

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

CONFIDENCIALIDAD Y/O PRIVACIDAD DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS EN MATERIA LABORAL.

Renato Jijena Leiva²⁰⁸

SUMARIO: I. *Confidencialidad e inviolabilidad de los correos electrónicos en general.* II. *Confidencialidad de sistemas electrónicos en sede laboral.*

I. Confidencialidad e inviolabilidad de los correos electrónicos en general

Una de las muestras más cotidianas de lo que ha sido la penetración en las sociedades actuales de las nuevas tecnologías y, en especial de la red Internet, es el uso masivo de los denominados "*e-mails*" o correos electrónicos. "*Tu tienes un e-mail*" es la frase que ha titulado películas y canciones. Y ellos son cada vez más interactivos, personales e intrusivos.

Cabe preguntarse si a los *e-mails* o correos electrónicos se les puede aplicar siempre la garantía constitucional del artículo 19 N^º5 de la CPE, esa que asegura a todas las personas la inviolabilidad de la correspondencia y de toda forma de comunicación privada. Las conductas atentatorias contra esta garantía además, según nuestro Código Penal, cometidas dolosamente son constitutivas de delito y castigadas con penas privativas de libertad. Entonces, para reivindicar la confidencialidad o reserva el argumento central es el de asimilar los *e-mails* al correo tradicional argumentando que la norma no distingue si "*la correspondencia inviolable*" o "*la comunicación privada*" se realiza específicamente de alguna forma o mediante algún soporte determinado. Consecuentemente, se reivindica a su respecto su inviolabilidad, afirmándose que cualquier forma de interferencia de un correo electrónico violaría una garantía constitucional y sería constitutiva de un ilícito penal.

Juristas, periodistas y parlamentarios se están preguntando si en materia de correos o mensajes electrónicos enviados a través de redes abiertas como Internet, cabe invocar a su respecto la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia y de toda forma de comunicación privada que en Chile consagra el artículo 19 N^º5 de la Constitución Política del Estado, y han intentado ordenar el uso y el eventual abuso en el envío de correos electrónicos, en particular cuando ello ocurre al interior de una empresa o de un servicio público -tema que revisaremos en el acápite siguiente-. Por su cercanía, también se ha debatido en torno a la naturaleza o calidad -confidencial, reservada y "privada", o no- de las navegaciones por Internet que realizan los empleados de una empresa.

Desde ya una aclaración: se trata de un debate relacionado con la "confidencialidad", "secreto" o "reserva" de correos o documentos electrónicos que

²⁰⁸ Profesor de Derecho Informático PUCV; Magister (c) Egob UTEM; Postgraduado en Derecho Informático por la Universidad de Zaragoza (España, 1990); Asesor Legal de la Subdirección de Informática del Servicio de Impuestos Internos de Chile.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

podrían ser considerados "comunicaciones privadas" en el contexto de la norma constitucional citada o del Derecho Penal, no de un cuestionamiento sobre la "privacidad" de dichos mensajes, porque ellos no son personas que puedan reivindicar en su beneficio la garantía constitucional del artículo 19^{Nº4} de la Constitución de Chile sino que constituyen elementos de un sistema computacional, digital, electrónico o telemático que *per se* carece del derecho de gozar de garantías fundamentales.

Esta distinción debe siempre tenerse presente, sobre todo quienes, como juristas, creemos que es fundamental el proteger la privacidad o intimidad de las personas de cara a las nuevas tecnologías, una garantía o "un derecho intransable" y "el último reducto de una persona", como se ha dicho. Pero esta opción jurídica y sociológica no puede traducirse en una postura dogmática y alejada de la realidad tecnológica.

Ninguna duda le puede caber al lector acerca de nuestra radical postura en pro de la defensa de la privacidad o intimidad de las personas, en el contexto de las nuevas tecnologías y los posibles abusos contra garantías fundamentales como la vida privada que consagra el artículo 19 Nº4 de la Constitución del Estado. No obstante, por muy radical que sea la defensa de un derecho conculcado ella no puede traducirse en un discurso dialéctico dogmático y parcial que implique desconocer las realidades tecnológicas. Menos aún cuando la posible inviolabilidad de una forma de comunicación como los correos electrónicos no se traduce en una vulneración de la garantía constitucional del artículo 19 Nº5, porque los *e-mails*, técnica y estructuralmente, no son una especie de aquellas comunicaciones privadas susceptibles de ser pinchadas o violadas en su confidencialidad, a que alude la Constitución Política, salvo que ellos se encripten o codifiquen.

Estimamos que se requiere una distinción elemental de cara a la naturaleza física o técnica de lo que es un correo electrónico y, en segundo lugar, en consideración a si concurre o no el elemento "encriptación". Porque como los ingenieros saben y los abogados suelen desconocer, sólo de esta forma se le agrega un proceso tecnológico posterior que asegura la confidencialidad o reserva del correo electrónico.

Toda construcción jurídica debe partir, necesariamente, por entender acabadamente cuáles son los hechos del mundo tecnológico que se quieren regular o subsumir en la norma, sus características y alcances. La respuesta de la Ciencia Jurídica sólo será idónea en la medida que exista claridad sobre la naturaleza de las realidades y de los elementos de sistemas y redes informáticas y telemáticas²⁰⁹.

Lo contrario, lleva a propuestas dogmáticas y erradas, que si bien es cierto pueden poseer sobrado contenido jurídico y teórico, son poco eficaces para cumplir el objetivo de regular la convivencia en las sociedades de la información. Siempre citamos en clases,

²⁰⁹ Un ejemplo concreto lo constituye el Tratado de la OMPI sobre Propiedad Intelectual de 1986, en cuyo artículo 11, luego de reconocerse que la protección de las mercancías multimediales sólo puede alcanzarse de la mano de las tecnologías, se dispone que los países miembros deberán sancionar localmente las conductas tendientes a violar o romper dichos mecanismos técnicos de resguardo. Pragmatismo puro.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

como la máxima o suma muestra del desconocimiento, un artículo que partía por entender que la realidad de los nombres de dominio o de las direcciones "IP" alfabetizadas se presentaba en el contexto de redes "cerradas" como Internet", cuando ella constituye la red "abierta" por antonomasia.

Con algunos ámbitos donde se ha levantado un debate jurídico sobre la calidad de confidencial, reservado o privado de un correo electrónico y de las casillas que los almacenan pasa exactamente igual. Es una afirmación "*ligera*" homologar con simpleza el mundo del correo normal y tradicional con el de los correos electrónicos. El correo electrónico no es -de manera alguna- un instrumento similar al de un correo normal, y la diferencia no radica sólo en que cada persona posee una casilla postal de carácter electrónica denominada "casilla electrónica".

