución Política del Estado).

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones constitucionales y legales precedentes, cumpíeme manifestar a Ud. que de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su

Empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores.

Saluda a Ud.,

MARIA ESTER FERES NAZARALA

ABOGADA

DIRECTORA DEL TRABAJO

ORD. Nº 2328/130

MATE.: 1) Derechos Fundamentales. Derecho a la Intimidad, Vida Privada y Honra de los Trabajadores. Mecanismos de Control Audiovisual. Procedencia 2) Derechos Fundamentales. Mecanismos de Control Audiovisual. Requisitos

RDIC.: 1) El reconocimiento del carácter de límites infranqueables que los derechos fundamentales, en particular del derecho a la intimidad, vida privada u honra de los trabajadores, poseen respecto de los poderes empresariales (inciso primero, del artículo 5 del Código del Trabajo), así como la prevalencia que la dignidad de los trabajadores tiene respecto de los mecanismos de control empresarial (inciso final, del artículo 154 del Código del Trabajo), lleva necesariamente a concluir que la utilización de mecanismos de control audiovisual (grabaciones por videocámaras) en los vehículos de la locomoción colectiva urbana, sólo resulta lícita cuando ellos objetivamente se justifican por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos o por razones de seguridad de los conductores o de los pasajeros, debiendo ser el control de la actividad del trabajador sólo un resultado secundario o accidental del mismo.

2) Por el contrario, su utilización únicamente como una forma de vigilancia y fiscalización de la actividad del trabajador no resulta lícita, toda vez que supone un control ilimitado, que no

reconoce fronteras y que se ejerce sin solución de continuidad, lo que implica no sólo un control extremada e infinitamente más intenso que el ejercido directamente por la persona del empleador o su representante, sino que en buenas cuentas significa el poder total y completo sobre la persona del trabajador, constituyendo una intromisión no idónea y desproporcionada en su esfera íntima, haciendo inexistente todo espacio de libertad y dignidad.

3) Es condición esencial para la implementación de estos mecanismos de control audiovisual, en las circunstancias que ello resulte lícito, el cumplimiento de los requisitos generales de toda medida de control laboral y específicos del medio en análisis.

ANT.: 1) Presentación de 24 de junio de 2002, de la Sindicato Interempresa de Trabajadores de San Bernardo las Condes.

2) Informe de Fiscalización de 8 de julio de 2002, de la Fiscalizadora Sra. Herta Yaeger Hernandez

FUENTES.: Constitución Política de la República, artículos 1 inciso primero y 19 número 4; y Código del Trabajo, artículos 5 inciso primero y 154 inciso final.

SANTIAGO, 19.07.2002

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SRES. Sindicato Interempresa de Trabajadores de san Bernardo las Condes

PASAJE CHAITEN 15762, VILLA PUERTO WILLIAMS

SAN BERNARDO

Mediante presentación del Antecedente N° 1), se solicita un pronunciamiento de esta Dirección sobre la legalidad del sistema de grabación de la imagen y el sonido, a través de videocámaras instaladas en los vehículos de la locomoción colectiva urbana.

Al respecto, cúpleme informar a Uds., lo siguiente:

A partir del 1° de diciembre del 2001, fecha de entrada en vigencia de la ley 19.759, se ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico-laboral, de forma expresa en el inciso primero, del artículo 5, la función limitadora de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales en el seno de la relación de trabajo.

Dicho precepto legal, prescribe:

«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».

En la referida disposición legal se ha materializado el reconocimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa, lo que se ha denominado por la doctrina como «ciudadanía en la empresa»; reconocimiento que está llamado a constituirse en la idea matriz que ha de conformar y determinar, de forma ineludible, la interpretación del conjunto de las normas que regulan las relaciones al interior de la empresa.

Este posicionamiento de los derechos fundamentales como valores centrales del ordenamiento jurídico-laboral, hunde sus raíces en el reconocimiento de la dignidad que como persona posee todo trabajador, y que la Constitución Política ha materializado en su artículo 1, inciso primero, al señalar que «Las personas nacen libres e iguales en dignidad y en derechos».

En lo que se refiere a la persona del trabajador, nuestro sistema constitucional, reconoce un conjunto de garantías o derechos fundamentales, no sólo de corte específicamente laboral —por ejemplo: libertad sindical— sino que también el trabajador es titular de derechos fundamentales «inespecíficos» o de la personalidad, que sin ser netamente laborales se aplican a la relación de

trabajo en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano del trabajador (MANUEL PALOMEQUE LOPEZ, *Los derechos laborales en la Constitución española*, CEC (Cuadernos y Debates), Madrid, 1991, p. 31), tales como: el derecho a la integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1); el derecho de igualdad y de no discriminación (19 N°s 2 y 16); el derecho al respeto y protección de la vida privada y pública y a la honra de su persona y de su familia (artículo 19 N° 4); la libertad de conciencia y de religión (artículo 19 N° 6); la inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 19 N° 5); la libertad de opinión —expresión— e información (artículo 19 N° 12); el derecho de reunión (artículo 19 N° 13); la libertad para el ejercicio de actividades económicas (artículo 19 N°s 21 y 22); etc.; así como también, otras garantías que están consagradas y reconocidas en Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se han incorporado al Derecho interno por esa vía (artículo 5, inciso segundo).

Ahora bien, frente al despliegue de los poderes empresariales es necesario dilucidar cuándo concretamente éstos pueden llegar a afectar el libre ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los trabajadores.

Una primera constatación, necesaria a los efectos del análisis, es que 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 poderes del empresario reconocen 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. Asimismo, al empresario le es reconocido el ejercicio de una serie de facultades o prerrogativas que tienen por objeto el logro del referido proyecto empresarial en lo que al ámbito laboral se refiere, y que responden a lo que genéricamente se denomina poder de dirección —comprendiendo en este concepto amplio tanto el poder de dirección strictu sensu como el disciplinario—, los que si bien encuentran, como se dijo, sustento en la garantía constitucional de la libertad de empresa y el derecho de propiedad en cuanto conforman un cúmulo de facultades organizativas para el empresario, se definen y concretizan en cuanto a su extensión y configuración en el contrato de trabajo —dichos poderes no pueden ejercerse más allá de la relación laboral y extenderse a la actividad extralaboral del trabajador—, a lo que debemos agregar la ley —será el legislador el que regule el ejercicio legítimo de este poder estableciendo normas mínimas irrenunciables, así como su uso no arbitrario—.

La conformación de este poder empresarial, siguiendo la línea argumental desarrollada a lo largo de este análisis, ha de suponer en cuanto a su ejercicio el respeto a las garantías fundamentales que la propia Constitución reconoce a todo ciudadano y por ende al trabajador. En efecto, como se ha apuntado, los poderes empresariales no puede 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.

En la especie, de conformidad a la fiscalización efectuada por la fiscalizadora Herta Yaeger Hernández a la empresa Sociedad de Transportes San Bernardo Las Condes Uno Ltda., se pudo

constatar que los dispositivos de control consisten en videocámaras instaladas en los buses de la locomoción colectiva urbana.

Dichas cámaras se encuentran ubicadas en la parte delantera del vehículo, normalmente en el centro del parabrisas o en el costado izquierdo, en la ubicación del chofer, y se encuentran dirigidas hacia el interior, captando por su radio de acción (180 grados), la entrada delantera, el pasillo, los pasajeros sentados en el lado derecho de la máquina y al conductor.

Las imágenes captadas se graban en una cinta de vídeo que normalmente se ubica junto a la entrada delantera del bus, en una caja cerrada herméticamente. Estas videocámaras se activan mediante un sensor y comienzan sus grabaciones al abrirse las puertas de la máquina.

Estas cintas son instaladas por personal de la empresa cuando se efectúa el cambio de turno y retiradas por los mismos, las que son llevadas a las oficinas de la Asociación Gremial, en donde existe personal dedicado a su revisión y gestión.

De la misma fiscalización, se constata que la finalidad declarada por los empleadores con la implementación y utilización de estos mecanismos de control audiovisual, se orienta fundamentalmente a velar por la seguridad de los conductores y los pasajeros.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha podido comprobar en la fiscalización que el control empresarial mediante estos mecanismos audiovisuales, se dirige también a vigilar la actividad de los conductores, como por ejemplo: si toman pasajeros en segunda fila, si mantienen las puertas cerradas, si fuman al interior del vehículo, si hablan por teléfono celular, etc.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, esto es, el ejercicio de los poderes empresariales manifestados en la implementación y utilización de sistemas de control audiovisual, la procedencia o improcedencia de dichos mecanismos como formas de control empresarial, debe determinarse a la luz de los objetivos o finalidades tenidas en vista para su implementación, antecedentes que permitirán en definitiva establecer si dicho control afecta o no la dignidad y el libre ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los trabajadores. Se trata en concreto, de determinar en qué medida la utilización de tecnologías de control pueden llegar a afectar el derecho a la intimidad del trabajador, garantía que como se sabe, le es reconocida por la propia Carta Fundamental (artículo 19 N° 4) y que ha de suponer para éste, tanto el reconocimiento de un ámbito propio y excluido a la intromisión o invasiones no queridas, como el derecho a controlar los datos e información relativas a su persona.

Al respecto, es posible vislumbrar dos posibles finalidades en la implementación de estos sistemas de control audiovisual: a) para la exclusiva vigilancia y fiscalización de la actividad del trabajador, y b) cuando sea objetivamente necesario por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos o por razones de seguridad.

a) Con relación a la primera finalidad, es posible afirmar categóricamente que no resulta lícita la utilización de estos mecanismos de control audiovisual con la única finalidad de vigilar y fiscalizar la actividad del trabajador, toda vez, que supone una forma de control ilimitada, que no reconoce fronteras y que se ejerce sin solución de continuidad y en forma panorámica, lo que implica no sólo un control extremada e infinitamente más intenso que el ejercido directamente por la persona del empresario o su representante, sino que en buenas cuentas significa el control y poder total y completo sobre la persona del trabajador.

En efecto, la instalación de dispositivos de control audiovisual, como una forma de control o vigilancia permanente y continuada, provoca en el trabajador, inexorablemente, un estado de tensión o presión incompatible con la dignidad humana. El trabajador, al verse expuesto de forma ininterrumpida al ojo acusador de la cámara, será objeto de una forma intolerable de hostigamiento y acoso por parte de su empleador.

Este control sujeta a los trabajadores a una exasperante e irritante presión. Tales controles continuados importarían en el trabajador un verdadero temor reverencial frente a su empleador, haciendo inexistente toda esfera de libertad y dignidad.

El control permanente por las cámaras constituye un atentado desproporcionado a la intimidad del trabajador, ya que permite también evidenciar aspectos de la conducta del trabajador que no dicen relación con la actividad laborativa, es decir con la actividad desarrollada para el cumplimiento de la prestación de trabajo (strictu sensu), sino que obedecen a situaciones, que si bien se verifican en el puesto de trabajo o con ocasión de la prestación de los servicios, se expresan en las naturales pausas que toda actividad humana supone, denominadas por la doctrina «licencias comportamentales», y que como tales no tienen porque ser conocidas por el empleador (José Luis Goñi Sein, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, p. 144 y Daniel Martínez Fons, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002, p. 75). 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.

Por otra parte, la utilización de estos mecanismos de control audiovisual, con el exclusivo objetivo de vigilar el cumplimiento de la prestación de trabajo, importa a todas luces una limitación del derecho a la intimidad del trabajador no idónea a los fines perseguidos, al no cumplirse a sus efectos los requisitos propios de todo límite que se quiera imponer 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. Principio que se traduce en 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.

En virtud de este principio de proporcionalidad, se exige que la medida limitativa, en este caso el control audiovisual, 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, lo que en la situación en análisis evidentemente no ocurre, ya que existen variadas otras formas que el empleador puede utilizar para controlar la prestación de los servicios y que son menos restrictivas de la libertad del trabajador.

En cuanto a su resultado, se trata muchas veces de captaciones de imágenes descontextualizadas, que no permiten tener en cuenta de la misma forma otras circunstancias que pudiesen explicar o justificar ciertas conductas que a la luz de las imágenes pudieren aparecer inicialmente como graves.

En este sentido, la adopción de dispositivos de control audiovisual exclusivamente dirigidos al control de la actividad del trabajador, han de suponer irremediamente un atentado al derecho a la intimidad, vida privada y honra del trabajador, que como sabemos constituyen un límite infranqueable al ejercicio de las facultades empresariales (inciso primero, del artículo 5).

Por su parte, es necesario hacer presente que en la actualidad, el propio Código del Trabajo, haciendo suya una doctrina consolidada de este Servicio, resalta, en el inciso final, del artículo 154, la prevalencia que la dignidad del trabajador tiene respecto de los mecanismos de control, de donde se concluye que resulta ilícita la utilización de mecanismos de control audiovisual cuando ellos supongan atentados de tal magnitud que afecten el contenido esencial de la garantía constitucional.

b) Por el contrario, a juicio de este Servicio, resultaría lícita la implementación de estos mecanismos de control audiovisual, cuando ello resulte objetivamente necesario por

requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos (materiales tóxicos o peligros, alto costo de las maquinarias o de las materias primas, etc.) o por razones de seguridad, sea de los propios trabajadores o de terceros (prevención de asaltos a bancos, aeropuertos, prevención de comisión de hurtos en centros comerciales, etc.).

