



Breve análisis comparado de las recientes tendencias jurisprudenciales sobre el uso extralaboral del correo electrónico

por Ivonne Sánchez Castro

La controversia generada alrededor del poder de control del empresario sobre los usos extralaborales del correo electrónico del trabajador obtiene tratamientos distintos de acuerdo a la jurisdicción que le asiste. La mayoría de países europeos no tienen una regulación específica sobre la materia¹ y ese vacío es cubierto por el poder discrecional de los jueces. Uno de los puntos más representativos en este estudio ha sido establecido recientemente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una controvertida sentencia de 12 de enero de 2016, *Barbulescu versus Rumania* (Proceso N° 61496/08), consideró la inexistencia de lesión al derecho a la intimidad de un trabajador por cuanto los mensajes privados controlados por su empleador fueron enviados durante la jornada laboral a través de herramientas corporativas – específicamente un correo electrónico de dominio común creado para esos propósitos, sin que dicha extensión pertenezca al empleador –; sumado a ello, dicho empleo se encontraba prohibido expresamente en la normativa interna de la empresa².

En detalle, para el trabajador la información recogida por la empresa se encontraba protegida por la Ley de Protección de Datos rumana y la Directiva Comunitaria 95/46/CE, inclusive su principal defensa se fundamentó en la falta de consentimiento necesaria para el tratamiento de sus datos personales. En contraste, el Tribunal de Estrasburgo defendió que no es razonable conservar expectativas de privacidad sobre instrumentos que están fuera de una utilización personal como es una cuenta de mensajería instantánea creada para uso profesional. El análisis del colegiado inicialmente prioriza el poder de control del empleador sobre las actividades que realiza el trabajador dentro de su jornada laboral, correspondiendo a una lógica fiscalización; y adicionalmente, alega que en virtud de las prohibiciones establecidas podía presumirse la ausencia de contenidos privados en los registros del servicio de mensajería por cuanto lo contrario supondría un incumplimiento explícito a la política de la empresa, ergo, las intenciones de su empleador no pretendían lesionar la intimidad del trabajador por cuanto se encontraba bajo la presunción de un

¹ Con excepción de Portugal cuya la legislación regula este –potencial- conflicto en el artículo 22° de Lei n° 7/2009, de 12 de Fevereiro, Código do Trabalho: “*Confidencialidade de mensagens e de acesso a informação 1 - O trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio electrónico. 2 - O disposto no número anterior não prejudica o poder de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio electrónico*”.

² Para mayor detalle, remítase a: Gudin Rodríguez-Magariños, F., “El derecho al respeto a la intimidad telemática versus la sentencia «Barbulescu», del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: consecuencias en el orbe penal” en *La Ley Digital 360*, La Ley 835/2016 de 24 de abril de 2016. El autor resalta el valor de un voto disidente del juez portugués del TEDH Paulo Pinto de Albuquerque quien considera este proceso como «una justificación oportunista del abuso de internet para echar a un empleado no deseado al que la firma no podía despedir legalmente».

correcto desarrollo de sus labores, incluyendo un uso adecuados de las herramientas informáticas. El dictamen final consideró que el acceso a las comunicaciones por la entidad empleadora fue adecuado y legítimo en el contexto de un procedimiento disciplinar³ que involucra tanto el derecho a la intimidad de un trabajador, como el derecho a la información y la protección de datos contenidos en los registros del servicio de mensajería. Sobre el particular, conviene puntualizar que cualquier control en estas circunstancias lesiona el derecho a la intimidad de un trabajador -esta aseveración es incuestionable- mas es preciso determinar si tal intromisión es legítima o no; por ello se valoran las instrucciones dadas y el consecuente propósito de control y la desobediencia del trabajador.

Adicionalmente no puede ignorarse que la transgresión a una orden explícita pone en riesgo al trabajador, asumiendo la exposición de su intimidad al desobedecer una regla de conducta que al mismo tiempo debilita sus derechos esenciales frente a un control empresarial legítimo. En nuestra consideración la decisión del Tribunal de Estrasburgo resulta controvertida debido a que se trata del registro de datos de una herramienta que si bien tiene fines laborales en sí no le pertenece al empleador, es decir, la extensión y dominio del servicio de mensajería de *Yahoo Messenger* está puesto a disposición de todos, siendo escogido por el empleador como medio de comunicación con sus clientes; no obstante, debido a su naturaleza – apuntamos – no escapa de una presunción de confidencialidad pese a la motivación de su funcionamiento.