(i) El correo normal se envía cerrado, y el *e-mail* no; (ii) el correo normal se envía mediante una empresa identificada y determinada, y el correo electrónico cuando es mandado a un destinatario es difícil saber al momento del envío cuál o cuáles son las empresas proveedores de conectividad y los servidores por los que circulará; (iii) el correo normal puede ser "certificado" en cuanto a los hechos que rodearon su envío y no en cuanto a su contenido -porque ellos no se abren- ni a la verdadera identidad de quien lo envía -alguien puede suplantarme en la oficina de correos-; los correos electrónicos cuando se firman electrónicamente es porque previamente se ha "certificado" la identidad de quien lo firma o genera las claves; y, (iv) la integridad del contenido de un correo normal sólo puede violarse o alterarse abriéndose el sobre cerrado, en cambio la integridad de un correo electrónico que se envía abierto y no firmado o encriptado puede modificarse sin necesidad de ninguna operación vulneratoria de pinchado.

Porque todos los correos pueden ser revisados por el administrador de una red o de un servidor sin necesidad de realizar operación alguna de naturaleza clandestina -como si ocurre en el pinchado de líneas telefónicas-, y porque enviados por Internet están en una red esencialmente "abierta", técnicamente los e-mails son verdaderas tarjetas postales que cualquiera podría tomar y leer.

¿Y acaso podría alegrarse vulnerada la inviolabilidad de la correspondencia normal o documental y soportada e papel o de una forma de comunicación privada, cuando la gente del servicio de correos y el cartero toman, miran, observan y leen el contenido de una tarjeta postal soportada en cartulina?. Pensamos que no. Ilógico sería exigirles que cerraran los ojos o desviarán la vista del contenido de una postal, como ilógico sería exigirle al administrador de un servidor computacional de correos y casillas que no revisara aleatoriamente la información no codificada que pase por sus sistemas informáticos.

Hay que considerar y entender la realidad fáctica antes de aplicar principios y normas jurídicas. El análisis no puede desconocer la naturaleza y características de los correos electrónicos, que son el equivalente de las "tarjetas postales", esto es, que circulan por las redes en forma abierta y cualquier administrador de un servidor de correos puede visualizarlo sin realizar ninguna operación clandestina, de espionaje, de intrusión o de "pinchazo".

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

Un ingeniero chileno de nota, Osvaldo SCHAERER, sumándose al debate mediante una carta al director de un diario de octubre del año 2004, ha precisado las características de este -ya no tan nuevo- medio tecnológico de comunicación: *"La supuesta privacidad..."* (léase "confidencialidad") *"...del contenido de los e-mail no tiene sustento. He observado que la gran mayoría de los usuarios tiende a asociar libre y erróneamente el e-mail con la correspondencia. Esto no es efectivo. El e-mail es un mecanismo de intercambio precario de mensajes electrónicos que no goza de ningún estatus ni reconocimiento oficial alguno..."*, y *"desde el punto de vista tecnológico no son más que vectores de datos inmersos entre todos los contenidos que los computadores del mundo intercambian a una tasa cercana a los 500 petabytes diarios (1 petabyte = 240 bytes, 1 byte = 1 letra). Una vez que un mensaje de e-mail abandona el computador desde donde fue emitido, puede viajar por (y quedar almacenado en) cientos o miles de otros computadores a nivel mundial, donde personas no relacionadas al emisor ni al receptor pueden leerlo, respaldarlo e incluso modificarlo o publicarlo. La analogía más cercana entre el mundo de los e-mail y la correspondencia establece que todo emisor de un e-mail debe actuar como si estuviera escribiendo una postal, es decir, muchos podrán leerla mientras viaja a su destino"*.

Dicho a modo de silogismo: premisa mayor: *"las tarjetas postales no son formas de comunicación privada"*; premisa menor: *"los correos electrónicos, técnicamente, son el equivalente de las tarjetas postales"*; conclusión: *"los e-mails no son formas de comunicación privada"*.

No se trata siempre por ende, en principio y a priori, a la luz de lo dispuesto en el artículo 19 N°5 de la Constitución, de una forma de *"comunicación privada"* a cuyo respecto pueda exigirse inviolabilidad por parte de un receptor involuntario o distinto del que indicó el emisor, o por parte del que contractualmente provee los equipos o sistemas de casillas de almacenamiento de correos para la comunicación -que nada necesita abrir, violar o "pinchar" clandestinamente-.

Si un usuario quisiera agregar confidencialidad o reserva a sus correos, simplemente debe utilizar mecanismos de encriptación o codificación para hacerlo. Es la conducta equivalente a cerrar el sobre que mandamos por la oficina de correos. Sólo en la medida que un tercero distinto al emisor y al receptor de un mensaje -que son los únicos habilitados técnicamente para entender o conocer el contenido del documento codificado- rompa o vulnere la encriptación de un *e-mail* protegido técnicamente, encriptado o codificado, podría hablarse de que se ha vulnerado la garantía constitucional aludida, porque ese correo claramente constituía una correspondencia inviolable y una forma de comunicación privada, reservada o confidencial.

Podría pensarse que la exigencia de la encriptación sería una carga adicional para los usuarios. Por la novedad del tema puede considerarse una "carga adicional" difícil de ser exigida por los tribunales, pero si se tiene presente que los programas para cerrar técnica y codificadamente un correo cuestan app. US\$ 30 y se adquieren en cuestión de minutos por Internet, no cabe calificarse la exigencia -de modo alguno- como una "carga" para el emisor del correo.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

O incluso, para quienes quieran entender que en la opción de acceder o no al contenido de un correo electrónico se juega la posible vulneración del derecho a la intimidad o privacidad -la garantía del 19 N°4 de la Constitución-, y en el entendido que nuestra opción es considerar fundamental proteger la privacidad o intimidad de las personas de cara a las nuevas tecnologías -y así lo venimos postulando desde 1980 a la fecha ante el procesamiento computacional de datos personales o nominativos-, porque efectivamente se trata -como se ha dicho- de "*un derecho intransable*" y del "*último reducto de una persona*", la fórmula que concilia y que evita las posturas dogmáticas y alejadas de la realidad tecnológica es la de atender a un elemento también técnico que permite resguardar los contenidos privados o íntimos y que transforma a las comunicaciones, a los correos electrónicos y a la correspondencia en "efectiva y técnicamente privadas", esto es, la encriptación.

