

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo  
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)  
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

**INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL**

**TEMA: MEDIOS DE CONTROL Y VIGILANCIA ELECTRÓNICOS DEL TRABAJO Y  
DEL TRABAJADOR**

## **Índice de contenido**

LA LEGITIMIDAD DEL CONTROL TECNOLÓGICO DEL EMPLEADOR SOBRE EL TRABAJADOR .....	2
1.- INTRODUCCIÓN.....	2
2.- FUNDAMENTOS DEL CONTROL.....	3
3.- TIPOS DE CONTROL TECNOLÓGICO EJERCIDO POR EL EMPLEADOR EN EL MARCO DE UNA POLÍTICA DE SEGURIDAD INFORMÁTICA.....	4
4.- LIMITES JURÍDICOS AL CONTROL LEGÍTIMO DEL EMPRESARIO.....	6
5. REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN.....	12
LA LEGALIDAD DEL CONTROL DEL EMPLEADOR SOBRE EL CORREO ELECTRÓNICO ASIGNADO A SUS TRABAJADORES .....	15
I. INTRODUCCION.....	15
II. EL CORREO ELECTRONICO ASIGNADO A LOS TRABAJADORES: UNA HERRAMIENTA DE TRABAJO FISCALIZABLE.....	19
1. Herramientas de Trabajo:.....	19
2. El Correo Electrónico Personal y el Correo Electrónico Laboral:.....	20
3. El control sobre el Correo Electrónico Laboral y su contenido, eventualmente, personal:..	23
III. ¿UN CONFLICTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES?.....	27
1. Derecho a la intimidad.....	27
2. Derecho al secreto de las comunicaciones.....	28
3. La facultad de dirección y control del empleador.....	29
4. La Ponderación de Derechos y el Test de Razonabilidad.....	30
IV. CRITERIOS DEL TC Y NUESTRA CRÍTICA.....	34
V. LA SANCION DISCIPLINARIA LABORAL.....	38
VI. DERECHO COMPARADO.....	40
VII. CONCLUSIONES.....	43

**LA LEGITIMIDAD DEL CONTROL TECNOLÓGICO DEL EMPLEADOR SOBRE EL TRABAJADOR <sup>1</sup>**

**1.- INTRODUCCIÓN**

La relación laboral es un escenario donde entran en juego distintos derechos fundamentales en busca de equilibrio. Un caso que se presenta a menudo ocurre con el legítimo interés del empleador en acceder a información sobre sus trabajadores para desarrollar su actividad -amparado por las libertades de información y de empresa-, y los derechos de estos últimos a la intimidad, a la propia imagen, a la libertad sindical y al secreto de las comunicaciones. Este viejo conflicto ha resurgido a propósito de la utilización del correo electrónico y de otros servicios que ofrece la red Internet en el ámbito laboral, ante la posibilidad que tiene el empleador para controlarlos.

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

Por ello, no parece que la verdadera finalidad del empresario al aplicar medidas de control sea conocer o censurar el contenido de mensajes o archivos, sino más bien su preocupación radica en

---

1 HERNANDEZ RUBIO, Monserrat y HERRERA BRAVO, Rodolfo (2001). La Legitimidad del Control Tecnológico del Empleador sobre el Trabajador. Alfa-redi. Consultado en (febrero 18, 2008) en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=709>.

La Legitimidad del Control Tecnológico del Empleador sobre el Trabajador. [en línea] Edición: No. 035. Chile. Alfa-Redi. Junio del 2001, consultado en [febrero 18, 2008]. Disponible en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=709>.

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

evitar el consumo descontrolado de sus recursos y la pérdida de horas de trabajo, y mantener la propia seguridad de la información contenida en sus sistemas informáticos, razón por la cual este trabajo pretende defender como tesis la legitimidad del control tecnológico del empleador indicando los límites dentro de los cuales se encontraría, a nuestro juicio, justificado frente a los derechos fundamentales de los trabajadores.

## **2.- FUNDAMENTOS DEL CONTROL**

El control tecnológico que realiza el empleador sobre sus trabajadores no es per se arbitrario o abusivo, sino que emana como una manifestación de la libertad de empresa que le reconoce el artículo 38 de la Constitución española, en el marco de la economía de mercado. Además, el acceso a datos del trabajador puede realizarlo, en principio y bajo una serie de matices que indicaremos más adelante, amparado en el derecho a recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, según la letra d) del artículo 20 de la Carta Fundamental.

La normativa específica que desarrolla los derechos constitucionales antes mencionados en el ámbito laboral la encontramos en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, contenido en la Ley 8/1980, el cual, al referirse a la dirección y control de la actividad laboral, faculta al empresario para adoptar las medidas de vigilancia y control que estime más oportunas -por ejemplo, utilizando medios tecnológicos- para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales del trabajador. Dichas obligaciones pueden resumirse en: a) realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario, y b) prestar la diligencia y colaboración en el trabajo que marque la ley o la costumbre, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por el empleador en ejercicio de sus facultades de dirección. Además, el Estatuto es explícito frente a los deberes básicos del trabajador, que van desde el cumplimiento diligente y de buena fe de sus obligaciones laborales y de las órdenes e instrucciones impartidas por el empresario, hasta la contribución a la mejora de la productividad.

Por otra parte, en caso de incumplimiento contractual grave y culpable, el empresario puede despedirlo. Así, una trasgresión de la buena fe contractual por no respetar la confidencialidad de la información de la empresa; el abuso de confianza en el desempeño del trabajo ocurrido al utilizar la conexión a Internet que le proporciona el empresario para navegar por sitios de ocio o

pornografía; una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado a causa de dedicarle mucho tiempo a participar en chat de conversación en línea; o incluso situaciones más graves, como la utilización del correo electrónico para enviar ofensas o acosar sexualmente a compañeros de trabajo, habilita al empleador para alejar al trabajador de la empresa.

### **3.- TIPOS DE CONTROL TECNOLÓGICO EJERCIDO POR EL EMPLEADOR EN EL MARCO DE UNA POLÍTICA DE SEGURIDAD INFORMÁTICA**

Como puede apreciarse, el justificado control tecnológico que ejerce el empleador en su empresa obedece principalmente a una necesaria política de seguridad informática. En efecto, el estado actual de la tecnología permite cubrir uno de los aspectos básicos para el desarrollo de la actividad empresarial: la seguridad de los sistemas informáticos. Tal es su importancia que en ocasiones se impone como una obligación legal o reglamentaria para resguardar la información y garantizar su confidencialidad, integridad, disponibilidad y verificabilidad.

