



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

SEDE REGIONAL ROSARIO

CARRERA DE ABOGACIA

**“EL CORREO ELECTRONICO EN LA RELACIÓN
LABORAL”**

2008

TUTOR: DRA. ZARICH FAUSTINA

AUTOR: VERONESI VANESA S.

FECHA DE PRESENTACION: JUNIO DE 2008

“...Creo en los cafés, en el dialogo, creo en la dignidad de la persona, en la libertad. Siento nostalgia, casi ansiedad de un Infinito, pero humano, a nuestra medida...”

Ernesto Sábato

AGRADECIMIENTOS

A mi mamá, que me ha enseñado a vivir, a mi curiosidad por hacerme querer saber, y a todos esos maestros que tiene la vida.

RESUMEN

La revolución tecnológica experimentada en este final de siglo ha introducido numerosos supuestos a los cuales el legislador no ha podido aun; dar una respuesta efectiva.

La globalización de las comunicaciones, las redes de transmisión de datos o "Internet" son fenómenos que se han expandido rápidamente, formando parte de nuestra vida diaria, y generando con ello, numerosas situaciones pendientes de una regulación legal coherente y a la medida de las circunstancias. El legislador debe dar a estos problemas una solución jurídica concreta, debe ahondar en los principios generales del derecho, y en los textos jurídicos básicos del ordenamiento, con el fin de resolver las situaciones que la informática y las nuevas tecnologías van introduciendo en el tráfico jurídico como nuevos interrogantes.

El presente trabajo trata de resolver una de estas cuestiones, la cual es dilucidar si existe algún tipo de fundamento jurídico en el derecho del trabajo Argentino, que permita al empresario realizar un adecuado control y supervisión del uso que se haga de el correo electrónico y de su principal fuente proveedora que es Internet, si es legítimo el acceso a la cuenta de correo electrónico de los trabajadores y poder acceder al contenido de los mismos y si el uso indebido de esta herramienta configura una causal justificada de extinción del contrato de trabajo o es solo una falta grave que debe ser castigada pero que no tiene la entidad suficiente como para configurar una causal de despido, y si además se tratara de visualizar, describir y puntualizar todos los posibles conflictos que puedan surgir de la utilización de estas dos poderosas herramientas informáticas.

Para un adecuado enfoque del tema partiré de la delimitación de las facultades que resultan inherentes al poder de dirección del empresario. Los límites del poder empresarial llevarán a un sucinto análisis de los derechos fundamentales que quedarían afectados.

El estudio concluirá con el planteamiento de diferentes soluciones posibles aplicables al problema en cuestión, quedando abierta la resolución definitiva a la acción legislativa y a la creación jurisprudencial.

Teniendo en cuenta que el problema se ha planteado hace, relativamente, escaso tiempo, no existen, salvo honrosas excepciones, artículos u opiniones doctrinales que se hayan pronunciado abiertamente sobre el tema. La escasez de jurisprudencia al respecto, se justifica por este mismo motivo, si bien se trataran de relacionar diferentes resoluciones judiciales que pueden ser aplicables al objeto de estudio siguiendo un criterio analógico.

1. AREA

Derecho privado

2. TITULO

El correo electrónico en la relación laboral

3. TEMA

“La relación laboral y la adopción de las nuevas tecnologías de comunicación”

3. PROBLEMA

¿Cuales son los efectos de la utilización y el abuso del correo electrónico en el marco de una relación laboral?

4. OBJETIVOS

4.1. Analizar integralmente la problemática que trae aparejada el uso de la informática, específicamente el correo electrónico, como herramienta de trabajo,

4.2. Describir el vacío legal generado por la falta de una regulación específica de una disciplina de derecho.

4.1 Objetivos específicos

4.1 a) Reseñar sucintamente la evolución de Internet desde sus comienzos hasta la actualidad.

4.1 b) Definir qué se entiende por correo electrónico y su posible asimilación al correo postal protegido por nuestra Constitución Nacional y por el Derecho Penal

4.1 c) Relacionar el Correo Electrónico con el Contrato de Trabajo

4.1.c)1. Analizar las situaciones que se presentan cuando el e-mail es proporcionado por el empleador privado para uso personal y privado del empleado, o cuando es para realizar sus tareas profesionales y con ese único objetivo

4.1.c)2. Identificar como y si es posible, ser utilizado el *e-mail* con fines sindicalistas.

4.1.c) 3. Identificar las consecuencias del empleo del *e-mail* con fines sindicales

4.1.c)4. Escutar sí, la distracción, falta de rendimiento o de dedicación adecuada a la función que ejerce el trabajador en relación al mal empleo del correo electrónico laboral e Internet, pueden ser causa de despido.

4.1.c)6. Definir si existe la posibilidad de provocar daños a terceros a causa de la manipulación del correo electrónico de la empresa.

5. Hipótesis

El uso del correo del correo electrónico, genera, cuando se incorpora en la relación laboral, conductas abusivas, herramientas de controles empresariales, y consecuencias de carácter disciplinario, y resolutivas, y responsabilidades de carácter civil cuando se genera un daño a terceros.

5. a. Puntos provisorios que se probaran y defenderán

El correo electrónico se ha convertido en una herramienta indispensable, para la comunicación en las sociedades modernas actuales

El correo electrónico se ha convertido en una herramienta laboral muy importante.

El correo electrónico laboral, en relación a su manipulación, necesita de la implementación de mecanismos de control, selectivos para corroborar que su utilización sea la adecuada o ajustada a sus fines.

El correo electrónico laboral, se presta a una utilización abusiva del mismo por parte de los empleados, generando de esta forma un mal aprovechamiento del tiempo asignado a la jornada laboral, y de las herramientas de trabajo.

El control que se haga sobre el correo electrónico laboral, por parte de los empleadores, puede llegar a ser considerado abusivo, si se realiza, sin advertir previamente de las condiciones de utilización del mismo.

El uso incorrecto del correo electrónico laboral, advertido previamente por el empleador a sus empleados, puede ser causa de despido.

La manipulación del correo electrónico, puede generar daños a terceros, ajenos a la relación laboral, y su correspondiente obligación de responder y de resarcir el daño ocasionado.

6. Marco teórico

Este trabajo de investigación se baso en diversas opiniones doctrinales, en leyes y códigos nacionales, en jurisprudencia ya sea de índole nacional como internacional, y en artículos y notas que se pueden encontrar en formato electrónico, del ámbito legal y de otros que sin ser legales aportan precisamente lo que es extraño al derecho indispensable para tener una acabada concepción del tema abordado.

Del ámbito laboral, nos basamos en la Ley de Contrato de Trabajo Argentina, en el Estatuto de los Trabajadores Español, doctrina de autores como por ejemplo, el trabajo que publica la dra. Beatriz Hermida, en diversos casos jurisprudenciales, ya sean nacionales como internacionales relativos al tema en cuestión.

Del ámbito Penal, nos basamos en el Código Penal Argentino, en doctrina variada donde encontramos posiciones desencontradas, entre ellos los Dres. Carlos Creus, Carlos Fontan Balesta, Ricardo Nuñez, Pablo Palazzi, Sebastián Soler, y escasos pero no menos importantes casos jurisprudenciales, de los cuales debemos resaltar el Caso Lanata, precursor en este tema.

Del ámbito civil, nos basamos en el Código Civil Argentino, y artículos de doctrina como por ejemplo la publicación de la Dra. Kemelmajer en relación, a los daños causados por los dependientes.

Del ámbito constitucional, nos basamos en la Constitución Nacional, y algunos casos de jurisprudencia donde se analizo la equiparación del correo electrónico al correo postal.

Además se exponen los anteproyectos de ley nacional, que han tenido tratamiento parlamentario algunos pocos, y que se encuentran en pugna por lograr el tan ansiado carácter de ley nacional

Del ámbito del derecho informático, nos basamos en algunos autores respetados en la materia, como es el caso del Dr. Fernández Delpech, artículos de doctrina y una serie de variados pronunciamientos judiciales de nuestros tribunales y de tribunales internacionales precursores en la materia.

Capítulo 1

EL CORREO ELECTRÓNICO EN LA SOCIEDAD

SUMARIO 1. a. Internet. Aspectos generales1. a. 1. Los recursos de Internet 1.a. 1.a) Participes de la red1. a. 1.a) Participes de la red 1. a.1. b) Acceso a la red 1.a.1.c) Dirección numéricas IP y nombres de dominio 1. a. 1.d) Protocolos de Internet 1. a.1.e) Servicios que se brindan a través de Internet 1. a.1.f) World Wide Web (WWW) 1. a.1.g) Correo electrónico (Email) 1.a.1.h) Telnet 1.a.1.i) Protocolo de transferencia de ficheros (FTP) 1. a.1 .j) Irc 1. a.1.k) Chat 1. a.1.l) Tecnología WAP 1. a.2. Presentación del e-mail. Historia del Correo Electrónico 1. a.2. Presentación del e-mail. Historia del Correo Electrónico 1. a. 3. Concepto 1. a.4. Asimilaciones y diferencias con el correo tradicional y su protección penal y constitucional. 1. a.5. El correo electrónico y su equiparación con el que tiene raigambre constitucional 1. a.6.Ventajas y desventajas del uso del correo electrónico en la empresa

1. Introducción

El objetivo de este capítulo, es el de ubicar e insertar a el correo electrónico, en la sociedad, y en especial en la relación laboral

Para ello describiremos a los elementos que se conjugan para que pueda existir el correo electrónico como tal, su evolución desde su creación, Internet como principal medio de acceso al mismo, y sus componentes y mecanismos que se disparan para su funcionamiento.

Se conceptualizará al correo electrónico no sólo desde el ámbito legal, como así también desde aquellos que se vieron constreñidos a definirlo tales como informáticos, tecnológico y cultural.

Asimismo, se tratará de identificar a esta herramienta de comunicación, con el que sin quererlo fue su precursor en el tiempo, el correo postal, en relación a la protección legal que se le reconoce a este ultimo en el ámbito penal y constitucional en nuestro país.

Nuestro primer trabajo consistirá en probar el primero de los puntos de tesis, el cual se refiere a: “El correo electrónico se ha convertido en una herramienta indispensable, para la comunicación en las sociedades modernas actuales”

Este capítulo se relaciona con los consecutivos en cuanto sirve como una introducción, para poder comprender la entidad que tiene el correo electrónico en la sociedad, y como influye en las relaciones humanas de cualquier tenor, abarcando una de las más frecuentes como es la relación laboral.

Realicé una investigación comenzando con el planteamiento lógico de interrogantes en relación al tema, y busqué información de diversas fuentes, principalmente en formato informático por el tenor de la materia como así también de carácter legal, para poder dilucidar sí, podría obtener respuestas desde ese ámbito, necesarias para el trabajo de investigación que me convoca y para desarrollar una tesis de derecho.

En este capítulo se encuentra probado lo siguiente: Que el correo electrónico es un medio de comunicación en el desarrollo de las relaciones humanas en la actualidad. Que a pesar de que hay algunas opiniones desencontradas se podría decir que el correo electrónico tendría la entidad del correo postal, protegido por nuestra carta magna y el que en relación a la protección que se le otorga en nuestro Código Penal se podría decir que hay una asimilación, no en todas las conductas típicas previstas en el artículo 153 y S.S. del Código referido haciendo una interpretación de la ley penal.

Que es un medio de comunicación, que por la serie de ventajas que presenta, casi son inadvertidas sus desventajas y por sus características particulares se ha convertido en una herramienta de trabajo, necesaria para cualquier empresa.

Que sería necesario el agiornamiento de las leyes para que puedan receptorlo como lo han hecho en el pasado con el correo postal y los diferentes medios de comunicación.

Por todo lo expuesto he llegado a las siguientes conclusiones: La necesidad de que las leyes se actualicen, porque el correo electrónico ha llegado para quedarse, esto tendría el efecto conciliador necesario entre la actualidad y el ayer plasmado en nuestras leyes, y evitar con esto que una vez mas la costumbre supere la norma y legisle en lugar de los legisladores.

2. Internet. Aspectos generales

El término Internet es la contracción de *Inter- network*, o sea, “entre redes”, y su origen y desarrollo principal, lo podemos encontrar en los Estados Unidos en la segunda mitad del siglo 20.

Los primeros estudios relacionados con el desarrollo de una red que intercomunicara a diferentes sujetos y ordenadores se producen a comienzos de los años 60, precisamente en julio de 1961 cuando, *Leonard Kleinrock* publicó desde el *Massachussets Institute of Technology*, el primer documento sobre la teoría de

conmutación de paquetes. *Kleinrock* convenció a *Lawrence Roberts* de la factibilidad teórica de las comunicaciones vía paquetes en lugar de circuitos, lo cual resultó ser un gran avance en el camino hacia el trabajo informático en red. El otro paso fundamental fue hacer dialogar a los ordenadores entre sí. Para explorar este terreno, en 1965, *Roberts* conectó una computadora TX2 en *Massachusetts* con un Q-32 en California a través de una línea telefónica conmutada de baja velocidad, creando así la primera aunque reducida, red de computadoras de área amplia jamás construida. En los Estados Unidos se estaba buscando una forma de mantener las comunicaciones vitales del país en el posible caso de una guerra nuclear. Este hecho marcó profundamente su evolución, ya que aún ahora los rasgos fundamentales del proyecto se hallan presentes en lo que hoy conocemos como Internet.

En 1969 la Agencia de Investigación de Proyectos Avanzados de Defensa (DARPA, en adelante) agencia del Departamento de Defensa de los Estados Unidos responsable del desarrollo de nuevas tecnologías para uso militar comienza a planificar la creación de una red que conecte computadores entre sí, en caso de una eventual guerra atómica que incomunique a los humanos sobre la tierra, con fines principalmente de defensa.

En 1969 se concreta finalmente el proyecto y se crea ARPANET como una red privada que intercomunicaba distintas computadoras de instalaciones de defensa por medio de radios y satélites. De esta forma, cada una de las computadoras interconectadas en esa red podía obtener información de las demás computadoras interconectadas, sin que existiese un equipo central y único, y así, en caso de una conflagración militar, no existía ningún equipo central que, destruido, eliminase la red.

Posteriormente razones comerciales y científicas produjeron el rápido crecimiento de esa red denominada ARPANET, a la que se fueron incorporando distintas redes, ya no militares sino académicas y privadas de los Estados Unidos y como así también de otras partes del mundo. En 1983, el 1 de enero, ARPANET cambió el protocolo NCP por TCP/IP. Ese mismo año, se creó el IAB ("*Internet Architecture Board*") con el fin de estandarizar el protocolo TCP/IP y de proporcionar recursos de investigación a Internet. En 1986, *National Science Foundation* (Fundación Nacional de la Ciencia, NSF en adelante) comenzó el desarrollo de NSFNET que se convirtió en la

principal red en árbol¹ de Internet, complementada después con las redes NSINET y ESNET, todas ellas ubicadas en los Estados Unidos. Paralelamente, otras redes troncales en Europa, tanto públicas como comerciales, junto con las americanas formaban el esqueleto básico ("*backbone*") de Internet.

En 1989, con la integración de los protocolos OSI (*Open Systems Interconnection*) en la arquitectura de Internet, se inició la tendencia actual de permitir no sólo la interconexión de redes de estructuras dispares, sino también la de facilitar el uso de distintos protocolos de comunicaciones.

En la Organización Europea para la Investigación Nuclear (en adelante CERN). de Ginebra, un grupo de físicos encabezado por *Tim Berners-Lee*, crearon el lenguaje HTML "Lenguaje de Etiquetas de Hipertexto", basado en el SGML "Lenguaje de Marcación Generalizado". En 1990 el mismo equipo construyó el primer cliente *Web*, llamado *WorldWideWeb* (en adelante WWW), y el primer servidor *Web* dando de esta forma, lugar a la red que hoy conforma lo que hoy conocemos como Internet, en la que ya no solo las instituciones se encuentran interconectadas, sino que los usuarios individuales constituyen el gran motor del sistema.

BITNET², FIDONet³, UUCP⁴, e INTERNET son las redes mundiales más grandes, algunas ya no están en funcionamiento, y de estas, INTERNET es la mas popular e importante. Desde cualquiera de estas redes es posible comunicarse con cualquiera de los usuarios activos en el mundo de las comunicaciones electrónicas a través de correo electrónico. El entorno actual de Internet consiste en más de 5.000 redes con más de 1000 millones de usuarios en todo el mundo cifra alcanzada en enero de 2006, y en Argentina son 16 millones los usuarios asiduos a Internet en la actualidad

Toda esta inmensa red de ordenadores funciona como un sistema descentralizado, ya que es cierto que no existe un punto de control central y a nivel mundial, Internet incluye más de 100 protocolos distintos basados en TCP/IP, que se configura como el protocolo básico de la red. Los servicios disponibles en la red mundial de PC, han avanzado mucho gracias a las nuevas tecnologías de transmisión de alta velocidad, como DSL y *Wireless*, se ha logrado unir a las personas con

videoconferencia, ver imágenes por satélite (ver tu casa desde el cielo), observar el mundo por *webcams*, hacer llamadas telefónicas gratuitas, o disfrutar de un juego multijugador en 3D, un buen libro PDF, o música y películas para descargar o compartir.

El método de acceso a Internet vigente desde hace algunos años, ha sido la telefonía básica, pero que ha venido siendo sustituido gradualmente por conexiones más veloces y estables, entre ellas el ADSL, Cable Módems, o el RDSI. También han aparecido formas de acceso a través de la red eléctrica, e incluso por satélite, generalmente, sólo para descarga de información, aunque existe la posibilidad de doble vía, utilizando el protocolo DVB-RS.

Internet también está disponible en muchos lugares públicos tales como bibliotecas, hoteles o cibercafés. Una nueva forma de acceder sin necesidad de un puesto fijo son las redes inalámbricas, hoy presentes en aeropuertos, universidades o poblaciones enteras, como es el caso de nuestra ciudad de Rosario que desde Octubre de 2006 se ha convertido en una ciudad wifi.

El “*Federal Networking Council*” (en adelante FNC) de los Estados Unidos, en Octubre de 1995 ha definido a Internet de la siguiente manera: “Internet se refiere al sistema global de información que: 1) está lógicamente unido por un espacio global

único de dirección basado en el protocolo de Internet TCP/ IP o sus extensiones/ continuaciones subsecuentes; 2) es capaz de soportar comunicaciones usando la serie de protocolos Transmisión Control Protocolo/ Internet Protocolo (TCP/IP) y sus extensiones/continuaciones subsecuentes; y otros protocolos IP- compatibles; el TCP/IP sirve para garantizar la transmisión de los paquetes de información entre lugares remotos, siguiendo cualquier ruta disponible.3) ofrece, usa o hace accesibles, ya sea pública o privadamente, servicios de alto nivel soportados en las comunicaciones e infraestructura relacionada descripta aquí”.⁵

Es de destacar que Internet es una red abierta, pero que existen también redes cerradas a las que se ha denominado redes LAN (*Local Area Network*), cuya interconectividad está limitada a un edificio que son las denominadas *intranets*, o varios

edificios, o a varias empresas extranets. En ellas el acceso esta restringido a los autorizados o habilitados a tal fin, y funcionan normalmente dentro de empresas, grupos de empresas o instituciones.

Al contrario de lo que ocurre con las redes cerradas, al ser Internet una red abierta o pública tiene por característica que nadie puede ser impedido de acceder a ella. La red Internet permite hoy en día el intercambio de datos entre los cinco continentes, posibilitando el acceso a toda clase de contenidos así como su transmisión, entre cualquier usuario del mundo conectado a la red.

Se discute por esto, cual es la naturaleza jurídica de Internet. Algunos opinan que se trata de un “medio de comunicación”; otros, en cambio, que es un “medio de transporte de la información”.

Carrasco Blanc, sin alinearse en ninguna de estas posturas, determina que Internet es un “medio de acceso a la información que permite a diversos actores interactuar con diversos fines”⁶

Las innovaciones científicas y técnicas de los últimos años han producido un cambio sustancial en el mundo. En este nuevo contexto al que muchos han llamado “Sociedad de la Información”; comienzan a desaparecer las fronteras geográficas y los sistemas jurídicos nacionales, son entonces a menudo insuficientes para responder a los nuevos conflictos que se plantean, fundamentalmente los producidos en ocasiones por el uso de las nuevas tecnologías.