La magnitud e importancia del debate ha llevado a que el profesor de la Universidad de Chile don Arturo PRADO le haya dedicado, bajo el título "*Apretando el cerco*", la página editorial de la Revista del Colegio de Abogados de Chile del mes de Noviembre del 2004. Es él quien habla del intransable derecho a la intimidad como el último reducto de una persona y quien argumenta que los juristas se enfrentan, ante el avance tecnológico en el ámbito de las telecomunicaciones, con la necesidad de insistir en -proteger- la inviolabilidad y la privacidad de las comunicaciones.

Sostiene, derechamente, que como regla general tanto "*el medio utilizado*" como "*el mensaje contenido*" son impenetrables en materia de comunicaciones, "*cualquiera que sea el medio técnico o el soporte físico que se utilice para materializar la comunicación*", salvo que medie autorización expresa que permita su divulgación o una resolución judicial fundada y específica justificada en el interés público superior.

Porque más que nunca sigue vivo nuestro interés ya histórico en trabajar por proteger la intimidad o privacidad de las personas de cara a los abusos de la mano de tecnologías informáticas y telemáticas, lo que hemos hecho asumiendo gustosos los anticuerpos generados al denunciar sistemáticamente "*la irresponsabilidad del Estado Legislador*" que aprobó la ley 19.628 en 1999, nos sentimos motivados a discrepar del profesor PRADO.

Discrepamos esencialmente porque su propuesta jurídica y la conceptualización o interpretación "*con carácter extensivo y con sentido común*" que él reclama debe hacerse acerca del término "*comunicaciones privadas*", carece del necesario conocimiento tecnológico acerca del medio digital que se utiliza para comunicarse e inevitablemente resulta errada.

Efectivamente, cuando la Carta Fundamental asegura a todas las personas la inviolabilidad de la correspondencia y de toda forma de comunicación "*privada*", tal consagración de lo que nuestro profesor de Derecho Constitucional en la PUCV don Raúl BERTELSEN llamaba "*un Derecho Público Subjetivo*" se hizo con independencia del medio técnico o del soporte físico que se utilice, hoy o en el futuro, para materializar la

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

comunicación²¹⁰. No es un problema de obsolescencia, la que nunca se producirá. Pero esperamos se concuerde con nosotros en que, así como no se puede exigir que la garantía fundamental del 19 N°15 subsuma las comunicaciones realizadas mediante tarjetas postales soportadas documentalmente, tampoco puede hacerse lo propio respecto de los correos electrónicos soportados digitalmente.

PRADO, de manera inteligente, intenta vincular el tema con la institución del secreto profesional que existe entre todo abogado y sus clientes incluso después de concluida la prestación de sus servicios, jurídicamente una sólida institución²¹¹. Él parece entender que "siempre" a través de estas formas de comunicación virtual circula un bien jurídico trascendente y especialmente protegido como es el secreto profesional. Volvemos a lo mismo: si lo que se busca es resguardar este secreto los documentos que den cuenta del contenido o de los antecedentes de la relación profesional no pueden intercambiarse por simples correos electrónicos, atendida la naturaleza técnica de comunicación "abierta" de ellos. Si no obstante se quieren usar y asegurar la confidencialidad de los contenidos intercambiados, los correos deben ser técnicamente encriptados o codificados y sólo entonces podrá alegarse y exigirse el resguardo y el respeto de la confidencialidad o inviolabilidad de esas comunicaciones o, en el contexto de las ideas de PRADO, de la tutela del secreto profesional.

En palabras de PRADO, si se quiere entender que la regla del sigilo profesional se extiende objetivamente a todos los abogados que accedan a la comunicación electrónica, dichas comunicaciones deben cerrarse, encriptarse o codificarse electrónicamente. O dicho de otra forma, para hacerse cargo de lo rígido de sus propuestas: no es faltar a la ética, no implica "devaluar derechos" y no significa ser negligentes en el resguardo de la privacidad o del secreto profesional, el entender que si se utiliza como medio de comunicación un correo electrónico estoy actuando técnicamente de manera abierta y sin posibilidad de salvaguardar confidencialidad alguna.

El esfuerzo entonces es mayor: para ser profesionalmente diligente debe adquirirse el conocimiento cualificado que permita utilizar tecnologías de codificación, y no contentarse con afirmarse dogmáticamente -porque efectivamente uno aspiraría a que lo que emite o manda por correo electrónico sea recibido de la misma manera por el destinatario- que son aplicables normas legales formuladas con un desapego esencial - porque antes de 1980 no existían los correos electrónicos, ni aún en la imaginación de los juristas notables de la Comisión Constituyente- a las realidades y características tecnológicas.

²¹⁰ El profesor citado recurre en este punto, como corresponde, a la revisión de las Actas del debate en Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, concretamente a su Sesión N°129 del 12 de Junio del año 1975. Que duda cabe que ese año no se visualizó, de manera alguna el real carácter de comunicación "abierta" y no privada de los correos electrónicos enviados sin encriptar.

²¹¹ Él señala que constituye el núcleo esencial de la relación con los clientes, que abren sus espacios de intimidad con todas sus debilidades, riesgos, preocupaciones y errores. Agrega que *"la confidencialidad es un bien jurídico generalmente indisponible, socialmente reconocido desde tiempos lejanos y un deber del abogado que ampara a su titular y que lo obliga a mantener silencio aún después de concluida la prestación de sus servicios"*.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

Téngase presente: (i) el administrador de un servidor de correo nada debe hacer para "entrometerse" en comunicación técnica alguna, ya que los correos circulan abiertos por sus pantallas y sistemas; (ii) la singularización del nombre del destinatario de un correo técnicamente no genera "confidencialidad" en la comunicación, sino que sólo sirve para orientar el destino del mensaje, de manera tal que los servidores de correos por donde circulan puedan direccionarlos; y, (iii) otra cosa muy diversa ocurre con las líneas telefónicas, que necesariamente requieren una acción dolosa y directa de "pinchado" y que requiere una acción técnica furtiva e intencional para la escucha clandestina de una conversación.

II. Confidencialidad de sistemas electrónicos en sede laboral

Es un hecho real que diversas empresas tanto extranjeras como nacionales han despedido empleados por utilizar cuentas de correo electrónico corporativas o asignadas con fines laborales y las redes internas o Intranet y la propia Internet para acceder a o distribuir pornografía o enviar correos ofensivos. Una práctica cada vez más común, por cierto, es el monitoreo o revisión de los sitios de Internet en los cuales ingresan los empleados, esto es, el control de sus hábitos de navegación.