Sin entrar en detalle y a modo ilustrativo, cabe mencionar algunas medidas utilizadas para realizar una protección lógica de los datos, las comunicaciones y los sistemas al interior de una empresa. Las hay básicas, como la instalación de programas antivirus, de identificadores de usuarios basados en contraseñas o tarjetas de acceso, y otras más complejas, como la utilización de cortafuegos para controlar los ingresos y salidas de datos en una red, la identificación por técnicas biométricas o firmas digitales, o el cifrado de las comunicaciones. También es importante referirnos a log o registros de auditoría que permiten a los administradores del sistema, el estudio a a de algunas acciones importantes como el arranque y apagado de los equipos y de su software básico, las conexiones y desconexiones de los usuarios, las operaciones de transmisión de datos por la red y los intentos de acceso no autorizados, para identificar así riesgos de seguridad y adoptar medidas correctivas.

Apoyado en estas medidas tecnológicas el empresario puede comprobar si el trabajador cumple o no con sus deberes laborales básicos y realiza el trabajo convenido. Además, le permiten controlar la productividad y utilización de los recursos, supervisando de forma rutinaria la actividad de los trabajadores. Igualmente, con ellos puede velar por la custodia de secretos profesionales y generar pruebas que lo protejan frente a posibles responsabilidades de la empresa por conductas de sus empleados.

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

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

Es más, la instalación de cámaras de vídeo y de equipos de grabación de audio permiten preconstituir pruebas de las pretensiones del empresario, de acuerdo con el artículo 90, del RDL 521/1990, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, al establecer que "las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, admitiéndose como tales los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas".

Sin perjuicio de ello, si el empresario estima como oportunas estas medidas para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes del trabajador debe circunscribirlas a un ejercicio que respete la dignidad humana, según veremos.

Ahora bien, estos tipos de control tecnológico sobre el trabajador han suscitado diversos puntos de conflicto. Por ejemplo, la comunicación entre los trabajadores y sus representantes en la empresa y con los sindicatos difícilmente puede ser controlada por el empresario sin violar el derecho fundamental a la libertad sindical. Además, es usual que no se determinen ni pacten claramente los usos de los ordenadores conectados a Internet en los puestos de trabajo, y no se avisen las políticas de control y vigilancia previstas, por lo que al detectar usos incorrectos o excesivos del correo electrónico u otros servicios, se toman medidas extremas, e incluso ilegales, sin previo aviso, como abrir los mensajes, registrar el ordenador que utiliza un trabajador o poner filtros. Por último, la captación masiva de imágenes y sonidos de los trabajadores en el lugar de trabajo plantea la interrogante sobre si constituye una intromisión ilegítima de la intimidad.

Entonces, ¿debe el trabajador tener acceso a Internet en la empresa para usos no laborales?, ¿cuándo y cómo puede el

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

empresario ejercer su legítimo derecho de control en las redes digitales?, ¿qué límites tiene la instalación de videocámaras en el lugar de trabajo?...

Finalmente, cabe agregar que los actuales sistemas de control y vigilancia no están diseñados para vulnerar derechos fundamentales y libertades públicas. Son las conductas reflejadas en los procedimientos de utilización y en las políticas empresariales de control y dirección, las que pueden llegar a ser excesivas y desproporcionadas, atacando directamente la intimidad, las libertades y la dignidad del trabajador. Por eso, el correcto funcionamiento de la empresa no puede ser utilizado como argumento para conculcar arbitrariamente derechos, puesto que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, no es, como veremos a continuación, en ningún caso, ilimitado.

#### **4.- LIMITES JURÍDICOS AL CONTROL LEGÍTIMO DEL EMPRESARIO**

La determinación de los límites al control tecnológico del empresario emanado de sus derechos constitucionales a la libertad de empresa y a la libertad de información, es una exigencia de la seguridad jurídica que, más que restringir, busca definir el contenido de un derecho que posee el empleador y que puede ejercer legítimamente.

Lo expuesto hasta ahora podría llevar a pensar en la existencia de un conflicto entre derechos fundamentales de las partes ligadas por la relación laboral. Sin embargo, debemos precisar que no son los derechos los que eventualmente chocarían, al igual que no es la tecnología la causante de las injerencias ilegítimas, sino que son las conductas que intentan ampararse en una apariencia de derecho las que colisionan, y es el juez quien debe despejar en cada caso en concreto, luego de ponderar los hechos y contrastarlos con las disposiciones jurídicas que hemos visto y otras que mencionaremos, qué conducta está realmente protegida por el derecho que se invoca.

Además, téngase presente que los derechos fundamentales se encuentran sometidos a relaciones de coordinación, no de subordinación, formando un sistema que conduce a albergar derechos equilibrados entre sí, que no hace necesaria la existencia de jerarquías de derechos, e impide que se anulen mutuamente. Dicho sistema encuentra explicación en los propios derechos constitucionales, que al ser inherentes a la dignidad del hombre



*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

no pueden desconocer que el ser humano es básicamente una unidad. Por lo tanto, ni la capacidad de control del empresario es absoluta, ni los derechos del trabajador son ilimitados. De hecho, ambos derechos se hayan sometidos al principio jurídico de buena fe contractual.

Precisamente, no podemos dejar de mencionar el papel de la buena fe en el ejercicio de los derechos fundamentales y la prohibición del abuso del derecho. En el primer caso, interesa destacar que los derechos deben ser ejercidos conforme a las exigencias de la buena fe, según unas determinadas pautas de comportamiento sobreentendidas que no pueden ser ignoradas si se quiere comprender el funcionamiento de un sistema jurídico.

En el segundo supuesto, la ley no ampara el abuso del derecho. Es más, resulta ilógico que su ejercicio, que representa para los demás un deber moral de abstención o de actuación, pueda realizarse con abuso. El respeto incondicionado del propio derecho sólo puede ser racionalmente exigido en la medida en que su ejercicio se haga ateniéndose a pautas de comportamiento conformes con las exigencias de una convivencia que garantice los derechos de los demás y la paz social. Esto, sin duda, va más allá de las actuaciones que constituyen delitos, porque se refiere a situaciones en que queda fuera del ejercicio legítimo la acción que de manera desproporcionada e irrazonable, de forma intempestiva e impeditiva de cualquier otra solución, podría haber causado un grave daño a otro.

En otro orden de ideas, la Constitución ha establecido como garantía frente a las limitaciones un núcleo irreductible: el contenido esencial de los derechos fundamentales, que según el Tribunal Constitucional son aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose. Todo ello referido a un momento histórico y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas. Lo anterior se traduce en la obligación de respetar el contenido esencial para cualquier limitación que pretenda mantener su legitimidad.

En este breve repaso por los límites al control tecnológico del empresario debemos aludir al artículo 10.1 de la Constitución española, que radica en la dignidad humana el antecedente para reconocer a la persona los derechos inviolables que le son inherentes. Además, el propio Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 18, se refiere a la inviolabilidad de la persona, al

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

preceptuar que sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible. Es decir, los registros están autorizados bajo ciertas condiciones, garantizando transparencia e información al trabajador afectado.