Se trata pues, de supuestos en los cuales la instalación de mecanismos de control audiovisual, tiene como fundamento motivaciones diferentes al control laboral, siendo su razón de ser la prevención de situaciones de riesgo consideradas preponderantes en atención a los bienes jurídicos protegidos.

Ahora bien, como consecuencia de la posibilidad de instalar o emplazar videocámaras por razones técnico productivas o de seguridad, se puede llegar a un control o vigilancia de la actividad del trabajador, ello como una consecuencia técnica necesaria e inevitable del sistema implementado, pero accidental, en cuanto constituye un efecto secundario. En estos casos, el control sobre la actividad del trabajador debe valorarse en función de los objetivos perseguidos —técnico productivos y de seguridad—, de suerte, que el sacrificio de la intimidad del trabajador sea un resultado, como se apuntó, accidental, nunca la intensión primaria por parte del empleador.

Con todo, es imprescindible hacer presente que respecto de este control, tanto el implementado por razones técnico productivas o de seguridad como el accidental de la actividad del trabajador, sólo puede resultar lícito en la medida que se cumplan a su respecto con los requisitos generales de toda medida de control y, además, con algunos singulares relacionados con el medio empleado.

En cuanto a los requisitos generales de toda medida de control, de conformidad al inciso final del artículo 154, del Código del Trabajo, dichas medidas de control:

Deben necesariamente incorporarse en el texto normativo que la ley establece para el efecto, esto es, el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad de la empresa, dictado en conformidad a la ley;

Sólo pueden efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral;

Su aplicación debe ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, es decir, no debe tener un carácter discriminatorio; y

Debe respetarse la dignidad del trabajador.

En lo referido a los requisitos específicos de los mecanismos de control audiovisual y que arrancan de su propia naturaleza, ellos pueden sintetizarse en las siguientes:

a) No deben dirigirse directamente al trabajador sino que, en lo posible, orientarse en un plano panorámico;

Deben ser conocidos por los trabajadores, es decir, no pueden tener un carácter clandestino; y Su emplazamiento no debe abarcar lugares, aún cuando ellos se ubiquen dentro de las dependencias de la empresa, dedicados al esparcimiento de los trabajadores, tales como, comedores y salas de descanso, así como tampoco a aquellos en los que no se realiza actividad laborativa, como los baños, casilleros, salas de vestuarios, etc.

Ahora bien, en lo tocante a los resultados obtenidos con la implementación y utilización de estos mecanismos de control audiovisual, esto es, las grabaciones, es posible establecer ciertos criterios generales que dicen relación con el contenido esencial de derecho a la intimidad del trabajador, en su dimensión de control sobre los datos relativos a su persona:

Debe garantizarse la debida custodia y almacenamiento de las grabaciones;

Los trabajadores deberán tener pleno acceso a las grabaciones en las que ellos aparezcan, pudiendo en caso de autorizarlo permitir el acceso a las mismas a los representantes sindicales; En cuanto a la gestión de los datos contenidos en las grabaciones, deberá garantizarse la reserva de toda la información y datos privados del trabajador obtenidos mediante estos mecanismos de control audiovisual, excluyendo de su conocimiento a toda persona distinta al empleador y al trabajador, salvo naturalmente que la grabación sea requerida por organismos con competencia para ello. Lo anterior, de conformidad al artículo 154 bis, del Código del Trabajo, que consagra un verdadero habeas data en materia laboral;

El empleador deberá, en un plazo razonable, eliminar, sea destruyendo o regrabando las cintas, que contengan datos no relativos a la finalidad para la cual se han establecido (razones técnico productivas o de seguridad); y

Resulta del todo ilícito alterar o manipular el contenido de las grabaciones o editarlas de modo que se descontextualicen las imágenes en ellas contenidas.

Con todo, y sin pretender calificar un determinado hecho, de que da cuenta una grabación, como configurativo de una causal de terminación del contrato de trabajo o sobre su procedencia o improcedencia como medio de prueba, cuestión que excedería al ámbito competencial de este Servicio, se hace necesario discernir acerca de la utilización de dichas grabaciones como fundamento del ejercicio de los poderes empresariales.

Como regla general, todo uso de información contenida en las grabaciones con fines distintos a los que motivaron su implementación “razones técnico productivas o de seguridad”, sea que la misma se refiera a la actividad laborativa o no, debe desestimarse. Las eventuales medidas disciplinarias que se pudieren aplicar a los trabajadores en base a la actividad del trabajador captada en las grabaciones, resultaría ilegítima, toda vez, que ello supondría elevar a la categoría de principal —y no de secundaria o accidental— la actividad de control de la prestación laboral mediante el uso de estos mecanismos, desapareciendo de este modo las razones y finalidades que justificaron su implementación. Se trataría en consecuencia, de una limitación del derecho de la intimidad del trabajador que rebasaría, como se señaló, las únicas motivaciones o finalidades aceptables para ello, implicando una presión indebida a la dignidad de la persona del trabajador y la anulación de todo espacio de intimidad y privacidad de su persona.

En el caso en análisis, el sistema de control a través de videocámaras implementado por la empresa Sociedad de Transportes San Bernardo Las Condes Uno Ltda., según consta en las declaraciones recibidas por la fiscalizadora actuante, tendría como objetivo esencial velar por la seguridad de los conductores y de los pasajeros.

Dicha finalidad, si ese fuese el caso, estaría avalada en la propia normativa laboral, en el artículo 184 del Código del Trabajo, que obliga al empleador « ... a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores...», lo que en principio supondría una actuación lícita de la empresa.

A este respecto, cabe hacer presente que en opinión de este Servicio el uso del sistema de cobro automático de la tarifa (cobradores automáticos), dispuesto por el artículo 88 bis de la Ley 18.290 (Ley del Tránsito), publicada en el diario oficial de 7 de febrero de 1984, significaría una medida que tendería inequívocamente a velar por la seguridad de los conductores y pasajeros, toda vez, que no expondría a los conductores, en función de la forma actual de recaudación del valor del pasaje, a asaltos y agresiones, o al menos, permitiría disminuir ostensiblemente su ocurrencia. En este sentido, una vez que el sistema de cobradores automáticos se encuentre en pleno funcionamiento habría que reevaluar la necesidad y por lo mismo la licitud de estos mecanismos de control audiovisual, a la luz de la proporcionalidad de la misma en función del objetivo perseguido, que tal vez se podría conseguir por un medio menos gravoso para el trabajador.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha podido comprobar en la fiscalización efectuada, que el control empresarial mediante estos mecanismos audiovisuales, se dirige también a vigilar la actividad de los conductores, como por ejemplo: si toman pasajeros en segunda fila, si mantienen las puertas cerradas, si fuma al interior del vehículo, si habla por teléfono celular, si entregan el boleto cuando el pasajero paga su pasaje, etc., no quedando en consecuencia suficientemente establecido el carácter accidental de este control de la actividad del trabajador.

Adicionalmente, según la fiscalización practicada, en la especie, no se cumpliría con todos los requisitos generales para implementar medidas de control, ya que no se cuenta con un Reglamento Interno en el cual se regule la implementación de las videocámaras, y tampoco se ha garantizado su utilización no discriminatoria, toda vez, que no todos los vehículos cuentan con las referidas cámaras ni se ha establecido criterio alguno para su instalación que permita mantener el carácter despersonalizado de la medida, de manera que su utilización queda simplemente entregada al arbitrio de la empresa. Del mismo modo, en la práctica estas medidas de control también se han orientado a escudriñar si el conductor se apropia del dinero del pasaje al no entregar el boleto al pasajero, lo que claramente constituye una medida de carácter prepolicial, investigativa y represiva frente a supuestos o presuntos hechos ilícitos cometidos por el trabajador, cuestión que debe rechazarse de plano.

En cuanto a las grabaciones obtenidas mediante la utilización de las videocámaras, se ha constatado que se les niega el acceso a los trabajadores o a sus representantes, tanto para hacer descargos respecto de supuestos incumplimientos laborales aducidos por el empleador como para iniciar acciones judiciales por asaltos de que pudieren haber sido víctimas, violentando con ello el debido control que sobre los datos relativos a su persona debe tener el trabajador.

Se observa pues, que en el caso concreto de las videocámaras implementadas en los vehículos pertenecientes a la empresa Sociedad de Transportes San Bernardo Las Condes Uno Ltda., más allá de los fines y motivaciones alegadas —técnico productiva o de seguridad— y que justificarían su utilización, en la práctica estos mecanismos de control audiovisual han constituido una forma de control ilícito, en cuanto supone un sacrificio del derecho a la intimidad de los trabajadores que no es razonable o proporcional a los fines reales perseguidos.

En consecuencia y tomando en consideración las argumentaciones expuestas precedentemente y el reconocimiento del carácter limitativo que los derechos fundamentales, en particular del derecho a la intimidad, vida privada u honra los trabajadores, posee respecto de los poderes empresariales (inciso primero, del artículo 5 del Código del Trabajo), así como la prevalencia que la dignidad de éste tiene respecto de los mecanismos de control (inciso final, del artículo 154 del Código del Trabajo), es posible concluir que sólo resulta lícita la utilización de mecanismos de control audiovisual cuando ellos se justifican por razones técnico productivas o de seguridad, debiendo ser el control de la actividad del trabajador sólo un resultado secundario o accidental, siendo condición esencial para su implementación, el cumplimiento de los requisitos generales de toda medida de control laboral y específicos del medio en análisis.

MARIA ESTER FERES NAZARALA
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO

ORD. N° 2856/162

EMPRESA. FACULTADES DE ADMINISTRACION. ALCANCE. DERECHOS FUNDAMENTALES.

RDIC: Fija sentido y alcance del inciso primero, del artículo 5°, del Código del Trabajo.

FUENTES: Constitución Política de la República, artículos 1°, inciso primero; 5°, inciso segundo; 6°, inciso segundo; 19, números 1, 2, 4, 5, 6, 12, 13, 16, 21, 22, 24 y 26; Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Naciones Unidas en 1948; y Código del Trabajo, artículo 5°, inciso primero.

CONCORDANCIAS: Ordinarios N°s. 4.842/300, de 15.01.93; 8.273/337, de 19.12.95; 287/14, de 11.01.96; 2.309/165, de 26.05.98; y 4.541/319, de 22.09.98.

30 de Agosto de 2002

A partir del 1° de diciembre del 2001, fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 19.759, se ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico-laboral, de forma expresa en el inciso primero, del artículo 5°, la función limitadora de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales en el seno de la relación de trabajo.

Dicho precepto legal, prescribe:

"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".

En la referida disposición legal se ha materializado el reconocimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa, lo que se ha denominado por la doctrina como "ciudadanía en la empresa"; reconocimiento que está llamado a constituirse en la idea matriz que ha de conformar y determinar, de forma ine-ludible, la interpretación del conjunto de las normas que regulan las relaciones laborales.

Este posicionamiento de los derechos fundamentales como valores centrales del ordenamiento jurídico-laboral, hunde sus raíces en el reconocimiento de la dignidad que como persona posee todo trabajador.

La Constitución Política ya en su artículo 1°, inciso primero, efectúa 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" (Humberto Nogueira Alcalá, Dogmática Constitucional, Universidad de Talca, Talca, 1997, p. 113) que determina y da cuerpo al reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, erigiéndose como factor modelador y fundante de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

Por su parte, en el plano internacional este reconocimiento de la dignidad del ser humano, cualquiera sea la aproximación sobre su fundamentación, forma parte hoy en día, como componente esencial, del acervo cultural y de la conciencia universal. Idea expresada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Naciones Unidas en 1948, siendo en consecuencia éste el valor superior, junto al de libertad e igualdad, sobre los cuales la comunidad internacional ha construido su convivencia. La Declaración en su Preámbulo señala que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana",

recordando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en su Carta fundante "su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres". Agrega, en su artículo 1º, que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

En este sentido y tomando como base esta línea iniciada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la totalidad de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos poseen declaraciones tendientes a enfatizar este reconocimiento de la dignidad del ser humano como pilar fundamental de la convivencia pacífica entre los pueblos. Entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966; la Convención Americana de Derechos del Hombre (Pacto de San José de Costa Rica) de 1969; la Convención de los Derechos del Niño de 1989; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984; hasta la última Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos de 1998.

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, inter-pretarse 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.

Los derechos fundamentales se constituyen así, en verdaderos derechos subjetivos, en tanto amparan y tutelan los espacios de libertad de los ciudadanos, garantizando un verdadero "status jurídico" para los mismos, irrenunciable e irreductible. De esta forma, los derechos fundamentales han de regir plenamente en cualquier ámbito, siendo oponibles, por tanto, no sólo a los poderes públicos sino también a los sociales, desarrollando así una eficacia horizontal o pluridireccional.

