

COMENTARIO AL DICTAMEN DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO. USO DEL CORREO ELECTRÓNICO POR LOS TRABAJADORES.

Alberto Cerda Silva

Abogado y Candidato a Magister en Derecho por la Universidad de Chile
Investigador del Centro de Estudios en Derecho Informático

Cuando Manuel Castells pasa revista a la introducción de la Internet en los lugares de trabajo, lo hace bajo el no poco expresivo epígrafe de "*El fin de la privacidad*", invitándonos a considerar las prácticas autoritarias que se han tejido en los centros de trabajo al abrigo de las nuevas tecnologías,¹ las que lesionan ostensiblemente la privacidad de quienes se desempeñan en ellos, cuando no inclusive ponen en riesgo otros tantos derechos fundamentales cuyo ejercicio aparece íntimamente imbricado con ella.

Y claro, así como en el modelo industrial el taylorismo y el fordismo contribuyeron a fortalecer las prácticas de control empresarial sobre el proceso productivo, en la sociedad de la información las diversas aplicaciones de la informática, en especial la Internet, potencian el control del trabajador por la dirección de la empresa, a riesgo de empalidecer el diseño panóptico de Bentham, donde todo lo que acontece es susceptible de ser visto, oído o percibido por quien ejerce el control social.

Precisamente, entre estos nuevos medios de control que el desarrollo tecnológico suministra al empleador se encuentra el correo electrónico, verdadera "columna vertebral" de Internet, aplicación que permite la transmisión de mensajes y archivos de un usuario a otro.² Ahora bien, no debe circunscribirse el examen del correo electrónico a un mero medio de control, ya que ellos importaría desconocer el potencial del mismo, tanto como medio de comunicación, como en cuanto herramienta de trabajo en el desarrollo cotidiano de las actividades empresariales de la nueva economía cifrada en red.

Las condiciones y limitaciones impuestas al uso por los trabajadores del correo electrónico suministrado por la empresa, así como las facultades de que dispone el empleador

¹ Castells, Manuel, "*La Galaxia Internet*", Areté editorial, España, 2001.

² Hahn, H. Y Stout, R., "*The Internet Complete Reference*". Traducción en español, "*Internet. Manual de Referencia*", Mc-Graw Hill, Madrid, 1994.

para ejercer control sobre ello se han constituido en un problema jurídico recurrente en aquellos países donde la penetración de las nuevas tecnologías ha dado pie a su aplicación empresarial.

En Estados Unidos, donde no existe una adecuada protección legal para el uso de e-mail por los trabajadores,³ se han planteado numerosos casos jurisprudenciales sobre despidos fundados en el uso inapropiado de la red,⁴ los que han sentado doctrina en orden a salvaguardar la privacidad del trabajador, en tanto este disponga de una “*expectation of privacy*” o “esperanza razonable de privacidad” y no se encuentren comprometidos intereses públicos.⁵ Al efecto, se ha estimado que una simple comunicación escrita al trabajador del empleador, en orden a que su correo electrónico puede estar controlado, rebaja las expectativas de intimidad y legitima la intromisión de éste en la correspondencia de sus empleados.⁶ Tal doctrina ha sido objeto de duras críticas por la corrosión que importa para las libertades individuales, la falta de consideración hacia la dignidad del trabajador y las desventajas competitivas que origina para la actividad empresarial.⁷

En Inglaterra, la *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* facultó al gobierno inglés para elaborar una regulación sobre la interceptación de las comunicaciones de los trabajadores, lo que llevó a la publicación de la controvertida *Lawful Business Practice Regulations*, que consagra la regla general de que no se debe interceptar las comunicaciones sin consentimiento de estos; no obstante, la regulación admite numerosas hipótesis que legitimarían tal control empresarial, prescindiendo del consentimiento del trabajador, que van desde razones que abogan por la seguridad nacional hasta asegurar el buen funcionamiento del sistema informático de la empresa, y aun para comprobar el cumplimiento de normas de conducta en el seno de ésta.⁸ Con posterioridad, *the Information Commissioner*, autoridad de control para el tratamiento de datos personales, ha emitido un código de conducta, mediante el cual se procura mitigar los efectos de la regulación antedicha.

En España, los tribunales han tenido la ocasión de pronunciarse frente al uso no autorizado de los recursos de la Internet por el trabajador,⁹ e igualmente sobre el uso del

³ Castells, Manuel, op. cit. pág. 200.