En el artículo 10.1 de la Constitución aparecen como límites genéricos el respeto a la ley que desarrolle o regule el ejercicio del derecho constitucional -en este caso, es el Estatuto de los Trabajadores el que trata los derechos de éstos-, y al resto del ordenamiento jurídico. También se menciona como limitación el respeto a los derechos de los demás, tolerando su ejercicio, que en el caso en estudio se tratará, en principio, del secreto de las comunicaciones, la libertad sindical, la propia imagen y la intimidad. Veamos cada uno de ellos.

En primer lugar, el contenido esencial del secreto de las comunicaciones -que debe ser respetado por el control tecnológico del empresario- protege contra la interceptación o el conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas. Cuenta además con la garantía de que sólo mediante resolución judicial puede levantarse el secreto y con el resguardo punitivo que brinda el artículo 197 del Código Penal, que sanciona al que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodera de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, o intercepta sus telecomunicaciones o utiliza artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, castigándolo con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Por lo tanto, para controlar el uso del correo electrónico, por ejemplo, el empresario debe demostrar que interfiere en el trabajo ya que, al equipararse al resto de las comunicaciones, es inviolable y su control puede constituir un delito contra la intimidad, si no cuenta con el consentimiento inequívoco del trabajador.

En segundo termino, el trabajador goza del derecho constitucional de sindicación cuyo contenido esencial, en su fase colectiva, no se agota en los aspectos meramente organizativos o asociativos,



*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

sino que comprende también los derechos de actividad o los medios de acción necesarios para que el sindicato pueda cumplir las funciones a las que es llamado, medios que el Tribunal Constitucional ha identificado en la huelga, la negociación colectiva y la promoción de conflictos colectivos. Esta libertad sindical comprende la prohibición de injerencias del empresario, quien debe abstenerse de toda interferencia en su ejercicio y, por supuesto, de adoptar represalias contra los trabajadores que legítimamente ejerzan la actividad sindical.

Un tercer derecho involucrado es el de la propia imagen, que garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona.

Por último, el cuarto derecho es la intimidad, que para el Tribunal Constitucional implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana.

En tal sentido, adoptar como acción limitadora de estos derechos la instalación de videocámaras requiere, junto con todos los matices que estamos mencionando, también del consentimiento del trabajador o, cuando se funda en las necesidades lógicas de seguridad del lugar, por ejemplo, en bancos o supermercados, debe limitarse al principio de la proporcionalidad.

Cabe agregar que la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su artículo 1 establece que estos derechos fundamentales garantizados en el artículo 18 de la Constitución, son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles y serán protegidos civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas. El artículo 7, en relación con el artículo 2 de la misma ley, considera intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad, entre otras, el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas, salvo que cuenten con consentimiento expreso del titular del derecho o sean actuaciones autorizadas por una ley.

El derecho a la intimidad deriva de la dignidad de la persona e implica la necesidad de un ámbito propio y reservado. No cabe, por

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

tanto, afirmar que la actividad y relación laboral de un individuo esté absolutamente excluida de su "vida íntima". El Tribunal Constitucional rechaza que el lugar de trabajo no constituya, por definición, un espacio en el que el trabajador pueda ejercer con plena efectividad sus derechos fundamentales, entre ellos, la intimidad. El trabajador, en el horario y lugar de desarrollo y ejercicio de su actividad laboral, debe estar sometido a una razonable vigilancia por aquellos medios, sean técnicos o no, que en cada caso el empresario estime adecuados, pero en determinados momentos o lugares, los actos del trabajador, su comportamiento, conversación y actitud, pueden ser ajenos al interés empresarial y corresponder a su intimidad personal. Y en ese punto, y salvo supuestos muy excepcionales, la captación indiscriminada de imágenes y voz supondrá una intromisión injustificada del empresario en la intimidad del trabajador que atentará directamente contra sus derechos fundamentales y que será, además, constitutiva del delito previsto en el artículo 197 del Código Penal.

Junto con estos límites genéricos se han fijado, en algunos casos, límites específicos a los derechos fundamentales. Respecto a la libertad de empresa, el Tribunal Constitucional estima que no existe un contenido esencial constitucionalmente garantizado de cada una de las actividades empresariales concretas. El contenido esencial garantizado en el artículo 38 de la Constitución se reduce a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden, como es el caso del Estatuto de los Trabajadores que desarrolla la facultad de dirección y control de la actividad laboral. Así, la libertad de empresa es sólo libertad de moverse en un marco definido legalmente.

Por su parte, la libertad de información también tiene un contenido preciso. Las libertades del artículo 20 de la Ley Fundamental tienen un valor preponderante únicamente cuando se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, y contribuyen en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando el máximo nivel de eficacia justificada frente a los derechos garantizados por el artículo 18 de la Constitución. Entonces, difícilmente podrá argumentar un empresario que las injerencias que realice al derecho a la intimidad del trabajador, se justifican en un derecho a la libertad de información que reúna los elementos recién mencionados.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha establecido que frente a

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

medidas limitadoras como las que puede adoptar el empresario en el caso que nos ocupa, los límites de los derechos deben ser interpretados restrictivamente, por eso, dichas limitaciones, además de estar previstas en la ley, deben ser siempre razonables y proporcionadas en relación con el bien o derecho que limitan, justificadas y destinadas a cumplir realmente el fin para las que fueron establecidas.

La razonabilidad y proporcionalidad de las medidas no puede establecerse en abstracto. Para comprobar si una medida restrictiva supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido que exista otra medida más 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 más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

La justificación de la medida limitadora debe ser exteriorizada adecuadamente con objeto de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se entregó. Por último, la medida limitadora debe servir para hacer efectivo un fin legítimo real, no para encubrir objetivos espurios.

Finalmente, cabe destacar un límite de gran importancia práctica, que ya hemos insinuado en nuestra exposición: el derivado de los propios actos del titular del derecho, como manifestación de su consentimiento en la limitación. Al respecto, cada persona es soporte y sujeto jurídico de estos derechos, por lo que su tutela efectiva estará en función del celo que en su guarda y custodia manifieste cada persona o imponga el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la intimidad y la propia imagen constituyen un valor absoluto, permanente e inmutable, pero su tutela efectiva puede aparecer en algunos casos limitada por ciertos condicionamientos que provengan de las leyes, de los valores culturales de la sociedad de cada momento y, de un modo especial, del propio concepto que cada persona tenga respecto a sus particulares pautas de comportamiento por lo que quien descuida estos derechos o consiente la injerencia, no será acreedor de la protección jurídica.

## **5. REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN**

Es evidente que un comportamiento laboral abusivo de confianza o desleal frente al empleador , como el uso reiterado de los recursos de la empresa con fines particulares, constituye un incumplimiento del contrato de trabajo que debe ser sancionado, aunque pueda resultar discutible en ciertos casos el optar por el despido. Sin embargo, como consecuencia de la propiedad empresarial sobre el ordenador que usa el trabajador y sobre la dirección del correo electrónico, por ejemplo, cabe preguntarse si realmente puede el empresario acceder, de forma indiscriminada, cuando y como lo desee al contenido de los mensajes que emite y/o recibe el empleado.