Internet, como una de las mayores aplicaciones de las nuevas tecnologías, con su crecimiento meteórico y su carácter transnacional, plantea conflictos jurídicos antes inimaginables. Al mismo tiempo toda la teoría de la responsabilidad civil y penal, que podría surgir a partir de hechos o daños ocasionados por la utilización de las mismas requiere una adecuación a la nueva problemática.

El avance vertiginoso de las modernas tecnologías informáticas y las nuevas situaciones planteadas han producido una orfandad jurídica, ya que las normas legales

existentes en muchos casos no encuentran adecuación a los nuevos problemas surgidos con la tecnología informática.

Algunos autores han dicho que Internet es una zona de "No Derecho" por las ausencias de normas jurídicas a su respecto, su carácter transnacional y su constante avance tecnológico.

Afirman así algunos que dadas estas características, es inútil tratar de legislar a niveles nacionales, ya que tal legislación se volverá rápidamente obsoleta y de todas formas será de difícil aplicación debido a la facilidad del infractor, o de quién comete un ilícito, de retrasladarse virtualmente a través de la red a cualquier otro lugar del mundo en donde no existe normativa que le impida su accionar y además la inexistencia de un órgano centralizado, erigido como autoridad máxima para aplicar y hacer cumplir; las normativas y que ante su incumplimiento aplique sanciones.

Surgen así dos posiciones claramente diferenciadas: por un lado, los partidarios de la autorregulación, o no regulación externa, quienes consideran que el ciberespacio es por esencia libre y que por ello debe autorregularse y no deben inmiscuirse en esta tarea los países usuarios de esta herramienta; por la inexistencia de fronteras en Internet, que impide todo tipo de regulación, pues nadie tiene soberanía para arrogarse tal potestad⁷. Esta autorregulación consistiría en la libertad que tendrían los partícipes para determinar las reglas a seguir en cuanto a su comportamiento en Internet. Al no existir una "autoridad" que dicte reglas y las haga cumplir, tal como mencionábamos unos párrafos más atrás. Pero, a la vez, la actividad en Internet tiene indiscutibles efectos en la legislación local. Pensemos en quienes utilizan la red para el tráfico de estupefacientes, para cometer fraudes, para promover la pornografía y la prostitución infantil, quienes cometen infracciones a las leyes de propiedad intelectual y a la ley de protección de datos, etc. Todos estos actos tienen efectos legales en los ordenamientos de los distintos países. Sin embargo, no existe una normativa única que sea aplicable por igual en todos los países del mundo. Este objetivo se podría cumplir sí, por ejemplo, los países se pusieran de acuerdo en nombrar a la "autoridad" que se encargue de dictar reglas y hacerlas cumplir. Otra alternativa sería celebrar un tratado internacional en el que los países enumeren una serie de parámetros "mínimos" acerca de todos o algunos de los temas enunciados. Pero por el momento ello no ha ocurrido, y mientras tanto

Internet sigue operando igual, y nadie siente que se pueda tener el "control total" de lo que sucede en el ciberespacio.⁸

Por el contrario, los partidarios de la regulación consideran que no existe diferencia en cuanto a las actividades llevadas a cabo en la red con aquellas similares, llevadas a cabo en el mundo tridimensional, y que, consecuentemente, no existe razón para excluir de la ley ordinaria a ciertas actividades, cuya única particularidad es que son llevadas a cabo en forma electrónica.

Comparto la postura tomada por el autor Horacio Fernández Delpech el cual no se alinea con los partidarios de la autorregulación; o mal llamada no regulación externa; porque esta implicaría una negación al derecho en general y a nuestra vida en sociedad la cual se encuentra profundamente positivizada.⁹ Es por eso que coincidentemente con esta línea de pensamiento es necesario llegar a un ordenamiento integral de la materia, a nivel local, que se complemente si se quiere con la propia autorregulación de la red y que abarque sus principales aristas y problemáticas.

Internet no supone un espacio de total y absoluta libertad, aunque de echo lo es y en nuestro país esto, además se encuentra garantizado por el decreto 1279/97, por el cual se declara comprendido en la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión de Internet.

A saber Internet es un espacio social y como tal debería ser regulado por el derecho de los diferentes estados sin perjuicios de las normas de autorregulación que los diversos partícipes de la red puedan dictar, y sin perjuicio también de tratar de avanzar en pos de una legislación convencional única y mundial.

Debemos tener en cuenta que la regulación que necesitamos no es sólo para sancionar a quién comete un ilícito, sino que también es una legislación para regular y así facilitar las diferentes relaciones entre los partícipes de la red y de los que hacen uso de ella como una herramienta de trabajo. Este es uno de los objetivos principales de mi trabajo de investigación, tratar de arribar a un consenso a través del derecho aplicado a este tipo de relaciones como es la relación laboral, e Internet inserta en la misma a través de uno de sus principales elementos como es el correo electrónico.

Es necesaria una legislación de fondo internacional, pero estamos muy lejos de ella, y se hace necesario y casi me arriesgaría a afirmar que obligatorio, que cada estado dicte regulaciones aplicables en sus territorios, pese a que esas legislaciones puedan ser superadas por nuevas tecnologías, costumbres o prácticas del mundo moderno.

Específicamente el tema a analizar es, la inserción del correo electrónico dentro de las relaciones laborales, y su evidente vacío legal ya que la ley de contrato de trabajo sus reglamentaciones y las leyes complementarias aplicables, así como, los convenios colectivos de trabajo no presentan ninguna solución legal para esta realidad.

El derecho Argentino, aún no la ha captado como una práctica constante habitual, y necesaria para la actualidad de cualquier empresa y para la de cada uno de los individuos asiduos a Internet. Es por eso que se intenta analizar la problemática jurídica que este nuevo fenómeno nos plantea.

1. a. 1. Los recursos de Internet

Se deberán analizar los aspectos técnicos de Internet, para poder luego referirnos a la problemática jurídica de la misma, y sus herramientas, para esto debemos clarificar quienes son los diferentes partícipes de dicha red, como funciona la misma y cuales son los servicios que brinda.

1. a. 1.a) Participes de la red

Los usuarios individuales *users* son todas aquellas personas o entidades, que por medio de un ordenador, a través de un proveedor de servicios y mediante una conexión telefónica, de cable, antena o satélite, acceden a una página o sitio de la red para recoger la información ingresada allí por los proveedores de contenido, o para utilizar las restantes y diversas prestaciones de la red, como por ejemplo el email, chat, entre otras.

Los proveedores de contenido (*information content providers*). Son todos aquellos autores, editores y demás titulares de derechos que poseen una página *web* (*web page*) o un sitio *web* (*site*) en la red, a la cual proveen de información, a fin de que la misma pueda ser leída por cualquier usuario de la red que ingrese a esa página o sitio. Algunas veces ese ingreso al sitio por parte del usuario es en forma totalmente libre y gratuita, en otros casos se requiere un pago previo o la acreditación de una clave de ingreso, la cual se obtiene registrándose previamente.

Los proveedores de servicio (*internet service providers- ISP*). Es la denominación común para dos tipos de sujetos que posibilitan la conexión entre el usuario y el proveedor de contenido. Estos son, los proveedores de acceso (*Internet access providers- IAP*), que son quienes brindan a los usuarios individuales el servicio de conexión de Internet, a través de un servidor o *server* de gran poder conectado a la red, que es el nodo, a fin de poder llegar así a los diferentes sitios. Por su parte, el proveedor de contenido creador de una página o sitio, requiere también los servicios de estos proveedores de acceso a fin de poder subir su sitio a la red. Y tenemos a los proveedores de alojamiento (*Hosting service provider*). Son quienes brindan el servicio de alojamiento de páginas *Web* en su propio servidor así como otros servicios adicionales.

Los proveedores de red (*Network provider*). Son quienes brindan una estructura técnica esto es, líneas telefónicas, de cable, por antena o satélite, a fin de que el usuario se conecte a través del proveedor de acceso con la página o sitio almacenada por el proveedor de alojamiento. De esta forma se completa el circuito en el que usuario individual accede a contenidos incorporados por el proveedor de contenidos.

1. a.1. b) Acceso a la red

Los usuarios de Internet no pueden acceder a la red en forma directa e individual con su ordenador, sino que deben hacerlo a través de un proveedor de acceso de Internet, que es quién les brinda la conexión con la red.

Para ello el usuario debe concertar un contrato con un proveedor de acceso a Internet, quien gratuitamente o mediante un pago mensual conecta al ordenador del

usuario con el suyo denominado nodo, mediante una conexión telefónica, de cable, por antena o por satélite. Para poder realizar la misma, el proveedor de acceso a Internet, suministra un nombre de usuario y una contraseña, así como instrucciones e incluso un software para la conexión. A su vez este proveedor esta conectado a la red, de forma tal que por intermedio suyo llegamos a ella y a sus sitios en cualquier parte del mundo. Para ingresar a un sitio de la red el usuario indica el nombre de dominio del sitio, el que es transformado en numero IP que posee cada uno de éstos y que es necesario para “enrutar” los paquetes de información.

La información se transmite por la red a través de ordenadores conocidos como “enrutadores”, los que transmiten los datos mediante la tecnología de la conmutación de paquetes, al salir la información la misma se desintegra y se transmite a través de diferentes enrutadores, siguiendo la vía mas accesible en ese momento hasta llegar a su destino, en donde los paquetes se rearmen y se integra nuevamente el mensaje originario.

Las conexiones del usuario-proveedor y proveedor- red se realizan hoy en día por varios caminos, que pueden ser de alta capacidad de conexión ya sea, satélite, fibra óptica, antena, de capacidad media como son el cable coaxil o de baja capacidad, como es la línea telefónica convencional.

1. a.1.c) Dirección numéricas IP y nombres de dominio

Se hace necesario identificar al usuario en cada una de sus conexiones a la red, como así también una identificación de los distintos sitios o páginas del sistema. Los usuarios que se conecten a la red son identificados únicamente con una dirección numérica IP que es una individualización técnica, es un número que identifica de manera lógica y jerárquica a una interfaz de un dispositivo (habitualmente una computadora) dentro de una red que utilice el protocolo IP y que sirve para direccionar una solicitud de conexión con un sitio, mientras que los sitios o páginas de la red tiene una doble identificación: una dirección numérica, formada por cuatro números de hasta tres dígitos separados por puntos. Y un nombre de dominio DNS, que es una dirección

más fácil de recordar por parte del usuario, y que sirve para facilitar la rápida identificación del sitio que generalmente esta compuesta de la siguiente manera `www. nombre del sitio.com.`, pero que en muchos casos se le agrega la extensión `.ar` como por ejemplo, estas se refieren a la localización o el registro de origen de esa página, con la salvedad de que para aquellas direcciones que corresponden a sitios donde esta involucrada una repartición gubernamental, de cualquier índole veremos que la extensión puede cambiar y reemplazar directamente al `“.com”` por `“.gov”`.

1. a. 1.d) Protocolos de Internet

Otro elemento básico del sistema es que la comunicación se efectúa mediante el uso de reglas de comunicación adoptadas en forma común por los usuarios, llamadas protocolos, que permiten un lenguaje común. A este sistema se lo conoce con la sigla TCP/IP (protocolo de control de transmisión).

Los protocolos son sistemas, programas y estándares que permiten la comunicación entre los ordenadores de la red. Tenemos así; -Telnet que permite crear una sesión remota en una computadora FTP que permite copiar archivos de una computadora a otra HTTP que permite el acceso público a texto e hipertexto. Permite la comunicación y transporte de informaciones en la Web. HTML para el formato de datos.

De esta forma se garantiza y se hace posible, la interoperabilidad en Internet, ya que ordenadores y software distintos puedan operar conjuntamente mediante un lenguaje común acordado. Esta interoperatividad es una de las características fundamentales que ha facilitado la expansión y el desarrollo de Internet.

1. a.1.e) Servicios que se brindan a través de Internet

Múltiples son los servicios que brinda la red al usuario. Lo que en un comienzo fue solamente un sistema para transmitir información, se ha ido transformando día a día a un ritmo vertiginoso, en un complejo sistema que brinda servicios diversos a quien accede a la red.

1. a.1.f) World Wide Web (WWW)

Es sin duda el servicio más importante de Internet. La *web* es un sistema de documentos de hipertexto y/o hipermedios enlazados y accesibles a través de Internet. Con un navegador *web*, un usuario visualiza páginas *web* que pueden contener texto, imágenes, vídeos u otros contenidos multimedia, y navega a través de ellas usando hiperenlaces. La mayoría de las páginas *web* contienen estos hiperenlaces a otras páginas relacionadas y algunas también contienen descargas, documentos fuente, definiciones y otros recursos. En la actualidad el más utilizado navegador es el denominado Google¹⁰. Un estudio reciente, el cual intentaba determinar cuáles son los idiomas que prevalecen en las páginas *web* determinó que había 11.500 millones de páginas *web* en la *web* pública indexable a finales de enero del 2005¹¹. No obstante, cabe reseñar que este dato ha sido extraído de los bancos de datos de Google atendiendo a los nombres de dominio y, por tanto, muchas de las referencias a las que apuntan son meros redireccionamientos a otras *webs*, cifra que se torna inexacta por ello.

1. a.1.g) Correo electrónico (E-mail)

El *e-mail* es el instrumento de comunicación más utilizado que nos brinda la red. Posibilita el envío y recepción de mensajes entre los usuarios de Internet en pocos segundos y sin limitación teórica de la extensión.

Para que una persona pueda enviar un correo a otra, ambas han de tener una dirección de correo electrónico. Esta dirección la tiene que facilitar un proveedor de correo, que son quienes ofrecen el servicio de envío y recepción. El procedimiento se puede hacer desde un programa de correo o desde un correo *web*. Una dirección de correo electrónico es un conjunto de palabras que identifican a una persona que puede enviar y recibir correo. Cada dirección es única y pertenece siempre a la misma persona ya sea física o jurídica. Un ejemplo es persona@servicio.com, que se lee persona arroba servicio punto com. El signo @ (llamado arroba) siempre está en cada dirección de correo, y la divide en dos partes: el nombre de usuario (a la izquierda de la arroba; en este caso, persona), y el dominio en el que está (lo de la derecha de la arroba; en este caso, servicio.com). La arroba también se puede leer "en", ya que

persona@servicio.com identifica al usuario persona que está en el servidor servicio.com (indica una relación de pertenencia).

Una dirección de correo se reconoce fácilmente porque siempre tiene la @, donde la @ significa "pertenece a..."; en cambio, una dirección de página *web* no. Por ejemplo, mientras que <http://www.servicio.com/> puede ser una página *web* en donde hay información, persona@servicio.com es la dirección de un correo: un buzón a donde se puede escribir.

Lo que hay a la derecha de la arroba es precisamente el nombre del proveedor que da el correo, y por tanto es algo que el usuario no puede cambiar. Por otro lado, lo que hay a la izquierda depende normalmente de la elección del usuario, y es un identificador cualquiera, que puede tener letras, números, y algunos signos.

Es aconsejable elegir en lo posible una dirección fácil de memorizar para así facilitar la transmisión correcta de ésta a quien desee escribir un correo al propietario, puesto que es necesario transmitirla de forma exacta, letra por letra. Un solo error hará que no lleguen los mensajes al destino. Las letras que integran la dirección son indiferentes a que sean mayúsculas o minúsculas. Por ejemplo, persona@servicio.com es igual a Persona@Servicio.Com.

Para poder usar enviar y recibir correo electrónico, generalmente hay que estar registrado en alguna empresa que ofrezca este servicio ya sea gratuita o de pago. El registro permite tener una dirección de correo personal única y duradera, a la que se puede acceder mediante un nombre de usuario y una contraseña.

Hay varios tipos de proveedores de correo, que se diferencian sobre todo por la calidad del servicio que ofrecen. Básicamente, se pueden dividir en dos tipos: los correos gratuitos y los pagos. Los correos gratuitos son los más usados, aunque incluyen algo de publicidad, algunas incrustadas en cada mensaje, y otros en la interfaz que se usa para leer el correo. Muchos sólo permiten ver el correo desde una página *web* propia del proveedor, para asegurarse de que los usuarios reciben la publicidad que se encuentra ahí. En cambio, otros permiten también usar un programa de correo configurado para que se descargue el correo de forma automática.

Una desventaja de estos correos es que en cada dirección, la parte que hay a la derecha de la @ muestra el nombre del proveedor; por ejemplo, el usuario gapa puede acabar teniendo gapa@correo-gratuito.net. Este tipo de direcciones desagradan a algunos sobre todo, a empresas, y por eso es común comprar un dominio propio, para dar un aspecto más profesional.

Los correos pagos normalmente ofrecen todos los servicios disponibles. Es el tipo de correo que un proveedor de Internet da cuando se contrata la conexión. También es muy común que una empresa registradora de dominios venda, junto con el dominio, varias cuentas de correo para usar junto con ese dominio.

Casi todos los proveedores de correo dan el servicio de correo *web* (*webmail*): permiten enviar y recibir correos mediante una página *web* diseñada para ello, y por tanto usando sólo un programa navegador *web*. La alternativa es usar un programa de correo especializado. El correo *web* es cómodo para mucha gente, porque permite ver y almacenar los mensajes desde cualquier sitio, en un servidor remoto, accesible por la página *web*, en vez de en un ordenador personal concreto.

Como desventaja, es difícil de ampliar con otras funcionalidades, porque la página ofrece unos servicios concretos y no podemos cambiarlos. Además, suele ser más lento que un programa de correo, ya que hay que estar continuamente conectado a páginas *web* y leer los correos de uno en uno.

También están los clientes de correo electrónico, que son programas para gestionar los mensajes recibidos y poder escribir nuevos. Suelen incorporar muchas más funcionalidades que el correo *web*, ya que todo el control del correo pasa a estar en el ordenador del usuario. Por ejemplo, algunos incorporan potentes filtros anti-*spam*.

Por el contrario, necesitan que el proveedor de correo ofrezca este servicio, ya que no todos permiten usar un programa especializado, algunos sólo dan correo *web*. En caso de que sí lo permita, el proveedor tiene que explicar detalladamente cómo hay que configurar el programa de correo. Esta información siempre está en su página Web, ya que es imprescindible para poder hacer funcionar el programa, y es distinta para cada proveedor. Entre los datos necesarios están: tipo de conexión (POP o IMAP), dirección

del servidor de correo, nombre de usuario y contraseña. Con estos datos, el programa ya es capaz de obtener y descargar nuestro correo.

El funcionamiento de un programa de correo es muy diferente al de un correo *Web*, ya que un programa de correo descarga de golpe todos los mensajes que tenemos disponibles, y luego pueden ser leídos sin estar conectados a Internet y además, se quedan grabados en el ordenador. En cambio, en una página *web* se leen de uno en uno, y hay que estar conectado a la red todo el tiempo. Algunos ejemplos de programas de correo son *Mozilla Thunderbird*, Outlook Express y Eudora.

En nuestro país por decreto 1335/99¹² se declara de interés nacional el proyecto "Una dirección de correo electrónico para cada Argentino", destinado a proveer una cuenta de correo electrónico gratuita con una dirección electrónica segura y reconocida a cada habitante de la República Argentina que posea Documento Nacional de Identidad y cada persona jurídica que posea CUIT. Y mediante la resolución SC N° 4536/99: Designa al Correo Oficial de la República Argentina, como autoridad oficial de certificación de firma digital de los poseedores de una dirección de correo electrónico asignada de conformidad con lo establecido por el decreto N 1335/99. Y además se lo facultó, para que implemente todos los mecanismos y procedimientos necesarios para que cada habitante disponga de una dirección de correo electrónico que identifique de manera clara, segura fiable e inequívoca a una sola persona, asignando en forma gratuita las direcciones de correo electrónico. Este sistema aún no se ha implementado.

En los últimos tiempos aparece un nuevo servicio relacionado con el *e-mail*, que es la carta electrónica o e-carta. Este servicio, que está siendo implementado por las empresas de correos, permite enviar mensajes a cualquier persona en cualquier lugar del mundo, aunque esta no tenga una dirección de *e-mail* ni conexión a Internet. El *e-mail* es enviado a un centro de distribución en donde es impreso, ensobrado y enviado por correo de forma tradicional al destinatario.