⁴ Howe, Jeff, “*Big boss is watching*”, Yahoo; Internet Life, Octubre 2000.

⁵ Winters, Steven. “*The New Privacy Interest: Electronic Mail in the Workplace*”, en Berkeley Technology Law Journal, volumen 8 (Spring 1993).

⁶ Rosen, Jeffrey, “*The eroded self*”, New York Times Sunday Magazine, 2000, cit. por Manuel Castell.

⁷ Winters, Steven, op. cit.

⁸ Jeffery, Mark, “*Carta blanca para espiar a los trabajadores? Perspectivas inglesas sobre poder informático e intimidad*”, en <http://www.uoc.es/web/esp/art/uoc/0109042/jeffery.html> (15.07.2002).

⁹ De tal suerte se ha estimado justificado el despido de quien, pese a la advertencia empresarial de sancionar las navegaciones irregulares en Internet, destina su jornada laboral a visitar sitios ajenos a los

correo electrónico por los sindicatos.¹⁰ Ahora, la concreta situación que nos ocupa se presentó cuando el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó justificado el despido de dos trabajadores que durante dos meses intercambiaron correo electrónico considerado obsceno y despreciativo hacia sus subordinadas.¹¹ Sin embargo, el asunto cobró mayor revuelo cuando el Deutsche Bank despidió a un trabajador tras treinta años de servicios para la entidad, por utilización inapropiada del correo electrónico, aportando, como prueba en juicio, algunos de los e-mails enviados por el trabajador. En el caso, el mismo tribunal antes mencionado declaró procedente el despido de quien, sin conocimiento ni autorización de la empresa, envió a través del correo electrónico mensajes ajenos a la prestación de servicios en horario laboral, prescindiendo del hecho que la empresa revisó el correo del trabajador para decidir la medida, sin mediar el consentimiento de éste.¹² Estos pronunciamientos han movido al Senado español a instar al Gobierno por la adopción de medidas necesarias para que el correo electrónico e Internet sean considerados instrumentos de comunicaciones e información entre los trabajadores, en especial con sus representantes.¹³

En Chile, como en otras latitudes, el tema no ha sido objeto de consideraciones legislativas explícitas. Con todo, particularmente tras las recientes modificaciones introducidas por la Ley 19.759 al Código del Trabajo, nuestra legislación ha innovado en la protección de los derechos fundamentales del trabajador al interior de la empresa, explicitando la plena vigencia de éstos en el marco de las relaciones laborales, particularmente frente a la frecuente colisión de ellos con el contenido de decisiones administrativas adoptadas en la empresa.¹⁴

Ante la carencia de una normativa legal específica y considerando la plena vigencia de los derechos fundamentales al interior de la empresa, la Dirección del Trabajo, ha hecho uso de sus facultades para esbozar algunas consideraciones sobre la materia. Precisamente, en su reciente dictamen 0260/0019 de fecha 24 de Enero del 2002, se asume

finde de la empresa y hace uso del computador para desarrollar actividades relacionadas con negocios propios. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, 16 de Octubre de 1998.

¹⁰ La Audiencia Nacional falló a favor de la organización sindical en su querrela contra el Grupo BBVA, en la que reconocía el derecho del sindicato a “transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y a los trabajadores en general a través del correo electrónico con la mesura y normalidad inocua con la que se venía realizando”. Audiencia Nacional, Sala de lo Social, 6 de Febrero de 2001.

¹¹ STSJ Cataluña, 5 de Julio de 2000 (Ar. 3452).

¹² STSJ Cataluña, 14 de noviembre de 2000 (Ar. 3444).

¹³ García Viña, J., “Relaciones Laborales e Internet”, en Revista de Trabajo y Seguridad Social (Estudios Financieros) núm 223 (2001), págs. 37 y ss.

¹⁴ Biblioteca del Congreso Nacional, “*Historia de la Ley*” (Ley 19.759, D.O., 5 Octubre, 2001), págs. 46 – 47.

el tema relativo a las condiciones de uso de los correos electrónicos de la empresa por los trabajadores, y a las facultades que conciernen al empleador a su respecto.¹⁵

El dictamen en cuestión comienza considerando que, en el tratamiento de la situación, aparecen dos valores constitucionales en conflicto: la garantía constitucional de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar su empresa, que emana de la garantía constitucional del derecho de propiedad.¹⁶

Antes de emitir pronunciamiento, la Dirección del Trabajo considera situaciones análogas a las que tienen lugar con el uso del correo electrónico, en que colisionan ambos derechos, particularmente con las llamadas telefónicas, evento en el cual el empleador no debe imponerse del contenido de las comunicaciones, aún siendo los medios de su propiedad. Práctica que se extiende a lookers, casilleros, gavetas de escritorio y otros espacios que considera una “proyección natural de la persona”. A partir de ello, concluye la Dirección del Trabajo que con “similar predicamento deben abordarse las situaciones a que dé lugar el uso del correo electrónico”.