Al respecto, parece razonable distinguir si el uso es para fines particulares o profesionales que se derivan de la actividad laboral diaria. En el primer caso, la potestad de control y dirección que corresponde al empresario en uso de la libertad de empresa le ha de permitir establecer, si llega el caso, medidas impeditivas o condicionantes sobre el uso particular de los servicios que ofrece Internet.

En tal caso, resulta fundamental informar al trabajador de los medios que se utilizarán para verificar el cumplimiento de lo pactado y establecer una normativa interna, buscando incluso la aceptación o consentimiento tanto del trabajador como de sus representantes. De hecho, el artículo 64 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores establece como competencias del comité de empresa la emisión de un informe previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas sobre la implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo y el ejercicio de una labor de colaboración con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, de acuerdo con lo pactado en los convenios colectivos.

Todo ello de acuerdo con el debido respeto a la dignidad humana como valor constitucional recogido en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y como límite al poder de dirección y control de la actividad laboral por el empresario. Es decir, la adopción de medidas de control será válida, en un principio, cuando se establezca una clara política de empresa al respecto, por ejemplo, a través de la elaboración de un código de conducta que se comunique a los trabajadores con carácter periódico y que indique claramente las reglas a las que el trabajador debe someterse cuando utilice los medios técnicos puestos a disposición

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

de la empresa para la realización de su prestación laboral. También son aconsejables otras medidas, como la separación entre un correo electrónico personal y uno profesional, o el control gradual de las comunicaciones, las que deben ser analizadas caso por caso.

Pero la cuestión puede resultar distinta si se trata del acceso a Internet para uso profesional. Aunque los equipos sean de su propiedad no corresponde que el empresario tenga un acceso indiscriminado y sorpresivo sobre la actividad laboral llevada a cabo por el empleado. Ciertamente, la libertad de empresa supone el poder de decisión del empresario sobre la estructura y funcionamiento de aquélla; la disponibilidad sobre los medios de producción y la dirección del trabajo del personal contratado, de acuerdo con las condiciones pactadas en el contrato de trabajo. Pero un contrato que no puede ignorar que las relaciones laborales se basan en los principios de buena fe y diligencia profesional. Y, como es obvio, aquellas condiciones no pueden establecerse con abstracción de los derechos reconocidos por la Constitución. La autonomía organizativa del empresario no es ni puede ser ilimitada.

En este sentido, el contrato laboral no es un área autónoma ajena a la vigencia de la Constitución. Por esta razón, el acceso indiscriminado al correo electrónico, por ejemplo, vulnera el derecho del trabajador al secreto de las comunicaciones, que protege la libertad de comunicación y la reserva sobre la comunicación emitida, con independencia del contenido de la misma.

Creemos que no basta con no vulnerar los derechos constitucionalmente protegidos, sino que el empresario deberá, además, optar, sensata y ponderadamente, por políticas adecuadas de control de la actividad laboral que favorezcan un ambiente de trabajo relajado y confiado que proporcione autonomía e intimidad, evitando el recelo, la presión y el malestar de los trabajadores ante conductas excesivas derivadas del poder empresarial.

En definitiva, el empresario podrá ejercer un control tecnológico legítimo sobre sus trabajadores, pero considerando en cada caso y atendiendo a estrictos criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, la utilización de medidas de vigilancia y control que, sirviendo a los fines que se pretendan, supongan el menor impacto posible sobre la intimidad y dignidad del trabajador. El derecho a la intimidad, al igual que los demás derechos fundamentales, no es absoluto y puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que sea necesario para lograr un fin legítimo, proporcionado y respetuoso

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

con el contenido esencial del derecho.



**LA LEGALIDAD DEL CONTROL DEL EMPLEADOR SOBRE EL CORREO ELECTRÓNICO ASIGNADO A SUS TRABAJADORES <sup>2</sup>**

***I. INTRODUCCION***

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

Los ejemplos podrían ser tan numerosos y variados como la infinidad de posibilidades y recursos que nos ofrecen -hoy por hoy- las Tecnologías de la Información y Comunicaciones[i] (TICs). Las situaciones comentadas no son ejemplos académicos sino recientes hechos de la vida real, que podrían seguirse dando en tanto las TICs de un empleador sean mal utilizadas por sus dependientes.

En la actualidad, la potestad (o no) del empleador de ejercer su facultad de fiscalización sobre el e-mail que le es asignado a sus trabajadores, viene siendo ampliamente debatida a nivel internacional, no existiendo -aún- una tendencia clara, ni a nivel legislativo, jurisprudencial ni doctrinario que de una solución definitiva al posible conflicto entre la facultad de fiscalización del empleador sobre las herramientas de trabajo -derivado de su derecho constitucional a la libertad de empresa- y el derecho a la

---

2 LARREA DE ROSSI, Jorge (2008). La Legalidad del Control del Empleador sobre el Correo Electrónico asignado a sus trabajadores. Alfa-redi. Consultado en (febrero 18, 2008) en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10006>.

La Legalidad del Control del Empleador sobre el Correo Electrónico asignado a sus trabajadores. [en línea]. Edición: No. 114. Perú. Alfa-Redi. Febrero 2008. Disponible en [febrero 18, 2008], en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10006>

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

intimidad del trabajador y al secreto de sus "comunicaciones privadas"; siendo que todo trabajador goza de estos derechos fundamentales -en su condición de persona- sin que puedan ser afectados por una relación laboral; es decir lo que en doctrina laboral se conoce como derechos inespecíficos, siendo que de comprobarse que una medida disciplinaria impuesta por el empleador -por ejemplo el despido- se produce en virtud a la afectación a estos derechos inespecíficos, se terminaría por afectar -en consecuencia- derechos laborales constitucionalmente protegidos (derechos específicos) como los prescritos en el Artículo 23° (penúltimo párrafo) y 27° de la Constitución[ii].

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

Creemos que esta nueva sociedad, que se ha configurado en virtud a las TICs y en la cuál el conocimiento y la información constituyen bienes esenciales de gran valor, exige un nuevo y moderno derecho[iv]. En efecto, son nuevos los conceptos y nuevas las situaciones jurídicas que debemos afrontar hoy en día, y por tanto las repuestas del derecho no pueden mantenerse bajo la rigidez de antiguos esquemas jurídicos, conceptualizados en un tiempo en el que quizás aún eran impensables los adelantos tecnológicos que presenciamos hoy. "(...) en el mundo tecnológico y su relación con el económico, se mueven diversos e importantes intereses que el derecho se ve obligado a regular. Parece lógico por tanto, que el derecho proporcione a la informática una regulación jurídica que es necesaria para su desarrollo", nos señala el Dr. Miguel Angel Davara[v], quien cita al Profesor Hernández Gil que ya en 1973 comentaba el tema señalando: "No se trata de que el derecho va a ordenar nuevas realidades, sino que el derecho mismo va a experimentar, en cuanto objeto de conocimiento, una mutación, derivada de un modo distinto de ser elaborado, tratado y conocido"[vi].