1.a.1.h) Telnet

Telnet (*TELEcommunication NETwork*) es el nombre de un protocolo de red, y del programa informático que implementa el cliente, que sirve para acceder mediante una red a otra máquina, para manejarla como si estuviéramos sentados delante de ella. Para que la conexión funcione, como en todos los servicios de Internet, la máquina a la que se acceda debe tener un programa especial que reciba y gestione las conexiones. Telnet sólo sirve para acceder en modo terminal, es decir, sin gráficos, pero fue una herramienta muy útil para arreglar fallos a distancia, sin necesidad de estar físicamente en el mismo sitio que la máquina que los tenía. También se usaba para consultar datos a distancia, como datos personales en máquinas accesibles por red, información bibliográfica, etc. Aparte de estos usos, en general telnet se ha utilizado, y aún hoy se puede utilizar en su variante SSH, para abrir una sesión con una máquina Unix, de modo que múltiples usuarios con cuenta en la máquina, se conectan, abren sesión y pueden trabajar utilizando esa máquina. Es una forma muy usual de trabajar con sistemas Unix.¹³

1.a.1.i) Protocolo de transferencia de ficheros (FTP)

FTP en inglés se denomina, *File Transfer Protocol*, es un protocolo de transferencia de archivos entre sistemas conectados a una red TCP basado en la arquitectura cliente-servidor, de manera que desde un equipo cliente nos podemos conectar a un servidor para descargar archivos desde él o para enviarle nuestros propios archivos independientemente del sistema operativo utilizado en cada equipo.

El Servicio FTP es ofrecido por la capa de aplicación del modelo de capas de red TCP/IP al usuario, utilizando normalmente el puerto de red¹⁴ 20 y el 21. Un problema básico de FTP es que está pensado para ofrecer la máxima velocidad en la conexión, pero no la máxima seguridad, ya que todo el intercambio de información, desde el *login* y *password* del usuario en el servidor hasta la transferencia de cualquier archivo, se realiza en texto plano sin ningún tipo de cifrado, con lo que un posible atacante se le hace muy fácil capturar este tráfico, acceder al servidor, o apropiarse de los archivos transferidos.

Para solucionar este problema son de gran utilidad aplicaciones como SCP y SFTP¹⁵, incluidas en el paquete SSH, que permiten transferir archivos pero cifrando todo el tráfico.

1. a.1 .j) Irc

Es un protocolo de comunicación en tiempo real basado en texto, que permite debates en grupo o entre dos personas y que está clasificado dentro de la mensajería instantánea. Las conversaciones se desarrollan en los llamados canales de IRC, designados por nombres que habitualmente comienzan con el carácter # o & este último sólo es utilizado en canales locales del servidor. Es un sistema de charlas ampliamente utilizado por personas de todo el mundo.

IRC fue creado por *Jarkko Oikarinen*, alias "WiZ" en agosto de 1988 con el motivo de reemplazar al programa MUT. *Oikarinen* se inspiró en el *Bitnet Relay Chat* el cual operaba en la red Bitnet.

El IRC ganó popularidad cuando fue utilizado en el intento de golpe de estado en la Unión Soviética de 1991 para informar a través de un período de censura en los medios. Fue utilizado de similar manera por los Kuwatíes durante la Invasión a Irak.

El IRC es popularmente utilizado para hablar, hacerse de amigos y reunir grupos de gente con los mismos gustos. Para ello, cualquier persona puede iniciar el canal específico. Además de esto un canal de iRC también es utilizado como sitio para compartir archivos. Los hay especializados en música y en libros, entre otros. Otra modalidad muy utilizada es la de los juegos, en el que se destacan los Cyberjuegos, habiendo cientos de canales en todos los servidores.

1. a.1.k) Chat

Que también se le conoce como cibercharla, es un anglicismo que usualmente se refiere a una comunicación escrita a través de Internet entre dos o más personas que se realiza instantáneamente. Esta puede ser desde cualquier lado del mundo tomando en

cuenta que se necesita una cuenta de correo electrónico. La acepción de la palabra *Chat* es amplia, y por lo general agrupa a todos los protocolos que cumplen la función de comunicar a dos o más personas, dentro de éstos están los clientes de *Chat*, como por ejemplo X-Chat, ChatZilla o el mIRC; éstos usan el protocolo, *Internet Relay Chat* (en adelante IRC). Otros son protocolos distintos pero agrupados en lo que es la mensajería instantánea, tales como MSN Messenger, *Yahoo!* Messenger, *Jabber*, o ICQ entre los más conocidos, o también el servicio de SMS de telefonía móvil. También se puede agrupar al *peer-to-peer*. También es muy usado el método *Web Chat*, que no es otra cosa que enviar y recibir mensajes por una página *Web* dinámica, o usando el protocolo "IRC" si se trata de un *applet* de Java.

También es posible utilizar estos programas para mantener conversaciones con aquellos que tengan o compartan una red de computadoras por ejemplo dentro de una misma empresa.

Dentro de este tipo de sistemas encontramos también las video conferencias el mejor programa que hay en la actualidad para este tipo de aplicaciones es el denominado, *Paltalk* actualmente es una aplicación para establecer videoconferencias para usuarios de Windows, podemos suscribir a una de las más de 4000 salas de *chats* habilitadas, usadas por más de cinco millones de usuarios en todo el mundo, o crear la nuestra propia. Nos permite también comunicarnos con usuarios de *Yahoo*, AOL, e ICQ. Su tecnología es licenciada en cualquier lugar donde los grupos de usuarios estén en línea. Actualmente su tecnología está disponible para su libre descarga además existe una opción de pago, con mayores beneficios. Una de las grandes garantías es que se pueden realizar charlas en vivo, conferencias, tele-educación, capacitación.

Además existe, un programa muy popular mediante el cual se puede establecer comunicaciones como es el *Skype* un programa que te permite llamar gratis a cualquier otro usuario de *Skype*, en cualquier lugar del mundo. Si una persona, sus amigos, o su familia o sus compañeros de trabajo usan cámaras *web*, pueden también realizar vídeo llamadas gratuitas. Pueden incluso realizar llamadas a teléfonos fijos y móviles a tarifas muy económicas por minuto.

1. a.1.1) Tecnología WAP

Esta tecnología posibilita el acceso a Internet sin la necesidad de un ordenador y un modem, pudiéndose realizar la conexión y el ingreso a la red mediante un teléfono celular móvil. Se puede acceder a versiones reducidas de los principales sitios y buscadores a los que se denomina “sitios *Wap*”. Esta tecnología permite también el envío y recepción de *e-mails* a través de ciertos sitios determinados. Esto sería el servicio de *Wapmail*.

De todos los recursos de Internet me ocuparé de desarrollar el que nos ocupa en este trabajo de investigación que es el *e-mail*, o correo electrónico llamado comúnmente en los países de habla hispana.

El correo electrónico; es sin duda uno de los tres servicios mas usados de la red, los que le siguen son la, WWW, y los programas para chatear

En pocas palabras, su función esencial es la de permitir el envío de mensajes de forma similar a como se hace con el correo tradicional permite enviar cartas. Básicamente, su funcionamiento es muy similar al del correo postal: cada usuario tiene una dirección asociada que le es propia y que ningún otro usuario de la red posee, lo cual permite comunicar a dos o más usuarios de una manera inequívoca.

Haciendo una analogía, siendo esta una de las cuestiones que me he propuesto trazar a lo largo de este trabajo de investigación con el correo postal; podemos decir que cuando nos envían un mensaje por correo electrónico, este va pasando de red en red (las oficinas postales) por medio de “*gateways*” o compuertas (los camiones de correo) hasta que llega a su destino, por ejemplo nuestro proveedor de Internet; allí disponemos de una “ casilla de correo electrónico” a nuestro nombre y lo recogemos mediante un programa “cliente” de correo electrónico, como el *Outlook Express*, *Hotmail*, *Yahoo*, *Gmail* y que hace las veces del tradicional cartero que nos entrega la correspondencia a nuestro domicilio u oficina comercial.¹⁶

Sin embargo, el correo electrónico posee una importante serie de ventajas que son las que marcan la brecha entre este y su versión no informatizada 1) es prácticamente instantáneo; 2) al estar los mensajes en formato de ordenador, se hace mas sencillo archivar los mensajes o poder buscar referencias en su interior, con lo que

el acceso a la información se mejora notablemente; 3) permite enviar un mensaje a un gran número de usuarios simultáneamente, sin más que incluir las direcciones de todos ellos en el mismo; 4) es más económico que enviar una carta vía aérea, o hacer una llamada de larga distancia; 5) es ecológico puesto que no requiere papel y es fácil de descartar evitando así acumular desperdicios.¹⁷

1. a.2. Presentación del e-mail. Historia del Correo Electrónico

Cuando comencé a interiorizarme un poco en relación a la cronología de la creación y surgimiento del correo electrónico, me encontré con que no es mucha la información al respecto. De las fuentes más diversas que contienen información sobre este tema surge que fue *Leonard Kleinrok*, un profesor de informática de la *University of California Los Angeles*, (en adelante UCLA), quién mandó el primer mensaje de e-mail a un compañero en *Stanford*. Pero en realidad no fue sino hasta el año 1971 que *Ray Tomlinson*, tuvo la idea de crear un sistema para enviar y recibir mensajes por la red, aunque no lo consideró un invento importante. Hoy en día su gran difusión promueve servicios para chequear una cuenta POP desde cualquier navegador.

QWERTYUIOP. Ese fue el texto del primer mensaje de *e-mail*. Al menos, eso cree su inventor, aunque no está seguro. Estaba terminando 1971 cuando *Tomlinson*, un ingeniero de la firma *Bolt Beranek y Newman*, contratada por el gobierno de los Estados Unidos para construir la red Arpanet, tuvo la idea de crear un sistema para enviar y recibir mensajes por la red.

Tomlinson había creado un programa para que los desarrolladores de la Arpanet se dejaran mensajes en las computadoras que compartían que eran unas 15 en toda la red nacional. Jugando con otro protocolo para transferir archivos entre las máquinas diseminadas por la red, notó que juntos podían usarse para acceder a todas las casillas de correo.

Necesitaba separar de algún modo el nombre del usuario de la máquina desde la que se enviaba el correo. Así, se evitaba el engorro del sistema existente hasta ese momento. De entre los caracteres que poseía el teclado que él utilizaba, un *Model 33 Teletype*, eligió uno, que quizá hoy en día sea el más internacional de todos. Exacto se

trata de la @, de la que podríamos decir que es hoy en día casi el símbolo del mundo digital. Acto seguido, se envió un mensaje a sí mismo y dio inicio a la era del e-mail.

Tomlinson, no cree que vaya a quedar registrado en la historia porque considera al e-mail como un paso previsible en la informática, no un invento genial.¹⁸

En Julio de 1971, *Larry Roberts* crea el primer programa de gestión de correo electrónico, que permite listar, leer condicionalmente, archivar, responder, o reenviar mensajes de correo. El programa se llamó RD y ya permitía ordenar los mensajes según su asunto o fecha de envío, junto con otras funciones que facilitaban su uso. Poco después, *Barry Wesler*, investigador de DARPA, creó NRD a partir de RD, en el que incluía nuevas características, como la posibilidad de borrar mensajes. A partir de todas estas aplicaciones, *Marty Yonke* creó un nuevo programa, que denominó WRD, y que permitía enviar y leer mensajes, pero cuyo entorno era mucho más cómodo para el usuario. Más tarde lo renombró como BANANARD. *John Vital* mejoró este último, creando MSG, que es considerado como el primer programa moderno de gestión de correo electrónico. Entre otras novedades, permitía reenvío de mensajes o direccionar automáticamente las respuestas, por ejemplo.¹⁹

Hoy, el *e-mail* es un estándar de comunicación, y las cuentas POP que son las que permiten pasar mensajes de un servidor a una computadora un lenguaje común. Con la difusión de Internet y las computadoras, la gente tiende a tener acceso a la *Web* desde cualquier lado, pero se choca con una limitación de estas cuentas: a diferencia del *webmail*, se necesita un programa preconfigurado y un servicio de Internet para acceder a ellas.

Si está fuera de su casa y quiere chequear su cuenta POP, no necesita configurar un software o tener una cuenta de *webmail* desde la que puede buscar su correo POP. Hay sitios que permiten hacer esto desde el *browser*, ingresando la dirección de e-mail y la contraseña para acceder a ella.

Sin embargo, el uso del *e-mail* se extendió de forma gradual con el uso de los "mainframes" y miniordenadores basados en redes locales en los 70 y tuvo un rápido

crecimiento con el uso de Internet en la década de los 80. El correo electrónico en sus inicios se plantea como un medio de intercambio de información para grupos pequeños y selectos. Actualmente su uso se ha extendido a millones de usuarios por todo el mundo, y es el servicio más utilizado de los que existen hoy en Internet, llegando a circular cada día en la red más de 84 mil millones de mensajes, según la firma de investigaciones IDC.²⁰ Una publicación oficial de “El Servicio de Enlace con las Organizaciones No Gubernamentales de las Naciones Unidas (SLNG) y La Fundación *Friedrich Ebert*, definió al correo electrónico como “un equivalente electrónico del correo convencional con papel”, y “una de las aplicaciones más frecuentemente utilizadas de las comunicaciones por computadoras.

Con el correo electrónico las personas pueden enviar mensajes a un receptor, o a varios receptores simultáneamente, con un tiempo de envío que va de los pocos segundos a algunas horas, hasta más de un día en algunos casos dependiendo del servicio utilizado.” En las empresas el correo es una aplicación vital; eso piensa el 75 por ciento de los gerentes encuestados en Estados Unidos y Europa por la firma analista *Dynamic Markets*. Incluso, el 37 por ciento de los encuestados afirmó que una semana sin correo sería más traumática que un divorcio o cambio de residencia.

1. a. 3. Correo electrónico. Concepto

A partir de la investigación, desarrollada con motivo de esta tesina, pude observar que en la actualidad, hay una gran cantidad de definiciones, o conceptos de lo que se entiende por correo electrónico.

Algunos los encontramos en los distintos proyectos de ley, sobre la regulación del mismo, y otros provienen de diferentes doctrinarios, como así también de bibliografía específica de la materia informática pero que también resultan aplicables por ser esta, una herramienta netamente importada al derecho, y que este se vio compelido en los últimos años a tomarlo y aceptarlo como una práctica habitual que tiene consecuencias jurídicas, principalmente en el ámbito laboral y que ha protagonizado varias controversias en nuestros tribunales nacionales como así también y en mayor medida en los tribunales extranjeros.

Algunas de estas definiciones son, las que se proponen desde los proyectos de ley sobre protección del correo electrónico, a saber, el anteproyecto de la Secretaría de Comunicaciones resolución 333/99 dispone en su art. 1 “Se entiende por correo electrónico toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras.”²¹

Anteproyecto presentado por los señores diputados Fontdevila y Ubaldini artículo 1º - “Se entiende por correo electrónico toda transmisión de información enviada a través de una red de interconexión entre dispositivos electrónicos con capacidad de procesamiento, a una dirección o casilla de correo electrónico.”²²

Anteproyecto presentado por la señora diputada Delia Besutti sobre el correo electrónico donde se define al mismo, en el artículo. 2 del mismo “Se entiende por correo electrónico toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras o cualquier otro dispositivo ya disponible o que pudieran estarlo en un futuro próximo que utilice en su origen y destino una dirección de correo electrónico”²³

El correo electrónico ofrece una inmediatez en el envío de mensajes, sin necesidad de que el emisor y el receptor estén conectados simultáneamente. A esta transformación que ha sufrido la comunicación en la sociedad de la información, se refiere, Fernández Esteban²⁴ cuando dice: “Los nuevos medios de comunicación electrónicos modifican radicalmente el intercambio de información que deja de ser dependiente del tipo de transporte para ser un proceso en el que la información se mueve a la velocidad de la luz. Las redes telemáticas permiten que mucha información que era previamente inaccesible y sin valor debido a que estaba en un lugar remoto, se convierta en útil y valiosa a través de la Red. Así, el acceso a bases de datos remotas y la transmisión de datos, sonidos e imágenes en tiempo real a cualquier parte del planeta, son ya hechos consumados. Del mismo modo, personas con las cuales se podía mantener una relación a distancia pueden ser ahora compañeros de trabajo que interactúan de un modo eficaz.”²⁵

El Libro Verde de la Convergencia de los Sectores de Telecomunicaciones, los Medios de Comunicación y las Tecnologías de la Información aprobado en Bruselas el 3 de diciembre de 1997²⁶ así como otros documentos emitidos por la Unión Europea en los últimos años, consideran al correo electrónico “como un servicio esencial para la transmisión de información y la conducción de señales por las redes por lo que incentivan el uso de este medio de comunicación en las nuevas relaciones humanas y laborales”.

Efectivamente, el correo electrónico ha permitido la desaparición de las fronteras para el desarrollo de relaciones humanas y ha impulsado el comercio internacional facilitando el acceso a productos e información puestos a disposición de quien lo desee. Incluso la Administración Pública basa sus proyectos más novedosos de “*E-government*”²⁷ en esta herramienta de comunicación

El correo electrónico ha sido definido también por la Real Academia Española como “Un sistema de comunicación personal por ordenador a través de redes informáticas”²⁸

Para Tornabene²⁹, es “Un medio para enviar mensajes escritos de un equipo a otro a través de una red”; en cambio Galdós³⁰ lo define como, “el sistema mediante el cual se puede enviar y recibir mensajes desde una casilla de correo de una persona hacia la casilla de otra. Es un sistema que permite la emisión y recepción de mensajes”

En Internet encontramos una enciclopedia libre denominada Wikipedia; donde allí, también se define a el correo electrónico de la siguiente manera: Correo electrónico, o en inglés e-mail, es un servicio de red para permitir a los usuarios enviar y recibir mensajes rápidamente (también denominados mensajes electrónicos o cartas electrónicas) mediante sistemas de comunicación electrónicos. Principalmente se usa este nombre para denominar al sistema que provee este servicio en Internet, mediante el protocolo SMTP, aunque por extensión también puede verse aplicado a sistemas análogos que usen otras tecnologías. Por medio de mensajes de correo electrónico se puede enviar, no solamente texto, sino todo tipo de documentos. Su eficiencia, conveniencia y bajo costo están logrando que el correo electrónico desplace al correo normal para muchos usos habituales.

Pero fuere cual fuere la definición que elijamos, el correo electrónico se ha convertido rápidamente en el método preferido y predominante para comunicarse a nivel mundial.

Puedo advertir, que en mi opinión, es conveniente dejar sentado en una ley; un concepto, sobre el e-mail. Y ello lo entiendo así porque, aunque nuestra materia va a ser una de las más cambiantes en el derecho que rija nuestras vidas, debido a su fuente, la informática, es necesario definir y acotar el tema y que una vez producidos los cambios sea posible realizar una reforma de la ley ya sea a través de un decreto reglamentario aggiornarla para que pueda captar la realidad y que no caiga en desuetudo. Entiendo que hoy en día quienes son creativos están enfocados en esta rama, fuente de lo inimaginable, quedando mucho por recorrer. No por ello vamos a dejar de adherirnos a aquellos conceptos que hoy cierran la interpretación de lo que es el e-mail para nosotros. Son definiciones claras y amplias apropiadas para estas épocas, rescatando sobre todo las que contienen fragmentos que dejan abierta la posibilidad de ampliar su rango de aplicación en vista al futuro, como por ejemplo "...toda transmisión de información enviada a través de una red de interconexión entre dispositivos electrónicos....", como así también "...u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras o cualquier otro dispositivo ya disponible o que pudieran estarlo en un futuro próximo..." con esto se estaría previendo el hecho de que se desarrollen nuevas tecnologías y que ellas puedan quedar contempladas en dicha definición.

1. a.4. Asimilaciones y diferencias con el correo tradicional y su protección penal y constitucional.