La propia Constitución Política, en el inciso segundo, del artículo 6º, da forma al "principio de vinculación directa de la Constitución", al prescribir que "Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo".

En dicha norma, se contiene la obligación, para los poderes públicos y también para los ciudadanos, de someterse a 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-. Así también, lo ha reconocido expresamente esta Dirección, al señalar que " ... el carácter imperativo de la norma ... constitucional obliga tanto a las autoridades públicas como a todos los ciudadanos" (Ordinario N° 4.541/319, de 22.09.98).

En el concreto ámbito de la empresa, la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador se manifiesta en el reconocimiento de los derechos fundamentales denominados "inespecíficos o de la personalidad" en las relaciones laborales, lo que implica una valoración ya no simplemente del trabajo sino que de la persona que trabaja, y que a tal efecto en la Constitución está tratada no como trabajador, sino como ciudadano. Se produce así, una "impregnación laboral" de derechos de alcance general no circunscritos a la relación de trabajo. Se trata de derechos del "ciudadano trabajador que ejercita como trabajador ciudadano" (Manuel Palomeque López, Los derechos laborales en la Constitución española, CEC (Cuadernos y Debates), Madrid, 1991, p. 31).

En el ámbito nacional es posible afirmar que existe, a no dudarlo, un claro reconocimiento de la idea de "ciudadanía en la empresa", al contemplarse en el sistema normativo constitucional no sólo derechos fundamentales de corte específicamente laboral -por ejemplo, la libertad sindical- sino que también el trabajador es titular de derechos fundamentales -inespecíficos o de la personalidad-, que como se señaló, sin ser netamente laborales se aplican a la relación de trabajo en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano del trabajador, tales como: el derecho a la integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1); derecho de igualdad y de no discriminación (19 N°s. 2 y 16), libertad de conciencia y de religión (artículo 19 N° 6), derecho al honor y a la intimidad personal (artículo 19 N° 4), inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 19 N° 5), libertad de opinión -expresión- e información (artículo 19 N° 12), derecho de reunión (artículo 19 N° 13), libertad para el ejercicio de actividades económicas (artículo 19 N° 21), etc.; así como también, otras garantías que están consagradas y reconocidas en Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se han incorporado al Derecho interno por esa vía (artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política).

Por su parte, en el sistema infraconstitucional, sobre todo a partir de la última reforma laboral, se constata la inequívoca opción del legislador por el efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador; la que se expresa a través de un conjunto de límites y garantías que hacen posible la plena realización de la norma constitucional en el específico ámbito de la empresa.

En efecto, la incorporación en el inciso primero, del artículo 5°, del Código del Trabajo, de la función limitadora de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales, idea que había sido ya expresada por la jurisprudencia de este Servicio (Ordinario N° 287/14, de 11.01.96), tiene un hondo significado. Dicha norma está revestida de un indudable valor normativo y dotada de una verdadera vis expansiva que debe impregnar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en base al principio favor libertatis, esto es, en un sentido que apunte a dar plena vigencia a los derechos fundamentales de la persona en el ámbito laboral. Como se señaló, esta norma está llamada a constituirse en la idea matriz o componente estructural básico del contenido material de nuestro sistema normativo laboral.

En este sentido, es posible afirmar con rotundidad que, de conformidad a las normas constitucionales y en particular al inciso primero, del artículo 5°, del Código del Trabajo, los derechos fundamentales actúan, en nuestro sistema jurídico-laboral, como verdaderos ejes modeladores y conformadores de la idea de la "ciudadanía en la empresa".

Los derechos fundamentales necesariamente se alzan como límites infranqueables de los poderes empresariales, siendo ésta no una afirmación teórica o meramente simbólica sino que un principio o valor normativo -función unificadora o integradora de los derechos fundamentales- que de forma ineludible debe irradiar y orientar la aplicación e interpretación de las normas laborales, debiendo darse primacía, de manera indiscutible a aquéllos por sobre éstos. Se crea pues, 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.

Esta función limitadora se desarrolla en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral, allí donde se ejerzan los poderes empresariales siempre estará presente esta perspectiva. Tanto al inicio de la relación laboral o, incluso antes -procesos de selección de personal-, en su desarrollo y en su conclusión; tanto en el ámbito estrictamente laboral -límite interno, en cuanto involucra la conformación esencial del poder empresarial- como fuera de él -límite externo, en cuanto

importa una limitación que viene dada por la colisión de derechos y por la preeminencia de los derechos fundamentales-.

Asimismo, es del caso puntualizar que la norma legal en comento, claramente extiende su virtualidad normativa al conjunto de los derechos fundamentales del trabajador, siendo la referencia al derecho a la intimidad, a la vida privada o a la honra de los trabajadores, una especial valoración del grado de intensidad que respecto de estos derechos se tiene al interior de la relación laboral, dado que se trata de las situaciones más frecuentes de conflicto entre los derechos fundamentales y las medidas de control empresarial.

Ahora bien, frente al despliegue de los poderes empresariales es necesario dilucidar cuándo concretamente éstos pueden llegar a afectar el libre ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los trabajadores; o dicho de otra forma, se hace necesario determinar si los derechos fundamentales que le son reconocidos al trabajador reconocen algún tipo de límites o aplicación reductiva en el concreto ámbito de la empresa.

Una primera constatación, necesaria a los efectos del análisis, es que 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.

Por lo mismo, 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.

Siguiendo a la doctrina constitucionalista, en términos generales, en cuanto a la estructura de los derechos fundamentales, es posible vislumbrar tres espacios diferenciados, que a modo de anillos concéntricos conforman el derecho fundamental: el espacio delimitado, el espacio limitado y el contenido esencial. El primero, señala el ámbito máximo de extensión del derecho, distinguiéndose de esta forma, lo que es derecho fundamental y lo que queda fuera del mismo, dotando a éste de una protección provisional, que será definitiva si no se le impone un límite que resulte constitucionalmente admisible. El segundo, dentro del espacio delimitado, está dado por la privación de determinadas manifestaciones del derecho de una protección definitiva. Y en el tercero, nos encontramos en un ámbito respecto del cual todo límite resulta inadmisibles.

Para conocer cuál es el ámbito delimitado del derecho, la actividad interpretativa ha de dirigirse necesariamente a la conformación que del derecho efectúa la norma constitucional para determinar su extensión máxima de protección.

Este análisis permitirá excluir de la esfera de protección del derecho fundamental determinadas conductas o supuestos que no forman parte del mismo. Es frecuente que existan actuaciones, sean de los poderes públicos o de los particulares, que generan conflictos al establecer aparentemente límites al ejercicio de un determinado derecho fundamental, cuando en realidad no es más que un problema de "delimitación", de forma que lo que se cree es una limitación por otro derecho constitucionalmente relevante, no exige en realidad una limitación porque las conductas de las que deriva la eventual amenaza no forman parte del espacio protegido -delimitado- del derecho. Así, por ejemplo, en el caso del derecho de reunión, la Constitución (artículo 19, N° 13) configura su ámbito de protección excluyendo del ejercicio de la garantía las reuniones no pacíficas y con armas, de forma tal que toda reunión que se efectúe en las circunstancias descritas no se encuentra amparada por la garantía constitucional; luego, la actuación policial que impida o reprima una reunión en el supuesto planteado no constituye un límite del derecho de reunión sino que actúa sobre una órbita que queda extramuros del espacio protegido -delimitado- por la norma constitucional.

En cuanto al ámbito limitado o dicho de otra forma a la posibilidad de imponer límites al derecho fundamental, éstos suponen una intromisión en el ámbito delimitado del derecho, excluyendo o modulando su eficacia o protección, afectando con ello a determinados sujetos, facultades o garantías que se encuentran dentro de la extensión máxima de protección del derecho.

Como se señaló, 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.

Habrán conflictos entre dos derechos constitucionales, cuando una conducta amparada por el espacio delimitado de un derecho colisiona con el conjunto de facultades o garantías protegidas -delimitadas- de otro derecho.

Con todo, 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. Del mismo modo 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.

Existen pues, ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental y que omnicomprensivamente 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 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.

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).

En consecuencia, la actividad de interpretación deberá orientarse a determinar el ámbito de delimitación del derecho en conflicto, para luego en base al principio de proporcionalidad y al respeto del contenido esencial, esclarecer la procedencia constitucional de una determinada limitación que se quiera imponer sobre el derecho fundamental.

Ahora bien, en la relación laboral el derecho fundamental del trabajador se inserta en cuanto a su ejercicio en el específico ámbito de la organización empresarial, en la que evidentemente se produce una compresión o modulación de su personalidad; ello lógicamente no puede ser de otra forma dada la estructura misma de la organización, que reconoce como elemento de su esencia la interacción jerarquizada de sus componentes.

Los poderes del empresario reconocen 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. Es decir, se asigna al empresario un conjunto de facultades organizativas dirigidas al logro del proyecto empresarial -ratio económica-.

Asimismo, al empresario le es reconocido el ejercicio de una serie de facultades o prerrogativas que tienen por objeto el logro del referido proyecto empresarial en lo que al ámbito laboral se refiere, y que se traducen en la libertad para contratar trabajadores, ordenar las prestaciones laborales, adaptarse a las necesidades de mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido, y sancionar las faltas o los incumplimientos contractuales del trabajador. Estas facultades, que responden a lo que genéricamente se denomina poder de dirección -comprendiendo en este concepto amplio tanto el poder de dirección strictu sensu como el disciplinario-, si bien encuentran, como se dijo, sustento en la garantía constitucional de la libertad de empresa y el derecho de propiedad en cuanto conforman un cúmulo de facultades organizativas para el empresario, se definen y concretizan en cuanto a su extensión y configuración -ratio jurídica- en el contrato de trabajo -dichos poderes no pueden ejercerse más allá de la relación laboral y extenderse a la actividad extralaboral del trabajador-, a lo que debemos agregar la ley -será el legislador el que regule el ejercicio legítimo de este poder estableciendo normas mínimas irrenunciables, así como su uso no arbitrario-. Previo al contrato y en función de la libertad de empresa, el empresario es titular de unas facultades organizativas-económicas, las que sólo en virtud del contrato de trabajo se materializan en el poder de dirección, es decir, se manifiestan en el específico ámbito de la relación laboral, y por lo mismo quedan sujetas a las limitaciones que el propio marco convencional o legal establezca; elementos que en definitiva, vienen a conformar la posición jurídica que ha de ocupar el empresario en la relación laboral, en cuanto su poder de dirección es un poder laboral que se ejerce en este ámbito delimitado; o dicho de otra forma, sólo este poder de dirección es el que es oponible al trabajador.

En consecuencia, el poder empresarial si bien hunde sus raíces en la libertad de empresa encuentra su verdadera conformación en su juridificación como poder de dirección a través del contrato de trabajo, siendo por tanto éste su medida inmediata de valoración.

La conformación de este poder empresarial, siguiendo la línea argumental desarrollada a lo largo de este análisis, ha de suponer en cuanto a su ejercicio el respeto a las garantías fundamentales que la propia Constitución reconoce a todo ciudadano y por ende al trabajador. En efecto, como se ha apuntado, los poderes empresariales no puede 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 omnicomprendivo 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.

Con todo, es necesario precisar que esta operación de ponderación debe necesariamente realizarse en relación al concreto conflicto planteado y no en abstracto, ya que será en el análisis fáctico y específico de cada caso en particular, en donde se deberá determinar la virtualidad protectora del derecho fundamental y sus eventuales limitaciones en el ámbito laboral.

De esta forma, cualquier limitación de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en virtud del ejercicio de los poderes empresariales, sólo resultará ajustada si está justificada constitucionalmente a través del juicio de proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial del derecho de que se trata, análisis que ha de verificarse en cada caso en concreto.

En suma, a la luz de las normas constitucionales, tratados internacionales vinculantes para el Estado chileno, disposiciones legales citadas, en particular en lo referido al inciso primero, del artículo 5º, del Código del Trabajo, y a las consideraciones y argumentaciones esbozadas, es posible concluir que los derechos fundamentales respecto de los cuales es titular la persona del trabajador en cuanto a su condición de ciudadano, han de servir como medida de valoración de los poderes empresariales, erigiéndose en límites infranqueables al ejercicio por parte del empresario de dichos poderes.

ORD. N° 2875/72

MATE.: 1) Derechos Fundamentales. Derecho a la Intimidad, Vida Privada y Honra de los Trabajadores. Mecanismos de Control Audiovisual. Procedencia 2) Derechos Fundamentales. Mecanismos de Control Audiovisual. Requisitos

RDIC.: El sistema de videocámaras implementadas por la empresa Evercrisp Snack Productos de Chile S.A., al interior de sus instalaciones, según lo explicitado por el propio empleador y por lo constatado en la fiscalización realizada, en la práctica ha constituido una forma de control ilícito, en cuanto supone un sacrificio del derecho a la intimidad de los trabajadores que no es razonable o proporcional a los fines reales perseguidos, no cumpliéndose a su respecto los requisitos generales contemplados por nuestra legislación para su implementación.