En lo que a Derecho Laboral se refiere, las TICs han planteado -en los últimos años- situaciones jurídicas -relativamente nuevas- especialmente referidas a temas como el teletrabajo, nuevas condiciones de trabajo, el control y fiscalización de las labores mediante el uso de sistemas o instrumentos tecnológicos, la protección de la información de los trabajadores contenidas en

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

bases de datos, el uso de las TICs para la selección y contratación de personal, el valor de las ordenes, directivas y hasta sanciones cursadas haciendo uso de las TICs, así como el uso extra laboral de las TICs puestas a disposición de los trabajadores, sea con fines sindicales o para un uso personal del trabajador, entre otras varias situaciones[vii].

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

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

Cuando hablamos de un uso indebido de las TICs, los casos van desde -siempre durante el horario de trabajo- hacer uso de la computadora para jugar, pasando por el acceso a paginas web que no tienen vinculo alguno con las labores[xi], mantener conversaciones vía Chat o Messenger, realizar cursos a distancia haciendo uso de la computadora y el Internet de la empresa[xii], descargar fotografías, audios o videos de ocio, humorísticos o pornográficos, sobrecargar y hasta bloquear la red de la empresa, infiltración de virus y otros que afectan los sistemas del empleador, uso para fines personales del correo electrónico y

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

hasta competencia desleal, espionaje industrial, fuga de información sensible o comisión de delitos informáticos[xiii] mediante el correo electrónico asignado a los trabajadores.

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

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

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

Creemos que todo aquel que lea este trabajo, es consciente de que en más de una ocasión -durante la jornada laboral- hizo un uso personal y extra laboral del correo electrónico asignado por su empleador, en efecto, cierto es que los trabajadores utilizamos -eventualmente- el e-mail de la empresa para fines personales[xv], pero desde una perspectiva legal consideramos que dicha actitud es

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

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

## **II. EL CORREO ELECTRONICO ASIGNADO A LOS TRABAJADORES: UNA HERRAMIENTA DE TRABAJO FISCALIZABLE**

### **1. Herramientas de Trabajo:**

Por útiles y/o herramientas de trabajo puede entenderse a todos los elementos puestos a disposición del trabajador por la empresa, directamente vinculados con la prestación de servicios, bien por resultar imprescindibles para su desenvolvimiento o bien por facilitarla.[xvii]

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

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

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

En todo caso, la referencia legal expresa no resulta indispensable pues a partir del Principio de Buena Fe Laboral, se entiende que todo trabajador esta obligado a dar un uso adecuado a los útiles y/o herramientas de trabajo que su empleador le proporcione. La legislación nacional -sin embargo- sí contempla la posibilidad de sanción, sea en virtud al inciso a) y/o al inciso c) del Art. 25° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL)[xx].

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

## **2. El Correo Electrónico Personal y el Correo Electrónico Laboral:**

El e-mail funciona básicamente como una relación entre computadoras: donde una es un terminal "cliente o usuario" y otra es un "servidor" de correo[xxi] es decir, una computadora que contiene información que puede ser consultada por los usuarios. Esta es una computadora central que guarda el nombre de usuario del e-mail en un dominio[xxii] determinado. Por ejemplo, si el e-mail que la empresa le ha asignado a su trabajador es "trabajador@empresa.com", dónde "trabajador" es el usuario y lo que sigue después del signo arroba[xxiii] ("@") indica el dominio. Cuando alguien envía un mensaje desde esta dirección, ese mensaje pasa por el servidor del remitente, viaja por Internet y llega al servidor del destinatario, el cuál guarda el mensaje hasta que el destinatario se decida a abrir su cuenta de correo; en ese momento la computadora del destinatario se conecta al servidor y este le



*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

entrega al programa "cliente" -de correo electrónico- todos los nuevos mensajes.

Se puede enviar o recibir correo electrónico de dos formas:

1) Usando una cuenta de e-mail en un webmail de Internet sea gratuita como los Hotmail, Yahoo, etc., sea pagada como los servicios de la Red Científica Peruana (RCP), Terra y otras, o sea -en algunos casos- un servicio de webmail proporcionado por la misma empresa empleadora. Estas webmail brindan la posibilidad de revisar el correo electrónico en una web "colgada" en Internet, a la que se puede acceder desde cualquier computadora del mundo por medio de un determinado usuario y contraseña asignado.

2) O a través de la función POP3[xxiv] y SMTP[xxv], que son protocolos que asociados a una cuenta de correo electrónico permiten enviar y recibir -respectivamente- e-mails utilizando un servicio de correo electrónico contratado y programas específicos como el Outlook, Pegasus, Lotus y otros. En este caso, el e-mail sólo se puede revisar en la computadora en la que este instalado el programa y configurada la cuenta de correo (pudiendo configurarse la misma cuenta en varias computadoras diferentes)

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

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

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

extra laboral, durante la jornada de trabajo, facultad del empleador sobre la cuál no existe mayor discusión.

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

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

Para que el e-mail laboral pueda funcionar, el empleador requiere asumir los costos que implican contar con las computadoras, el software apropiado, el programa de navegación y el de correo electrónico, el pago del derecho a usar el dominio que haya establecido, la habilitación de las cuentas de e-mail asignadas a sus trabajadores, la arquitectura de la red empresarial (LAN), el acceso a un servidor de correo (o mantener un servidor corporativo propio), el mantenimiento y soporte técnico, la actualización y pago de licencias de todos ellos, los programas y herramientas antivirus, antispam[xxvii], Proxy[xxviii] y Firewall[xxix], así como los filtros de seguridad necesarios, el pago del acceso a Internet que brinda el ISP[xxx] y de ser el caso el pago adicional de la "data" es decir la infraestructura para lograr la conexión (CableNet, ADSL, Red Telefónica, Fibra Óptica, etc.)

El e-mail laboral, entonces, es asignado a los trabajadores por su empleador, como una herramienta de trabajo a fin de facilitar el cumplimiento de las labores; en tanto herramienta de trabajo -en principio- no debería haber un uso personal y extra laboral del mismo y siendo, en consecuencia, de uso exclusivo laboral no debería haber dificultad alguna para que el empleador controle esta herramienta y el buen o mal uso que se le de; mientras que la clave de acceso o contraseña (normalmente definida por el propio

trabajador) no debería ser entendida como un indicio de una supuesta "privacidad" sobre el e-mail laboral, su fin no es evitar el control empresarial sobre el correo electrónico pues -como veremos- para llevar a cabo esta fiscalización no se requiere -técnicamente- de la clave del trabajador; por el contrario la función de esta clave es excluir el ingreso de otros trabajadores o de terceros a la cuenta de correo asignada, siendo por tanto de exclusiva responsabilidad del trabajador cualquier incidente vinculado al e-mail que la empresa le haya asignado.