Sin dudas, la más llamativa de las cualidades que poseen Internet y sus herramientas, es la tendencia a simplificar las actividades de los seres humanos. Exactamente, creo que en este mundo en continua evolución podemos rescatar una afirmada preocupación, en relación a que las creaciones que vayan surgiendo de la ciencia sean inmediatamente destinadas al bienestar de la comunidad. Tal vez por el espíritu capitalista y globalizado, en que estamos transitando, es que la herramienta del e-mail ha dado en la tecla de las necesidades humanas. El servicio que a simple vista,

aparece como ofrecimiento gratuito a gran escala, conlleva un gran consumo de los medios informáticos para que ello se pueda lograr. Y así es como a gran velocidad se fue acrecentando la necesidad de poseer todos los medios que la actualidad informática brinda para insertarse en las comodidades que su rubro ofrece. Y no es para menos, dado que la gran difusión que se le ha dado al servicio del e-mail, ha logrado que se haya transformado en una vía de comunicación instantánea a bajo costo e ilimitada en cuanto al espacio. En estos tres puntos se distingue como ventajoso el correo electrónico del correo convencional, porque estas cartas virtuales pueden atravesar distancias enormes en cuestión de segundos sin la intervención de terceros, y que logrado el costo inicial de inversión de los equipos, luego el valor se diluye ante la comparación de los servicios tradicionales ya sea el teléfono, fax, correo, etc. La practicidad que puede llegar a obtener el mail es inigualable. No hay más vueltas que esa, el remitente coloca su mensaje en el servidor y éste es automáticamente enviado al servidor del destinatario, quien lo tendrá inmediatamente a su disposición, ya que tiene acceso privado, exclusivo y constante a su casilla. Todo ello mediante un sistema de seguridad en las casillas de e-mail que funciona a través de un protocolo de contraseñas. La gente ha abierto los ojos ante este gran avance de la comunicación y sin dudas le ha dado un impulso inigualable en comparación con épocas anteriores. La Dra. Alejandra Castro Bonilla en su ensayo sobre “El uso legítimo del correo Electrónico” ha descrito algunos usos importantes del mismo en la actualidad: “... el correo electrónico ha permitido la desaparición de las fronteras para el desarrollo de relaciones humanas y ha impulsado el comercio internacional facilitando el acceso a productos e información puestos a disposición de quién lo desee.”³¹ Otro de los usos que se le ha adjudicado a este medio es la educación a distancia, pues ha posibilitado el contacto entre estudiantes y profesores independientemente del sitio geográfico en el que se encuentren.” Ya no existen límites espaciales, y eso se vuelve peligrosamente ventajoso. Cuando hablamos de peligroso, es porque realmente este sistema tiene sus fallas. El correo electrónico es el medio más vulnerable para ser atacado por los virus informáticos, pudiendo provocar hasta la inutilización permanente de todo el equipo informático, conllevando ello la desaparición de toda o parte de la información que pudiera estar guardada en ella. Es así que en el uso del e-mail, se libra una diaria batalla contra las posibles enfermedades de virus y el *Spam*, producto del uso mismo de Internet y de la difusión de nuestro propio correo electrónico privado. Problemas que no suceden con frecuencia en el correo tradicional, que como mayor inquietud o inseguridad que se pueda soportar sea la muy

mala suerte de que la carta se extravíe en su curso de remisión o que sea robada, y en el peor de los casos y eso ya a conciencia de quien lo envíe, que no llegue a su destinatario por contratar un correo de pésima fama o de malo desempeño. No así el caso de los virus y el *spam* que es moneda corriente en la vida de los correos electrónicos. ¿Pero que es el *spam*? en general, la doctrina especializada se refiere al *spam* o *junk mail*³², como "la utilización de correo electrónico para el envío de publicidad no solicitada".³³ la denominación proviene del nombre de un producto alimenticio de los Estados Unidos que no requería refrigeración, característica que hacía que estuviera en todas partes, al igual que el correo electrónico no solicitado, *spam* y el proyecto de ley sobre comunicaciones publicitarias por correo electrónico lo define en su art. 2 como correo electrónico comercial: Significa todo mensaje, archivo, dato u otra información electrónica enviado con el fin de hacer publicidad, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa.³⁴

A nuestro entender el problema de los *spam*, tiene -por lo menos- un triple análisis: La pérdida de tiempo del usuario de Internet y el congestionamiento de la casilla. Esto es así, porque la catarata de *spams* que se recibe en la casilla de correo electrónico, complica la tarea del usuario, dado que cuando se reciben decenas de *mails* no solicitados, se pierde mucho tiempo abriendo cada uno de ellos. Ello es así, dado que -necesariamente- se debe hacer una "clasificación" de los distintos correos, para establecer cuáles eliminar y cuáles leer. Y si la persona propietaria de la casilla de *e-mail*, no tiene como ejercicio, el hecho de eliminar los *spams*, puede llegar a tener la casilla congestionada y por ende esto imposibilitaría la recepción de nuevos mensajes.

La Comisión Europea ha calculado que unos 500 millones de *spams* se envían diariamente y que dichos *junk mails* cuestan unos 9300 millones de dólares al año en todo el mundo.

La violación de su intimidad, ya que resulta claro que con los *spams* se está conculcando la "privacidad", dado que el usuario de Internet se ve "invadido" por decenas de *mails* que no requirió, que lo "bombardean" con todo tipo de productos y/o servicios que jamás solicitó.

El conocimiento por parte del usuario de que sus "datos personales" figuran en un "banco de datos ilegal". Sobre este tópico en particular nos queremos detener, habida cuenta de que es la herramienta de la cual nos vamos a valer para afirmar la ilegalidad del *spam*.³⁵

Con relación a la ilegalidad de los *spams* ³⁶ es menester recordar que -por definición-, todos los *spams* se remiten a varios cientos o miles de personas. Y las informaciones de los "correos electrónicos", necesariamente surgen de una "base de datos".

Es más, frecuentemente dentro de los *spams* que recibimos, nos llegan ofertas de "bases de datos", clasificadas por países, o provincias, o actividades, o profesiones; etc.

Es decir, más allá de que el *spam* en sí mismo esté prohibido o no, el hecho de mandar *junk mails* tiene una base ilegal, cuando para el envío de ese "correo no solicitado", se tuvieron que utilizar "bases de datos ilegales".

En efecto, según se desprende de todo lo antes visto, existen muchas "bases de datos" que se realizan a través de métodos ilegales, dado que obtienen los "datos personales", vgr. e-mail del receptor del *spam*, en abierta violación de la ley 25326³⁷.

Así entonces, si existe una fuerte presunción *iuris tantum* de que el sustrato en que se basa el *spam*, vgr. la "base de datos", es ilegal, no existe otra alternativa que declarar la ilegalidad de todo aquello que deriva de una base ilegal.

En el caso que quien envía el *spam* sostenga que la "base de datos" tiene un origen legal, va a pesar sobre su propia cabeza, la prueba de la legalidad de la mentada base de datos. Por ello, aplicando la "Teoría de las cargas probatorias dinámicas"³⁸, quien envíe los *spams* va a tener que probar la "legalidad" de la "base de datos" que utilizó para remitir el *junk mail*.

Es decir, quien envía *junk mails*, no podría pretender que se considere lícito su accionar, cuando la base técnica de dicho *spam*, tiene una fuerte presunción *iuris tantum* de ilegalidad.

Es pertinente recordar el art. 27 de la ley 25326, que prescribe que a los fines de la "publicidad" se podrán utilizar bases de datos, "...cuando éstos figuren en documentos accesibles al público o hayan sido facilitados por los propios titulares u obtenidos con su consentimiento".

Por ello, tanto los datos que figuren en "documentos accesibles al público", o que hayan sido dados por "los propios titulares" u obtenidos con su "consentimiento", necesariamente tienen que tener un origen "legal", es decir, que se haya cumplido estrictamente con la ley 25326³⁹.

Y, obviamente, no sólo el origen de los datos tiene que ser "legal", sino que la persona que envía *spams* tiene que comprobar y verificar que la base de datos que utiliza, ya sea propia o entregada por un tercero, cumple en forma puntual con la Ley de Protección de Datos Personales.

De esta forma, quién recibe un *spam* puede utilizar los procedimientos expresamente previstos en la Ley de Protección de Datos Personales art. 33 y SS. y exigirle al emisor del *junk mail* el origen, acceso y retiro de sus datos, art. 27 incs. 2 y 3 ley 25326, bajo expreso apercibimiento de daños y perjuicios.

Por ello, no solamente es ilegal el envío de *spams*, sino que quien los remitió también va a resultar legalmente responsable frente a todos los damnificados, dado que es partícipe en la difusión de los "datos personales" obtenidos antijurídicamente.

Incluso más, dado que existe *prima facie* una presunción de la ilegalidad de las "bases de datos personales", si quien organizó todo el envío de *spams* basado en dicha base de datos no tomó los recaudos para verificar la autenticidad y legalidad de la misma, también puede llegar a ser pasible de la aplicación de "daños punitivos", por haber actuado con una negligencia tan grosera, que casi limita con el dolo. Se

considera, una verdadera violación a la propiedad privada hacia los receptores y un abuso sobre los proveedores del servicio de Internet y e-mail.

Por otro lado la Dra. Bonilla hace una salvedad, sosteniendo que estas maniobras atacan a la intimidad o al derecho a la autodeterminación informativa y destaca que “Internet introdujo una modalidad de tratamiento invisible de los datos que se ha acentuado a través del comercio electrónico. Todos los días miles de ciudadanos proporcionan sus datos personales, ya sea identificatorios de la personalidad y hasta crediticios, de forma expresa o tácita a empresas públicas y privadas a través de Internet, generalmente utilizando su dirección de correo digital o cuando uno debe suscribirse a una página para poder tener acceso a su contenido. Eso provoca que las empresas realicen ciertos tratamientos de datos que no son perceptibles al usuario, ya sea porque se presentan en principio como intrascendentes o bien porque se obtienen sin el consentimiento del usuario o a expensas de omisiones ilegítimas de información que afectan su autodeterminación informativa.”

Exactamente, los primeros interesados en resolver el problema del *spam* son los propios proveedores de acceso y las compañías que ofrecen servicio de correo *web*, ya que el increíble volumen de correos electrónicos que circulan por la red implica un enorme costo que es soportado por los proveedores de acceso en su mayor parte. Los *spammers* utilizan los recursos de otros para publicitarse gratis, o a un muy bajo costo perjudicando al usuario. Pero claro, si consideramos individualmente a cada *spam* debemos decir que los perjuicios que ocasiona el recibir un correo comercial no solicitado es pequeño, tan sólo hay que enviar los mensajes a la papelera y siempre resultan inferiores a los costos de perseguir al culpable. El ínfimo costo unitario por usuario es lo que permite que aún existan. Pero si esto lo situamos en una empresa mediana o grande con una gran cantidad de empleados que utilizan *e-mail* regular y cotidianamente, reciben y luego se desasan del correo basura, y lo traducimos y medimos en tiempo y dinero mal aprovechado es considerable para tener en cuenta este fenómeno.

En nuestro país el 60 % del correo electrónico que circula es basura, o *spam* como se lo denomina en la jerga informática, según estimaciones correspondientes a 2003 y realizadas por la Cámara Argentina de Bases de Datos y Servicios de Línea (en

adelante CABASE), una entidad que nuclea a los proveedores de servicios de Internet. La tendencia en alza que se registra en nuestro país no hace más que acompañar una movida a nivel mundial. Antes eliminarlos era apenas una molestia, pero ahora resulta una enorme pérdida de tiempo y dinero⁴⁰, tanto para empresas como para los particulares; especialmente los que no tienen banda ancha.

La única vez que se había pronunciado la Justicia Argentina contra el correo basura se registró en Febrero de 2003. El juez Roberto Torti, a cargo del Juzgado Civil y Comercial Federal Nro. 3, dictó una medida cautelar contra un emisor de *spam* y le prohibió seguir enviando *e-mail* a los denunciantes, al menos mientras durara el litigio. Y luego el 7 de abril de 2006 el mismo Juez a cargo del Juzgado Civil y Comercial Federal N° 3, Secretaría N° 6 de la Capital Federal, dictó la primera sentencia que declarara ilegal el *spam* en Argentina. En esa decisión el juez dispuso que los demandados deberán otorgar a los actores el acceso a sus datos personales, borrar la información de sus correos electrónicos y cesar en el tratamiento de esos datos. También condena a los demandados a pagar las costas del juicio.⁴¹ En Estados Unidos en Noviembre de 2004 una corte del estado de Virginia condenó a una persona a 9 años de prisión por enviar correo basura. El procurador general *Jerry Kilgore*, cuya oficina fue la que tuvo a cargo este caso, calificó a esta condena como un triunfo en la lucha contra el correo basura, o *spam* “...ya que este es un dolor de cabeza para millones de norteamericanos pero también para las grandes y pequeñas empresas, ya que los miles de *e-mail* no deseados causan estragos al intentar hacer negocios...” especificó.⁴²

1. a.5 El correo electrónico y el Derecho Penal

Como sabemos, por medio del e-mail se puede transmitir todo tipo de datos informáticos, a saber, documentos de texto, de audio, gráficos, animaciones, etc. para ir aproximándome al tema que me convoca, debo destacar que en la actualidad el *e-mail* es una herramienta fundamental para la comunicación laboral, tanto dentro de las mismas empresas, como para el trato con sus proveedores, clientes, etc.

El e-mail tendría la misma entidad que el correo postal o convencional, de esta forma. Siguiendo tal exégesis debemos destacar que el avance de la tecnología en este sentido pareciera haber dejado en la obsolescencia el Capítulo 3, Título 5 del Código Penal, que tutela el bien jurídico, la libertad personal, extendiendo el alcance de la privacidad al secreto que el sujeto pasivo quiere mantener en su esfera de reserva, y en especial en lo que se refiere a los artículos que se ocupan de la protección de los papeles privados y la correspondencia.

Sentadas estas bases preliminares, ¿Se encontraría entonces, el correo electrónico comprendido en las formas comitivas del art. 153⁴³ y 155 del Código Penal? O existiría un vacío legal provocado por el temor a caer en analogía en la aplicación de la ley penal. A los fines de dilucidar este interrogante, corresponde analizar si el correo electrónico, como forma de comunicación, se encuentra comprendido en las previsiones de los arts. citados anteriormente. El tema seguramente es opinable y enfrenta dos cuestiones: la realidad que impone la tecnología del *e-mail* como una de las formas más difundidas de comunicación en la actualidad y, por otra parte los límites estrictos a los que esta sujeto el principio de legalidad, como criterio restrictivo de interpretación de la ley penal.

Nuestro interrogante puede dar lugar a dos posibles soluciones: sostener que el correo electrónico se encuentra comprendido en todas o algunas de las figuras delictivas contenidas en el art. 153 y ss. del Código Penal, o bien asumir, que en ningún caso este género de correspondencia moderna pueda incluirse en esos tipos delictivos, conforme se encuentra redactada hoy la norma.

Si se pretendiera fundar la primera posición, podría expresarse que, siguiendo un criterio sistemático de interpretación⁴⁴, y no obstante la ausencia histórica de legislación penal que contemple al correo electrónico como un género de correspondencia protegida, existe un reconocimiento legal de esta forma de comunicación⁴⁵, por lo que los alcances del tipo en examen deberían valorarse en ese marco.

Creus, advierte que “...es tan peligroso el temor a la analogía, cuando se lo exagera, como el vicio contrario de no distinguir con la necesaria precisión lo que es

interpretación de lo que verdaderamente es analogía, vicio en el que han incurrido, no pocos tribunales argentinos, incluyendo nuestra corte suprema...”⁴⁶

En el intento de interpretar la primera de las hipótesis comitivas, consistente en abrir “... Indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le este dirigido...”, la cuestión a reflexionar aquí sería si esta comprendido el correo electrónico, cuando reza “... despacho.... De otra naturaleza...”.

En esa tarea, podría entenderse que este primera forma comitiva con dicha expresión, supone un tipo abierto, es decir, aquel en adonde el legislador ha trasladado al juez la posibilidad de establecer en el caso particular si una determinada forma de comunicación se encuentra o no comprendida; pero en el entendimiento de que la tarea de interpretación de las normas penales , “no solamente debe ser sistemática, sino también actual, pues el derecho que el juez debe aplicar es el que rige en el momento presente, es decir, el derecho que abarca todas las modificaciones introducidas a las leyes con posterioridad a su sanción inicial”⁴⁷

En ese marco de interpretación, parecería razonable entender que una sociedad que ha incorporado el *e-mail* como uno de sus principales medios de comunicación, a tal punto de ser el servicio mas utilizado por los internautas en la Argentina⁴⁸, que legalmente se le ha otorgado reconocimiento, da lugar para que un tribunal, en la tarea de subsunción, establezca que el correo electrónico esta comprendido en el concepto “... despacho de otra naturaleza...”.

Avala esta posición la idea vertida por Soler cuando afirma que “el estudio integral de la ley nos lleva siempre al descubrimiento de un núcleo que constituye la razón de ser de esa ley, es decir a un fin”; y aclara: “en la ley penal ese fin es ordinariamente la tutela de un bien jurídico, conformado de acuerdo con una determinada concepción. Por eso, la mejor guía para interpretar la ley es la que suministra el claro discernimiento del bien jurídico tutelado por el precepto que se quiere interpretar”.

Con este criterio interpretativo, podría expresarse que como el objeto protegido por el art. 153 del Código Penal es la libertad personal, específicamente la intimidad y en dicho ámbito la correspondencia, por tener ella contenido de comunicación personal. En ese contexto el correo electrónico modernamente constituye, una de las formas de comunicación por excelencia y, como tal, tiene como contenido expresiones escritas por una persona, dirigidas a otra, merecedoras de protección, ya que su invasión supone afectación a la intimidad.

Así lo entendió la Sala 6 de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, al expedirse con fecha 4 de Marzo de 1999, en los autos “Lanata, Jorge”⁴⁹ cuando dijo; “El avance de la tecnología en este sentido pareciera haber dejado en la obsolencia el bien jurídico que tutela el Capítulo 3, Título 5 del Código Penal, en especial a los artículos que se ocupan de la protección de los papeles privados y la correspondencia. Pero queda claro que el tan difundido *e-mail* de nuestros días es un medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, etcétera; es decir amplía la gama de posibilidades que brindaba el correo tradicional al usuario que tenga acceso al nuevo sistema”. Y agregó “el correo electrónico posee características de protección de la privacidad mas acentuadas que la inveterada vía postal a la que estamos acostumbrados, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador de servicio, el nombre del usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que a través del mismo puedan emitirse o archivarse. Sentadas estas bases preliminares, nada se opone para definir al medio de comunicación electrónico como un verdadero correo en versión actualizada. En tal sentido, la correspondencia y todo lo que por su conducto pueda ser transmitido o receptado, gozaría de la misma protección que quiso darle el legislador al incluir los art. 153 al 155 en la época de redacción del código sustantivo, es decir, cuando aun no existían estos avances tecnológicos”⁵⁰.

Es decir que, aunque los magistrados que firmaron tal resolución no lo han dicho expresamente, se habrán valido de la referencia a “un despacho de otra naturaleza que no le este dirigido” para incluir a el correo electrónico en el ámbito de protección de la ley penal. Si se continúa con el razonamiento y se entendiera que el correo electrónico podría quedar comprendido en la letra de la ley cuando se expresa “despacho... de otra naturaleza”, puede advertirse que la cuestión es algo mas compleja

a la hora de determinar si es posible material y legalmente abrir un *e-mail*, para completar el análisis de la figura. Los autores entienden “por abrir” “el que rompe su cubierta o el cierre de una manera que permita enterarse de su contenido, o aunque no se entere de el contenido y vuelva a cerrar la cubierta o el pliego”⁵¹ La interpretación dada atendía a que se abría, el que de manera indebida violentaba la protección que preservaba la intimidad que supone el contenido.

El *e-mail* se encuentra en general en un servidor. Al que pretenda acceder al mismo e imponerse de su contenido, el usuario debe proporcionarle una clave de acceso, la cual le permite ver únicamente sus *e-mails*. Solo sería posible interpretar que abre un *e-mail*, en los términos del art. 153 del Código Penal, la persona que indebidamente, es decir sin autorización, violenta la clave de acceso o se vale ilegalmente de ella para acceder a los correos electrónicos ajenos.