ANT.: 1) Presentación de fecha 3 de diciembre de 2002, del Sindicato de Trabajadores de la empresa Evercrisp Snack Productos de Chile S.A.

2) Informe de Fiscalización de fecha 27 de mayo de 2003, de la fiscalizadora Sra. Rosalina Hernández Jara, de la Inspección Comunal del Trabajo de Maipú.

FUENTES: Código del Trabajo, artículos 5°, inciso primero, y 154, inciso final.

CONCORDANCIAS: Ordinarios N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002 y 2852/130, de 19 de julio de 2002.

SANTIAGO, 22.07.2003

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SRES. SINDICATO DE TRABAJADORES

DE LA EMPRESA EVERCRISP SNACK PRODUCTOS DE CHILE S.A.

Mediante presentación individualizada en el Ant. N° 1), se ha consultado a este Servicio sobre la legalidad de los sistemas de vigilancia y control, a través de videocámaras, implementados por la empresa Evercrisp Snack Productos de Chile S.A.

Al respecto, cúpleme informar a Uds., lo siguiente:

A partir del 1° de diciembre del 2001, fecha de entrada en vigencia de la ley 19.759, se ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico-laboral, de forma expresa en el inciso primero, del artículo 5, del Código del Trabajo, la función limitadora de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales en el seno de la relación de trabajo.

Dicho precepto legal, prescribe:

«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».

Tal y como se señaló en Ord. N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002, dictamen marco sobre derechos fundamentales que se acompaña en copia adjunta, en el referido artículo 5, inciso primero, «se ha materializado el reconocimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa, lo que se ha denominado por la doctrina como «ciudadanía en la empresa»; reconocimiento que está llamado a constituirse en la idea matriz que ha de conformar y determinar, de forma ineludible, la interpretación del conjunto de las normas que regulan las relaciones al interior de la empresa».

«Este posicionamiento de los derechos fundamentales como valores centrales del ordenamiento jurídico-laboral, hunde sus raíces en el reconocimiento de la dignidad que como persona posee todo trabajador.».

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.».

El poder de dirección del empresario, si bien reconoce como fundamento las garantías constitucionales de la libertad de empresa y el derecho de propiedad —artículos 19, N°s 21 y 24 de la Constitución, respectivamente—, se define y concretiza jurídicamente, en el específico ámbito laboral, en relación al contrato de trabajo —no pueden ejercerse más allá de la relación

laboral y extenderse a la actividad extralaboral del trabajador—, a lo que debemos agregar la ley —será el legislador el que regule el ejercicio legítimo de este poder estableciendo normas mínimas irrenunciables, así como su uso no arbitrario—.

En síntesis, la conformación de este poder empresarial ha de suponer en cuanto a su ejercicio el respeto a las garantías fundamentales que la propia Constitución reconoce a todo ciudadano y por ende al trabajador. El ejercicio de los poderes empresariales no puede 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.

En la especie, de conformidad a la fiscalización efectuada a la empresa Evercrisp Snack Productos de Chile S.A., se pudo constatar que los dispositivos de control consisten en 16 videocámaras instaladas en el exterior de las instalaciones (patios) y 16 en su interior (sólo en el área de producción), activándose la grabación, según lo declarado por el empleador al detectarse problemas, tales como: congestionamiento vehicular en las áreas de carga, situaciones de riesgo provocadas por los trabajadores, personas laborando sin implementos de protección personal, etc.

Asimismo, se pudo constatar que existen dos tipos de cámaras: aquéllas dirigidas directamente a los procesos productivos o áreas específicas, y las cámaras «domos», las cuales tienen un radio mayor de captación de imagen, por ejemplo, toda una nave de producción.

El sistema permite acercamientos y reproducción de los cuadros necesarios, existiendo dos pantallas con 16 cuadros cada una ubicadas en la sala de control desde donde, además, se observan todos los sistemas de emergencia, alarmas y evacuación.

Los videos se almacenan en una caja de seguridad a la que sólo tienen acceso dos personas (jefe de seguridad y encargado de seguridad). El medio de almacenamiento es magnético, accediéndose por medio de DVD.

En cuanto, a la finalidades buscadas por el empleador con la implementación y utilización de estos mecanismos de control visual, según lo constatado en la fiscalización, ésta se fundamentarían por razones de seguridad, para evitar atentados desde el exterior de la empresa y al proceso productivo mismo, así como asegurar la producción y su manipulación, objetivos éstos últimos, según lo declarado por la propia empresa, que se habrían logrado, ya que han disminuido considerablemente los rechazos por control de calidad.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, esto es, el ejercicio de los poderes empresariales manifestados en la implementación y utilización de sistemas de control visual, la procedencia o improcedencia de dichos mecanismos como formas de control empresarial, debe determinarse a la luz de los objetivos o finalidades tenidas en vista para su implementación, antecedentes que permitirán en definitiva establecer si dicho control afecta o no la dignidad y el libre ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los trabajadores.

Se trata en concreto, de determinar en qué medida la utilización de tecnologías de control pueden llegar a afectar el derecho a la intimidad del trabajador, garantía que como se sabe, le es reconocida por la propia Carta Fundamental (artículo 19 N° 4) y que ha de suponer para éste, tanto el reconocimiento de un ámbito propio y excluido a la intromisión o invasiones no queridas, como el derecho a controlar los datos e información relativas a su persona.

Al respecto, como lo estableció la doctrina de este Servicio en relación a los sistemas de control audiovisual (Ord. 2328/130, de 19 de julio de 2002, que se acompaña en copia adjunta), «el reconocimiento del carácter de límites infranqueables que los derechos fundamentales, en particular del derecho a la intimidad, vida privada u honra de los trabajadores, poseen respecto de los poderes empresariales (inciso primero, del artículo 5 del Código del Trabajo), así como la prevalencia que la dignidad de los trabajadores tiene respecto de los mecanismos de control empresarial (inciso final, del artículo 154 del Código del Trabajo), lleva necesariamente a concluir que la utilización de mecanismos de control audiovisual (grabaciones por videocámaras) ..., sólo resulta lícita cuando ellos objetivamente se justifican por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos o por razones de seguridad ..., debiendo ser el control de la actividad del trabajador sólo un resultado secundario o accidental del mismo».

Asimismo, se establece en el pronunciamiento jurídico citado que, «por el contrario, su utilización ... como una forma de vigilancia y fiscalización de la actividad del trabajador no resulta lícita, toda vez que supone un control ilimitado, que no reconoce fronteras y que se ejerce sin solución de continuidad, lo que implica no sólo un control extremada e infinitamente más intenso que el ejercido directamente por la persona del empleador o su representante, sino que en buenas cuentas significa el poder total y completo sobre la persona del trabajador, constituyendo una intromisión no idónea y desproporcionada en su esfera íntima, haciendo inexistente todo espacio de libertad y dignidad.».

Es decir, de conformidad a la doctrina vigente de este Servicio, sólo resulta procedente la utilización de sistemas de control visual en la medida que tengan por finalidad velar por la seguridad de las personas o de las instalaciones o cuando el proceso productivo, desde el punto de vista técnico, así lo exija. Se trata pues, de supuestos en los cuales la instalación de mecanismos de control audiovisual, tiene como fundamento motivaciones diferentes al control laboral, siendo su razón de ser la prevención de situaciones de riesgo consideradas preponderantes en atención a los bienes jurídicos protegidos.

Ahora bien, como consecuencia de la posibilidad de instalar o emplazar videocámaras por razones técnico productivas o de seguridad, se puede llegar a un control o vigilancia de la actividad del trabajador, ello como una consecuencia técnica necesaria e inevitable del sistema implementado, pero accidental, en cuanto constituye un efecto secundario. En estos casos, el control sobre la actividad del trabajador debe valorarse en función de los objetivos perseguidos —técnico productivos y de seguridad—, de suerte, que el sacrificio de la intimidad del trabajador sea un resultado, como se apuntó, accidental, nunca la intensión primaria por parte del empleador.

En el caso en análisis, se desprende claramente que la finalidad principal buscada por el empleador con la instalación de dispositivos de control audiovisual en el interior de las instalaciones se orienta a controlar el quehacer laboral de los trabajadores sin que a su respecto se haya justificado su utilización por razones de seguridad o por exigencias técnicas objetivas de los procesos productivos, no siendo en consecuencia el control de la actividad del trabajador un resultado secundario o accidental del mismo sino principal y deseado.

En efecto, en lo relacionado con las cámaras ubicadas al interior de las instalaciones ligadas al área de producción, de conformidad a lo declarado por la propia empresa, se ha buscado con su

instalación, y por cierto se habría logrado, aumentar el control de calidad en los procesos productivos, en definitiva, optimizar la labor de los trabajadores que allí laboran.

De esta manera, estamos en presencia de una forma de control empresarial permanente y continuada, que provoca en el trabajador, inexorablemente, un estado de tensión o presión incompatible con la dignidad humana. El trabajador, al verse expuesto de forma ininterrumpida al ojo acusador de la cámara, será objeto de una forma intolerable de hostigamiento y acoso por parte de su empleador.

Este control sujeta a los trabajadores a una exasperante e irritante presión. Tales controles continuados importarían en el trabajador un verdadero temor reverencial frente a su empleador, haciendo inexistente toda esfera de libertad y dignidad.

El control permanente por las cámaras constituye un atentado desproporcionado a la intimidad del trabajador, ya que permite también evidenciar aspectos de la conducta del trabajador que no dicen relación con la actividad laborativa, es decir con la actividad desarrollada para el cumplimiento de la prestación de trabajo (strictu sensu), sino que obedecen a situaciones, que si bien se verifican en el puesto de trabajo o con ocasión de la prestación de los servicios, se expresan en las naturales pausas que toda actividad humana supone, denominadas por la doctrina «licencias comportamentales», y que como tales no tienen porque ser conocidas por el empleador.

Por otra parte, la utilización de estos mecanismos de control visual, con el objetivo principal de vigilar el cumplimiento de la prestación de trabajo, importa a todas luces una limitación del derecho a la intimidad del trabajador no idónea a los fines perseguidos, al no cumplirse a sus efectos los requisitos propios de todo límite que se quiera imponer 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. Principio que se traduce en 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.

En virtud de este principio de proporcionalidad, se exige que la medida limitativa, en este caso el control visual, 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, lo que en la situación en análisis evidentemente no ocurre, ya que existen variadas formas que el empleador puede utilizar para controlar la prestación de los servicios y optimizar el control de calidad de los productos y que son menos restrictivas de la libertad del trabajador.

A mayor abundamiento, de la fiscalización efectuada se pudo constatar que el sistema de control en análisis no está incorporado en el texto normativo que la ley establece para el efecto, esto es, el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad de la empresa, dictado en conformidad a la ley, incumpléndose en consecuencia, con los requisitos generales de toda medida de control a que alude el inciso final del artículo 154.

Se observa pues, que en el caso concreto de las videocámaras implementadas por la empresa Evercrisp Snack Productos de Chile S.A., al interior de las instalaciones, según lo explicitado por el propio empleador y por lo constatado en la fiscalización realizada, que en la práctica estos mecanismos de control han constituido una forma de control ilícito, en cuanto suponen un sacrificio del derecho a la intimidad de los trabajadores que no es razonable o proporcional a los fines reales perseguidos, no cumpliéndose a su respecto los requisitos generales contemplados por nuestra legislación para su implementación.

MARIA ESTER FERES NAZARALA

ABOGADA

DIRECTORA DEL TRABAJO

ORD. N° 3678/127

MAT.: 1.- La comunicación a que alude el inciso 1° del artículo 320 del Código del Trabajo, solo es exigible en aquellas empresas en donde no existe instrumento colectivo vigente, entendiéndose por tal, indistintamente, convenio colectivo, suscrito a la luz de los artículos 314 del mismo cuerpo legal, contrato colectivo o fallo arbitral.

2.- La existencia en una empresa de un convenio colectivo de aquellos suscritos de acuerdo con el artículo 314 bis, del Código del Trabajo, no exime al empleador de efectuar la comunicación a que se refiere el artículo 320 del Código del Trabajo, a los restantes trabajadores de la empresa.

3.- La presentación del proyecto de contrato colectivo por parte de un grupo de trabajadores o un sindicato en representación de sus afiliados, regidos por un convenio colectivo, deberá efectuarse no antes de cuarenta y cinco días ni después de cuarenta días anteriores a la fecha de vencimiento del respectivo convenio, salvo que el instrumento vigente en la empresa sea un convenio suscrito bajo el imperio del artículo 314 bis, del Código del Trabajo, en cuyo caso los trabajadores podrán presentar su proyecto al empleador en el momento que lo estimen conveniente.

ANT.: Presentación de Forestal Magasa Ltda., de 16.07.2003.

FUENTES LEGALES: Código del Trabajo: arts. 314 a 314 bis C; 320, inc. 1°, 322, inc. 1°.

