

El artículo que se reproduce a continuación fue obtenido de la página de Derecho del sitio web de la Universidad Diego Portales

PRIVACIDAD DEL CORREO ELECTRÓNICO EN LA EMPRESA

Claudio Paul Magliona Markovicth - Chile
Cmagliona@carey.cl

Director- Secretario Ejecutivo de la Asociación de Derecho e Informática de Chile - ADI; Director de Eventos y Miembro de Task Force comunidad jurídica Alfa-Redi (www.alfa-redi.org); coautor con Macarena López Medel del libro intitulado "Delincuencia y Fraude Informático, Derecho Comparado y Ley N°19.233", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1999; Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Candidato a Magister en Derecho Universidad de Chile; abogado Carey y Cía. Ltda.

1. Comentarios generales.

Hace ya bastante rato que el uso del correo electrónico de la empresa por parte del empleado ha sido materia de discusión en el derecho comparado. Pero como la tecnología es una sola, y la misma se encuentra a disposición de todos, los mismos problemas que afectan a los denominados países desarrollados terminan afectando a los que no lo son tanto.

El presente informe tiene por objeto dar a conocer un pronunciamiento de la Dirección del Trabajo sobre el uso del correo electrónico al interior de las empresas, junto con unas breves reflexiones al respecto.

2. Normas aplicables

Constitución Política de la República de Chile ("CPR").

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

5°. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.

24°. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales.

26°. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni poner condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Código Penal (“CP”).

Artículo 146. El que abriere o registrare la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado medio si divulgare o se aprovechare de los secretos que ellos contienen, y en el caso contrario la de reclusión menor en su grado mínimo. Esta disposición no es aplicable entre cónyuges, ni a los padres, guardadores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia. Tampoco es aplicable a aquellas personas a quienes por leyes o reglamentos especiales, les es lícito instruirse de correspondencia ajena.

Artículo 161-A. Inciso Primero: Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.

Código del Trabajo (“CT”).

Art 5.º inciso 1º El ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.

Art. 153. Inciso 1º Las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes, contados todos los que prestan servicios en la distintas fabricas o secciones, aunque estén situadas en localidades diferentes, estarán obligadas a confeccionar un reglamento de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento.

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

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

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

3. Ordinario 0260/0019, de la Dirección del Trabajo, de fecha 24 de enero de 2002.

Mediante Ordinario 0260/0019, de fecha 24 de enero de 2002, la Dirección del Trabajo (la “Dirección”), a través de su directora doña María Ester Feres Nazarala, se pronunció sobre si el empleador puede tener acceso al contenido de los correos electrónicos enviados y recibidos por el empleado, a través de un sistema de correo electrónico de la empresa.

Antes de llegar al pronunciamiento final, la Dirección reconoce la existencia de conflicto entre dos garantías constitucionales. Por un lado, la garantía constitucional de la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, que respaldada por el inciso 1° del artículo 5° del CT, protege al empleado, y por el otro, la garantía constitucional del derecho de propiedad, que otorga al empleador la facultad de organizar, dirigir y administrar su empresa.

Se compara el uso del correo electrónico con el uso de la línea y el aparato telefónico, en el sentido que no por ser el empleador dueño del teléfono, éste pretenderá enterarse del contenido de las llamadas telefónicas de sus dependientes.

Sin perjuicio de lo anterior, la Dirección reconoce el derecho del empleador de regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de sus bienes, pero siempre que no se infrinja la garantía constitucional de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. En este sentido, la Dirección no ve inconvenientes en que el uso del correo electrónico sea regulado al interior de una empresa a través del reglamento interno, respetando lo dispuesto en el inciso final del artículo 154, o en empresas de menos de diez trabajadores, a través del contrato individual o el instrumento colectivo, siempre que no se afecte la mencionada garantía constitucional.

La Dirección, por ejemplo, autoriza que se establezca la exigencia que todo envío de correo electrónico por el personal se efectúe con copia a alguna gerencia, privando de esta manera del carácter privado a la comunicación. Sin embargo, deja constancia que dicha regulación no es practicable en el caso de la recepción de correspondencia electrónica, la que conserva siempre su carácter de privada, y por lo tanto es amparada por la garantía en comento.

La Dirección concluye que “de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores”.

4. Análisis.

a) La Dirección concluye que en ningún caso el empleador podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores. Por supuesto, si existe correspondencia electrónica privada, debe existir correspondencia electrónica no privada. Por lo tanto, la Dirección no considera a toda comunicación electrónica como privada. Es más, señala claramente que los correos enviados por el empleado con copia a alguna gerencia pierden su calidad de privados, pero los correos recibidos por el empleado serán siempre privados. En conclusión, y de acuerdo a la Dirección, todos los correos electrónicos recibidos por el empleado y aquellos enviados que no deban ser copiados a alguna unidad de la empresa, se encuentran protegidos por la garantía constitucional de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.

b) Entre líneas, lo que la Dirección señala es que aceptará que el reglamento o el contrato individual prohíba al empleado usar el correo electrónico para fines personales, pero no permitirá al empleador poder fiscalizar, es decir, revisar el contenido de los correos, salvo por los correos enviados por el empleado con copia a la empresa.

c) Debido a que esta materia deberá finalmente ser resuelta por nuestros tribunales y/o legisladores, cabe preguntarse si las comunicaciones a través de correos electrónicos son, al amparo del artículo 19 N°5 de la CPR, una comunicación privada per se (como parece ser el caso de las comunicaciones telefónicas), o dicha calificación dependerá del análisis particular del contenido de los mismos. Nadie puede pretender que un sobre dirigido a la empresa con atención al empleado sea una comunicación privada. Igualmente, un correo electrónico que tiene por encabezado alguna referencia a la empresa tampoco podría ser privado. Por lo menos, privar en estos casos al empleador del derecho a revisar ese sobre o correo no parece muy sensato.

Tampoco convence la posición de algunos autores que consideran al correo electrónico como una forma de comunicación no privada, en el sentido de equiparlo a una postal, debido a que el administrador de un servidor de correos puede fácilmente acceder al contenido de los mismos. La facilidad para acceder al contenido no puede ser el elemento que determine el carácter de privado de un correo electrónico, documento, etc.

d) Por otro lado, el artículo 146 del CP sanciona al que abriere o registrare la correspondencia de otro sin su voluntad, por lo cual distingue entre correspondencia propia y ajena. La correspondencia física enviada con indicaciones claras de guardar relación respecto a la Empresa S.A. pero enviada a nombre del empleado no es correspondencia del empleado, sino de la Empresa S.A., por lo cual no cabría aplicar el tipo del artículo 146 del CP.

e) Finalmente, la conducta de interceptar comunicaciones de carácter privado, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público (la oficina de un empleado en principio no tendría que ser por lo general un lugar de libre acceso al

público) no es subsumible en el tipo del artículo 161-A del CP si concurre la autorización del afectado. O sea, con autorización del afectado, podrían interceptarse las comunicaciones privadas. Entonces, concurriendo la voluntad del empleado podría el empleador revisar el contenido de los correos electrónicos?

5. Conclusiones.

El debate esta recién comenzando. Justificación para una u otra posición no faltará, pero como siempre, parece ser que la doctrina de analizar caso a caso la aplicación de los preceptos legales prevalecerá una vez más. Lo que si parece claro, es que el impacto de las nuevas tecnologías en nuestra sociedad sorprende al derecho y a los estudiosos del mismo, obligando a reformular la aplicación de normas y principios jurídicos que durante siglos parecían inalterables.