Creus señala que, “si intentásemos considerar como objeto del delito previsto por la primera de las figuras prevista en el art. 153 del Código Penal, al *e-mail*, entonces si haríamos analogía: sus textos pueden ser leídos en la pantalla tal como le han sido remitidos al destinatario. Nada se ‘abre’, pues nada esta ‘cerrado’⁵² .

Debemos aclarar que una cosa son los *e-mails* ya recibidos por un usuario y que obran en su propio ordenador, como en los casos de *e-mails* bajo el protocolo POP 3, y otra distinta es si se trata de los *webmails*, los cuales están siempre en un servidor, como es el caso mas popular del *Hotmail*, al que cada vez que se intenta acceder para abrir los mensajes electrónicos hace falta una clave. Pero incluso en la primera forma señalada, para “bajarlos” inicialmente a la computadora del usuario se necesita hacerlo con contraseña, por lo que hay un estadio posible en donde existe algo cerrado que puede ser abierto.

Es decir que podría entenderse que es posible materialmente abrir un *e-mail* violentando una clave para acceder a su contenido, con lo cual podría suponerse que quien realiza esta conducta incurre en el delito de apertura indebida de correspondencia.

Siguiendo con la primera postura , respecto de la tercera hipótesis delictiva prevista en el art. 153 del Código Penal , vinculada a la supresión o desvío de su

destino, de una correspondencia que no le esté dirigida, podría interpretarse que debe entenderse el significado del concepto de correo electrónico como una forma de comunicación equiparable con la correspondencia, compartiendo lo expresado por Fontan Palestra, cuando afirma que “...la ley habla aquí de correspondencia simplemente con lo cual la determinación del objeto debe hacerse con el criterio mas amplio posible...”⁵³. Luego al ser el *e-mail*, una comunicación que se envía de un destino a otro, es jurídica y materialmente posible su desvío o supresión. También, podría interpretarse que esta comprendido el *e-mail* o correo electrónico en el concepto de “escrito”, previsto en el último párrafo del art. 153, y considerar que es típica la conducta de quién publica o comunica a otro el contenido de un *e-mail*, en el entendimiento de que el tipo penal no impone un límite al soporte que debiera tener un escrito.

Por último, y en relación con la segunda cláusula del primer párrafo del Art. 153, vinculada al apoderamiento indebido de una carta, un pliego, un despacho o de otro papel privado aunque no este cerrado, Creus⁵⁴ señala que el apoderamiento del *e-mail* es posible sosteniendo que “...lo perpetra quien transporta a la memoria de la computadora, propia o de un tercero, o confía a un *diskete* el texto de un *e-mail*...”. Y luego agrega: “... quien ingresa en extraña computadora o proporciona los medios para el ingreso de un *e-mail* dirigido a un tercero se “apodera” de la comunicación...”. Concluye que dichos argumentos no pueden tacharse de “analogía”, sino que son producto de la interpretación de la ley penal, la cual debe acompañar las transformaciones técnicas. En este punto, aún quienes pudieran identificarse con esa primera posición que se viene desarrollando, les sería difícil coincidir con el autor citado, ya que su razonamiento supondría la utilización ilegal de la analogía⁵⁵. Ya que señala de manera expresa en el art. 153 del código penal, a que se esta refiriendo, cuando describe “... se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no este cerrado...”.

Ninguno de estos conceptos, pueden hacerse comprensivos del correo electrónico, sin que para ello se utilice una interpretación *extra legem* de la ley, consecuentemente ilegal.

Entrando ahora en el desarrollo de la segunda posición posible frente al interrogante planteado en el título, la que se entiende sería la adecuada en vista al respeto de las garantías constitucionales, debe expresarse que mas allá de los esfuerzos interpretativos que puedan realizarse respecto de un tipo delictivo, lo que primordialmente debe tenerse en cuenta en la tarea de interpretación de una norma penal es la intención del legislador en el momento histórico de su formulación. En este sentido, expresan Navarro, Bouzat, y Esandi: "...La deferencia a las intenciones del legislador, es decir a su papel en la solución de problemas sociales mediante normas, exige identificar estas intenciones y establecer el modo en que se relacionen con las formulaciones lingüísticas empleadas. Para ello es preciso acudir a las convenciones lingüísticas existentes al momento de formularse la norma. Recurrir a las convenciones contemporáneas que rigen el uso de ciertas expresiones, en desmedro del significado que tenían al momento de su promulgación, es solo una manera subrepticia de modificar el derecho..."⁵⁶

Así las cosas, si bien puede sostenerse que el legislador cuando tipificó la apertura indebida de correspondencia, mediante las palabras "... despacho de otra naturaleza...", dejó la puerta abierta para que el juez en su tarea de subsunción llenara de contenido esa expresión, de ninguna manera pudo pensar que dentro de la misma iba a quedar incluido el correo electrónico, por cuanto el mismo no existía en ese momento.

Pretender incluir este medio de comunicación moderna en dicha frase, implicaría incurrir en analogía *juris*, prohibida por cierto, pues se estaría aplicando el principio de que la similitud de la necesidad de protección, sería una razón para castigar con arreglo a la ley que reprime el hecho de significado mas parecido, otro hecho no previsto legalmente como delito⁵⁷.

Respecto del precedente jurisprudencial citado el referido caso "Lanata", es importante resaltar que, en primera instancia, el juez Penal en lo Correccional N 6, Eduardo Etcharran, había desestimado la acción por considerar que "todas las conductas que denuncia el presentante como ilícitos no se encuentran contempladas en los arts. 153 y 155 del Código Penal", aunque la Cámara 4, revocó su pronunciamiento y otorgo protección jurídica penal al *e-mail*.

Riquert, al comentar la solución que le ha dado al caso “Lanata” ese tribunal; consideró que este “estaría de algún modo introduciendo una suerte de extensión analógica de los tipos referidos, lo que violentaría el principio de legalidad”. Y agregó que *lege ferenda* es necesario que se regule concretamente y se otorgue protección penal a este medio de comunicación.⁵⁸

En idéntico sentido se pronunció Maricel Galíndez⁵⁹ mientras que la posición de Palazzi⁶⁰ no nos deja del todo clara cual es su posición, cuando al referirse al caso señala: “En realidad, si bien puede llegar a considerarse una cierta analogía en la interpretación del tipo penal, no podemos dejar de considerar que el correo electrónico es un medio de comunicación mas que las tecnologías permiten al hombre. Pero no cabe duda que es en este aspecto donde resulta necesaria una reforma penal.”

Respecto de las otras figuras delictivas contenidas en el art. 153 del Código Penal, son absolutamente aplicables las consideraciones formuladas al comienzo del desarrollo de la postura que se sostiene, en el sentido de que el legislador, en el momento de la sanción de la norma en estudio, no pudo de ninguna manera tener presente al correo electrónico, razón por la cual este tampoco puede quedar incluido en ninguna de ellas. En definitiva, no puede considerarse típica la conducta de quien abre un correo electrónico que no le esté dirigido, como así tampoco la de quién lo desvía o lo suprime, comunica su contenido, o se apodera de él, por cuanto se estaría frente a una analogía violatoria del principio de legalidad.

En este orden de ideas, el titular del juzgado Fed. N 12 de la Capital Federal, en un caso donde se les imputaba a los encartados haber participado, de diversa manera, en la violación del sistema de seguridad de la página *web* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, alterando su página inicial, que fue reemplazada por una alusiva al aniversario del fallecimiento del periodista José Luis Cabezas, y afectaba de tal forma al sitio de mención, expresó “... una interpretación extensiva del concepto de cosa, a punto tal que permita incluir a la página *web* dentro del mismo, comprendería una acepción que implicaría un claro menoscabo al principio de legalidad establecido en el art.18 de nuestra Constitución Nacional...”⁶¹.

Es decir, mas allá de que se comparte que el tipo de examen debe ser reformulado legislativamente incluyendo dentro del ámbito de su protección al correo electrónico, por las razones expuestas, se afirma que éste, conforme se encuentra hoy redactada la norma, no se encontraría comprendido en las formas comitivas del art. 153 del Código Penal y por mas que se lo quiera equiparar a aquel que sí esta legislado en el tipo penal es una tarea que con la cual, inevitablemente se caería en la analogía.

Por último, se coincide con las apreciaciones de Martín Fraga, al expresar: “No debemos caer en la peligrosa tendencia de sancionar conductas que hoy aparecen fuera del ordenamiento punitivo. De ser así, el principio de legalidad habrá sido violado y habremos abordado una tarea que recién comienza, justamente por el lado equivocado”.⁶²

Pero también encontramos autores que opinan de una forma contraria a la teoría de la equiparación del *e-mail* al correo tradicional en relación a su protección penal y con respecto a su inclusión dentro de los tipos penales previstos en el Código Penal en sus arts. 154, y 155.

Así encontramos la postura de Creus que dispone: La doctrina tradicional concibió esta expresión en un sentido material más amplio que en los delitos contra la propiedad pero que, en todo caso, tenía que "tratarse de un verdadero apoderamiento, es decir de una introducción de la cosa en la esfera de tenencia del agente por un tiempo que autonomice el apoderamiento de la mera finalidad de interiorizarse del contenido" de la comunicación, acción prevista por el art. 154 CP., que es un delito de autor calificado. Es decir, en el caso del *e-mail* se necesita algo más que la visualización indebida del texto para quedar comprendido en el tipo de la 2ª cláusula del art. 153 CP, pero también en ese caso la apropiación en sentido material (no virtual) es posible: la perpetra quien transporta a la memoria de la computadora, propia o de tercero, o confía a un diskete el texto del e-mail.

Con mayor razón el e-mail puede ser objeto del delito previsto por el art. 155 CP., debiendo señalarse que la "publicación indebida" de correspondencia hoy ya no se limita a la publicación tradicional, escrita o verbal, sino que se extiende a la liberación del texto al acceso de un número no limitado de personas captable por el mismo

procedimiento técnico de recepción del *e-mail*. Quién ingresa en extraña computadora o proporciona los medios para el ingreso de un e-mail dirigido a un tercero se "apodera" de la comunicación.

No parece que estos argumentos puedan tacharse de "analogía", aunque sí quizás de una interpretación extensiva por imperio histórico, lo que, insisto, no es hacer "analogía". De lo contrario creamos inútilmente un "vacío" de legalidad que no tiene razón de ser y reduce exageradamente la protección que en la actualidad proporciona nuestro sistema penal, basándonos en un exagerado respeto a las "formas" de la ley nacido a impulsos del positivismo jurídico de la primera mitad del siglo.⁶³

Ahora bien el interrogante es, si el empleador que monitoriza el *e-mail* del trabajador, incurre o incurriría tras una reforma legislativa que incorpore al correo electrónico dentro del ámbito de su protección, en las figuras delictivas contenidas en el art. 153 y S.S. del Código Penal, conforme se ha expresado en la introducción del presente capítulo,

Lo debemos analizar y dilucidar, en el marco de una política empresarial definida. Esto es, cuando previamente el empresario ha comunicado a sus empleados la prohibición del uso del correo electrónico que le provee para trabajar, para cuestiones ajenas a la estrictamente empresarial, sumado a la comunicación expresa y previa también, de que la empresa tiene la voluntad de chequear los *e-mails* que envían y reciben los trabajadores en el marco de sus facultades de control y a los fines de verificar el cumplimiento de las prestaciones a las que trabajador esta obligado por el contrato de trabajo.

Se afirma, por los mismos fundamentos anteriormente, donde se ha asumido la segunda de las posiciones allí expuestas que el empleador que monitoriza los *e-mails* laborales de sus empleados, de acuerdo a como se encuentra hoy redactado el art. 153 del Código Penal, no incurriría en ninguna de las conductas típicas en ellas contenidas.

Ahora bien si el legislador se hiciera eco de la necesidad de una reforma legislativa, e incorpora como un género de correspondencia protegida al correo

electrónico dentro de las figuras contenidas en el art. 153 del Código Penal, deben efectuarse una serie de consideraciones.

En primer lugar, debe partirse de que técnicamente es posible que una persona en este caso el empleador, abra, suprima, desvíe, comunique o publique el contenido de un *e-mail*.

Entonces si la apertura indebida de un correo electrónico quedara atrapada como una conducta típica, la hipótesis de abrir debería quedar circunscripta al acceso ilegal al servidor donde se encuentran contenidos los *e-mails*, por violación de las claves que restringen la apertura de los mismos. La apertura por parte del empleador solo debería considerarse indebida – sin derecho- cuando la “bandeja de correo” corresponda a un usuario distinto. Es decir, si esta es de la empresa, quien ha autorizado al empleado para que haga uso del recurso, para fines exclusivamente empresarios, no podría haber en ningún caso apertura indebida, ya que el empleador podría suponer válidamente que solo encontrará en ella comunicaciones de carácter exclusivamente empresarial, de las cuales es titular, por lo que en definitiva estos correos le pertenecen.

Sería diferente en el caso de las otras hipótesis delictivas desarrolladas con anterioridad del art. 153 del Código Penal. En ningún caso podría el empleador, suprimir, desviar, comunicar, o publicar un correo electrónico que no le este dirigido. Corresponde aclarar esta idea: se ha señalado que en la hipótesis de que el correo electrónico provisto por la empresa al empleado sea para uso exclusivo de cuestiones empresariales, todo *e-mail* que tenga este contenido, es de propiedad del empleador, por lo que este puede disponer libremente del mismo sin la previa autorización del trabajador.

Sin embargo es posible, que el empresario en el marco de sus facultades, acceda a un servidor donde encuentre correos electrónicos enviados o recibidos por un empleado que tengan un carácter personal, expresamente no autorizado. En este caso no podría suprimirlos, desviarlos, comunicarlos o publicarlos, ya que tal comportamiento resultaría típico conforme la manera que quedaría redactada la norma. Lo que no obstaría que el empleador, en virtud de sus facultades disciplinarias, sancione al empleado por un incumplimiento de carácter laboral.

Además podría darse el caso de que el *e-mail* abierto legalmente tenga un contenido ilícito, con riesgo para los intereses empresariales, tales como misivas calumniosas o injuriosas, revelación de un secreto, algún supuesto de espionaje industrial, etc.

Aquí el empleador podría suprimirlos o desviarlos, alegándose para ello el ejercicio de una legítima defensa art. 34 inc 6 Cod. Penal, justificación que le permitiría al empleador la realización de la conducta típica.

Hay algunos proyectos legislativos nacionales que introducen al correo electrónico como tipo de correspondencia digno de protección legal, ya que nuestro país no tiene, hasta este momento, una norma que contemple la violación del correo electrónico como figura delictiva. Es por ello que dado, el proceso revolucionario que han tenido las comunicaciones a partir de la década del 90', los legisladores han presentado una serie de proyectos ante el Honorable Congreso de la Nación con la finalidad de regular esta temática, y esta es la enunciación de los mismos:

Encontramos el Anteproyecto de Ley de Protección del Correo Electrónico elaborado por el Ministerio de Infraestructura y Vivienda, Secretaría de Comunicaciones de la Nación.

Ese proyecto, en su art. 4, dispone: "Modificanse los arts. 153 y 155 del Código Penal, los que quedan redactados de la siguiente forma: art. 153.- Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, el que abriere indebidamente una carta, un correo electrónico, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le este dirigido; o se apoderare indebidamente de una carta, de un correo electrónico, de un pliego, de un despacho, o de otro papel privado, aunque no este cerrado; o suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le este dirigida. Se le aplicara prisión de un mes a un año, si el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta o correo electrónico, escrito o despacho'..." El proyecto presenta una propuesta simple, la que en base a la redacción actual, solo incorpora al correo electrónico como una forma de zanjar las dudas que ha suscitado

sobre la inclusión o no de esta forma de comunicación en los tipos de los arts. 153 y 155 del Código Penal.

El Proyecto de ley de la diputada Martha Alarcia. Dicho proyecto (expte. 2054-D-01), agrega al código penal el art. 155 bis por medio del cual regula que: “a los efectos de los arts. 153, 154 y 155, esta equiparado el correo electrónico”. Con una técnica legislativa distinta al proyecto analizado precedentemente, se busca en un solo texto incluir al correo electrónico en el capítulo 3 del título 5 del Código Penal, referido a la “Violación de correspondencia”.

Así mismo, encontramos el proyecto de ley de los diputados Cardesa, Bravo y Bordenave. En el mismo (expte. 299- D- 01), entre la regulación de otros delitos informáticos, se determina una pena de prisión de tres a siete años para quien “... inc. D) acceda sin autorización a facsimil, correos electrónicos o cualquier otra comunicación de índole privada de terceros que se produzca con desarrollos tecnológicos futuros con la intención de imponerse de ellas. Si para la ejecución del hecho cooperaren empleados de empresas telefónicas o de servicios de Internet o similares se aplicará de cuatro a ocho años de prisión”.

En este proyecto, los diputados Cardesa, Bravo y Bordenave han asumido una posición crítica sobre las posibilidades técnicas, ya que se describen conductas autónomas vinculadas al correo electrónico, sin hacer uso de las formas típicas que ya tenía prevista la ley y además, como lo hace el Código Penal Español, diferencia aquellas conductas que son llevadas a cabo por los empleados de las empresas telefónicas y los proveedores de Internet.

El Proyecto de ley del Diputado Eduardo Di Cola (Expte. 6118-D-00) propone una modificación de los arts.153, 154 y 155 del Cod. Penal, incorporando a las figuras típicas allí contempladas, la comunicación para cuya creación, transmisión, lectura o almacenamiento se requieran medios técnicos, considerando así al correo electrónico.

El Proyecto de ley de la Diputada Leonor Tolomeo. En el mismo, que aún no tiene estado parlamentario, se propone reemplazar el texto del art. 153 del Cod. Penal,

por el siguiente: “Será reprimido con prisión de tres meses a un año, al que accediere indebidamente a un software de datos; o abriese una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le este dirigido; o se apoderara indebidamente de un software de datos original o su copia, de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no este cerrado; o suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le este dirigida; se aplicara prisión de tres meses a un año, al que accediere a un software de datos que fuere protegido por un dispositivo de seguridad”.⁶⁴

La autora del proyecto, con una visión mas amplia, intenta abarcar la problemática de los llamados delitos informáticos como forma de violación, no solo del secreto, sino también de los datos y el software como un valor a proteger, por lo que podría ser cuestionable la elección sistemática de la ubicación del tipo modificado en el código penal.

El diputado Atanasof es el autor de este proyecto de modificación e los arts. 153 y 154 del Código Penal_ ley 11.179_, sobre delito informáticos (expte. 1023 – D-2004). Propone que el art. 153 del código penal quede redactado de la siguiente manera : “ Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico, correo electrónico, o de otra naturaleza que no le este dirigido; o se apoderare indebidamente de una carta, pliego, de un despacho o de otro papel privado aunque no este cerrado; o suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le este dirigida. Se le aplicara prisión de un mes a un año, si el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito o despacho”.⁶⁵

Este proyecto es similar al elaborado por la Secretaria de Comunicaciones, aunque con deficiencias que no tiene aquel, tales como no incluir al correo electrónico como una modalidad del género de correspondencia protegido, ni en el tipo del apoderamiento indebido (art. 153, párrafo 1, segundo supuesto, código penal), ni en el de publicación o comunicación ilegítima de correspondencia- art. 153, pfo. 2 del Código Penal-.