CONCORDANCIAS: Ordinario N° 7659/ 261, de 19.11.1991.

SANTIAGO, 05.09.2003

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SRES. EMPRESA MAGASA LTDA.

PANAMERICANA SUR KM 676- CASILLA 32

T E M U C O

Mediante presentación del antecedente se ha solicitado un pronunciamiento respecto de la obligación que tendría el empleador de dar cumplimiento al inciso 1° del artículo 320 del Código del Trabajo, cuando en la empresa se encuentra vigente un convenio colectivo. Requiere, además, una aclaración en cuanto a la época en que los trabajadores, regidos por un convenio colectivo, deben iniciar el nuevo proceso de negociación colectiva.

Al respecto cumpla con informar a Uds. lo siguiente:

El Código del Trabajo en sus artículos 314 a 314 bis C), clasifica la negociación colectiva en reglada, no reglada y semi reglada.

La primera corresponde a aquella negociación que se efectúa con sujeción a todas y cada una de las normas de carácter procesal establecidas en el Libro IV del Código del Trabajo y que da lugar a los derechos, prerrogativas y obligaciones previstas en dicho cuerpo legal resolviéndose a través de un contrato colectivo o un fallo arbitral.

Por el contrario la segunda, es decir, la negociación no reglada, contenida en el artículo 314 del Código del Trabajo, consiste en aquella negociación directa que, en cualquier momento, se celebra entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales en representación de los trabajadores afiliados a la misma que no da lugar a los derechos, prerrogativas y obligaciones del procedimiento reglado, concluyendo con la suscripción de un convenio colectivo. Por último

la semi reglada, en cuyo procedimiento deben observarse las reglas procesales contenidas en los artículos 314 bis, 314 bis A y 314 bis B.

Tanto la negociación no reglada como la semi reglada dan origen a un convenio colectivo y en ambos casos, por expresa disposición del inciso 2º del artículo 314 bis C, una vez suscrito el instrumento respectivo produce los mismos efectos de un contrato colectivo.

Sin embargo el legislador, en relación con la negociación semi reglada, ha establecido una regla especial en relación con la disposición general anotada precedentemente, puesto que ha dejado abierta la posibilidad para que, aún cuando en la empresa respectiva exista un convenio colectivo de aquellos celebrados por un grupo de trabajadores, unidos para el efecto de negociar colectivamente, de acuerdo con el artículo 314 bis, los restantes dependientes puedan presentar proyectos de contrato colectivo, de conformidad con el artículo 317 del Código del Trabajo.

En otras palabras, para los efectos de iniciar un proceso de negociación colectiva reglada, el legislador ha considerado la empresa en donde existe un convenio colectivo celebrado por un grupo de trabajadores de acuerdo con el artículo 314 bis del Código del Trabajo, como una empresa en donde no existe instrumento colectivo vigente.

En efecto, el inciso final del artículo 314 bis) establece:

"Con todo, si en una empresa se ha suscrito un convenio colectivo, ello no obstará para que los restantes trabajadores puedan presentar proyectos de contrato colectivo, de conformidad al artículo 317".

Es así como la conclusión anterior queda circunscrita exclusivamente a los convenios colectivos suscritos por un grupo de trabajadores, unidos para el efecto de negociar colectivamente, de acuerdo con el artículo 314 bis, del Código del Trabajo.

Pues bien, teniendo en cuenta la excepción señalada en los párrafos precedentes, cabe señalar que sobre la materia, interpretando diversas normas del Libro IV del Código del Trabajo, en su debido contexto y armonía, se confirma que los convenios y los contratos colectivos son actos jurídicos de la misma naturaleza y que, por ende, ambos deben cumplir iguales requisitos esenciales para su existencia y validez, entre ellos, ciertamente, el necesario consentimiento para que nazcan y se perfeccionen como convenciones colectivas.

En efecto, el inciso 2º del artículo 314 bis C, del Código del Trabajo, dispone:

"Los instrumentos colectivos que se suscriban se denominarán convenios colectivos y tendrán los mismos efectos que los contratos colectivos, sin perjuicio de las normas especiales a que se refiere el artículo 351".

Por su parte, el inciso 2º del artículo 349, del mismo cuerpo legal, en directa aplicación de esa norma dispone que son igualmente sancionables las infracciones a los contratos y convenios colectivos y fallos arbitrales.

Luego, necesario es concluir que, si ambos tipos de convenciones colectivas producen los mismos efectos y revisten la misma exigibilidad, es porque ellos dimanen de convenciones de igual naturaleza jurídica.

Precisado lo anterior y atendido que el legislador no ha distinguido respecto de las consecuencias que producen, una vez suscritos, el convenio colectivo y el contrato colectivo, posible resulta sostener que en el evento que en una empresa exista un convenio colectivo, un contrato colectivo o un fallo arbitral vigente el empleador se encuentra eximido de comunicar a todos los demás trabajadores de la empresa que ha recibido un proyecto de contrato colectivo.

Lo expresado en el párrafo anterior es sin perjuicio de la excepción analizada respecto de los convenios colectivos suscritos por un grupo de trabajadores, unidos con el propósito de negociar bajo el imperio del artículo 314 bis, puesto que en este caso el empleador deberá actuar como si se tratara de una empresa en donde no existe instrumento colectivo vigente y, por tanto, quedará

sujeto a la obligación de comunicar al resto de los trabajadores de la empresa que ha recibido un proyecto de contrato colectivo.

Dicho en otros términos, la comunicación a que alude el inciso 1° del artículo 320 del Código del Trabajo, solo es exigible en aquellas empresas en donde no existe instrumento colectivo vigente, entendiéndose por tal, indistintamente, convenio colectivo de aquellos suscritos a la luz del artículo 314, contrato colectivo o fallo arbitral.

En relación con su consulta acerca de la oportunidad de iniciar un proceso de negociación colectiva reglada en una empresa en la que los trabajadores involucrados se encuentran regidos por un convenio, cumpla con informar a Uds. lo siguiente:

Si se considera que, como se dijera en párrafos precedentes, el convenio colectivo produce los mismos efectos del contrato colectivo, salvo aquellos suscritos a la luz del artículo 314 bis), preciso es convenir que el nuevo proyecto de contrato colectivo que pretenda presentar, ya sea, un grupo de trabajadores unidos para el efecto de negociar colectivamente o un sindicato en representación de sus afiliados, en ambos casos regidos por un convenio colectivo, deberá sujetarse a las normas contenidas en el inciso 1° del artículo 322 del Código del Trabajo, siendo, por tanto, exigible respecto de los dependientes de que se trate, la observancia de los plazos que dicha norma consigna.

La conclusión anterior implica, por tanto, que la presentación del proyecto de contrato colectivo por parte de un grupo de trabajadores o un sindicato en representación de sus afiliados, regidos por un convenio colectivo, deberá efectuarse no antes de cuarenta y cinco días ni después de cuarenta días anteriores a la fecha de vencimiento del respectivo convenio, salvo que el instrumento vigente en la empresa sea un convenio suscrito de acuerdo con el artículo 314 bis del Código del Trabajo, en cuyo caso los trabajadores podrán presentar su proyecto al empleador en el momento que lo estimen conveniente.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cumpla con informar a Uds. lo siguiente:

1.- La comunicación a que alude el inciso 1° del artículo 320 del Código del Trabajo, sólo es exigible en aquellas empresas en donde no existe instrumento colectivo vigente, entendiéndose por tal, indistintamente, convenio colectivo, suscrito a la luz del artículo 314 del mismo cuerpo legal, contrato colectivo o fallo arbitral.

2.- La existencia en una empresa de un convenio colectivo de aquellos suscritos de acuerdo con el artículo 314 bis, del Código del Trabajo, no exime al empleador de efectuar la comunicación a que se refiere el artículo 320 del Código del Trabajo, a los restantes trabajadores de la empresa.

3.- La presentación del proyecto de contrato colectivo por parte de un grupo de trabajadores o un sindicato en representación de sus afiliados, regidos por un convenio colectivo, deberá efectuarse no antes de cuarenta y cinco días ni después de cuarenta días anteriores a la fecha de vencimiento del respectivo convenio, salvo que el instrumento vigente en la empresa sea un convenio colectivo suscrito bajo el imperio del artículo 314 bis, del Código del Trabajo, en cuyo caso los trabajadores podrán presentar su proyecto al empleador en el momento que lo estimen conveniente.

Les saluda atentamente,

MARIA ESTER FERES NAZARALA

ABOGADA

DIRECTORA DEL TRABAJO

ORD. N° 4822/207

MATE.: - Derechos Fundamentales. Derechos a la Intimidad. Vida Privada y Honra de los Trabajadores. Mecanismos de Control Audiovisual. Procedencia.

RDIC. : El sistema de video cámara implementado por la empresa Transportes Victoria Sur S.A., al interior de los vehículos de locomoción colectiva de su dependencia, constituye un control ilícito de los conductores cuando su uso tiene por objeto vigilar el desempeño laboral del trabajador, porque de esa manera se afecta claramente la intimidad del dependiente y se ejerce una indebida presión al desempeño laboral, con prescindencia y ausencia absoluta de la libertad y de la dignidad del trabajador.

ANT. : 1) Presentación de 17.07.2003, de Sr. Luis Fernando Araneda Mosso.

2) Ord. N° 3025, de 29.07.2003, de Sr. Jefe Dpto. Jurídico.

3) Ord. N° 3521, de 28.10.2003, de Sr. Inspector Provincial del Trabajo.

FUENTES: Código del Trabajo, artículos 5°, inc. 1° y 154, inciso final.

CONCORDANCIAS: Dictámenes N°s. 2875/72, de 22.07.2003 y 2852/158, de 30.08.2002.

SANTIAGO, 11.11.2003

DE: DIRECTORA DEL TRABAJO

A: SR. LUIS FERNANDO ARANEDA MOSSO

CONCHA Y TORO 2 A

SANTIAGO CENTRO

Mediante presentación del antecedente 1), se solicita pronunciamiento sobre las negativas consecuencias laborales que han significado para los trabajadores de la empresa Transportes Victoria Sur S.A. de la locomoción colectiva, la implementación de la Cámara de Video y el Validador o Cobrador Automático, particularmente para los conductores que trabajan en locomoción colectiva.

Para esos efectos, señala el dirigente gremial ocurrente que el Validador Automático sufre periódicos desperfectos, oportunidad en que arroja 2 y hasta 3 boletos y el excedente es devuelto por el pasajero al conductor y la cámara de video registra este hecho, el que es considerado por el empleador como una reventa de pasajes, pero también la misma cámara de video graba otras situaciones como el transporte de pasajeros en forma gratuita al que serían obligados los conductores por grupos de delincuentes en determinados sectores del recorrido o cuando los mismos sujetos o personas de escasos recursos piden ser transportados sólo pagando un precio inferior a la tarifa habitual.

En todas estas situaciones, la empresa a través del denominado "comité de disciplina" revisa las grabaciones o videos y confecciona una lista semanal de los conductores afectados para posteriormente citarlos a la presencia de dicho comité para sancionar al trabajador con amonestación, amenazas de despido y de denunciarlos a los tribunales como autores de delito de robo, según la grabación o vídeo respectiva, por todo lo cual estima el dirigente gremial que su empleador hace un uso abusivo de la tecnología incorporada al servicio de transporte público de pasajeros, perjudicando a los trabajadores que, lejos de sentirse protegidos y apoyados por dicha tecnología, diariamente ven comprometida su estabilidad laboral y hasta su seguridad personal a bordo del vehículo.

Al respecto, cúpleme informar lo siguiente:

El inciso primero del artículo 5° del Código del Trabajo, dispone:

"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".

Del precepto transcrito, se colige que las garantías constitucionales de los trabajadores, especialmente los derechos a la intimidad, la vida privada o la honra de éstos, constituyen necesariamente el límite de las facultades de administración del empleador,

En la especie, se solicita pronunciamiento sobre las consecuencias negativas que ha significado para los conductores de la locomoción colectiva, la implementación de la Cámara de Video y del Validador o Cobrador Automático instalados al interior del vehículo de transporte de pasajeros, denunciando los dirigentes gremiales que dicha implementación ha significado en la práctica un uso empresarial indebido de esa tecnología, en la vigilancia y control de conductor más que de la seguridad e integridad de los conductores y de los trabajadores.

Es así, según los denunciantes, que utilizándose los videos para imputar a los conductores delitos de robo o incumplimiento del trabajo encomendado, ello se usa como medio de presión para que renuncien al trabajo, a partir todo del hecho de que los Validadores o Cobradores Automáticos ante reiterados desperfectos impulsan hasta dos o tres boletos, excedente que es interpretado por el empleador como hecho delictual de parte del conductor, a lo que se agrega la permanente presión de grupos de delincuentes y de pasajeros de escasos recursos, para ser transportados gratuitamente o por un valor del pasaje inferior al habitual, hechos todos que quedan registrados en esos videos y que el denominado "comité de disciplina" de la empresa revisa y utiliza posteriormente, para sancionar a los conductores de la manera señalada.