La realidad en cuanto el uso de Internet en materia laboral sería: (i) que los empleados de oficinas usan en promedio más de dos horas diarias para navegar por Internet, chatear con colegas o responder correo electrónico particular; (ii) que la mayor parte de los despidos por abuso de recursos informáticos de la empresa ocurren debido a la navegación por sitios pornográficos; y, (iii) que incluso el gerente general de un banco de Irlanda fue despedido después de haber admitido visitar sitios para adultos en horas de trabajo.

Existen numerosos precedentes judiciales cuestionables. Un ejemplo. En Agosto del año 2006, el diario El País informó que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de España consideró improcedente el despido de un trabajador por utilizar Internet para consultar su correo electrónico personal, chatear y ver vídeos pornográficos en horario laboral, y condenó a la empresa a readmitir al empleado o indemnizarle con 4.200 euros, 43 por cada día de salario no cobrado desde la fecha del despido. La empresa decidió despedir al trabajador porque entre el 22 de marzo y el 2 de abril de 2004 incurrió en faltas de asistencia y puntualidad, comió pipas durante 50 minutos y utilizó de forma irregular para fines privados el acceso a Internet. Para detectarlo, la compañía utilizó un programa de seguimiento para comprobar qué hacía el trabajador en Internet, averiguándose que *chateaba, consultaba su correo WEB personal y visualizaba vídeos pornográficos* en horario laboral y durante siete días prácticamente consecutivos.

"Un juzgado de lo social de Bilbao dio la razón a la empresa, pero el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco se la quitó, por entender que la prueba utilizada para documentar el despido fue obtenida de forma ilícita. Tras recordar que la empresa permitía la utilización de Internet con carácter particular y que no hizo advertencia alguna al trabajador, el TSJ del País Vasco estableció en su sentencia que la prueba obtenida vulneró el artículo 18 de la Constitución española. Dicho artículo regula el derecho al honor y a la intimidad personal y garantiza el secreto de las comunicaciones. El Tribunal

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

Supremo avaló la tesis del País Vasco, que además condenó a la empresa a readmitir al trabajador en el mismo puesto o a indemnizarle por los daños causados, y recordó que en el caso existió autorización del empresario para el uso privado de Internet al no haber una prohibición específica en contrario.

Nuestro comentario: una cosa es, estimamos, que se permita su uso o que no se prohíba, pero otra cosa muy distinta es que so pretexto de la no prohibición se justifique la violación de una obligación laboral y se deje sin sanción el incurrir en una causa de término del contrato.

Existe un conflicto entre dos ámbitos, el laboral de usar los recursos de la empresa para trabajar y el de resguardar un mínimo espacio de privacidad; pero cuando el segundo se usa abiertamente para atentar contra el primero, existe claramente un caso de "abuso del derecho": ...bajo la apariencia formal de ejercer un derecho se vulnera otro. Y eso es "no justicia", menos porque previamente no se prohibió: ...todas las leyes laborales prohíben el mal uso de los bienes de la empresa y siempre es causal de despido.

Se trata ahora de invitar a reflexionar sobre la cuestión de determinar si los empleadores pueden o están facultados para fiscalizar y revisar los correos electrónicos de sus trabajadores selectiva o incluso sistemáticamente, conducta que -se sostiene- podría pasar a llevar garantías fundamentales para los trabajadores como la privacidad y, particularmente, la inviolabilidad de la correspondencia y de toda forma de comunicación privada.

Frente a la pregunta de si es legalmente admisible que un empleador controle el uso del correo electrónico de sus trabajadores el argumento central para responder en forma negativa es el de asimilar los e-mails al correo tradicional y reivindicar a su respecto su inviolabilidad, y afirmar por ende, que cualquier forma de interferencia sería constitutiva de un ilícito penal y atentaría contra el derecho a la intimidad y de inviolabilidad de la correspondencia del empleado. Hay quienes formulan opiniones dogmáticas, extremas y apegadas al respecto irrestricto de las garantías individuales, y afirman que incluso en caso que un empleador sospeche de acciones dolosas en su contra debería solicitar al juez competente la intervención del correo electrónico de un empleado.

Hay que considerar y entender la realidad fáctica del mundo de las TI antes de aplicar principios y normas jurídicas. Así, en el análisis no se puede desconocer la naturaleza y características de los correos electrónicos. Ellos son por definición el equivalente de las "tarjetas postales", esto es, circulan por las redes en forma abierta y cualquier administrador de un servidor de correos puede visualizarlo sin realizar ninguna operación clandestina o de espionaje. No se trata, por el hecho de tratarse de la emisión y recepción mediante redes digitales o electrónicas de mensajes no perceptibles por los sentidos sino hasta su visualización en pantalla, a la luz de lo dispuesto en el artículo 19 N°5 de la Constitución, de una forma de "comunicación privada" a cuyo respecto puede exigirse inviolabilidad por parte de un trabajador.

Si alguien, sea un empleado o trabajador, o no, teóricamente desea reivindicar el resguardo de la privacidad, de la inviolabilidad y de la confidencialidad de sus correos

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

electrónicos, a pesar de que las herramientas de que dispone en el ámbito laboral en principio le han sido entregadas sólo para cumplir con los fines para los cuales fue contratado, debe ampararse en el uso de mecanismos tecnológicos de encriptación. Y esto, siempre y cuando el empleador le asigne la facultad de usar, dentro de la empresa, estos sistemas de codificación.

Debe tenerse presente que la esfera de intimidad en una empresa depende del empleador y no es una garantía absoluta del trabajador que podría, al extremo, llevar a amparar bajo un manto de reserva conductas ilícitas, por lo cual en el caso concreto de una investigación administrativa ningún empleado podría oponerse a la revisión de sus equipos y casillas de correo electrónico alegando vulneración de su garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Sería ilógico cuestionar la necesidad por parte de la empresa de revisar el correo del empleado para poder determinar su naturaleza y la existencia de una ilicitud y decidir la sanción a aplicar.