1. a.6. El correo electrónico y su equiparación con el que tiene raigambre constitucional

Sostiene Núñez que “...la correspondencia posibilita la vida de relación y por consiguiente, la violación de su secreto lesiona la libertad de los individuos, actuando personalmente o como entes ideales...”; y con relación a otros aspectos de la intimidad no mencionados en cláusula constitucional, la jurisprudencia ha dicho que “...ciertamente, la letra de la Constitución Nacional menciona solamente la privacidad de las comunicaciones epistolares; no pudo referirse a las comunicaciones telefónicas; pero es evidente que analógicamente cabe extender a éstas la inviolabilidad prevista para aquellas...”⁶⁶

La correspondencia que se envía por correo electrónico es hoy, lejos, una vía para la comunicación de mensajes, estandarizada y generalizada. En diciembre de 2002, la 4ª Enmienda de la Constitución de Estados Unidos cumplió doscientos once años desde su ratificación; fórmula normativa perteneciente a un texto constitucional que, acaso, con la obligatoriedad con que ella lo dispuso, haya sido la primera que acuñó la inviolabilidad de los papeles y efectos contra registros y detenciones arbitrarias. En poco más de dos siglos -haya sido o no la Ley Fundamental Norteamericana la fuente de inspiración-, tanto de la Constitución Argentina de 1853/60 art. 18, la Constitución de México de 1917 art. 25, la Constitución de Italia de 1948 en su art. 15, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 en su art. 10, la Constitución Española de 1978 art. 18. 3, sólo por citar arbitrariamente algunos textos constitucionales, todas ellas, si bien en diferente medida, se han referido a la correspondencia -y, concretamente, a los textos que configuran los mensajes en ella receptados o contenidos- en términos tales que el disfrute del derecho de privacidad englobara la inviolabilidad de aquéllas.

Es que, como aquí sostengo, asegurar la invulnerabilidad de ésta forma de comunicación, y todo lo que se entienda por ella, era y sigue siendo una regla capital para el desenvolvimiento del derecho de autonomía o autodeterminación personal en un estado constitucional y democrático de derecho.

Hay que hacer entonces un llamado de atención, acerca de la necesidad de una renovadora inyección de actualización del contenido de un antiguo derecho constitucional, positivizado hace casi siglo y medio en la Constitución Nacional, parece, en tales condiciones, una actividad no sólo necesaria sino también insuficiente. Y ello, porque debo dar por seguro que tal evolución tecnológica continuará dando lugar a nuevas inquietudes. Las trazadas como perímetro de estas reflexiones dan cabida, con las precisiones y matices expuestos, al anclaje constitucional del mensaje enviado en forma digital, por el ciberespacio, o, más comúnmente, al correo electrónico, porque, con independencia del soporte, el derecho de intimidad de correspondencia debe de ser protegido, en virtud de que es figura señera del derecho de libertad. Pese a lo expuesto, si bien la inteligencia constitucional autoriza tal interpretación, no es mala idea que el Congreso lleve adelante una regulación legal específica del correo electrónico. Siendo que la gente lo emplea cotidianamente, ¿no parece necesario que los representantes cubran, sobria e ilustrativamente, el espacio legal que hoy se muestra parcialmente vacante en tal sentido?⁶⁷

Como colofón, y siguiendo aquella exégesis, el Dr. Pablo Palazzi⁶⁸ agrega que, el nuevo art. 43 de la Carta Magna, referido al instituto del Hábeas Data, permite una interpretación más armónica del texto constitucional, en cuanto reconoce el derecho de las personas de acceder y rectificar datos sobre su persona contenidos en registros o bancos de datos destinados a proveer informes, concluyendo que, si se reconoce este derecho sobre datos que otro posee en su propio ordenador, con mayor razón, el derecho a la privacidad debe reconocerse en cuanto a los datos y la disponibilidad de los mismos, que integran el conjunto de su patrimonio, y que el dueño ha introducido en su propia computadora⁶⁹

Así, la Constitución asegura el secreto de la correspondencia y de los papeles privados de cada uno, porque ambos atributos constituyen la esfera inviolable de la vida privada, que da mayor sentido a la libertad personal. . En "Grinberg"⁷⁰ la sala 1º de la Cámara Nacional del Crimen se pronunció en tal sentido disponiendo que "El correo electrónico es sin lugar a dudas correspondencia privada que está protegida por la Constitución Nacional y otros Tratados sobre derechos humanos incorporados a ella".

El 15/11/2004 los integrantes de la sala 4ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal se pronunciaron en el incidente de nulidad planteado en autos caratulados "Redruello, Fabián L. y otros s/estafa",⁷¹ considerando "prueba ilícita" y declarando nula la documental aportada a la causa por la querellante en violación a las prescripciones de los arts. 18 y 19 CN.

En efecto, la alzada entendió que la apropiación y presentación al proceso penal de correo electrónico enviado o recibido por el imputado sin intervención del órgano jurisdiccional violentó la garantía de inviolabilidad de la correspondencia, vulnerando así, el derecho a la intimidad, reconocido tanto en la Ley Mayor, art. 18 como en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional. Los jueces de la sala 4ª recurrieron al mecanismo de interpretación constitucional correctora extensiva para ponderar que el correo electrónico se encuentra comprendido dentro del concepto de "correspondencia" al que alude el art. 18 CN

La Constitución cuenta con un importante "arsenal garantista" para reparar o satisfacer los derechos individuales, grupales o colectivos a los que el texto normativo constitucional confiere reconocimiento. Entre estas "garantías de los Derechos Constitucionales" se cuenta la de inviolabilidad de la correspondencia, herramienta defensiva clave para proteger el derecho -de raíz y jerarquía constitucional- a la intimidad de las personas art. 18 CN.; art. 11.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 5, 9 y 10 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 12 Declaración Universal de Derechos Humanos.

El derecho a la intimidad, como todos los derechos constitucionales, es relativo y se goza conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio art. 28 CN., las cuales, sin embargo, no pueden alterar su "núcleo duro", sino sólo reglamentar su "zona periférica".

Si la intimidad es interpretada como una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás y el derecho a la intimidad como aquel que impide que otros tengan información no documentada, existente en archivos públicos, sobre hechos que la persona no desea dar a conocer, entonces, las intrusiones arbitrarias que configuran violación al derecho a la intimidad pueden provenir de

múltiples acciones estatales o de particulares: interceptación de comunicaciones, apertura de correspondencia, toma de fotografías no consentidas, intrusión o allanamiento de domicilio o de cuentas, etc.⁷²

La garantía de inviolabilidad de la correspondencia se encuentra positivizada en diversas disposiciones normativas de máximo rango dentro del sistema jurídico argentino como ya hemos descrito en párrafos anteriores.

En efecto, el art. 18 CN. señala que "...es inviolable (...) la correspondencia epistolar (...) una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que "...nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias (...) en su correspondencia" (art. 11.2) y que "...toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques" (art. 11.3). La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce a toda persona el derecho a la "inviolabilidad y circulación de su correspondencia" (art. 10). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12) se expresan en idéntico sentido.

Es ésta la importancia que hoy en día se le debe atribuir a esta herramienta que el *ciber espacio* nos brinda, la que debe lograr su propia regulación en todas las ramas del derecho donde ya tiene protección la correspondencia epistolar y con ella distintos derechos que se ejercen por medio de la misma principalmente en el ámbito laboral que es el tema que nos convoca. Una regulación que debe estar destinada a la relación propia del trabajo, entre el empleador y el trabajador, reforzando los derechos dentro del ambiente de trabajo, como también protegiendo los derechos institucionales que tienen carácter supremo en nuestro orden jurídico, por lo que debemos asentar las reglas en forma clara y que las mismas sean de carácter dinámico, para dejar abierta la posibilidad a que nuestros tribunales vayan acomodando el orden positivo dictado por el poder legislativo e interpretándolo acorde al continuo desarrollo, característica inevitable en esta materia.

1. a.6. Ventajas y desventajas del uso del correo electrónico en la empresa

A continuación trataré de esbozar algunas de las ventajas y desventajas que tiene el uso de esta herramienta en general y, en especial, en la empresa, con los riesgos que implica el uso abusivo del correo, en el seno de la misma, cuando su utilización sea para cuestiones que no atañen a la actividad laboral.

Ventajas:

Rapidez y Fiabilidad en la recepción y envío de mensajes.

No requiere simultaneidad entre el remitente y el receptor

Facilidad de archivo, reenvío e integración

Bajo costo

Inmediatez de la información

Erradicación de fronteras y distancias

Posibilidad de enviar datos, imágenes, archivos con sonido etc.

Posibilidad de comunicarse con las distintas sedes de la empresa y departamentos de la misma sin moverse de sus puestos de trabajo.

Desventajas:

Perdida de tiempo laboral- disminución de la productividad

Colapso del sistema informático, ya sea por la intromisión de un virus informático o por la presencia de *spams*

Posibilidad de importación de virus informáticos al sistema

Fuga voluntaria o involuntaria de información confidencial

Atentado contra la imagen de la empresa

Responsabilidad de la empresa por la causación de daños⁷³

Estas son consideraciones, basadas en el cuadro comparativo que elaboraron autores españoles⁷⁴, en el marco de un estudio sobre el uso del correo electrónico en la Universidad Complutense de Madrid, pero referido a las ventajas de este en relación a las de la comunicación personal, demuestra que, si bien las desventajas para la empresa

pueden ser importantes, las ventajas son muchos mayores, lo que explica la proliferación de su uso en los últimos años.

Capítulo 2

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL EMAIL

SUMARIO 2.a. El Contrato de Trabajo 2.a.1) Derechos y Deberes Genéricos de las Partes en la Relación Laboral 2. b. Derechos de las Partes en la Relación Laboral 2. b.1) Derechos del empleador 2. b.1) a- Facultad de organización 2. b.1) b- Facultad de dirección 2. b.1) c- Facultad de control 2. b.1) c.1.Mecanismos de control 2. b.1) d - Poder disciplinario 2. b.2) Derechos del trabajador 2. b.2) a- Igualdad de trato y no discriminación 2. b.2) b- Ejercicio de las facultades del empleador, respetando la dignidad del trabajador. 2. b.3) Deberes de las partes en la relación laboral 2. b.3) a. Deberes del trabajador 2. b.3) a.1 Diligencia 2. b.3)a.2 De Fidelidad 2. b.3)a.3 De Obediencia 2. c. El e-mail para uso personal y uso laboral 2. d. Cuentas Web y cuentas Pop 2. d.1) De los *e-mails* de cuentas Web o correo electrónico privado 2. d.2) a) El correo proporcionado por empleador privado 2. d.2)b)El correo proporcionado por la Administración Pública 2. e. La seguridad Digital y el Correo Electrónico 2. f. Casos de uso del e-mail con fines sindicalistas en horarios de trabajo 2. f.1) Los trabajadores y sus organizaciones sindicales 2. f.2) El ejercicio del derecho de información y comunicación 2. f.3) Desarrollo de la relación y sus límites 2.g. Distracción o eficiencia. Dichos problemas, ¿pueden ser causa de despido? 2. h. El despido por uso indebido del correo electrónico⁷⁵

2. Introducción

En este capítulo se trata de dar una sucinta descripción de cómo se desarrolla la relación laboral en la Argentina y de cómo el correo electrónico con su inclusión y utilización en la misma se ha constituido en una herramienta laboral más, a disposición del empleado, puede causar conflictos jurídicos y una serie de dificultades inesperadas para las empresas que lo provean a sus empleados y en contraposición la posibilidad de ejercer por parte de los empleadores un control de la actividad del trabajador en relación a la utilización del correo electrónico laboral, y de la aplicación de sanciones, en el caso en que se detecte que la utilización del mismo es contraria los fines para los cuales les fue concedida esta herramienta en primer lugar.

Se probarán el segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto de los puntos provisorios de tesis.

Pude advertir al desarrollar este capítulo, que en él se encuentra el núcleo principal de este trabajo de investigación, el correo electrónico es una herramienta indispensable para la comunicación dentro del ámbito laboral, y precisamente los puntos de tesis que se prueban en el mismo, son una descripción acertada de los principales planteamientos desarrollados en el capítulo.

En relación a los demás capítulos que componen este trabajo de investigación podemos notar que el primero de ellos sirve, como ya hemos expresado, como una necesaria introducción al tema, que el segundo, que es el que nos ocupa, desarrolla acabadamente los principales conflictos jurídicos que traen aparejado el correo electrónico como medio de comunicación en la relación laboral y en relación al último capítulo, este es la antesala necesaria para que se pueda observar la necesidad de plantear e instaurar al correo electrónico en la actualidad, como se desarrolla, que avances hubo en relación a su regulación legal y también algunas de las consecuencias que pueden ser resultado necesario de la manipulación o utilización del mismo.

En la tarea de investigar el acotado ámbito en donde pude ubicar al tema que he venido desarrollando, tuve que necesariamente hacerlo, en el área del derecho laboral para describir la relación laboral en la Argentina, y como se insertaría el correo

electrónico en ella. Además de consultar bibliografía, fallos y doctrina, tuve la oportunidad de ponerme en contacto con la realidad de una empresa y con las normas y métodos que utilizan en relación al uso del correo electrónico como herramienta de trabajo.

Considero que se pudo probar la probable existencia de conflictos jurídicos entre los derechos del empleado y el empleador, sino se establecen pautas claras de comportamiento en relación a la utilización de este medio de comunicación y que una inadecuado uso del mismo por el trabajador, puede hacerle pasible de sanciones disvaliosas como por ejemplo sanciones de carácter suspensivos, y en casos extremos hasta la interrupción del vinculo laboral.

Por lo expuesto en el capitulo dos pude llegar a la conclusión de que es necesario, una adecuada utilización del correo electrónico dentro de la empresa, hasta que una ley nacional lo regule, y que además se le debe permitir y ser factible un adecuado control de este tipo de actividades por parte del empleador, amparado por los derechos y obligaciones que a este le asisten según la ley de contrato de trabajo y sus reglamentaciones, correlativos a su obligaciones de responder por el hecho del trabajador, y para poder cumplir satisfactoriamente con los fines de su empresa y con aquellos para los cuales fue otorgada esta herramienta en primer lugar.

Propuestas: Que cada empresa realice un reglamento interno, estableciendo los derechos, obligaciones y pautas de conductas a seguir respecto a la utilización de las herramientas informáticas, y en especial al correo electrónico. Que esta normativa sea aceptada por la partes intervinientes para darle el carácter de legalidad adecuado y además para que se vinculante para todos ellos. Para aquellos casos donde no se encuentre reglamentación o normativas internas, deberá la propia ley de contrato de trabajo, o en su lugar una normativa específica, receptar este tipo de conductas, para que las partes intervinientes no queden sin el amparo de un marco legal adecuado que regule su accionar.

2. a. El Contrato de Trabajo

Este trabajo de investigación plantea la estrecha vinculación que existe hoy en día, entre el correo electrónico y la relación laboral, en donde este va a ser utilizado por los empleados en cumplimiento de sus funciones y también para fines personales como se ha podido verificar en los hechos. Antes de Internet, también existieron muchas formas de perder el tiempo en la oficina: pero la navegación en el ciberespacio de la aldea global permite a las personas un infinito número de combinaciones, que se multiplican aún más en el tedio de las horas laborales. Esto se ha vuelto motivo de investigación para las empresas consultoras de opinión; por ejemplo, los trabajadores de Estados Unidos confesaron que la forma preferida en que pierden el tiempo durante su trabajo es navegar por Internet, a lo que le suelen dedicar dos horas diarias, registrándose que el mayor porcentaje en pérdida de tiempo, es el uso para fines personales de Internet, siguiéndole en menor número la comunicación con sus compañeros. Estas dos horas diarias de “cibersocio” representan una cuarta parte de la jornada laboral, y en términos monetarios las compañías terminan pagando 759.000 millones de dólares al año por horas que no son productivas. El panorama en la Argentina es diferente en cuanto al tratamiento de esta problemática ya que las consultoras todavía no han investigado el agujero negro de la pérdida de horas de trabajo navegando en el ciberespacio y utilizando sus aplicaciones. Sin embargo, se puede tener una idea sobre el uso de la *web* en el ámbito laboral a través de encuestas; un sondeo de D’ Alessio Irol dio como respuesta que, el 77% de los encuestados en todo el país accede a noticias en los diarios online, 53% visita sitios de interés personal, el 43% usa Internet para su vida social principalmente utilizando el correo electrónico y los programas de chat y el 19% escucha radio.⁷⁶

Ante esta nueva realidad laboral, es necesario la posibilidad de la existencia de un control de la actividad laboral en general y en particular el del correo electrónico laboral de sus empleados, esta se encuentra enmarcado en la existencia de un contrato de trabajo celebrado entre el trabajador y el empleador, bajo el régimen establecido por la ley 20.744 de contrato de trabajo⁷⁷, que en su art.21, dispone:“Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra y bajo la

dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración”.

Como bien lo ha sostenido nuestra jurisprudencia, “El correo electrónico es hoy una ‘herramienta’ más de trabajo. La cuestión sin duda debe analizarse de acuerdo a los derechos y deberes de las partes arts. 62 y ss. de la LCT ley 20.744 y de acuerdo al principio de buena fe art.63 y a el art. 70 de dicha norma, que faculta al empleador a realizar las facultades de controles personales, destinados a la protección de los bienes de la empresa”⁷⁸, sin dejar de tener en cuenta, los usos y costumbres de la empresa respecto de su personal, referidos a las formas de prestar las tareas, la organización del trabajo, las conductas a asumir en determinadas ocasiones,⁷⁹ etcétera art. 1, inc. E, LCT⁸⁰.

2.a.1) Derechos y Deberes Genéricos de las Partes en la Relación Laboral

Los deberes y derechos genéricos de ambas partes en la relación laboral son los que surgen de los arts. 62 y 63 de la LCT, referidos al deber de colaboración y solidaridad que debe existir entre empleador y trabajador y al deber de buena fe.

El art. 62 de la LCT dispone expresamente que: “ Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no solo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad”⁸¹.

De acuerdo a lo que dispone el art. transcrito, si el empresario decide que el correo electrónico; herramienta que él le provee al empleado para que se comunique con sus compañeros dentro de la empresa o otras sucursales, proveedores, clientes, debe ser usado para fines sólo laborales, el trabajador debe acatar la orden y no puede sentirse agraviado por ella ni por el control que el empleador haga para lograr su cumplimiento, debiendo colaborar así con las normas impuestas para un mejor funcionamiento de la empresa.

La jurisprudencia se ha expresado en este sentido: “De acuerdo a los arts. 62 y 63 de la ley de Contrato de Trabajo ambas partes están obligadas a obrar de acuerdo a los principios de colaboración, solidaridad y buena fe, tanto al ejecutar o extinguir el contrato, porque en modo alguno puede entenderse la posición del trabajador como una suerte de carta blanca para obstruir el funcionamiento de una empresa por su solo arbitrio y sin razón suficiente...”⁸².

En definitiva, estos deberes obligan al trabajador a obrar conforme a las normas de funcionamiento de la empresa, las cuales, como se verá más adelante, son válidamente impuestas por el empresario en ejercicio de sus facultades de organización y dirección.

El deber de buena fe contractual conforma el marco en el que se desenvuelven los derechos y obligaciones del trabajador y del empleador en el contrato de trabajo.

La LCT acoge el principio de buena fe contractual, en cuanto a la conducta a la que deben ajustarse las partes en el cumplimiento de sus obligaciones, tanto las referidas a la celebración y ejecución, como a la extinción de la relación laboral.

El art. 11 de la LCT⁸³ lo adopta como un principio de interpretación y aplicación de la ley, mientras que el art. 63 del mismo cuerpo normativo está vinculado a normas de conducta que deben respetar las partes que componen la relación de trabajo, expresando: “Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo”.

Los autores entienden que, en esta materia, el patrón con que debe juzgarse si es que ha existido o no buena fe es el de buen empleador y el del buen trabajador, “es decir que el comportamiento del trabajador y empleador, debe ser acorde a lo que las circunstancias determinan que corresponde para un buen empleador y un buen trabajador, esta afirmación es tomada en abstracto, y después va a ser determinado por una apreciación en el caso puntual; pero la regla es ésta, que en esos supuestos debe actuarse de esa manera, y la buena fe es tanto subjetiva (en cuanto al comportamiento), como objetiva (en lo que hace a la lealtad)...”⁸⁴

Expresa Vázquez Vialard que “... dicho principio comprende el deber de actuar con fidelidad. Obliga a un modo de obrar_ en lo referente a las obligaciones, tanto de cumplimiento como éticas_, honesto, leal, prudente, veraz, diligente, fiel al compromiso contraído, desechando todo engaño y perjuicio y evitando trampas, abusos y desvirtuaciones...”⁸⁵

En este contexto, cabe preguntarse si el empleado que utiliza el correo electrónico de la empresa para la remisión de mensajes privados y ajenos a motivos laborales, durante el horario en que presta servicios, sin conocimiento ni autorización del empleador y conciente de que existe una prohibición expresa de utilizar dicho medio de comunicación para fines particulares, infringe este deber de buena fe. Se podría decir que la afirmativa se impone⁸⁶.