Finalmente, como se desprende de la lectura de la sentencia⁴ la prohibición del uso extralaboral del correo electrónico se encontraba dentro de la política empresarial; sin embargo, el control que era pasible de ejecutar el empleador no fue puesto a conocimiento, ni la posibilidad de efectuar algún control, ni las medidas vinculadas a su ejecución. Ineludiblemente, en este escenario el trabajador queda en un potencial estado de indefensión frente a controles inopinados que no satisfacen los principios de información, transparencia y buena fe laboral que han de predominar dentro de una relación laboral.

Como podemos analizar, el Derecho comparado también nos puede dar algunas pautas para solucionar esta controversia. Así, en Francia, una sentencia de 2 de octubre de 2001 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entiende que el correo electrónico debe dispensar el mismo tratamiento que la correspondencia clásica. Afirma este Tribunal que «el trabajador tiene derecho, incluso en el tiempo y lugar de trabajo, al respeto a la intimidad de su vida privada». En el Reino Unido, por el contrario, han optado por favorecer el poder de control empresarial, ya que la Regulation of Investigatory Powers permite al empresario el acceso al contenido de los correos electrónicos de sus trabajadores, pero únicamente para ver si se cumplen los códigos de conducta de la empresa, comprobar si las comunicaciones son o no laborales o para prevenir delitos.

En cuanto a la experiencia latinoamericana, en Perú, la STC 1058-2014-AA expuso que el control sobre los medios informáticos puestos a disposición por el empleador no deben omitir las garantías reconocidas en la constitución, puntualmente, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones⁵. Tal pronunciamiento se mantiene en la misma línea tuitiva del otrora caso Serpost (Exp. N° 1058-

³ Nascimento, Magdalena; *O caso Barbulescu v. Romania* en Revista Ipso Jure N° 80, enero 2016. Versión digital en: <https://www.oa.pt/>

⁴ El documento en mención puede visualizarse en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159906>. Case of Barbulescu v. Romania, Court (Fourth Section), 12 January 2016.

⁵ En contraste a los pronunciamientos del TC se comentan los términos de un proyecto de Ley que regula el uso de medios informáticos en el trabajo aprobado por la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República del Perú, en cuyo dictamen se dispone que tales medios informáticos, titularidad del empleador, independientemente de su asignación al trabajador, *no generan una expectativa razonable de privacidad o secreto*. En opinión de Campos este proyecto de Ley es inconstitucional en razón que la Constitución no ofrece un tratamiento diferenciado entre medios informáticos del trabajador y del empleador, en lo concerniente a su ámbito de aplicación. Campos J., “¿Mi jefe puede revisar mis correos?” en *Ius360*, Lima, 2014. Recuperado en: <http://www.ius360.com/columnas/mi-jefe-puede-revisar-mis-correos/>. En abundancia también, remítase a: <http://gestion.pe/tu-dinero/quienes-están-autorizados-acceder-mi-correo-corporativo-2137469>.

2004-AA/TC) en cuya virtud se permite la fiscalización del correo electrónico del trabajador únicamente cuando tal medida ha sido ordenada por un juez o es un interés propio de un proceso judicial. Sentencias posteriores se han mantenido bajo la misma línea, en los expedientes N° 03599-2010-PA/TC (caso Telefónica Gestión de Servicios Compartidos) y 00114-2011-PA/TC (caso Telefónica Gestión de Cobro S.A.C.), el TC afirmó que la mensajería instantánea y el correo electrónico proporcionado por el empleador a su personal están protegidos por el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y su acceso solo podrá realizarse con autorización judicial. Como se evidencia, la referencia estructurada de un bloque de derechos protegidos frente a la intromisión del control empresarial asiste de mayores garantías a los trabajadores, en regímenes tan sensibles como este; por ello, consideramos legítima las valoraciones expuestas por cuanto satisfacen un doble propósito: (i) garantizar los derechos de los trabajadores y (ii) permitir la impermeabilidad de los medios probatorios que pueden obtenerse de la fiscalización de las herramientas informáticas.

Ivonne Sánchez Castro

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Máster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales por la Universidad de Salamanca