El elemento o el criterio central debiera ser la consideración del eventual perjuicio producido a la empresa o la magnitud del abuso, dejándose de lado el recurso de que un trabajador se escude en eventuales atentados a su privacidad o a la inviolabilidad de la correspondencia. Dicho de otra forma, si no se ha producido un abuso o un gran perjuicio alguno por el envío desde la empresa de uno o más correos electrónicos particulares, no habría razón para sancionar laboralmente al trabajador. A modo de ejemplo: no es lo mismo enviar, usando los sistemas, servidores y casillas de la empresa, cinco correos a familiares que 5000 ofertas de asesoría profesional particular. Vale también un ejemplo en términos de navegación en Internet: si un trabajador está todo un día bajando cientos de gigabytes con videos pornográficos nadie podría cuestionar el perjuicio y la configuración de una causal de incumplimiento del contrato de trabajo.

El consejo más recomendable se traduce en que cada empresa determine, a priori e internamente, un "rayado de la cancha" claro. ¿Dónde encontrar la solución para evitar que nos enfrentemos a lo que se ha llamado "*El Gran Hermano en la oficina*", en consideración a que el lugar de trabajo sería uno de aquellos en que la línea entre lo privado y lo público es menos clara o más difusa?: ...en lo que establezcan los reglamentos internos de higiene y seguridad de cada empresa. En efecto, sin lugar a dudas y sin que quepa alegar la vulneración de la confidencialidad de las comunicaciones, el empleador puede establecer restricciones y controlar el uso del correo electrónico -o prohibir su uso con fines privados- y el contenido de los mismos en un lugar de trabajo, en la medida que a priori esté facultado para controlar el uso de los bienes de la compañía.

Todo lo dicho en el acápite anterior puede proyectarse al ámbito específico de las empresas o servicios públicos, concretamente, a reflexionar sobre si los trabajadores, los empleados y los funcionarios públicos pueden reivindicar "*inviolabilidad*", "*confidencialidad*" o -como suele decirse erradamente- "*privacidad*" respecto de los correos electrónicos que administran y operan, pero usando las cuentas y casillas de correo que la empresa, el empleador y el servicio público les asignó con fines laborales, o exclusivamente para cumplir con el cometido para el cual fueron contratados.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

Este tema, que también ha generado debates, requiere necesariamente considerar -además de la naturaleza técnica de comunicación "abierta" y no cerrada de los correos electrónicos- una serie de otros elementos, que en buena medida se resumen en el cuento que sigue.

2.1 Parámetros del debate

Empresas extranjeras y nacionales han despedido empleados por utilizar cuentas de correo electrónico corporativas o asignadas con fines laborales y las redes internas o las Intranet para enviar correos ofensivos, ilícitos o con pornografía.

Al mismo tiempo, además de la revisión de sus casillas o buzones de e-mail una práctica cada vez más común es el monitoreo o revisión de los sitios de Internet a los cuales ingresan los empleados, sean trabajadores particulares o funcionarios de servicios públicos, para controlar sus hábitos de navegación. A este respecto, si un trabajador está todo un día bajando cientos de gigabytes con videos pornográficos nadie podría cuestionar el perjuicio y la configuración de una causal de incumplimiento del contrato de trabajo.

Primero, la referencia de un caso concreto tomado de un blog: *"...hace unos años tuve que acudir al SII por una investigación interna del servicio. Fui interrogado por si conocía a determinados funcionarios. La causa era que hubo un personaje que internamente había usado información de contribuyentes para venderla a terceros.*

Entre los accesos a la información estuvo mi cuenta tributaria, pero no tuve problemas, fue algo fortuito. Si el SII no tuviera un control de los correos electrónicos y de las conexiones IP dentro de sus oficinas, nadie hubiera sabido que se estaba vendiendo información tributaria. En este caso era importante y necesario controlar los correos electrónicos, pues la información que se maneja es muy delicada y puede traer consecuencias el compartir dicha información"²¹².

Debe responderse a la cuestión de determinar si los empleadores están facultados para fiscalizar y revisar los correos electrónicos de sus trabajadores selectiva o incluso sistemáticamente, conducta que podría pasar a llevar garantías fundamentales como la inviolabilidad de la correspondencia y de toda forma de comunicación privada.

El argumento central para responder en forma negativa y afirmar que los empleadores están amarrados de manos, es el asimilar los *e-mails* al correo tradicional y reivindicar a su respecto su inviolabilidad, afirmándose que cualquier forma de interferencia sería constitutiva de un ilícito penal. Y es lo que ha hecho la jurisprudencia administrativa en Chile, a saber, declarar que los empleadores no pueden revisar "los correos electrónicos privados" de sus trabajadores, por cierto, sin definir de manera alguna que debe entenderse por "correos privados".

²¹² <http://blogs.elmercurio.com/cienciaytecnologia/2009/03/04/finlandia-autoriza-a-empresas.asp>

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

2.2 Casos chilenos de revisión de las casillas de correos electrónicos de los funcionarios de servicios públicos. El caso "MOP".

En el marco de una investigación judicial, y de la mano de las facultades que le son propias, una ministra de la Corte de Apelaciones de Santiago solicitó acceder a la información contenida en las casillas de correos electrónicos de varios funcionarios del Ministerio de Obras Públicas de Chile MOP.

Los afectados por la investigación recurrieron de protección en contra de la Ilustrísima Ministra²¹³, alegando carencia de fundamentos y la vulneración de la garantía que en el artículo 19 N°5 de la Constitución asegura a todas las personas la inviolabilidad de la correspondencia y de toda forma de comunicación privada. Por cierto, cosa muy distinta es, y parece no entenderse así, la garantía del artículo 19 N°4, que asegura a todas las personas el respeto y protección de la vida privada, de la pública (la imagen) y de la honra de las personas y sus familias. Nunca estuvo en juego "la intimidad o privacidad" de los funcionarios públicos.

En nuestra opinión no cabía alegar violación de la confidencialidad o reserva de un sistema de comunicación electrónica que es público, por tres factores copulativos: 1) en consideración a la naturaleza de bienes públicos de las casillas fiscales; 2) en atención al contenido público de la labor administrativa propia de que dan cuenta dichos correos; y, 3) atendido que todo correo electrónico que se envíe sin ser encriptado o codificado es *per se* el equivalente a una tarjeta postal y circula abierto por las redes y los servidores de correos que los administran, y cualquier administrador de un servidor de correos puede visualizarlo sin realizar ninguna operación clandestina, de espionaje o de "pinchazo".