Esto no parecería ni honesto, leal, ni fiel al compromiso contraído por el trabajador, que desobedece la orden impartida por quien tiene facultades de dirigir y organizar su empresa. El empleado que utiliza su tiempo laboral, aún con la consigna impuesta, enviando o recibiendo *e-mails* extraños a su tarea, sin duda está abusando de la confianza de su empleador y desvirtúa el fin que tiene la herramienta de trabajo que ha sido puesta a su disposición⁸⁷. Esta violando, en definitiva, la buena fe que debe reinar en la relación de trabajo.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia Española: “ La utilización desviada que el trabajador despedido realizó de los instrumentos facilitados por el banco, como en este caso el correo electrónico, para fines distintos de los ligados a la actividad productiva, durante el horario laboral y sin autorización de la empresa, constituye en si misma una infracción del principio de buena fe y un abuso de confianza depositada en él merecedoras de sanción, STSJ Comunidad Valenciana, 24 de Septiembre de 1996”. “La disposición de los medios de la empresa más allá de la finalidad prevista sobrepasa el entorno de la relación laboral y provoca que se confunda lo ajeno con lo propio, STSJ Murcia, 15 de Junio de 1999”⁸⁸

No hay duda, como se dijo, que el principio se verá vulnerado, lo que no significa que necesariamente esta violación habilite al empleador a despedir al

trabajador en todos los casos. Habrá que analizar cada situación en concreto, conforme a la gravedad de la conducta_ por ejemplo, que la utilización indebida del correo de la empresa sea cualitativa y cuantitativamente significativa_ , cual es la medida disciplinaria que puede utilizar el empresario para sancionar la irregularidad vinculada al uso de este medio tecnológico, tema que será tratado más adelante.

Por otra parte, se entiende que la trasgresión de la buena fe debe considerarse cometida aunque no se acredite que el trabajador ha obtenido algún rédito personal ni la producción de un daño a la empresa, e independientemente de la mayor o menor cuantía de lo defraudado; aunque, si existe, la cuantía del perjuicio económico permitirá graduar la gravedad de la infracción.

En otras palabras; basta para considerar que el trabajador ha vulnerado el deber de buena fe con que haga caso omiso a la directiva que le ha impartido su empleadora a saber; no usar el correo electrónico para fines que sean ajenos a la índole de su tarea y al interés de la empresa.

Sin embargo no viola el deber de buena fe el empresario que les ha comunicado en forma expresa y fehaciente a sus trabajadores, que va a monitorizar los *e-mails* que envían y reciben en su lugar de trabajo, en el marco del control de gestión de la empresa y de la facultad de control que le otorga la LCT.

Y no lo viola, debido a que, en primer lugar, está haciendo uso de una prerrogativa acordada por ley y, en segundo lugar, porque la monitorización será posterior a la comunicación que se le haga al empleado, con lo que se deshecha todo posible engaño y también cualquier expectativa que pudiera tener el empleado sobre la privacidad de su correo.

2. b. Derechos de las Partes en la Relación Laboral

2. b.1) Derechos del empleador

En este apartado procederé a estudiar y desarrollar cuáles son las atribuciones que la LCT le proporciona al empresario en razón a la protección de los intereses de la empresa, a los fines de establecer, en primer lugar, si en virtud de ellas, se puede disponer válidamente que el correo electrónico que le provee a sus trabajadores deba ser utilizado exclusivamente para el cumplimiento de las tareas asignadas, excluyendo toda posibilidad de utilización para fines personales; y en segundo lugar, si el empresario puede controlar el cumplimiento de dicha directiva mediante la monitorización de los *emails* laborales de sus empleados.

2. b.1) a- Facultad de organización

La LCT, en su art.64, dispone que: “El empleador tiene facultades suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento”⁸⁹.

La norma transcripta indica que éste es un derecho del empresario, que lo puede ejercer desde un punto de vista económico o técnico y en relación con su empresa o establecimiento.

Sobre este punto Toselli ha dicho que: “...El empleador va a tener todas las facultades para organizar técnica y económicamente la empresa sin que el trabajador pueda cuestionárselo, porque la organización es facultad privativa del empleador...”⁹⁰

En este contexto normativo, el empresario puede legítimamente decidir que, cuando le provee una dirección de correo electrónico a su empleado, su uso este acotado a cuestiones vinculadas exclusivamente a lo laboral, prohibiéndole en forma expresa su utilización para fines extra laborales, y este no podrá efectuar cuestionamiento alguno ni sentirse agraviado por tal decisión. En este sentido se ha dicho que: “El empresario podría imponer determinadas restricciones y limitaciones de uso del correo electrónico, así como la utilización de Internet por parte de sus trabajadores, en el ejercicio de su poder de dirección y organización del trabajo”⁹¹

2. b.1) b- Facultad de dirección

Por su parte, el art.65 de la misma ley prevé que: “Las facultades de dirección que asisten al empleador deberán ejercitarse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador”.

Por imperio de la norma transcripta, y según expresa Sardegna, el empresario “Tiene la facultad de disponer de todas aquellas medidas conducentes al mejor desenvolvimiento de la actividad y al logro de los fines productivos para los cuales la empresa ha sido creada...”⁹²

Luego, si como se ha referido anteriormente en este trabajo, un alto porcentaje de empleados que disponen de correo electrónico lo utilizan para fines personales, y ello trae aparejadas, entre otras consecuencias disminución del rendimiento de los trabajadores, pérdida de la calidad de la red de comunicaciones, el uso del ordenador para negocios particulares, la recepción y difusión de virus en los sistemas de la empresa, la filtración de informaciones que integran el patrimonio empresarial a terceros, prácticas de acoso sexual a otros compañeros de trabajo o la lesión del derecho de propiedad intelectual o industrial”⁹³, entonces puede inferirse válidamente que el empresario puede tomar medidas para evitar todos estos perjuicios para su empresa.

Toselli expresa que el art.65 de la LCT “ marca un límite en cuanto al ejercicio patronal estableciendo que dichas facultades deben ejercerse con carácter funcional delimitando que debe considerarse bajo dicho concepto al señalar que ello es en atención a los fines de la empresa y a las exigencias de la producción... se procura evitar el abuso de derecho⁹⁴ Agrega luego que el art.68 complementa esta norma, determinando en su parte final que “ siempre deberá tener en consideración como límite, por un lado, la satisfacción de las exigencias de la organización del trabajo en la empresa, pero por el otro debe cuidarse de no traspasar el respeto debido a la dignidad del trabajador y a sus derechos patrimoniales, vedando toda posibilidad o forma de abuso del derecho...”

Por lo expresado, esta facultad de monitorizar el correo electrónico del empleado atiende a los fines de la empresa y a las exigencias de la producción.

Se afirma que en el caso no existe abuso del derecho, por cuanto no se está contrariando el fin que la ley tuvo en mira al reconocerle esta facultad al empleador ni excede los límites impuestos por la buena fe, la moral ni las buenas costumbres, siempre que el trabajador haya sido previamente avisado de que carece de permiso para utilizar la herramienta para fines personales⁹⁵ y que el empresario está facultado a controlar el cumplimiento de dicha imposición mediante el chequeo de los emails laborales.

En este orden de ideas, no puede considerarse que el empleador “abusa del derecho” si se trata de la realización de un control de gestión empresarial, es decir, de controlar que el uso de una herramienta de trabajo de su propiedad se efectúe de la manera por él impuesta ya que, por la obligación de que ella sea utilizada para fines exclusivamente laborales, el empleado no puede tener ninguna expectativa de privacidad ni considerará que su dignidad ha sido afectada.

2. b.1) c- Facultad de control

Como una lógica consecuencia del poder de organización y dirección, el empleador tiene la facultad de controlar que las órdenes que ha impartido sean ejecutadas debidamente.

Desde una óptica estrictamente técnica, el empresario tiene la posibilidad de controlar y archivar todo el correo electrónico que circula por la red de comunicación de la empresa.⁹⁶

Desde el punto de vista jurídico, y como una medida de vigilancia y supervisión de los trabajadores que ofrecen las nuevas tecnologías, la prerrogativa de control que puede ejercer el empleador puede estar vinculada a la gestión del empleado o a la persona del trabajador.

El “control de gestión empresario” significa que quien organiza y dirige la empresa pueda chequear de un modo objetivo, y sin que ello tenga vinculación alguna

con la persona del trabajador, que las gestiones de cada uno de los empleados se lleven a cabo en debido tiempo y forma.

En este sentido, el empresario goza de la facultad de monitorizar los *e-mails* laborales de sus empleados, ya que por medio de ese control, podrá asegurarse el buen funcionamiento de su empresa: por ejemplo, que todos los pedidos de los clientes realizados por ese medio sean satisfechos; que las dudas en relación con un determinado producto o servicio sean aclaradas correctamente y, en general, podrá conocer como se desarrollan todas y cada una de las tareas de los empleados a quienes se les ha provisto de esta herramienta para un mejor servicio y para lograr un más rápido logro de los fines propuestos.⁹⁷

Siguiendo estos conceptos Thibault Aranda ha expresado: “Cuando en el convenio colectivo, en el contrato de trabajo o en las normas de operativa interna de la empresa, que son los llamados códigos de conducta se establece que los medios informáticos de la misma se facilitan como herramienta de trabajo, y en cuanto tal, solo pueden ser utilizados para soportar los servicios y tratamientos previstos y autorizados por la dirección, la previsión de adopción con carácter sistemático de medidas de verificación de estos sistemas o su fiscalización puntual y excepcional cuando se haya detectado un uso irregular de los mismos, podrá entenderse incluida, bajo ciertas condiciones, en el art. 20.3 del ET. y ello porque lo que se pretende con esta monitorización es verificar única y exclusivamente el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, comprobando que los instrumentos telemáticos puestos a su disposición por la empresa, no son utilizados para fines extra empresariales”.⁹⁸

El control de gestión tiene basamento constitucional, si se lo compara analógicamente con el art 14 bis de Constitución Nacional que dispone que el trabajador tiene asegurado “El control de la producción”⁹⁹.

Nadie duda de que el control sea sobre la gestión de la producción y no sobre la producción en el sentido del producto final. Luego, si el empleado tiene, por mandato constitucional, derecho a controlar la gestión de la producción de la empresa, el empresario también puede y tiene derecho, con fundamento en la misma norma de la

Carta Magna, a controlar la gestión de sus empleados. En ese orden de ideas, el empresario tiene facultades para efectuar el control de la gestión de sus dependientes, pudiendo para ello, y respecto de los que son usuarios de correo electrónico por decisión de la empresa, monitorizar su uso y el contenido de los mensajes. Ello en el marco de colaboración y cuidado que implica dicho control.

Expresa Batlori Bas “...La potestad del empresario de adoptar medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de las obligaciones del trabajador, reconocida en el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores Español, viene ya en el mismo precepto limitada por el respeto a la dignidad humana. Por ello esta potestad de vigilancia y control puede chocar frontalmente con el derecho fundamental a la intimidad personal consagrado en el art. 18 de la Constitución...”¹⁰⁰

Se acuerda en cuanto al respeto debido de la dignidad del trabajador. La normativa de nuestro país tiene ese espíritu. Ya se ha expresado que ese respeto se pone de manifiesto al comunicarle al empleado que puede ser controlado por la empresa que tiene intenciones de ejercer su facultad de contralor: esta avisado, no hay posibilidad de engaño alguno.

Cabe aclarar que disiento del autor citado sobre la posibilidad de que la potestad de vigilancia y control pueda chocar con el derecho constitucional a la intimidad, en razón de que, tomando como premisa fundamental que el trabajador no puede utilizar el correo electrónico provisto por la empresa para fines personales, el contenido de todos los *e-mails* laborales le pertenece a la empresa, excede el ámbito de la intimidad del trabajador y, por lo tanto, no puede verse afectado ningún derecho o garantía constitucional relativa a la intimidad.

Además, no se advierte la necesidad de requerir la intervención de la autoridad judicial para efectuar el control, por cuanto éste, según nuestra constitución, sería necesario en caso de que se estuviera ante correspondencia privada. En el caso planteado, ya se ha expresado que la información transmitida a través del correo electrónico de la empresa no es privada del trabajador.

El profesor español de Derecho Constitucional, Merino Merchán, expresa que: “el empresario solo podría controlar el correo electrónico de sus empleados, siempre que pudiese probar la mala fe de estos últimos en el uso de los ordenadores del centro de trabajo y que tal control, incluida la requisita del ordenador, se lleve a cabo ante la presencia de los representantes legales de los trabajadores o, en ausencia de éstos, de otro trabajador de la empresa”¹⁰¹

Hay que señalar que los Tribunales Laborales españoles, en algunos casos¹⁰², han admitido la procedencia de despidos de trabajadores como consecuencia del uso inadecuado de las comunicaciones electrónicas de la empresa, sin hacer una valoración acerca de la legitimidad del control por la empresa de las cuentas de correo de los trabajadores, dándolo por supuesto; así como en otros¹⁰³, se han pronunciado en el sentido de que no se está “ en presencia de una correspondencia privada entre particulares cuyo secreto debe ser preservado, sino ante la 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, así como sobre la propia actividad laboral del trabajador.

Por su parte, en nuestro país, si bien también se declaró justificado el despido de una trabajadora que utilizaba la computadora de la empresa para enviar correos electrónicos pornográficos en horario de trabajo¹⁰⁴, el juzgador no se pronunció expresamente sobre las facultades de control de la empresa sobre el *e-mail* laboral, sino que fundó su fallo en el contenido ofensivo a la moral y a las buenas costumbres de la abundante información transmitida utilizando el horario y la herramienta de trabajo.

Tampoco en otros fallos dictados por Tribunales Argentinos¹⁰⁵ los jueces se han expedido sobre estas facultades de contralor, sino que se han detenido más bien en la proporcionalidad o no de la medida dispuesta en este caso el despido, o en la ausencia de pruebas respecto de la injuria laboral.

A diferencia del control de gestión, de carácter objetivo, desarrollado precedentemente, donde la razón de ser, es el óptimo funcionamiento de la empresa, este tipo de control apunta a la persona del trabajador; es un control subjetivo y tiene por finalidad la protección de los bienes del empleador.

La primera parte del art.70 de la LCT establece que: “Los sistemas de controles personales del trabajador destinados a la protección de los bienes del empleador deberán siempre salvaguardar la dignidad del trabajador y deberán practicarse con discreción y se harán por medios de selección automática destinados a la totalidad del personal...”¹⁰⁶

Nadie puede pensar lógicamente que el legislador del año 1974, cuando introdujo este artículo a la ley de contrato de trabajo, pensó siquiera en la posibilidad de que estaría vinculado al control por parte del empresario del uso del *e-mail* de los trabajadores de su empresa. Pero ello no es motivo para que, por medio de la analogía, no pueda ser aplicada tal norma al caso en cuestión. Por que la misma está referida a los “sistemas de controles personales del trabajador destinados a la protección de los bienes del empleador”

Además, la dirección de correo electrónico le pertenece al empresario, es un bien del empleador¹⁰⁷. Tan así es que en ella figura el nombre o las iniciales de la empresa, que es quien tramitó y adquirió el dominio, y el nombre del usuario-trabajador solo figura a los efectos de una distribución direccionada del mensaje. Por ende, el contenido de los mensajes emitidos y recibidos, vía esa dirección de *e-mail*, le pertenecen al empresario.

De esta forma, y en virtud de lo normado por el artículo en estudio, el empleador tiene facultad de controlar cuántos *e-mails* se envían y reciben mediante esa dirección, quienes son los destinatarios de los enviados, los remitentes de los recibidos, fechas de envío y recepción, etcétera; pero especialmente que contenido tienen esos mensajes, porque el mismo atañe particularmente a la empresa y a su desenvolvimiento.

Siguiendo esta línea de pensamiento, Galdós sostiene: “...No dudamos, por supuesto siempre sujeto a las normas de la razonabilidad, de que el empleador puede acceder a los correos electrónicos remitidos o recibidos por los empleados en el curso del contrato laboral. Está en juego el derecho de propiedad de quién ha provisto a su dependiente de un medio tecnológico como pudo hacerlo de otro bien cualquiera: por ejemplo un automotor, una pala, etcétera...”¹⁰⁸

Respecto a esto, una sentencia española de noviembre de 2000¹⁰⁹ se inclinó por el criterio empresarial, afirmando que “ aun implícitamente, el art.18¹¹⁰ del Estatuto de los Trabajadores Español autoriza el registro en la terminal del ordenador que utiliza el trabajador, pues, a estos efectos, el ordenador lo asimila a la taquilla, basándose en que el ordenador es un instrumento de trabajo propiedad de la empresa y que no debe ser utilizado para otros fines distintos y diferentes que la realización de la actividad laboral, por lo que no cabe hablar de documentos personales incorporados al mismo”.

Expresa el art. 70 de la LCT que siempre se deberá respetar la dignidad del trabajador y, como se ha dicho precedentemente al tratar la facultad de dirección del empleador, se respetará su dignidad, comunicándole con anterioridad que el uso de la herramienta es para fines exclusivamente laborales y que la empresa está facultada para explorar el correo tanto en su creación, transmisión como almacenamiento.¹¹¹

Por otro lado, el control deberá efectuarse a todos los trabajadores en forma automática, y solo cuando exista una sospecha fundada por ejemplo, que el empleado esté transmitiendo información a la competencia, podrá profundizarse el monitoreo respecto de un trabajador en particular.

Por último, y en cumplimiento de las exigencias del art. 71 de la LCT.¹¹², el empresario deberá poner en conocimiento de la autoridad de aplicación que es su voluntad chequear el correo electrónico de sus empleados, a quienes se les ha comunicado esa posibilidad y cuáles son los medios y la forma a través de los cuales se efectuará dicho control.

Ahora bien, el interrogante que se plantea es: ¿Cuales son las razones por las cuales la empresa estaría facultada para revisar el contenido y el entorno de los *e-mails* laborales de sus empleados? Además de las ya expresadas en relación a el control de gestión que puede y debe realizar el empresario para un óptimo funcionamiento de la empresa, o lo relativo al control de la persona del trabajador con el objetivo de proteger los bienes de propiedad del empleador, existen otros motivos por los que éste debe poder controlar a sus empleados respecto del uso que hacen de esta herramienta informática.

Asimismo, un estudio de la consultora internacional *Giga Information Group*¹¹³ clasifica los motivos por los cuales hay que hacerlo de la siguiente manera: Mensajes ofensivos. Los empleados pueden usar el *e-mail* para transmitir insultos o injurias hacia otras empresas o particulares. Una actitud como esta podría generarle una querrela, no solo a la persona que envía el *e-mail*, sino también a la empresa en que trabaja. b) Divulgación de secretos. Cualquier empleado, desde su lugar de trabajo, sin levantarse de la silla y sin llevarse ninguna carpeta, podría enviar información confidencial de la empresa¹¹⁴c) Caída del sistema. El uso indebido e incontrolado del acceso puede generar inconvenientes en el sistema informático. Los programas *shareware* y *freeware* que se bajan de Internet y los *e-mails* que se reciben pueden contener virus que afecten gravemente a las computadoras. También podría congestionar el acceso a la *web*, debido al uso indiscriminado de los accesos y de la información que se transfiere.

Por otra parte, Thibault Aranda¹¹⁵ expresa: “...La cuenta de correo electrónico puede emplearse para filtrar informaciones que integran el patrimonio empresarial, relativas al secreto empresarial o de los clientes de la empresa, a terceros, acosar un compañero de trabajo¹¹⁶ o realizar otras conductas, incluso delictivas, que podrían comprometer la imagen de la empresa...”. A las razones expuestas, se suma la falta de productividad que sobreviene al uso irregular y excesivo del correo electrónico, y a la responsabilidad en que podría incurrir la empresa por los actos realizados por el empleado que utiliza como medio el *e-mail* laboral.