Sobre el particular, cabe señalar que la Dirección del Trabajo, en dictamen N° 2328/130, de 19.07.2002, que estableció la doctrina en relación a los controles audiovisuales implementados en los vehículos de la locomoción colectiva, reconoce que en el citado inciso primero del artículo 5° del Código Laboral, "se ha materializado el reconocimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa", en cuyo caso "El poder de dirección del empresario no puede ejercerse mas allá de la relación laboral".

Continúa el mismo pronunciamiento señalando que "La conformación de este poder empresarial ha de suponer en cuanto a su ejercicio el respeto a las garantías fundamentales que la propia Constitución reconoce a todo ciudadano y por ende al trabajador".

Agrega el mismo dictamen que la procedencia o improcedencia de la implementación y utilización de los sistemas de control audiovisual, debe "determinarse a la luz de los objetivos o finalidades tenidas en vista para su implementación, antecedentes que permitirán en definitiva establecer si dicho control afecta o no la dignidad y el libre ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los trabajadores".

En ese contexto, la doctrina invocada precisa que no resulta lícito utilizar los sistemas de control en cuestión exclusivamente para vigilar y fiscalizar la actividad del trabajador, "toda vez que supone una forma de control ilimitada, que no reconoce fronteras y que se ejerce sin solución de continuidad y en forma panorámica, lo que implica no sólo un control extremada e infinitamente más intenso que el ejercido directamente por la persona del empresario o su representante, sino que en buenas cuentas significa el control y poder total y completo sobre la persona del trabajador".

Ello, precisa el mismo dictamen, provocaría "en el trabajador inexorablemente un estado de tensión o de presión incompatible con la dignidad humana. "El trabajador, al verse expuesto de forma ininterrumpida al ojo acusador de la cámara, será objeto de una forma intolerable de hostigamiento y acoso por parte de su empleador".

En la especie, se requirió informe de fiscalización sobre los hechos denunciados por la directiva sindical que ocurre, y a través del Ord. N° 3521, de 28.10.2003, el Inspector Provincial del Trabajo señala:

"Efectuada la visita de fiscalización, se entrevistó a doña Ema Ramírez Farías, representante legal de la empresa, y quien señaló que en la actualidad funcionan con cámaras de videos las 26 máquinas de la empresa y 20 máquinas particulares que operan con esta empresa, Agregó que se tomó esta determinación de utilizar cámaras de videos en el mes de noviembre de 2001, debido a los numerosos asaltos de que fueron víctima los conductores y que culminó con el asalto y asesinato de un ingeniero, lo cual ocurrió en un bus de su propiedad. Señaló, asimismo, que desde la implantación de este sistema los asaltos se han reducido en forma drástica.

"Respecto de la posición de las cámaras de videos, se encuentran ubicadas en la parte delantera del vehículo, instaladas normalmente en el lado izquierdo del conductor y en la parte superior adosado a un pilar, y se encuentran dirigidas hacia el interior, captando en su radio de acción conductor en forma completa, la puerta y también 3 corridas de asientos del lado de la puerta y una parte de los asientos detrás del conductor.

"Las imágenes captadas se graban en una cinta de video y son instaladas por técnicos de la empresa en el paradero ubicado en Avda. El Bosque 486, Huechuraba, y posteriormente retiradas por los mismos y son llevadas a la casa matriz, ubicada en calle Rogelio Ugarte 1294, comuna de Santiago, en donde son revisadas en forma selectiva por un técnico externo. Se indicó, asimismo, que las cámaras de video se activan mediante un sensor al abrirse las puertas y cuando existe movimiento de pasajeros.

"En cuanto a las grabaciones obtenidas mediante la utilización de las cámaras de video, se informó que los conductores cuando son acusados de alguna irregularidad, se les invita a examinar la veracidad de las imputaciones mediante la revisión de las cintas de video".

Del informe de fiscalización transcrito, se desprende desde luego el propósito inicial del empleador, de disponer de una tecnología indispensable para mantener el control visual del espacio que ocupa obligadamente el conductor en el vehículo de transporte colectivo de pasajeros, con el objeto de vigilar la seguridad del conductor y de los pasajeros frente a los reiterados ataques delictuales de que son víctimas estos últimos durante el desempeño de sus labores.

Sin embargo, no es menos cierto que la implementación de las video cámaras al interior del vehículo, en las condiciones ya descritas, en la práctica se han convertido en una forma de control ilícito del desempeño del conductor como lo admite la propia representante legal de la empresa denunciada, cuando señala en el informe de fiscalización que efectivamente las grabaciones obtenidas en el video respectivo, sirven para detectar supuestas irregularidades cometidas por el conductor.

El hecho de que el trabajador sea invitado a participar de la revisión del video, en nada altera la gravedad que significa esa ilícita utilización de la tecnología porque esa indebida práctica empresarial claramente afecta el derecho a la intimidad del trabajador, desvirtuando de esa manera el loable propósito inicial del empresario al implementar el uso de esa tecnología para promover la seguridad e integridad física del conductor y de los pasajeros.

En otros términos, debe considerarse ilícito el uso de las cámaras al interior de la máquina cuando su implementación tiene claramente como propósito, como lo reconoce la misma empleadora en la especie, el control de la productividad laboral y la optimización del desempeño laboral, a través de una práctica patronal que representa definitivamente para el trabajador una permanente presión, un inadecuado temor reverencial al empleador, la conculcación de la garantía constitucional del derecho a la intimidad del dependiente y, en definitiva, implica

vigilar el cumplimiento de la prestación de los servicios con absoluta prescindencia y ausencia de la libertad y dignidad del trabajador.

En todo caso, en lo que dice relación con los eventuales desperfectos que pudiere sufrir el denominado Validador Automático, ello constituye materia que es de la competencia del Ministerio de Transportes, por lo que la suscrita está impedida de pronunciarse sobre este aspecto.

En consecuencia, con el mérito de lo expuesto y citas legales y administrativa, cúmpleme informar que el sistema de video cámara implementado por la empresa TRANSPORTES VICTORIA SUR S.A., al interior de los vehículos de locomoción colectiva de su dependencia, constituye un control ilícito del desempeño laboral de los conductores cuando su uso tiene por objeto vigilar el desempeño laboral del trabajador, porque de esa manera se afecta claramente la intimidad del dependiente y se ejerce una indebida presión al desempeño laboral, con prescindencia y ausencia absoluta de la libertad y dignidad del trabajador.

JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago por incautación de correos electrónicos (2004)
Caso MOP Chevesich

Santiago, seis de diciembre de dos mil cuatro.

Vistos:

A fojas 23, María Consuelo de la Puente Droguett, geógrafo; José Luis Robleros Meneses, dibujante técnico; Oscar Neira Silva, ingeniero; Claudia Salinas Moncada, abogado; Oscar Pérez Oyarce, egresado de derecho; Mauricio Enrique Deschamps González, administrativo; Juan Carlos Figueroa Quezada, ingeniero de ejecución en administración de empresas; Renán Muñoz Goenaga, abogado; José Ignacio Johnson Palma, periodista; María Consuelo Fornés Alfaro, estudiante de derecho; Alejandro Gómez Grandón, ingeniero; Helena Zapata Navarrete, ingeniero; Andrea Castillo Vargas, programadora computacional; Jeannette Pozo Bravo, dibujante industrial; Oriana Cayupe Maldonado, ingeniero informático; Evelyn Santibáñez Frittes, contador auditor; Alicia de las Mercedes Osorio Matus, técnico en comercio exterior; Ximena Beatriz Pacheco Lima, administrador público; Pamela Ríos Villablanca, secretaria; Félix Muñoz Díaz, ingeniero civil; Fernando Cádiz Zamora, planificador urbano; Miguel Angel Gallardo Aravena, ingeniero civil; Jaime Gajardo Banegas, geógrafo; Andrés Pozo Lobos, arquitecto; María Soledad Cádiz Martínez ingeniero civil; Rodolfo Francisco Prieto Canales, ingeniero civil; María Be atriz Buccicardi Kretschmer, arquitecto; Sergio Iván Decaer Andreo, ingeniero civil; Hernán Alejandro Torres Escobar, cartógrafo; Pamela Jeannette Reveco Flores, secretaria ejecutiva; Cristián Augusto Mesías Mac-Innes, administrativo; Juan Amoroso Paredes Celis, administrativo; Gloria Quero Faúndez, técnico universitario en gestión administrativa; Carlos Alberto Montecinos Galleguillos, ingeniero informático; Jorge Krstulovic Morris, abogado; Carlos Pizarro López, abogado; Leonardo Patricio Osorio Briceño, ingeniero civil industrial; José Raúl Mansilla de la Torre, ingeniero civil industrial; Enzo Estrada Fricke, ingeniero civil; Carlos Encalada Valenzuela, ingeniero civil industrial; María Oriana Soto Hirth, secretaria ejecutiva; Jorge Eduardo Lira Bolelli, ingeniero civil industrial; René Mellado Puentes, ingeniero civil mecánico; Manuel Zambrano Soto, constructor civil; Marcelo Fuentelzar Collado, peridista; Juana Valentina Flores Martínez, periodista; Elizabeth Medel Adasme, ingeniero; Jorge Pacheco de la Fuente, ingeniero civil; Jessica Jacqueline Morales Herrera, secretaria ejecutiva; Carolina Cruz García, secretaria; Sandra Ponce de León Salucci, abogado; Guillermo Soto Muñoz, abogado; Patricia Vásquez Gómez, abogado; Armando Espinoza Basualto, ingeniero civil; Gina Figueroa Velasco, relacionadora pública; Ricardo Franco Hernández Vásquez, administrativo; Jessica Sáez Cárdenas, ingeniero civil; Marisol Molina Antimil, secretaria ejecutiva; Nancy Orozco de la Hoz, secretaria ejecutiva; Etelvina Rojas Nilo, secretaria ejecutiva; Lucía Vásquez Mendoza, administrativo; Nicole Navarro Estay, ingeniero civil; Andrea Muñoz Parra, secretaria ejecutiva; Ximena Riff Rojas, ingeniero civil; Sonia Fuentes Riquelme, secretaria ejecutiva; Paola Zúñiga Espinoza, periodista; Alfredo Marzán Vargas, abogado; Carola Sáez Espinoza, secretaria; Javier Soto Muñoz, abogado; Paola Dimter Campos, abogado; Andrés Vargas González, ingeniero civil; Pía Cajiao Echeverría, abogado; Elizabeth Acevedo Lipari, abogado; Rafael Urrejola Dittborn, periodista; Oriana Toro Cepeda,

ingeniero comercial; Héctor Lastra Vásquez, contador auditor; Nelly Antilef Franco, contador auditor; Patricia Flores Molina, contador auditor; Manuel Pastenes Valle, contador auditor; Robinson Marcelo Contreras Briones, contador; Juan Rodrigo Lira Barra, analista de presupuesto; Juan Francisco Mesías Mac-Innes, técnico en estructuras metálicas; Viviana Andrea Moya Galvez, secretaria; Rogelio Edgardo Henríquez Pizarro, contador auditor; Héctor Olmos García, ingeniero de ejecución; Juan Sepúlveda Meza, dibujante técnico; Javier Villanueva Gredilla, ingeniero civil; Mirko Miloslaf Ivanovic Wensioe, constructor civil; Mónica Araya Castillo, ingeniero civil; Andrés Rubilar Suárez, geógrafo; Alejandro Muñoz Alvear, administrativo; Vicente Atencio Abarca, ingeniero; Juan Andrés Vásquez Valenzuela, ingeniero civil industrial; Julio Edgardo Acuña Cichero, ingeniero civil; José Sánchez Moreno, ingeniero civil; Andrea Bertossi Aravena, secretaria; Rodrigo Bravo Toro, ingeniero civil; John Norman Díaz Antillanca, ingeniero civil industrial; Patricio Toledo Salinas, ingeniero civil; Marlene Carolina Pérez Abarca, ingeniero civil; Rodrigo Alejandro Marín Palma, ingeniero comercial; Mario Fuentes Stieповic, ingeniero civil; Mario Moreno Oyarzún, ingeniero civil; Rodrigo Campos Torres, ingeniero civil; Javier Velásquez Mayorga, ingeniero de transporte; Víctor Neira Rivas, ingeniero civil; Bernardita Hinojosa Sanhueza, secretaria; Juan Francisco Gaete Araya, contador auditor; Patricia Pinto Cáldez, secretaria; Evercen Carvajal Alvarez, dibujante técnico; Pamela Dalmazzo Tudela, secretaria; Víctor Vega Catalán, ingeniero; Patricia Alejandra Rojas Castro, secretaria; Jessica Troncoso Alvarez; secretaria; Julio César Buseta Villar, profesor; Javier Ignacio González García, abogado; Jorge Muñoz Hermosilla, constructor civil; María Patricia Henríquez Orellana, arquitecto; Carmen González Silva, recepcionista; Eduardo Atalah Beresi, abogado; todos domiciliados para estos efectos en Merced N° 753 piso 9°, comuna de Santiago, interponen recurso de protección en contra de la Ministra en visita extraordinaria Sra. Gloria Ana Chevesich, por haber dictado en la causa rol N° 15.260 XS. Letra D, seguida en el **Décimo Séptimo Juzgado del Crimen de Santiago, la resolución de fecha 15 de septiembre de 2004, en la que ordena la incautación de los correos electrónicos de todos los funcionarios de la Coordinación General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, emitidos entre los años 1997 y 2003.**

A fojas 58, informa la Ministra de la Corte de Apelaciones de Santiago Sra. Gloria Ana Chevesich Ruiz.