### **3. El control sobre el Correo Electrónico Laboral y su contenido, eventualmente, personal:**

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

Siguiendo al Dr. Jorge Toyama[xxxii], el acceso al contenido del correo electrónico debe ser el último medio a ser usado por el empleador para detectar una falta laboral, y es que -en principio- bastaría con ubicar los destinatarios, los nombres de los archivos adjuntos o el "asunto" del e-mail, para detectar un uso extra laboral del correo electrónico que ya de por sí resulta siendo una infracción laboral. Así cuando no exista una intromisión en el contenido del e-mail, no se requerirá discutir sobre la necesidad o no del consentimiento o autorización del trabajador para la fiscalización.

Sin embargo, si lo que se busca es verificar situaciones de mayor gravedad, que el simple uso extra laboral del e-mail, como situaciones de acoso a otros trabajadores por e-mail, posible responsabilidad frente a terceros por el mal uso del correo electrónico institucional, competencia desleal, espionaje industrial, fuga de información sensible, transmisión de pornografía infantil o la comisión de delitos informáticos, o

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

quizás tan sólo verificar que se respondió adecuadamente a un cliente, que se cumplió la instrucción impartida, que se envió la información encargada, etc. resultará insuficiente el control externo o superficial que se pueda hacer sobre el e-mail; incluso el simple uso extra laboral del e-mail fácilmente podría ser "disfrazado" utilizando títulos o "asuntos" que encubran el contenido del correo electrónico.

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

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

En Inglaterra, por ejemplo, un estudio[xxxiv] señala que el 55% de los empleadores encuestados controlaban el e-mail de sus trabajadores, mientras que otro estudio[xxxv] señalaba que el 75% de los directivos empresariales encuestados pensaba que controlar y filtrar las actividades de los trabajadores en Internet era absolutamente necesario. En Estados Unidos, la AMA[xxxvi] en un estudio del año 2001 señaló que el 46.5% de los encuestados registran o controlan los e-mails de sus empleados. Mientras que la Fundación para la Privacidad publicó que la fuerza de trabajo "on-line"[xxxvii] en los Estados Unidos, en el 2001, era de 40.7 millones, de los cuales el 34% (14 millones) estaban sometidos a vigilancia continuada del correo electrónico[xxxviii].

Por otro lado, un estudio realizado en España por la empresa Domeus.es (correo electrónico y marketing) concluye que el 75% de

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

los empleados que tienen acceso al e-mail en la empresa, lo utiliza también con fines personales y el 90% de ellos piensa que tiene "derecho" a hacerlo[xxxix].

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

En este contexto, consideramos que el control del e-mail laboral puede tener por fin: 1) Fin Preventivo o de Mantenimiento: evitar los perjuicios que causan los virus informáticos, evitar la sobrecarga de la red empresarial, evitar el exceso de capacidad de almacenamiento de las cuentas de correo o del servidor, etc. (lo cuál se puede llevar a cabo mediante un control externo de los e-mails y utilizando herramientas informáticas sin necesidad de ingresar a los contenidos); 2) Fin Organizativo: precisar la productividad individual de los trabajadores mediante la supervisión de su trabajo plasmado en e-mails y hacer un seguimiento de la correcta forma en que se brindan los servicios (por ejemplo, una adecuada atención al cliente cuando se da respuesta por e-mail para lo cuál es indispensable acceder al contenido del e-mail laboral); 3) Fin Fiscalizador: controlar de forma fiscalizadora el buen uso de las herramientas de trabajo a fin de aplicar sanciones a los infractores y/o reunir pruebas para sancionar diferentes faltas laborales (se trata de buscar y detectar situaciones irregulares como acoso entre trabajadores, contenidos sexuales u obscenos, correos difamatorios o injuriosos, fuga de información sensible de la empresa, delitos informáticos, e-mails que pudiesen causar un desprestigio de la empresa, e-mails que pudiesen ocasionar responsabilidad frente a terceros, etc. para lo cuál es indispensable acceder al contenido del e-mail laboral)

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

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

cuál el empleador deberá tener en cuenta lo siguiente:

1) Debe contar con una clara política de uso de las TICs de la empresa y comunicársela a los trabajadores, definiendo aquí los usos, mecanismos, procedimientos, restricciones, etc. que sean aplicables a las TICs de acuerdo a la política de la empresa[xli].

2) Deberá precisar en los contratos de trabajo y/o en el Reglamento Interno de Trabajo, que el e-mail asignado es una herramienta de trabajo de uso exclusivo para fines laborales y señalar las restricciones, prohibiciones y sanciones aplicables por el mal uso del e-mail institucional haciendo referencia a la política de uso de las TICs de la empresa.

3) Deberá alertar a los trabajadores sobre la existencia de los controles, sus mecanismos y sus fines, procurando que estos sean controles mecanizados permanentes, aplicables a la totalidad de trabajadores o a aquellos escogidos de forma aleatoria y sin ningún ánimo discriminator.

4) Deberá procurar utilizar prioritariamente los mecanismos técnicos que permitan un control automatizado antes que un control manual, dando prioridad a un control externo de los e-mails para sólo acceder al contenido de aquellos considerados realmente "sospechosos".

5) Deberá procurar contar con un servidor de correo propio y asistirse por personal especializado a fin de llevar a cabo auditorías informáticas serias y confiables.

6) Cuando realice auditorías específicas, deberá realizarlas en presencia del trabajador afectado y de ser el caso en compañía de un representante sindical, algún otro trabajador como testigo y/o un notario público.

Creemos que cuando una empresa tiene en cuenta las consideraciones planteadas y deja en claro el carácter de herramienta de trabajo fiscalizable del e-mail, su correcto uso, los mecanismos de control, así como las prohibiciones y sanciones, pues entonces ningún trabajador podría tener una razonable expectativa de privacidad cuando haga un uso personal del e-mail laboral y por



tanto no podría validamente sentirse agredido en sus derechos fundamentales.

### **III. ¿UN CONFLICTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES?**

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

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

#### **1. Derecho a la intimidad**

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

Este derecho fundamental ha sido reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1984, donde se establece que "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques"[xliv]

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

En este mismo orden de ideas, Ossorio[xlvi] lo define como el "derecho que todas las personas tienen de que le sea respetada su vida íntima" la cual se respeta a su vez con la abstención de "(...) publicación de retratos, divulgación de secretos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres y perturbando de cualquier otro modo su intimidad"

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

Autores como Baylos[xlviii] señalan que el empleador debe respetar el derecho pero no tiene la obligación de "sujetar la organización productiva al ejercicio de derechos fundamentales de su personal".