Con todo, pasa a considerar la Dirección del Trabajo la regulación formal del uso de los e-mail por el empleador, admitiendo la incorporación de preceptos con el fin específico de regular, limitar o restringir el empleo de los correos electrónicos por los dependientes en el reglamento interno de la empresa, sujeto al régimen de impugnación previsto en el Código del Trabajo. Además, estima la Dirección del Trabajo que la regulación de esta materia también puede tener lugar por vía del contrato individual de trabajo o el instrumento colectivo, en su caso. Ahora bien, en uno u otro caso, la regulación no puede ni debe significar limitar la garantía constitucional de inviolabilidad de la comunicación privada en sí, desde que ello se encuentra impedido aún al propio legislador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 número 26 de la Carta Fundamental.

Enseguida, la Dirección del Trabajo considera algún criterio regulador, manifestando que la recepción de correo electrónico reviste carácter privado y queda por ello amparada constitucionalmente, mas convencionalmente puede privarse al envío de tal carácter, por ejemplo imponiendo al trabajador la práctica de remitir su correspondencia con copia al empleador o su representante.

¹⁵ El dictamen 0260/0019 de fecha 24 de Enero del 2002, de la Dirección del Trabajo se encuentra disponible en www.direcciondeltrabajo.cl

¹⁶ Nótese que la Dirección no examina la concurrencia de otros derechos fundamentales afectados –sea directamente, o bien expuestos a ello por su traslape con aquellos– por las facultades que pueda detentar el empleador respecto del uso de correo electrónico por los trabajadores.

Finalmente, concluye la Dirección del Trabajo el dictamen manifestando 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”.

Ahora bien, el tratamiento del tema en examen nos impone abordar dos puntos: el primero, si es admisible imponer limitaciones por el empleador al empleo del correo electrónico por los trabajadores y, en la afirmativa, bajo qué condiciones formales y materiales; el segundo, si el empleador dispone de las facultades para imponerse del uso que el trabajador está dando al correo electrónico.

En cuanto a si es posible al empleador imponer limitaciones al empleo por el trabajador del correo electrónico, considerando que este constituye una herramienta de propiedad de la empresa, que es puesta a disposición del dependiente para una más eficaz prestación de los servicios objeto del contrato, estimamos *ab initio* acertado el pronunciamiento de la Dirección del Trabajo, al admitir la imposición de tales restricciones.

Es igualmente razonable que tales condiciones y limitaciones al uso del correo electrónico por el trabajador se contengan en el reglamento interno de la empresa, desde que en su proceso de establecimiento queda asegurado su examen de legalidad por la propia Dirección del Trabajo, de oficio o a requerimiento de los trabajadores. Misma consideración puede hacerse extensiva a la reglamentación de la materia en un contrato colectivo.

Sin embargo, tratándose de aquellas empresas en las cuales no es obligatorio disponer de reglamento interno, entregar la reglamentación sobre el uso del correo electrónico por el trabajador al contrato individual de trabajo es cuando menos precario para los derechos de los trabajadores, por dos órdenes de consideraciones: una, porque desconoce el real poder de negociación de que dispone el trabajador en la contratación de sus servicios; y, dos, porque una cláusula tal carece de un control de legalidad *ex ante*, como aquél que es asegurado en las hipótesis de reglamentación precedentemente examinadas.

En este mismo orden de consideraciones, aún cuando la Dirección del Trabajo nada dice al respecto, nos parece ajeno al espíritu general de la legislación laboral y al carácter constitucional de los derechos potencialmente afectados, admitir, cual sucede en Estados Unidos, una merma en la privacidad del trabajador, a partir de una simple comunicación del empleador sobre las condiciones de uso del correo electrónico.