A fojas 63, se trajeron los autos en relación.

A fojas 78, se hace parte el Fisco, representado por el Consejo de Defensa del Estado.

En la vista de la causa se escuchó alegatos de los abogados de las partes.

Y Teniendo presente:

1.- Que, los recurrentes, en su recurso, y en síntesis, sostienen:

a.- Que, debe estimarse ilegal la resolución judicial de 15 de septiembre de 2004, dictada por la Ministra en visita extraordinaria Sra. Gloria Ana Chevesich Ruiz, en la causa rol N° 15.260 XS. Letra D, en la que ordenó la incautación de los correos electrónicos de todos los funcionarios de la Coordinación General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, debido a que en ella no se ha dado cumplimiento a los requisitos ni ha sido dictada para los casos previstos en los artículos 176 y 178 del Código de Procedimiento Penal. Lo anterior, debido a que ninguno de los recurrentes tiene la calidad de procesado o inculcado en la causa investigada por la Ministra; que

la resolución que ordena la diligencia no ha sido fundada y carece de la especificidad exigida por la norma legal, toda vez que no precisa que correspondencia es la que requiere para su investigación, ni quienes son los sujetos sobre los cuales dicha medida recae;

b.- Que, asimismo, la mencionada resolución ha sido dictada de manera arbitraria y manifiestamente desproporcionada o injusta, debido a que no ha sido fundada o no da cuenta por sí sola de los motivos que se tuvieron en vista a la hora de dictarse, por lo que se debe entender que sólo ha sido consecuencia del capricho. Además, se presenta como manifiestamente desproporcionada e injusta, ya que, mediante ella se pretende acceder a la correspondencia electrónica de todo el personal de Concesiones, incluida la de carácter privado, en circunstancias que, mayoritariamente, dicho personal -entre los cuales se encuentran los recurrentes- nada tiene que ver con la investigación judicial en la cual incide el acto, ni poseen la calidad de inculcados o procesados en el respectivo proceso criminal en curso. A mayor abundamiento, la desproporcionalidad de la diligencia queda de manifiesto si se considera que el Ministerio de Obras Públicas y, en particular, la Coordinación General de Concesiones, ha dado muestras claras de transparencia y de su intención de colaborar con la investigación judicial al entregar y responder cada uno de los antecedentes y oficios requeridos por la Sra. Ministra;

c.- Que, la resolución judicial recurrida constituye una amenaza y una perturbación cierta de las garantías individuales de los números 5 y 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Con relación a la garantía de la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, indican, que no cabe duda, que parte del contenido de los correos electrónicos constituyen comunicaciones de carácter privado, cuya naturaleza no se desvirtúa por el dominio del medio a través del cual se transmite, de modo, que ni la función pública que realizan ni la propiedad pública de servidores o equipos necesarios para su transmisión, alteran el carácter privado del contenido de sus correspondencia o comunicaciones.

En cuanto al derecho al respeto y protección de nuestra vida privada, que asegura el número 4° del artículo 19, también se encuentra reconocido por el inciso 2° del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aplicable por disposición del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política de la República, respeto y protección que corresponde a los Órganos del Estado, incluido el Órgano Jurisdiccional. Además, indican, que acuerdo a lo que prescribe el artículo 6° de la Carta Fundamental, los Órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, obligación que no excluye a los Tribunales de Justicia ni a ninguna otra autoridad. Por último, expresan que la resolución judicial que ordena la incautación de sus correos electrónicos, importa un peligro inminente de verse expuestos a la vulneración de la intimidad, y de llevarse a cabo, se imposibilita material y totalmente el ejercicio legítimo de su derecho a la inviolabilidad de su correspondencia; y solicitan ,que para restablecer el imperio del derecho, se modifique la resolución judicial, en el sentido que se dicte respecto de los correos de quienes revisten la calidad de imputados o procesados en la causa que ella investiga, precisándose la correspondencia que requiere. En subsidio, solicitan que se instruya a la Ministra a fin que se determinen las personas respecto de las cuales la medida se haría efectiva, individualizando, del mismo modo, los correos que requiere y tomando los resguardos que al efecto prescriben el artículo 178 y siguientes del Código de Procedimiento Penal;

2º.- Que, la Ministra Sra. Chevesich, informando el recurso, indica:

a.- Que, por acuerdo de Pleno de la Excma. Corte Suprema, de 21 de enero de 2003, se le designó Ministra en Visita Extraordinaria, para conocer de la causa Rol N° 15.260 seguida en el Décimo Séptimo Juzgado del Crimen de Santiago;

b.- Que, con posterioridad, en la causa criminal, la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de 10 de marzo de 2003, escrita a fojas 2.973, conociendo de un recurso de apelación, dispuso que por separado investigara los hechos relacionados con la forma en que se procedió en lo relativo al llamado a licitación de obras o servicios por el Ministerio de Obras Públicas, desde 1997 en adelante, requiriendo un listado de todas ellas y precisando si existieron posibles irregularidades en los llamados a licitación, confección de bases, administración y labores cumplidas, como posibles solicitudes de dinero a las empresas a quienes se adjudicaron concesiones, como la justificación contable en cada empresa de estos pagos;

c.- Que, para cumplir con lo ordenado por la Corte de Apelaciones, decretó en el proceso diversas diligencias, y como resultado de una de éstas, la Brigada Investigadora de Delitos Económicos de la Policía de Investigaciones de Chile, mediante Parte Policial N° 6261 de 15 de septiembre último, dio cuenta al tribunal de antecedentes relacionados con un contrato que se celebró en el curso del año 1998, entre la Coordinación General de Concesiones, por intermedio de la Dirección General de Obras Públicas, y una consultora privada y puso a disposición del tribunal hojas impresas de mensajes que se enviaron tres funcionarios de la Coordinación General de Concesiones, vía correo electrónico, utilizando el equipo computacional de dicho organismo, que darían cuenta de una suerte de conversaciones entre dichos funcionarios y relacionados con el contrato que se iba a adjudicar a la consultora privada, documentos que fueron entregadas al policía por el autor de uno de esos mensajes. En el mismo parte policial se hace presente que para el esclarecimiento de los hechos materia de la investigación, es necesario, contar con la información computacional que posea la Unidad de Informática de la Coordinación General de Concesiones, de los archivos magnéticos de respaldo u otro similar de los correos electrónicos de los funcionarios que se desempeñaron entre 1997 y el 2003.

Que el Inspector señor Rocuant hizo presente en el mismo parte que había conversado con doña Marcia Román Morales, Jefa de la Unidad de Informática, la que le manifestó que no existían respaldos de los archivos internos del sistema computacional de Concesiones de los años 1997, 1998, y 1999, y que los años 2000 y 2001, debían estar en las bodegas habilitadas para el efecto, pero que le parecía que no existían, pues regularmente se guardaban los trabajos de los últimos meses;

d.- Que, en razón de la información anterior, dispuso por resolución de 15 de septiembre último, escrita a fojas 3285, la incautación de todos los archivos magnéticos de respaldo u otro similar de los correos electrónicos, que los funcionarios de la Coordinación General de Concesiones emitieron entre los años 1997 y 2003, encomendando su cumplimiento a la Policía de Investigaciones de Chile, y por deferencia, también se comunicó al Sr. Ministro de Obras Públicas, Transporte y Telecomunicaciones señor Javier Etcheverry, mediante oficio signado con el número 915-2004 de 15 de septiembre último;

e.- Que, el señor Ministro de Obras Públicas, por oficio número 35 de 6 de octubre de 2004, comunicó al tribunal que la diligencia había inquietado a los funcionarios de la Coordinación

General de Concesiones, recibiendo una carta de éstos, en la que indican que la medida afectaría a personas que nunca han sido citadas a declarar y que se estaría invadiendo su privacidad. En el oficio, el Sr. Ministra pide que se revise la medida para disipar los temores de los funcionarios;

f.- Que, ante el oficio del Ministro, se dictó en el proceso una resolución, en la que en términos generales, representa que esa misiva importa impugnar en forma velada una resolución judicial, y le hace presente al Sr. Ministro que debe adoptar las medidas pertinentes para que se de fiel e integro cumplimiento a lo decretado, dentro del término de diez días y bajo apercibimiento legal; resolución que fue comunicada a éste por oficio N° 963-2004 de 7 de octubre de 2004;

g.- Que, el día 15 de octubre de 2004, tomó conocimiento del oficio N° 37, de 15 de octubre, en que el Ministro de Obras Públicas hace presente que en las dependencias de la Unidad Informática de Concesiones se encuentran a disposición del tribunal las cintas, el software y hardware necesarios para llevar adelante el proceso de bajar y copiar las cintas y desagregar la información solicitada del resto de la contenida en ellas, señalando además, que esa labor la puede efectuar personal de concesiones, con dedicación exclusiva, con presencia de un funcionario de investigaciones o de la forma que el tribunal estime conveniente, que el proceso puede durar 8 horas por cada cinta, que son 76 las cintas;

h.- Que, ante las aprensiones de los funcionarios de la Coordinación General de Concesiones, y advirtiendo que el proceso para obtener de las cintas la información necesaria sería complejo y demoroso, por resolución de 19 de octubre último, escrita a fojas 3447, designó perito a la Dirección de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de la Pontificia Universidad Católica, DICTUC, para que asesorara al tribunal en la diligencia de incautación y en el proceso que sea necesario llevar a cabo para poder revisar y leer el contenido de las cintas;

i.- Que, el 19 de octubre, en horas de la tarde, se apersonaron al tribunal dos abogados que asesoran al señor Fiscal del Ministerio de Obras Públicas, los que reiteraron la inquietud que existía por la diligencia de incautación y el temor que las cintas pudieran desaparecer, a lo que les manifestó que al día siguiente se constituiría en las dependencias de la coordinación asesorada por personal de la Brigada de Delitos Económicos, con el propósito de que los funcionarios advirtieran que sólo el tribunal conocería el contenido de las cintas;

j.- Que, el día 20 de octubre, procedió a efectuar personalmente la diligencia de incautación, y como tomó conocimiento que habían más de 76 cintas, también ordenó la incautación de las otras,, procediéndose finalmente a incautar un total de 180 cintas, previo intento de impugnación por parte de doña Marcia Román Morales;

k.- Que, que según lo informado por el señor Ministro de Obras Públicas, y por los propios recurrentes, las cintas contendrían tanto correos electrónicos de carácter personal y privado de los funcionarios como los propios del trabajo, formando cada una material y físicamente una unidad indivisible, imposible a simple vista de identificar, lo que impide al tribunal decretar la incautación de un metraje determinado de cintas, es más una diligencia en ese sentido inutilizaría el total de la información que ellas contienen, y por ello, teniendo presente los legítimos intereses de los recurrentes, encomendó la diligencia pericial a una institución de reconocido prestigio y solvencia para que la asesore en el procedimiento que sea necesario para llevar a cabo la lectura del contenido de las cintas;

l.- Que, el día 21 de octubre, en dependencias del tribunal, se reunió con personeros del DICTUC, Gerente don Jaime Retamal Pino, abogado Antonio Zalaquet y Mario Doguett Cartagena, Ingeniero en Computación, instruyéndolos en el sentido que la suscrita procedería personalmente a leer el contenido de cada una de las cintas y que el perito se limitaría a asesorar al tribunal en la creación de programas computacionales que permitan separar la información, y además, en la implementación de los mecanismos y sistemas pertinentes para la debida protección de la información, y también se les indicó que debía procederse a respaldar todo el contenido de las cintas en otras de mejor calidad para trabajar en el proceso de segregación de la información, y que toda aquella que no era de interés para el tribunal, léase correos electrónicos de carácter privado, debía ser eliminada;

m.- Que, la práctica de la diligencia de la manera reseñada es suficiente garantía para los funcionarios de la Coordinación General, ya que sólo el tribunal tomará conocimiento del contenido de las cintas, tanto de los mensajes privados o confidenciales, como de aquellos que, sin tener esa calidad, sean de interés para la investigación a su cargo. Agrega, que encargar esa diligencia a un tercero, quien en forma previa al tribunal conozca del contenido de las cintas y proceda a la segregación, importaría atentar contra los derechos de los recurrentes y una abierta infracción a los artículos 156 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, que reservan sólo al tribunal la práctica de una diligencia como la decretada. Además, la designación de un tercero, de ninguna manera da garantías al tribunal, más aún de la manera que lo sugiere el Ministro de Obras Públicas, en que ese tercero sea un funcionario de la Coordinación General de Concesiones;

3º.- Que el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción de naturaleza cautelar destinada a amparar a quien, por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías preexistentes que la misma Carta Fundamental enumera, mediante la adopción inmediata por parte de la Corte de Apelaciones de providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

De acuerdo a lo anterior, para la procedencia del recurso de protección se requiere efectivamente que se hayan realizado actos u ocurrido omisiones, con carácter de arbitrarios o contrarios a la ley, que realmente priven, perturben o amenacen el debido ejercicio de un derecho indubitado y no disputado del afectado, que se encuentre garantizado y amparado en el texto constitucional y , en lo formal, que se interponga dentro del plazo fatal de quince días, que establece el Auto Acordado sobre Recurso de Protección de la Excm. Corte Suprema;

4º.- Que, antes de examinar si concurren los requisitos de fondo que hacen procedente la acción cautelar de protección, se debe analizar la solicitud de extemporaneidad del recurso, planteada en los alegatos de la vista por la parte del Fisco de Chile, quien manifestó que la acción fue interpuesta fuera de plazo, puesto que los recurrentes tomaron oportuno conocimiento de la resolución de la Sra. Ministra, el 28 de septiembre de 2004, ocasión en que el Sr. Fiscal Nacional del Ministerio de Obras Públicas, por instrucciones del Ministro de Obras Públicas, comunicó al Coordinador General de Concesiones, don Camilo Rojas Bascuñan, que la diligencia ordenada se llevaría a efecto en las dependencias de la Coordinadora, y el recurso sólo se dedujo el 20 de octubre de 2004, esto es, transcurrido el plazo de quince días que establece para su interposición el artículo 1º del Auto Acordado sobre Recurso de Protección.