Como hace un tiempo ocurrió con la revisión de las casillas y servidores de correos del Ministerio de Relaciones Exteriores a propósito de la llamada *Red Hamlet*, estábamos en un caso de cuentas de correo electrónico corporativas o asignadas con fines laborales que no pueden, administrativa y legalmente, ser utilizadas para enviar correos no funcionariales en el seno de un órgano del Estado. Si se quería enviar correspondencia "privada", cada uno de los reclamantes debió haber utilizado cuentas contratadas particularmente con algún ISP o proveedor de servicios de conectividad a Internet.

La esfera de la confidencialidad o reserva que se alegaba vulnerada no es una garantía absoluta que pueda llevar a amparar bajo un manto de reserva conductas ilícitas, por lo cual en caso de una investigación judicial ningún funcionario podría oponerse a la revisión de sus equipos y casillas de correo electrónico alegando vulneración de su garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Además de aceptar que pueden sancionarse por la Ley de Probidad de la Administración del Estado el uso de bienes y equipos fiscales para fines particulares, toda

²¹³ Referencia del fallo: CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO - DE LA PUENTE DROGUETT MARIA CONSUELO Y OTROS / MINISTRA EN VISITA EXTRAORDINARIA SRA ANA GLORIA CHEVESICH RUIZ, causa Rol N° 7001/2004.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

vez que se están mal utilizando recursos asignados para fines públicos, sería un error seguir reivindicando, jurídicamente, que la revisión de los servidores y casillas de correo - que en el marco de una investigación judicial puede detectar una conducta ilícita- configurarían una situación de atentado a la garantía de la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y de la correspondencia, o más ampliamente, un atentado contra la privacidad de los funcionarios cuestionados.

Hay que considerar y entender la realidad fáctica antes de aplicar principios y normas jurídicas. Como se ha dicho, los correos electrónicos enviados y recibidos desde su estación de trabajo son manejados desde otro computador llamado servidor de correos -que es el responsable de administrar los correos en las redes-, y que, en consecuencia, es el servidor de mensajes el que tiene los correos realmente en su memoria y no el computador del usuario. No se debe olvidar que ese computador es *"administrado"* por los informáticos responsables del sistema, los que tienen las claves de acceso que les permiten leer, guardar, copiar o borrar los archivos según sean los procedimientos de seguridad de la organización para la cual trabajan. No se trata de manera alguna, por ende y a la luz de lo dispuesto en el artículo 19 N° 5 de la Constitución, de una forma de *"comunicación privada"* a cuyo respecto pueda exigirse inviolabilidad por parte de un trabajador.

Alguien podría cuestionar por ilegal el hecho de que los correos electrónicos hubiesen sido almacenados por los responsables del área informática del Ministerio. Sabido es que existían normas que lo permitían y que, posteriormente, se dictaron otras para reiterar la obligación del almacenamiento de documentos y correos (que son una especie de documento) que les compete a los servicios públicos²¹⁴.

²¹⁴ Entre los tan sólo 13 artículos del Decreto Supremo N°77, publicado el 23 de Diciembre del año 2004, se dio cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto Supremo 181 de 2002 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que aprueba el reglamento de la Ley 19.799 sobre documento electrónico, firma electrónica y la certificación de dicha firma, cuyo artículo 54 dispone la elaboración de la norma técnica que permita que las comunicaciones por medios electrónicos efectuadas entre los órganos de la Administración del Estado y de éstos con los ciudadanos operen de manera efectiva y eficiente. El Decreto N°77, en sus artículos 6° y 7° y en coincidencia con lo establecido previamente por el artículo 42 del DS 181 -del año 2002- y por los artículos 18 y 19 de la ley 19.880 -del año 2003-, reitera perentoriamente que siempre y obligatoriamente deberá quedar constancia de la transmisión y recepción de las comunicaciones efectuadas por medios electrónicos e identificarse el remitente, destinatario, fecha y hora de las mismas, y que con la finalidad de asegurar la constancia de la transmisión y recepción, los órganos de la Administración del Estado que hagan uso de medios de comunicación electrónicos, deberán conservar los registros de estas comunicaciones por un período de tiempo que no podrá ser inferior a 6 años.

Para los fines del almacenamiento obligatorio establecido en este artículo, los servicios públicos deberán adjuntar los antecedentes que permiten la búsqueda y recuperación de la documentación almacenada en los repositorios magnéticos de documentos electrónicos que, conforme lo establecen los artículos 42 y 43 del Decreto Supremo 181, de 2002, del Ministerio de Economía que reglamenta la Ley 19.799, deben mantenerse también en forma obligatoria. Dicho registro deberá ser cerrado diariamente por medio de un mecanismo, manual o automatizado, que garantice el no repudio e integridad, bajo la responsabilidad del encargado del repositorio antes señalado.

El artículo 42 del DS 181 establece que los órganos de la Administración del Estado que utilicen documentos electrónicos -estén firmados o no- deberán contar con *"un repositorio o archivo electrónico"* a

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

El punto por cierto quedó resuelto para Chile el 28 de Julio del año 2006, cuando se dictó el Decreto Supremo N°93, que contiene la norma técnica del Estado de Chile para minimizar los perjuicios de los correos electrónicos "spam". En este contexto -lo cual es por cierto indebido- se contempló un artículo 9º que señala que los Órganos del Estado deberán instruir a sus funcionarios acerca del adecuado uso de las casillas institucionales que se les asignen para el cumplimiento de sus funciones.

Agrega la norma que deberá "*propenderse*" a que se usen exclusivamente para fines relacionados con las competencias propias del servicio, y que el uso de dichas casillas para comunicaciones privadas o personales quedará prohibido cuando así "*lo ordene expresamente*" la autoridad o Jefe Superior del servicio -cuestión que es redundante y del todo innecesaria-; porque *a contrario sensu*, si no se prohíbe debe entenderse que se permite. Lo que a todas luces nos parece errado, es que se señala imperativamente que de existir la prohibición expresa "se autorizará" o deberá autorizarse (siempre) a que los funcionarios habiliten y accedan a casillas personales desde el terminal o equipo computacional que tengan asignado.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago se dictó con fecha 6 de diciembre, y se originó por la interposición de un recurso de protección de funcionarios del Ministerio de Obras Públicas en contra de la ministra en visita extraordinaria Gloria Chevesich. Ella había dictado en la causa rol N° 15.260 XS. Letra D, seguida en el Décimo Séptimo Juzgado del Crimen de Santiago una resolución de fecha 15 de septiembre de 2004, que ordenó la incautación de los correos electrónicos de todos los funcionarios de la

efectos de su almacenamiento una vez que haya finalizado su tramitación, de conformidad con las normas que regulan a su respectiva oficina de partes. El artículo 43 señala que el repositorio deberá garantizar la seguridad, integridad y disponibilidad de la información en él contenida, para lo cual la información deberá ser respaldada en copias de seguridad y bajo las siguientes características: a) la información deberá ser respaldada con cada proceso de actualización de documentos; b) se deberá mantener una copia de seguridad en el lugar de operación de los sistemas de información y otra en un centro de almacenamiento de datos electrónicos especializado, el que puede ser propio o provisto por terceros, deberá cumplir con condiciones tales como un estricto control de acceso, un completo y detallado registro de entrada y salida de respaldos, resguardo de la humedad, temperatura adecuada, control del riesgo de incendio y otras; y, c) el esquema de respaldo deberá ser simple, basado en generación de copias acumulativas, con el objeto de mantener la historia de la información en el mínimo de versiones posibles.