Compartimos también el criterio de la Dirección del Trabajo, en cuanto a considerar que las condiciones y limitaciones de uso del correo electrónico contempladas en el reglamento interno, deban satisfacer las exigencias previstas en el artículo 154 del Código del Trabajo para las medidas de control y su aplicación –idoneidad y concordancia de aquellas, carácter genérico e impersonal de ésta–, desde que el correo electrónico puede ser empleado como tal. Sin embargo, cabe preguntarse si tales requisitos deben concurrir cuando la reglamentación sobre el uso del correo electrónico se contiene en un contrato colectivo o individual de trabajo; desde ya nos inclinamos por la afirmativa, pues, en caso contrario, las prácticas contractuales conducirían a eludir el cumplimiento de la norma subyacente en la disposición.

En cuanto a la consideración de la Dirección del Trabajo en la cual admite una reglamentación mediante la cual la privacidad de una emisión de correo electrónico se pierda mediante el artificio de imponer al trabajador el develamiento de su contenido al empleador o a su representante, estimamos que ella importa una escisión inadmisibles del derecho a una comunicación privada,¹⁷ imponiendo condiciones que obstaculizan su libre ejercicio, menoscabando el derecho en términos tales de llegar a hacerle desaparecer, al imponer la publicidad de la esfera de privacidad de dependiente que se expresa a través de tal medio. Ni la consideración de la potestad de mando inherente a la relación laboral, ni los costes asociados a la comunicación que colaciona la Dirección del Trabajo en el dictamen, por lo demás presente también en el empleo por el trabajador de otras herramientas de trabajo, pueden legitimar por sí un parecer tal. Por lo demás, tal consideración resulta inconsistente con las propias conclusiones a que arriba la Dirección del Trabajo al final del dictamen, transcritas precedentemente.

Por lo que toca a las facultades de que dispondría el empleador para imponerse del uso que el trabajador está dando al correo electrónico, nos parece correcto el criterio finalmente sustentado por la Dirección, en cuanto a que en ningún caso podrá el empleador tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores.

¹⁷ Y aún a la naturaleza humana de la prestación de servicios que tiene por causa el contrato de trabajo, desde que hace suponer en el trabajador un ser bidimensional: máquina o persona, según si se encuentra prestando o no servicios en virtud de un contrato de trabajo. En el mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha manifestado que “no siempre es posible distinguir claramente cuales de las actividades de un individuo forman parte de su vida profesional y cuales no” (ECHR, case Niemitz v. Germany, 23 de noviembre de 1992, Series A No. 251/B, para. 29).

La intromisión del empleador en la correspondencia electrónica privada del trabajador queda resguardada por las acciones civiles y penales del caso, junto con constituir una infracción a las obligaciones que impone el contrato de trabajo, cuya gravedad, aqulata judicialmente, podría llegar a constituir causal de despido indirecto.¹⁸

Sin embargo, el dictamen deja pendiente de resolución algunos puntos trascendentes para la cabal aplicación del principio que sustenta, a saber: cómo discernir si la correspondencia electrónica recibida y enviada por el trabajador reviste carácter privado o público; y, si existen hipótesis de riesgo que hagan excepción a la regla, por ejemplo, las búsquedas del empleador destinadas a recobrar en forma inconsulta un archivo o documento necesario.

Por otro lado, sin llegar a constituir una intromisión en el contenido de la correspondencia electrónica, la Dirección del Trabajo no se pronuncia sobre la posibilidad de prever el acceso del empleador para calibrar el volumen de tráfico de e-mail desde el computador del trabajador, sin llegar a verificar su contenido, y, en la afirmativa, bajo que condiciones; más aún, cómo se conjuga el monitoreo del correo electrónico con la legislación sobre protección de datos personales, particularmente con la exigencia de consentimiento del titular de datos personales que debe mediar para legitimar el tratamiento de estos, salvo las excepciones que la propia ley indica.¹⁹

Resulta imprescindible brindar una solución a los problemas jurídicos pendientes asociados al empleo del correo electrónico por los trabajadores, tanto por la entidad de los derechos en colisión, como por la frecuencia de tales conflictos ante la creciente aplicación de la informática en la empresa.

¹⁸ A guisa de ejemplo, nuestros tribunales han estimado constitutivo de falta de probidad el ingreso, sin autorización de su usuario, a la oficina de éste y a su computador, más aún en el evento de considerarse este ingreso como necesario por una emergencia impostergable, cuando él tenía un objetivo preciso y no era ingresar a archivos o páginas web que se encontraban en el computador, interfiriendo en la privacidad del usuario (Corte de Apelaciones de Rancagua, 12 de febrero de 1999).

¹⁹ En igual sentido, Data Protection Working Party, “Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context”, Adopted on 13 September 2001.