Esta petición de extemporaneidad debe desestimarse, puesto que, aún cuando el Fiscal Nacional del Ministerio de Obras Públicas, por oficio de 28 de septiembre de 2004, comunicó al Coordinador General de Concesiones, del contenido de la diligencia ordenada por la Sra. Chevesich, es del caso considerar, que del mérito del proceso, no aparecen datos o antecedentes que permita dar por aceptado que los recurrentes también tomaron debido conocimiento de esa comunicación con antelación al plazo de quince días que se exige para deducir el recurso, existiendo como único parámetro conocido, lo afirmado por los propios recurrentes, en cuanto señalan que tomaron conocimiento por la Edición Electrónica del Diario La Tercera del día 1° de octubre de 2004;

5°.- Que, desestimada la petición de extemporaneidad, corresponde, a continuación, entrar a discernir si efectivamente concurren con respecto al recurso de protección cada uno de los presupuestos de fondo que lo hacen procedente; esto es, si la autoridad judicial cometió un acto ilegal o arbitrario al dictar la resolución que se impugna, y que a consecuencia de su actuar, los recurrentes sufrieron una privación, perturbación o amenaza de sus garantías constitucionales reconocidas en los números 4 y 5 del artículo 19 de la Carta Fundamental. En este orden de ideas, lo primero que debe dilucidarse, es si el acto que se impugna resolución judicial -adolece de ilegalidad o arbitrariedad, lo que se traduce en determinar, a la luz de los antecedentes recogidos en el proceso criminal y de las normas constitucionales y legales, si la Ministra al dictar la resolución actuó o no dentro de la órbita de su competencia y con apego al derecho;

6°.- Que, para decidir acertadamente lo anterior, debe necesariamente entrar a analizar las distintas normas que el ordenamiento constitucional y legal contempla con respecto a las facultades jurisdiccionales de los jueces y sobre las formalidades que deben cumplirse en el desarrollo de dichas funciones, y en particular, en el marco de una investigación criminal.

En este orden de ideas, debe considerarse, lo siguiente:

a.- Que, en un estado de derecho, como el que impera en Chile, de acuerdo a lo que preceptúa el artículo 73 de la Constitución Política de la República y artículo 1° del Código Orgánico de Tribunales, corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia, como órganos imparciales, la facultad de conocer y resolver de manera definitiva e inalterable, con posibilidades de ejecución, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que importen la violación del ordenamiento jurídico;

b.- Que, en ese mismo sentido, la Carta Fundamental en orden a garantizar a las partes un debido proceso, en su artículo 19 N° 3 inciso 4°, establece que Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta. Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos;

c.- Que, en este caso, la Excma. Corte Suprema de Justicia, por acuerdo de Pleno de 21 de enero de 2003, en uso de las facultades que le conceden los artículos 79 de la Constitución Política de la República y 560 del Código Orgánico de Tribunales, designó como Ministra en visita extraordinaria en el décimo séptimo Juzgado del Crimen de Santiago a la Ministra de la Corte de Apelaciones de Santiago Sra. Gloria Ana Chevesich Ruiz, para que se avocara, como juez unipersonal, al conocimiento y sustanciación de la causa criminal rol N° 15.260, conocida como

Caso Gate;

d.- Que, con posterioridad, la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de 10 de marzo de 2003, escrita a fojas 2.973, dispuso que por separado investigara los hechos relacionados con la forma en que se procedió en lo relativo al llamado a licitación de obras o servicios por el Ministerio de Obras Públicas, desde 1997 en adelante, requiriendo un listado de todas ellas y precisando si existieron posibles irregularidades en los llamados a licitación, confección de bases, administración y labores cumplidas, como posibles solicitudes de dinero a las empresas a quienes se adjudicaron concesiones, como la justificación contable en cada empresa de estos pagos;

e.- Que, estando investida de la calidad de juez competente , y cumpliendo además, con el mandato de los artículos 10 inciso 2º del Código Orgánico de Tribunales y 73 inciso 2º de la Carta Fundamental, la Ministra Sra. Ana Gloria Chevesich Ruiz, ha procedido a ejercer su autoridad en la investigación criminal, ordenando diligencias útiles destinadas a comprobar los delitos denunciados y establecer la participación de terceros, y también, ha cumplido con decretar las correspondientes a lo ordenado por su superior jerárquico, la Corte de Apelaciones de Santiago;

f.- Que, con respecto a las actividades que le corresponden a la Sra. Ministra en el ámbito de su investigación, debe tenerse, además, en cuenta que el artículo 108 del Código de Procedimiento Penal dispone que la existencia del hecho punible es el fundamento de todo juicio criminal, y su comprobación por los medios que admite la ley es el primer objeto a que deben tender las investigaciones del sumario; Por su parte, el artículo 109 del mismo texto, obliga al juez investigar, con igual celo, no sólo los hechos y circunstancias que establecen y agravan la responsabilidad de los inculcados, sino también los que les eximan de ellos o la extingan o atenúen; En esa misma dirección, el artículo 110, señala que el delito se comprueba con el examen practicado por el Juez, auxiliado por peritos, en caso necesario, de la persona o cosa que ha sido objeto del delito, de los instrumentos que sirvieron para su perpetración y de las huellas, rastros que haya dejado el hecho; con las deposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro modo la manera como se ejecutó; con documentos de carácter público o privado; o con presunciones o indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de su existencia.....;

Asimismo, el artículo 156, indica que los tribunales pueden decretar la entrada y registro de cualquier edificio o lugar cerrado, sea público o particular, cuando hubiere indicio de encontrarse allí el inculcado o procesado, o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles o cualquiera otros objetos que puedan servir para descubrir un delito o comprobarlo; A su vez, el artículo 176, faculta a los jueces para ordenar la retención de la correspondencia privada, sea postal, telegráfico o de otra clase, que el procesado remitiere o recibiere, y la de aquella que, por razón de especiales circunstancias, se presuma que emana de él o le está dirigida, aún bajo nombre supuesto, siempre que se pueda presumir que su contenido tiene importancia para la investigación.

También podrá emitir esta orden el juez respecto de cualquier otro objeto que remitiere o recibiere el procesado. El decreto del juez se hará saber a los jefes de los respectivos servicios de comunicaciones para que lleven a efecto la retención de la correspondencia, que entregarán bajo recibo al secretario del juzgado; En el mismo sentido, el artículo 178, al referirse a la apertura y

registro de la correspondencia, indica, que se decretará por resolución fundada, en la cual se determinará con la precisión posible la correspondencia que debe ser objeto de esta medida; Por su parte, el artículo 180, dispone, que el juez abrirá por sí mismo la correspondencia y, después de leerla para sí, apartará la que haga referencia a los hechos de la causa y cuya conservación considere necesaria.....

7º.- Que, de los antecedentes relacionados precedentemente y de lo obrado en la causa criminal rol N° 15.260 del Décimo Séptimo Juzgado del Crimen de Santiago, que se tiene a la vista, fluye que la Sra. Ana Gloria Chevesich Ruiz, en su calidad de Ministra en Visita Extraordinaria, y en ejercicio de las facultades jurisdiccionales que le fueron asignadas por la Excma. Corte Suprema, ha procedido en el ámbito de su competencia y cumpliendo con las normas adjetivas contempladas en el código de procedimiento penal, a investigar los ilícitos denunciados en el correspondiente proceso criminal, y existiendo mérito suficiente ha dictado la resolución de 15 de septiembre último, en la que se dispuso la incautación de los archivos magnéticos de respaldo u otro similar de los correos electrónicos, que los funcionarios de la Coordinación General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, emitieron entre los años 1997 y 2003.

Atendido lo razonado en los considerandos precedentes, debe necesariamente concluirse que la jueza recurrida no ha incurrido en ilegalidad alguna al dictar la resolución judicial que ha sido motivo del recurso de protección, ya que, como se ha dicho, ha actuado en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y dentro de la órbita de su competencia;

8º.- **Que, por otra parte, la actuación de la jueza tampoco puede considerarse arbitraria, como lo sostienen los recurrentes, puesto que la resolución en los términos que fue dictada no obedece a su mero capricho, sino que es producto de antecedentes reunidos en el marco de una investigación criminal, que la hacían aconsejable para los objetivos del proceso. Sobre el particular y sin entrar a analizar en este recurso, si el contenido de los correos electrónicos, medio de comunicación de reciente data, se encuentran o no para el constituyente comprendidos dentro la documentación privada que resguarda nuestra Carta Fundamental, o si la circunstancia de que se utilizara por funcionarios para fines particulares dicho medio de comunicación usando equipos computacionales pertenecientes al Fisco de Chile, le pueda restar dicho carácter, en razón que ésta es una cuestión que a juicio de los sentenciadores no corresponde dilucidar en esta instancia.** A mayor abundamiento, y de estimar que en las cintas ordenadas incautar, junto con la información propia del servicio, también se contendrían correos electrónicos de carácter personal y privado de los funcionarios estatales, por la indivisibilidad de la misma, hacía imposible que la señora Jueza estuviera en condiciones de identificar y clasificar, a priori, cada uno de los documentos contenidos en ellas.

9.- Que, en lo que se refiere a las garantías fundamentales supuestamente conculcadas por la acción de la magistrado recurrida, es preciso considerar, en primer lugar, en cuanto a la garantía del número 5º, que dicha actividad se realizó dentro de una investigación criminal, en ejercicio de las facultades otorgadas por la Excma. Corte Suprema y dentro de su competencia, lo cual dejó su acción dentro de la situación excepcional contemplada en la misma disposición constitucional, que señala el hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley. Por las mismas razones, ya señaladas en el párrafo precedente, y a mayor abundamiento, tampoco se conculcó la garantía contemplada en el número 4º del artículo 19 de la Constitución Política de

la República, por cuanto, en la forma de disponer la incautación y llevarla a cabo, la magistrado participó personalmente en dicha diligencia, adoptando para la revisión de los documentos las medidas conducentes a fin de resguardar su contenido del conocimiento de terceros, disponiendo en esa dirección su correspondiente custodia, el examen personal de su contenido, la segregación de las piezas de carácter privado o confidencial, de aquellos que sí interesan para el éxito de la investigación, ordenando, además, formar cuadernos reservados, resguardando de esta forma, de una manera cierta y efectiva, el respeto y protección de la vida privada, y a la honra de la persona y su familia, que asegura a todos los ciudadanos nuestra Carta Fundamental.

10.- Que, en tales circunstancias, corresponde desestimar el recurso de protección deducido en contra la señora Jueza, puesto que como ha quedado demostrado, al dictar la resolución de quince de septiembre último, escrita a fojas 3285, actuó dentro de la legalidad y con la debida ponderación.

Por estas consideraciones, y atendido, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre "Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales", se rechaza el recurso de protección interpuesto por los recurrentes, ya individualizados, en lo principal de fojas 23, sin costas. Regístrese, comuníquese y archívese.

Devuélvanse, en su oportunidad, el expediente Rol N° 15.260 XS Letra D (dos tomos), tenido a la vista.

Redacción del Ministro señor Juan Eduardo Fuentes Belmar.
N° 7.001-2.004.-

Dictada por la Séptima Sala de esta Corte de Apelaciones, presidida por el Ministro señor Juan Eduardo Fuentes Belmar y conformada por el Ministro señor Carlos Gajardo Galdames y Abogado Integrante señor Oscar Herrera Valdivia.