La ley 19.880, sobre Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración Pública del Estado, constituye un marco legal importante y necesario de ser dictado desde hacía bastantes años. Esta nueva normativa -que es citada expresamente como fundamento del DS N°77-, junto con definir plazos a las decisiones formales de los órganos públicos, otorgarle valor al 'silencio administrativo' (o a la inacción de los funcionarios públicos), establecer derechos para los ciudadanos y fijar reglas para la transparencia y probidad de los actos administrativos, de cara al Estado del Siglo XXI y en el contexto del Gobierno Electrónico alude en sus artículos 18 y 19 al uso de documentos y expedientes electrónicos, como un soporte posible o alternativo al papel para la realización de actos y procedimientos administrativos. Cada órgano administrativo estará obligado a llevar un registro en el que se asentarán copias de los documentos presentados por los interesados, por terceros y por otros órganos públicos, con expresión de la fecha y hora de su recepción, respetando su orden de ingreso. Y en el mismo registro es donde deberán asentarse copias de los documentos "*y de las comunicaciones*" que el órgano administrativo remita a los interesados, a terceros o a otros órganos públicos, con expresión de la fecha y hora de su envío, en estricto orden de egreso.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

Coordinación General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, enviados y recibidos entre los años 1997 y 2003.

Los argumentos principales alegados por los recurrentes fueron los siguientes:

(i) La resolución judicial de la ministra Chevesich, que ordenó la incautación de los correos electrónicos de todos los funcionarios de la Coordinación General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, fue calificada de ilegal porque no cumplió con los requisitos ni fue dictada para los casos previstos en los artículos 176 y 178 del Código de Procedimiento Penal, esto es: ninguno de los recurrentes tenía la calidad de procesado o inculpado en la causa; la resolución que ordenó la diligencia no fue fundada y carecía de la especificidad exigida por la norma ya que no precisaba qué correspondencia era la requerida para su investigación ni quienes eran los sujetos sobre los cuales dicha medida recaía.

(ii) La resolución fue dictada de manera arbitraria y manifiestamente desproporcionada o injusta, debido a que no fue fundada o no daba cuenta por sí sola de los motivos que se tuvieron en vista a la hora de dictarse, y porque mediante ella se pretendía acceder a la correspondencia electrónica de todo el personal de Concesiones, "*incluida la de carácter privado*" (...misma que en nuestra opinión no existía al tratarse de cuentas o casillas laborales y públicas y de verdaderas tarjetas postales electrónicas).

(iii) La resolución judicial constituía una amenaza y una perturbación cierta de las garantías individuales de los números 5º y 4º del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

En relación a la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia y de toda forma de comunicación privada, expresaron que parte del contenido de los correos electrónicos constituían "*comunicaciones de carácter privado*" (...ya hemos argumentado en contrario más arriba), cuya naturaleza no se desvirtuaba por el dominio del medio a través del cual se transmitía, y que ni la función pública que realizaban ni la propiedad pública de los servidores o equipos necesarios para su transmisión, alteraban el carácter privado del contenido de sus correspondencia o comunicaciones (...lo que en nuestra opinión es totalmente al revés)²¹⁵.

(iv) En cuanto al derecho al respeto y protección de la vida privada, que asegura el número 4º del artículo 19, la resolución judicial que ordenaba la incautación de los correos electrónicos importaba un peligro inminente de verse expuestos a la vulneración de la intimidad (...olvidándose, por cierto, que en el ámbito material la privacidad o intimidad no es un concepto absoluto).

²¹⁵ Según los recurrentes, y considerando sólo lo que concretamente se consignaba o decía en los mensajes, las cintas contenían tanto correos electrónicos de carácter personal y privado de los funcionarios como los propios del trabajo, formando cada una material y físicamente una unidad indivisible, imposible a simple vista de identificar, lo que impedía al tribunal decretar la incautación de un metraje determinado de cintas.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

En definitiva, se solicitó que para restablecer el imperio del derecho se modificara la resolución judicial y que ella se dictara respecto de los correos de quienes efectivamente revestían la calidad de imputados o procesados en la causa que ella investiga, precisándose la correspondencia requerida, y en subsidio, que se instruyera a la Ministra a fin que se determinaran las personas respecto de las cuales la medida se haría efectiva, individualizando, del mismo modo, los correos requeridos y tomándose los resguardos que al efecto prescriben el artículo 178 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

¿Cuál fue la Sentencia de la 7ª Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago?. La Corte, antes de examinar si concurrían los requisitos de fondo que hacen procedente la acción cautelar de protección, desestimó la solicitud de extemporaneidad del recurso planteada por la parte del Fisco de Chile, y analizó luego la concurrencia de los presupuestos de fondo que lo hacían procedente; esto es, si la autoridad judicial cometió un acto ilegal o arbitrario al dictar la resolución que se impugnaba, y si a consecuencia de su actuar los recurrentes sufrieron una privación, perturbación o amenaza de sus garantías constitucionales reconocidas en los números 4 y 5 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Lo primero que debía dilucidarse en opinión del Tribunal de Alzada era si el acto que impugnaba adolecía de ilegalidad o arbitrariedad, lo que se traducía en determinar, a la luz de los antecedentes recogidos en el proceso criminal y de las normas constitucionales y legales, si la Ministra al dictar la resolución actuó o no dentro de la órbita de su competencia y con apego al derecho. En la parte resolutive el fallo la Corte de Apelaciones sostuvo que la Ministra en Visita Extraordinaria procedió en el ámbito de su competencia y de manera legal al investigar los ilícitos denunciados, y existiendo mérito suficiente dictó la resolución en la que se dispuso la incautación de los archivos magnéticos de respaldo u otro similar de los correos electrónicos, que los funcionarios de la Coordinación General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, emitieron entre los años 1997 y 2003, y que no ha incurrido en ilegalidad alguna al dictar la resolución judicial que ha sido motivo del recurso de protección.