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

## **2. Derecho al secreto de las comunicaciones**

El derecho al secreto de las comunicaciones se encuentra consagrado en el Art. 2º Inc. 10 de la Constitución Política del Perú. El mismo que establece que: "Toda persona tiene derecho "Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías

previstas en la ley. (...) Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal (...)."

Belda Pérez - Pedrero[1] afirma que el secreto de las comunicaciones debe entenderse como la libertad de relacionarse con otra u otras personas distantes, a través de un medio destinado a tal efecto sin que trascienda el contenido del proceso comunicativo.

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

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

### **3. La facultad de dirección y control del empleador**

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

El profesor Montoya entiende el mismo como el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa y también señala que el poder de dirección del empresario vendría integrado por tres grandes facultades: la

facultad de decidir ejecutivamente, la facultad de dictar órdenes y la facultad de control y vigilancia.[liii]

En el Perú, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en su Art. 9° señala que: "Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.(...)"

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

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

#### **4. La Ponderación de Derechos y el Test de Razonabilidad**

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

Los trabajadores no pierden el ejercicio de sus derechos fundamentales al someterse a un contrato de trabajo y de hecho estos son plenamente vigentes y efectivos al interior de las

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

empresas, en tanto el trabajador los ostenta por su condición de persona o ciudadano. Sin embargo, el ejercicio de estos derechos dentro de la empresa -como consecuencia de las especiales características de la relación de trabajo- van a ser objeto de una cierta "modalización" o "acomodación", para hacerlos compatibles con las exigencias de la propia relación laboral, produciéndose una cierta contractualización de los derechos fundamentales en la empresa. Ello significa, que en el ejercicio por parte del trabajador de sus derechos fundamentales, éstos quedan circunscritos a unas exigencias contractuales (bajo conceptos como lealtad, buena fe, confianza, etc.) que se hacen prevalecer sobre las que se derivan del desarrollo pleno de los propios derechos[lvi].

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

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

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

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

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

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

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

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

- Desde un análisis jurídico: Que tenga un fin lícito (constitucionalmente legítimo)
  
- Desde un análisis fáctico: Que cumpla con ser:
  1. Necesario: No existe otra alternativa menos gravosa. Es decir, no existe otra medida más moderada para conseguir el propósito con igual eficacia (juicio de necesidad)
  
  2. Adecuado: Es la medida idónea para alcanzar el fin perseguido. Es decir, si tal límite es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad).
  
  3. Proporcional: No debe eliminar completamente al otro principio en conflicto, ni vaciar de contenido a ese derecho. Es decir, que sea una medida ponderada y equilibrada, en tanto de ella se derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre los otros valores en conflicto (juicio de proporcionalidad)

Al hacer nosotros el análisis de ponderación ante este conflicto de derechos constitucionales -derecho a intimidad y secreto de las comunicaciones privadas, por parte de los trabajadores y el derecho de control por parte del empleador, en virtud a su derecho de libertad de empresa- veremos con claridad que el punto de equilibrio entre ambos principios viene dado por las claras indicaciones que debe recibir el trabajador respecto a las políticas de control de las herramientas de trabajo de su

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

empleador. Así, no es viable argumentar que se viola intimidad alguna, allí donde no es posible ejercerla, ni se violentan las comunicaciones "privadas", allí donde no es posible que estas existan.

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

Haciendo el análisis del Test de Razonabilidad a la medida de control del empleador sobre el contenido de los e-mails, tendríamos que esta resulta Necesaria en tanto un determinado e-mail implique una razonable sospecha de un mal uso del correo electrónico como herramienta de trabajo y esta no pueda ser detectada fehacientemente mediante un simple control externo; resulta Adecuada en tanto una fiscalización sobre el contenido resulta -por sentido común- indispensable para, por ejemplo, identificar un supuesto de competencia desleal o espionaje industrial y será Proporcional en tanto dicha fiscalización esta previamente contemplada en las normativas de la empresa por las cuales debe regirse el trabajador.

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



*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

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

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

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

#### **IV. CRITERIOS DEL TC Y NUESTRA CRÍTICA**

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

Así el TC ha señalado que: según el artículo 2º, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

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

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

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

En consecuencia, el TC critica no la facultad de la empresa de

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

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

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

Nuestras críticas a la sentencia del TC serían las siguientes:

1. Consideramos que en el caso del correo electrónico no siempre se estará tratando de un aspecto que involucre la "intimidad o privacidad" del trabajador. Pues si entendemos "Intimidad" como la zona espiritual íntima y reservada de una persona[lviii], resulta claro que -por ejemplo- un e-mail con fines comerciales o con chistes no contiene información "intima", de igual forma el trabajador que remite un e-mail a numerosos destinatarios, re-envía cadenas o similares no tiene ninguna intención de mantener en "secreto" la información allí contenida. Por lo que consideramos que en la discusión jurídica se debe dejar de lado el tema de la "intimidad" y limitarse al análisis de si se vulnera o no el derecho al secreto de las comunicaciones.

2. No cabe duda -tal como lo reconoce el propio TC- que la computadora, el módem, el Internet y la propia cuenta de correo electrónico asignada al trabajador son herramientas de trabajo -de propiedad del empleador- y asignadas al dependiente con fines laborales. Por tanto, consideramos que deben estar sujetos a un

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

control de su buen uso.

3. Las características del funcionamiento de Internet y del correo electrónico nos llevan a concluir que no es correcta la equiparación del e-mail con el correo epistolar y además que dichas características hacen desaparecer cualquier "expectativa de privacidad" que pudiese tener un trabajador respecto a sus comunicaciones electrónicas usando la red empresarial.

En efecto, el e-mail y el correo epistolar tienen características totalmente diferentes, la Internet se ha creado en el contexto de la Sociedad de la Información bajo la concepción de "compartir información", la Internet no ha sido creada para fortalecer la privacidad. Como ya se ha explicado el e-mail tiene características técnicas -indispensables para su funcionamiento- que están por demás alejadas de buscar proteger la privacidad de las comunicaciones. La realidad tecnológica del e-mail hace que incluso los especialistas lo consideren un medio "inseguro" de transmitir información, tanto así que se recomienda a los abogados, por ejemplo, no enviar información sensible de sus clientes por vía correo electrónico y preferir siempre para ello los viejos -y siempre confiables- sobre, tinta y papel.

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

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

Cabe señalar que en nuestro ordenamiento jurídico sólo se ha previsto el supuesto de una orden judicial para la interceptación de documentos en situaciones de índole penal[lix], por lo que el TC en verdad al exigir una orden judicial para que el empleador pueda comprobar si se hace o no un buen uso del e-mail, termina

por dejar al empleador sin forma jurídica de ejercer tal control.