La Corte consideró que la actuación de la juez no podía considerarse arbitraria, puesto que la resolución en los términos que fue dictada no obedeció a su mero capricho sino que fue producto de antecedentes reunidos en el marco de una investigación criminal, que la hacían aconsejable para los objetivos del proceso.

Y agregó -lo que es importante destacar ahora y lamentamos porque no se consideró el fondo del tema-, que no se entraba a analizar si el contenido de los correos electrónicos, medio de comunicación de reciente data, se encontraba o no para el constituyente comprendido dentro la documentación privada que resguarda nuestra Carta Fundamental, o si la circunstancia de que se utilizara por funcionarios para fines particulares dicho medio de comunicación usando equipos computacionales pertenecientes al Fisco de Chile, le

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

pueda restar dicho carácter, en razón que ésta es una cuestión que a juicio de los sentenciadores no correspondía dilucidar en esa instancia²¹⁶.

Se resolvió que, en cuanto a las garantías fundamentales supuestamente conculcadas por la acción de la magistrado recurrida, concretamente en cuanto a la garantía del número 5º del artículo 19, que dicha actividad se realizó dentro de una investigación criminal, en ejercicio de las facultades otorgadas por la Excma. Corte Suprema y dentro de su competencia, lo cual dejó su acción dentro de la situación excepcional contemplada en la misma disposición constitucional, que señala que hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.

Y aunque en nuestra opinión no cabía referirse a ella, el fallo retoma las mismas razones señaladas en el párrafo precedente para concluir que tampoco se conculcó la garantía contemplada en el número 4º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por cuanto, en la forma de disponer la incautación y llevarla a cabo, la magistrado participó personalmente en dicha diligencia, adoptando para la revisión de los documentos las medidas conducentes a fin de resguardar su contenido del conocimiento de terceros, disponiendo en esa dirección su correspondiente custodia, el examen personal de su contenido, la segregación de las piezas de carácter privado o confidencial, de aquellos que sí interesan para el éxito de la investigación, ordenando, además, formar cuadernos reservados, resguardando de esta forma, de una manera cierta y efectiva, el respeto y protección de la vida privada, y a la honra de la persona y su familia, que asegura a todos los ciudadanos nuestra Carta Fundamental.

2.3 Sobre un Dictamen errado de la Dirección del Trabajo.

La Dirección del Trabajo de Chile, emitió el año 2002 un Dictamen ante el requerimiento de una empresa de Telecomunicaciones²¹⁷, y visualizó el problema como un conflicto entre dos garantías fundamentales que debían compatibilizarse o establecer la primacía de la una sobre la otra, a saber, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada –19 N°5 CPE- por una parte, y la facultad de un empleador para organizar, dirigir y administrar su empresa que deriva del derecho de propiedad –19N°24- por la otra.

Entre sus argumentos asimiló la situación práctica, habitual y frecuente de las llamadas telefónicas y la existencia de los casilleros o cajones con llaves con los correos

²¹⁶ En este dictamen, la Corte de Apelaciones evitó pronunciarse sobre la naturaleza pública o privada de los correos electrónicos incautados, lo que era necesario para precisar el alcance de lo que la Constitución denomina *"toda forma de comunicación privada"*. calificada de pública la correspondencia electrónica la Corte tendría que haber desestimado la acción esgrimiendo que tales documentos no se encontraban amparados por la inviolabilidad del 19 N°15. En caso contrario la Corte debió haber analizado la orden de incautación de la magistrada Chevesich y las normas procesales que supuestamente respaldaban su decisión a la luz del texto constitucional que solo autoriza la interceptación, apertura o registro de las comunicaciones y documentos privados en los casos y formas determinados por la ley".

²¹⁷ Nos referimos al Dictamen N° 260/019, del 24.01.2002. Puede verse en la URL <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-63171.html>

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

electrónicos, donde las empresas reconocen -sólo de hecho y para mantener un clima laboral óptimo- un grado de reserva de las mismas. Lo idóneo habría sido compararlos con la correspondencia tradicional soportada en papel y preguntarse si un trabajador en una empresa puede –o no- usar los servicios de correo o de franqueo de la misma para enviar cartas particulares o privadas desde su dependencia de trabajo y con cargo a los presupuestos administrativos de la empresa.

Primero, el análisis no puede desconocer la naturaleza y características de los correos electrónicos, que son el equivalente de las "tarjetas postales", esto es, que circulan por las redes en forma abierta y cualquier administrador de un servidor de correos puede visualizarlo sin realizar ninguna operación clandestina, de espionaje, de intrusión o de "pinchazo". No se trata por ende, a la luz de lo dispuesto en el artículo 19 N°5 de la Constitución, de una forma de "comunicación privada" a cuyo respecto pueda exigirse inviolabilidad por parte de un receptor involuntario o distinto del que indicó el emisor.

Segundo, debe tenerse presente que la esfera de intimidad en una empresa no es una garantía absoluta del trabajador que pueda, al extremo, llevar a amparar bajo un manto de reserva conductas ilícitas, por lo cual en caso de una investigación administrativa ningún trabajador puede oponerse a la revisión de sus equipos y casillas de correo electrónico alegando vulneración de su garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Tercero, el elemento o el criterio decisor debiera ser la consideración del perjuicio producido a la empresa o la magnitud del abuso. Si no se ha producido un gran perjuicio por el envío desde la empresa de uno o más correos electrónicos particulares, no habría razón para sancionar laboralmente al trabajador, porque no es lo mismo enviar, usando los sistemas, servidores y casillas de la empresa, cinco correos a familiares que 5000 ofertas de asesoría profesional particular.

El Dictamen desconoce, además de los elementos "magnitud del perjuicio", "relatividad de la intimidad laboral" e "improcedencia del uso de medios laborales con fines particulares", que técnicamente un correo electrónico no es una forma de comunicación "privada" sino que abierta o pública, olvidándose que, por la naturaleza de todo correo electrónico, sólo podría reivindicarse la confidencialidad del mismo si se envía encriptado o codificado. Ergo, el debate jurídico sobre el uso laboral de redes y correos electrónicos no se desarrolla en el ámbito ni se fundamenta en la posible vulneración de la garantía que en Chile consagra el artículo 19 N°5 de la Constitución Política.