4. Consideramos que si el TC reconoce que usar las herramientas de trabajo para un aprovechamiento personal resulta en una infracción laboral -que según nuestra legislación puede ser sancionada hasta con el despido- el admitir que no es posible ejercer un control sobre el contenido de los e-mail de los trabajadores sería fomentar un abuso de derecho, en la medida que el razonamiento consecuente sería: si no es posible ejercer un control real y eficaz sobre el mal uso de las herramientas informáticas puestas a disposición de los trabajadores, entonces su mal uso puede continuar ejerciéndose de forma impune bajo una incorrecta interpretación del derecho a la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones, que resultaría en un ejercicio abusivo de tal derecho en perjuicio de los intereses del empleador.

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

#### **V. LA SANCION DISCIPLINARIA LABORAL**

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

Por ello, como habíamos adelantado, creemos que sólo un uso irregular, abusivo y desproporcionado del e-mail laboral podría sustentar una medida disciplinaria como el despido; así creemos

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

que será irregular todo uso extra laboral y/o contrario a las políticas sobre uso de las TICs de la empresa o que infrinja el Reglamento Interno de Trabajo; será abusivo un uso del e-mail que cause perjuicios de cualquier tipo al empleador o que en cuanto a su contenido resulte inaceptable y será desproporcionado un uso del e-mail laboral que exceda los razonables límites de tolerancia que pudiese haber fijado el empleador o que por sus características de número, tamaño, etc. resulte exagerado y reprochable.

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

Núñez señala: El caso de la indebida utilización de la correspondencia electrónica en materia laboral debe analizarse sobre el caso particular, siendo muy arriesgado el establecer sanciones predeterminadas para ciertos casos por la variedad de posibles faltas que se pueden presentar y la configuración que les de el empleador, dado que no será lo mismo que, un trabajador remita pornografía a sus amigos, que un profesor de educación primaria remita pornografía a sus alumnos. En ambos casos, el hecho es el mismo (remisión de pornografía) siendo que en el segundo caso el tema se agravaría, dado que el remitente es un profesor, y ello sí ameritaría el despido[1x].

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

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

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

beneficio propio o de terceros, literal c) del artículo 25 de la LPCL.

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

#### **VI. DERECHO COMPARADO**

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

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



*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

transgredan la prohibición de hacer uso de los mismos para fines privados[lxiii].

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

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

De otro lado, la jurisprudencia Española[lxviii] no es uniforme sobre la materia y aunque se venía consolidando la posición que señala que este control sobre el contenido de los e-mails es legal y los despidos motivados por esta causa son procedentes, existen también sentencias judiciales que resuelven de forma contraria. La legislación laboral española ignora totalmente esta nueva realidad, no existiendo regulación específica sobre la materia. Los abogados españoles han venido sosteniendo que el control empresarial del e-mail de los trabajadores se enmarcaría en el artículo 20.3[lxix] del Estatuto de los Trabajadores (ET) y en consecuencia esta norma permitiría el control sobre el correo electrónico.

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

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

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

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

## **VII. CONCLUSIONES**

1. El empleador tiene derecho a ejercer un control sobre las herramientas de trabajo que pone a disposición de sus trabajadores y el e-mail es una de ellas, por lo que debe estar sometido a algún tipo de control sobre su adecuado uso.

2. El uso incorrecto del e-mail institucional implica no sólo un aprovechamiento desleal de los recursos de la empresa, sino que también significa horas de improductividad por la dedicación de tiempo -dentro de la jornada laboral- a un uso personal del correo electrónico, e incluso la eventualidad de una serie de perjuicios para la empresa, que hemos descrito a lo largo de este trabajo.

3. Se hace necesario, entonces, que los empleadores establezcan mecanismos de control que -en un marco de razonabilidad y sin afectar derechos fundamentales- les permitan evitar los perjuicios que el uso inadecuado de esta herramienta de trabajo puede causarles. Deberán contar con una clara política de uso de las TICs y una regulación interna sobre el uso del e-mail, estableciendo las sanciones y advirtiéndolo a los trabajadores del tipo y formas de control que se ejercen sobre sus cuentas de correo asignadas y procurando no generarles ningún tipo de expectativa de privacidad sobre el e-mail laboral.

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

4. Si un trabajador utiliza el e-mail que la empresa le asigna, se entiende que lo hace para desempeñar sus labores, por tanto el contenido de ese e-mail es laboral y de interés del empleador, en consecuencia factible de ser revisado. Si -pese a estar prohibido- el trabajador hace uso personal del e-mail laboral ha cometido una falta y el contenido de ese e-mail esta sujeto a fiscalización a fin de determinar la comisión de una segunda falta laboral. No cabe alegar un derecho a la "privacidad o secreto de las comunicaciones" allí donde estaba prohibido dar tal uso a una herramienta de trabajo, ni realizar comunicaciones intimas, secretas o personales y por tanto no existía una valida expectativa de privacidad, una interpretación contraria estaría amparando un Abuso de Derecho por parte del trabajador a fin de apañar una falta laboral.

5. La forma adecuada de llevar a cabo este control es un punto nada pacifico, existe gran discusión sobre el tema, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Consideramos que el control puede efectuarse validamente sobre aspectos externos y sobre el contenido de los e-mail laborales y debe llevarse a cabo preferentemente mediante medios técnicos -si el problema lo causa la tecnología pues la solución también debería estar en manos de la tecnología- por lo que las empresas deberían usar servidores de correo corporativos, filtros, bloqueos, firewalls y programas de monitoreo que permitan identificar remitentes, destinatarios, frecuencias de uso, documentos adjuntos, palabras clave entre otros. A falta de estas herramientas informáticas que permitan un control "externo" o en los casos en que este no sea suficiente (delitos informáticos, pornografía infantil, fuga de información sensible, etc.) debe entenderse que el empleador tiene la facultad de hacer un control de los contenidos de los e-mail, no pudiéndose considerar dicho control -de ninguna forma- como una afectación ilegal al secreto de las comunicaciones.

6. Consideramos que es incorrecta la equiparación del e-mail con el correo postal o epistolar, pues la naturaleza propia (definida por la tecnología) del e-mail pone de manifiesto grandes diferencias con el correo tradicional y aun si se insiste con esa comparación, la Ley establece supuestos en los que se puede hacer in situ un control sobre el contenido del correo postal por parte de los operadores de correo.

7. El eventual conflicto de derechos fundamentales y el punto

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

de equilibrio entre ellos o cuál debe prevalecer, debe analizarse mediante la ponderación de principios fundamentales y el test de razonabilidad en cada caso concreto, sin embargo consideramos que en el control empresarial sobre el e-mail asignado a sus trabajadores, se hace bastante claro que no siempre existirá un tema de "intimidad" en los e-mail monitoreados y que no resulta correcto hablar de violación del secreto de las comunicaciones privadas, pues el hacer un uso extralaboral del correo electrónico institucional es una infracción laboral y por tanto no es viable argumentar que se viola intimidad alguna, allí donde no es posible ejercerla, ni se violentan las comunicaciones "privadas", allí donde no es posible que estas existan.

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