En definitiva, “la sola necesidad de resguardar la información de la empresa, como asimismo de garantizar su confidencialidad e integridad, justifican el control tecnológico ejercido por el empleador en su empresa”¹¹⁷

Respecto a los límites al control del empresario se discute; si debe estar circunscrito a un control externo o si es legítimo y pueden abarcar también el contenido de los mensajes entrantes y salientes.

Fernández Esteban, profesora asociada de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, acepta como válidos sólo algunos de los controles externos al uso del correo electrónico por ejemplo, supervisión del número de mensajes

y ocupación de la red, control de antivirus y del volumen de los mensajes, rechazo automático por el sistema de cierta clase de ficheros de tipo “*attachment*”, entendiéndose que éstos entran en la lista de restricciones estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, pues se trata de controles externos de la comunicación, y no hay interceptación del mensaje¹¹⁸

Batllori Bas sostiene que la “facultad de control de la empresa sobre el correo deberá limitarse a comprobar si realmente se utiliza el correo electrónico para el fin para el que se destinó, sin más intromisión, que sería a todas luces ilegítima. Y en todo caso debe mantenerse la privacidad de los mensajes, sin que un acceso indiscriminado a ellos sea aceptable. El simple hecho de ser un correo electrónico proporcionado por la empresa, una herramienta de trabajo, no obsta, a que la interceptación del mismo sin la debida justificación pueda considerarse lesiva para los derechos fundamentales del trabajador¹¹⁹

Mientras que Villahermosa Iglesias entiende que el acceso indiscriminado al contenido de los mensajes sólo estaría justificado “con las garantías de llevarse a cabo durante la jornada laboral y en presencia del representante de los trabajadores”,¹²⁰

La posición asumida en el presente trabajo es que el empresario puede efectuar no solo un control externo, vinculado al número de mensajes, a los títulos de los asuntos, al volumen de los archivos adjuntos, etcétera, sino también puede realizar un control vinculado al cuerpo, al contenido de los mismos, con la sola limitación de avisar previamente y expresamente al trabajador: a) Que debe hacerse uso del correo electrónico con fines exclusivamente profesionales. b) Que la empresa tiene la facultad de controlar el uso del *e-mail* laboral y que va a hacer uso de dicha facultad en la oportunidad que lo entienda necesario y conveniente.¹²¹

No habría fundamento por el cual se debería diferenciar una clase de control de la otra. La herramienta de comunicación en cuestión es de propiedad de la empresa y el empleado no está autorizado para usarla para cuestiones vinculadas a lo personal. Si este lo hace, sabiendo que la empresa está facultada para revisar su contenido, implícitamente está consintiendo en que esta acceda a dicha información. Y en dicho

caso, no puede hablarse de violación de su derecho a la intimidad¹²². Por otra parte, si acota el uso del *e-mail* laboral a las tareas que le han sido encomendadas, tampoco dicho derecho puede verse vulnerado debido a que, en este contexto, no puede hablarse de la existencia de intimidad alguna del empleado.

Así, Fernández López¹²³ ha sostenido: “Es preciso distinguir el correo electrónico del que como trabajador puede disponer una persona en la empresa como una herramienta más de trabajo; igual que dispone de un ordenador o de un coche, el correo electrónico personal del trabajador ubicado en un ordenador en su domicilio o en la empresa con autorización del empleador. Este último, independientemente de su localización, es evidente que no puede ser abierto por el empresario, quien con ello podría infringir el derecho al secreto de las telecomunicaciones y a la intimidad personal. Pero en el supuesto del correo electrónico utilizado por el trabajador como herramienta de trabajo, resulta suficientemente claro que sí podrá hacerlo. No nos encontramos en el ámbito de la esfera privada, y el empresario, si advirtió al trabajador del uso exclusivamente empresarial que debe dar a ese útil de su trabajo, tiene derecho a comprobar que sólo se emplea para este fin, pues así lo habilita el Estatuto de los Trabajadores. Además, en supuestos de ausencia del trabajador por cualquier causa, será necesario abrir el correo electrónico para poder cumplimentar pedidos de clientes, ofertas de proveedores, así como cualquier comunicación que se dirija a la empresa a través del mismo...”¹²⁴

El poder reglamentario en la relación laboral según Grisolia “...consiste en la facultad del empleador de organizar el trabajo, estableciendo obligaciones y prohibiciones propias de la actividad, en un ordenamiento escrito. También puede reglamentar cuestiones referidas a las conductas del personal en el trabajo y fijar las formas adecuadas para llevar a cabo la prestación laboral....”¹²⁵

En virtud de que nuestro país carece de una regulación legal específica sobre el uso del *e-mail* laboral de los trabajadores y de las facultades de control del empresario sobre aquel, en ejercicio del poder reglamentario mencionado y a fin de solventar eventuales conflictos en la materia, es aconsejable que las empresas dicten un reglamento interno¹²⁶ con ese propósito.

Batllori Bas ha dicho que “... Una información clara e inequívoca a los trabajadores sobre el correcto uso del mismo, y sobre el sistema y características del control del correo profesional genera un marco adecuado para el uso eficiente y pacífico de esta herramienta de comunicación...”¹²⁷.

En este sentido, *Giga Information Group* recomendó a las empresas que creen una política de uso de las comunicaciones para educar y advertir a sus empleados sobre la conducta que deben observar y advertir a sus empleados sobre la conducta que deben observar y los controles a los que pueden estar sometidos¹²⁸. Las disposiciones contenidas en dicho reglamento “son exigibles y deben ser acatadas obligatoriamente por los trabajadores, debiendo tener las mismas carácter funcional y respetar la dignidad del trabajador...”¹²⁹

Thibault Aranda entiende que “ la negociación colectiva es el ámbito natural en el que deberán precisarse la pertinencia, oportunidad y límites de la monitorización informática”¹³⁰, ésta puede ser una opción válida¹³¹, nada impide que la empresa resuelva la cuestión mediante la aprobación de un reglamento interno que contenga normas de uso y de control del correo electrónico con el debido informe de los trabajadores, al tratarse de una decisión del empresario derivada de sus facultades de organización, dirección y control, como también de sus prerrogativas de reglamentación de la actividad empresarial.¹³²

En este sentido Galdós propone establecer una serie de reglas que puedan emanar, en principio, del poder de decisión de la empresa y que no tienen porque ser negociadas y pactadas, opinando que “si se encuentra el clima adecuado y si las relaciones con la representación de la empresa son las idóneas, esas reglas tendrían que consensuarse, pero en caso de no existir las condiciones adecuadas la regulación debería hacerse de forma unilateral”¹³³

Estos reglamentos internos de empresa han sido definidos por la doctrina como fuentes propias del Derecho Laboral y no requieren homologación ni autorización alguna para que gocen de validez¹³⁴.

De esta forma el reglamento interno de empresa se convierte en una herramienta vital para la efectiva imposición de órdenes en cuanto al acatamiento de ciertas políticas que la empresa considera deben llevarse adelante en pos de un mejor aprovechamiento de los recursos y de evitar supuestos que podrían afectar sus bienes ,tangibles e intangibles. Esto permite al empresario poder adecuar el uso de las nuevas tecnologías que se incorporan al lugar de trabajo y así evitar la obsolescencia de la empresa y de los métodos de producción.

Así las cosas, y aproximándonos a la definición de una política empresarial clara y definida en relación con el uso del *e-mail* laboral y con el control del empleador¹³⁵, estamos de acuerdo en que deben propiciar las empresas la creación de un reglamento interno, que deberá especificar¹³⁶:

Que el correo electrónico es propiedad de la empresa, debiendo precisar que la referencia a “ correo electrónico” esta vinculada a la herramienta informática que el empresario provee al trabajador para el cumplimiento de las tareas que le han sido asignadas, y en cuya dirección figura el nombre o iniciales de la empresa, independientemente de que también pueda aparecer el nombre o iniciales del empleado; e incluso es pertenencia de la empresa, aún cuando se requiera una contraseña, que puede ser creada por el empleado, para acceder al sistema de correo electrónico.

Las condiciones de utilización de esa herramienta de comunicación que versará sobre. Su uso deberá estar destinado “exclusivamente” para fines profesionales. La prohibición expresa de utilizarlo con fines personales (envío, reenvío, distribución o respuestas a *e-mail* “en cadena”; introducción a sabiendas, de virus; acoso sexual a compañeros de trabajo u otros terceros; y en general, cualquier utilización que afecte o

pueda afectar el normal funcionamiento del sistema, la productividad del empleado y la imagen de la empresa).

Capacidad de archivos para enviar o recibir, a los fines de evitar congestión de la red.

Definición sobre la elección y protección de contraseñas.

La empresa adoptará los recaudos técnicos a los fines de que cada *e-mail* que salga como enviado de la casilla del trabajador, contendrá un mensaje que alerte a su destinatario que el uso personal del servicio del correo electrónico para fines no vinculados con la labor profesional o laboral, en ningún caso obligará o responsabilizará a la compañía de los eventuales daños y perjuicios que dicho uso pudiera generar.

Prohibición u obligación de utilizar sistemas de encriptación¹³⁷

Posibilidad de solicitar permiso para remitir un correo privado, y en este caso a quién se lo debe solicitar.

La manifestación de voluntad, clara de la empresa, de ejercer ese control, debiendo precisar su alcance, esto es, que podrá acceder a la cuenta de correo electrónico del trabajador, lo que permitirá conocer tanto el número de mensajes enviados y recibidos, asunto, remitente, fecha y hora de salida o recepción, cantidad de la información contenida, existencia de archivos adjuntos, como asimismo, el contenido de los *e-mails* laborales y la información contenida en los archivos que han sido adjuntados.

La persona que estará a cargo de la tarea de examinar los *e-mails*.

Las condiciones bajo las cuales se efectuará el control; en relación a este punto se debe efectuar la siguiente distinción entre, controles de rutina, que en forma generalizada efectúa el empleador y que no requieren formalidad alguna, y aquellos controles vinculados a un trabajador en particular, con origen en las sospechas fundadas de que está realizando un uso indebido del correo electrónico, que puede dar origen a una sanción disciplinaria. En estos supuestos, a los fines de preconstituir prueba, el control debiera realizarse con la presencia de un escribano público¹³⁸ o de representante sindical.

Advertencias acerca de que el uso irregular del correo electrónico, configura una falta, que puede derivar en la imposición de sanciones disciplinarias, incluido el despido con justa causa.

Que la empresa adoptará los recaudos técnicos para que el sistema de identificación de los usuarios del correo electrónico laboral sea fiable, a los fines de asegurar que, cuando la dirección de correo electrónico aparezca como emisora de un *e-mail*, implique que el titular de dicha dirección sea necesariamente el remitente.¹³⁹

La política adoptada por la empresa en relación a la utilización del *e-mail* laboral por parte de los empleados y a las facultades de control e intención de ejercerlas por el empresario, contenida en el reglamento interno, deberá serle notificada en forma expresa al trabajador.

Es decir, debe existir un circuito fehaciente de toma de conocimiento de esas normas por parte del personal de la empresa¹⁴⁰, por ejemplo convocando a los trabajadores a una reunión y haciéndoles entrega de una copia del reglamento, la que deberá serle devuelta al empresario con una firma que indique que la notificación se ha efectuado y además sería como una especie de consentimiento.

En el caso de los empleados que comiencen a formar parte del staff de la empresa con posterioridad al dictado del mencionado reglamento, la comunicación debería efectuarse inmediatamente después de concretada la relación laboral.

Una vez efectuada la comunicación, y su notificación fehaciente por parte del trabajador, el empleador podrá remitir el reglamento vía *e-mail* a cada uno de sus trabajadores para que puedan almacenarlos en sus ordenadores y tener la posibilidad de recurrir a su lectura, ante cualquier duda, o en los casos en que la empresa disponga de una intranet propia tener dentro de ella algún acceso directo a esta reglamentación interna y a las demás normas de conducta que disponga la empresa.

Además sería conveniente que cada vez que el trabajador encienda su equipo informático y accede a la red se encuentre con un texto en la pantalla que le advierte el régimen con respecto al uso del correo para fines personales; que es la imposibilidad de utilización del mismo y las facultades de monitorización de la empresa; es decir que la política adoptada por la empresa entorno a este tema se encuentra vigente¹⁴¹

Y una vez definida la política empresarial en relación con la utilización de los *e-mail* laborales y las prerrogativas de contralor de la empresa y luego de su comunicación al empleado, el empleador puede proceder, sin mas, a revisar el correo electrónico de los trabajadores sin que sea necesario su consentimiento¹⁴²

Ahora bien, cuando nada se hubiera previsto en el reglamento sobre las condiciones de utilización de la herramienta informática ni, consecuentemente, sobre los controles que puede ejercer la empresa o cuando en las normas reguladoras del uso del correo electrónico se haya contemplado la posibilidad de que el trabajador pueda utilizar este medio para cuestiones personales, si el empresario pretende revisar los *e-mails* laborales deberá contar con el expreso consentimiento del trabajador.

2. b.1)d. Mecanismos de control

El carácter subordinado del trabajador que, con carácter general sustenta el control del empleador sobre la actividad laboral viene sufriendo algunos percances conceptuales en las nuevas relaciones laborales. Ello obedece no sólo a la existencia de trabajadores con un amplio margen de autonomía organizativa sino también, a la aparición de nuevas formas de trabajo a raíz de la aplicación a las empresas de las innovaciones tecnológicas. En estos supuestos, el control empresarial puede consistir, bien en la verificación del rendimiento y, en último termino, en el cumplimiento de las ordenes a través del resultado¹⁴³ o en su caso, en un control total del trabajador mediante conexiones *on line* efectuadas a través del propio instrumento de trabajo o a través de otros artilugios técnicos que permiten a la empresa conocer en todo momento donde se encuentra el trabajador¹⁴⁴ o con quien se comunica.

Las nuevas formas de ejercicio de la facultad empresarial de control incitan a algunos autores a entender que el medio o modalidad de control adquiere naturaleza determinante en la construcción de la facultad empresarial¹⁴⁵ distinguiéndose, además, entre el momento de la adopción de la técnica de investigación que representa la facultad empresarial de escoger entre diversos medios aptos, el que considere más oportuno para verificar la prestación laboral y , de otro lado la concreta aplicación de dicho control, momento este en el que, sin duda, puede fácilmente agredirse contra la esfera personal del trabajador. Se identifica así el medio de control con la técnica empleada para la fiscalización de la actividad laboral y, a su vez, se diferencia del ejercicio de dicho control orientado a conocer el objeto, el fin o la estructura de la misma.

El empresario cuenta, técnicamente, con mecanismos de inspección del correo electrónico provisto a los empleados y puede realizar básicamente dos niveles de monitorización: una de entradas y salidas de información, su destino y remitente; y una monitorización de contenidos.

Así, se debe diferenciar a esos efectos, si se trata de cuentas de correo pop, *web* o en servidores de correo corporativo. Las cuentas de correo pop pueden ser revisadas en cualquier momento por los administradores del sistema que tienen el acceso al servidor pop, incluso toda la información puede ser reenviada a otra cuenta. Si se accede a este servidor desde la red de otra empresa distinta a la que gestiona el servidor pop, se puede rastrear con un *sniffers*¹⁴⁶, el nombre de la cuenta y la contraseña y hacer una conexión posterior.

Las cuentas de correo *web* se controlan con los *sniffers*, o revisando la caché de los navegadores instalados en el ordenador del empleado. Y en las cuentas de correo en servidores de correo corporativo tipo *Lotus Notes*, *Outlook*, *Microsoft*, etc., los administradores de correo tienen acceso directo a estas cuentas, y pueden acceder a ellas cuando quieran, incluso establecer filtros para detectar palabras clave, ficheros adjuntos deseados, etc.

“...Los programas que monitorizan el correo del empleado acostumbran a trabajar con palabras o frases clave, los nombres de las compañías de la competencia y de los productos de la empresa, y husmean el contenido de los mensajes cuando el programa alerta de que un correo contiene alguna de las palabras sospechosas...”¹⁴⁷

El acceso al contenido de un correo electrónico es muy fácil cuando se utilizan los sistemas corporativos de la empresa. Pero si el trabajador se sirve de una cuenta propia de correo gratuito a través de una *web*, el proceso de inspección desde la empresa es más laborioso pero igualmente factible¹⁴⁸. Programas como *Spector* entre otros, generan automáticamente decenas de *snapshots*, imágenes, de la PC del empleado para “vislumbrar” como trabaja. Por supuesto, permite la lectura de los correos desde la empresa, pero no sólo eso sino, prácticamente cualquier cosa queda al descubierto. La licencia de uso de este software queda constreñida a que el adquirente avise a todas las personas que van a ser “observadas” mientras trabajan.

Villahermosa Iglesias¹⁴⁹, agrega que dicho programa es el número uno en ventas en Estados Unidos y que son las empresas norteamericanas las que más a menudo recurren a este tipo de soluciones informáticas para asegurar el correcto uso de los medios que ponen a disposición de sus empleados: “ hasta un 55% de las mismas, según los últimos estudios, tienen instalados sistemas de rastreo del correo electrónico, capaces de interceptar y eliminar mensajes que contengan determinadas palabras o expresiones “prohibidas”; marcas competidoras, nombres de directivos de otras compañías, términos escatológicos, sexista u obscenos, etcétera”

El uso del correo electrónico no está destinado al esparcimiento, ni puede utilizarse para realizar solapadamente tareas paralelas, sino que es provisto evidentemente para facilitar el cumplimiento del objeto del contrato y en última instancia, para alguna comunicación personal urgente.¹⁵⁰

Como hemos dicho, una política clara sobre la utilización de esta herramienta de trabajo podría evitar posibles conflictos, en atención a que tampoco resulta pacífica la jurisprudencia nacional y la doctrina, ya que pueden individualizarse dos sectores definidamente marcados. Por un lado, aquellos que sostienen que el tema bajo análisis debe ser examinado bajo la égida del derecho a la intimidad por cuanto, según afirma dicha corriente, la casilla de correos reviste el carácter de inviolable en los términos del art. 18 CN. y, por lo tanto, el empleador no podría válidamente proceder a su revisión y control por su sola voluntad. Y, por otra parte, otra tendencia que considera que la verificación de las casillas de correo electrónico de los dependientes, se encuentra comprendida dentro de las facultades otorgadas al empleador en el contexto de su poder de vigilancia y control respecto del cumplimiento de tareas por parte del trabajador dependiente".¹⁵¹ Como hemos expuesto en el apartado anterior.

Aunque en los países desarrollados se ha avanzado bastante en el aspecto legal, en la Argentina no existe un marco regulatorio para estas prácticas. En Alemania, por ejemplo, hay leyes específicas que prohíben que los empleadores generen reportes del uso de Internet por parte de los empleados. Con esto se pretende resguardar el derecho a la intimidad.

Como se ha expuesto, según la legislación vigente en nuestro país, que data de 1975, los empleadores tienen derecho a controlar a sus empleados. Pero los especialistas coinciden en que la ética indica que, debe informárseles sobre este tipo de control. Sin embargo, no hay ninguna ley que trate específicamente el tema de las comunicaciones electrónicas desde el ámbito laboral. Además este tipo de prácticas, generaría una especie de recopilación de información en relación a la actividad desarrollada por el empleado, que de acuerdo a su contenido puede llegar a ser coaccionante al momento de querer desvincular al trabajador, a saber si el empleado ha realizado prácticas contrarias al deber de fidelidad o de confidencialidad en relación a la empresa donde trabaja

Por su parte, un estudio de la Consultora *Prince & Cooke* indica que un 70,5% de los usuarios acceden a Internet desde su lugar de trabajo, mientras que un 57,9% lo hace desde su hogar. Las aplicaciones de Internet más utilizadas son el correo electrónico (94,7%) y la *web* (84,2%).

Una encuesta de la firma *SurfControl* descubrió que el 66% de los ejecutivos *top* están interesados en conocer cuánto pierden en productividad cuando los empleados pierden su tiempo en Internet con fines no laborales durante el horario de trabajo, y que el 59% considera intolerable esta situación.

Conscientes de la debilidad de algunos empleados, un sitio de la *web* decidió aprovecharla. Su nombre es *www.ishouldbeworking.com* (yo debería estar trabajando). Quién entra puede encontrar una variada oferta para perder el tiempo entre otras, juegos, bromas, sorteos, etc. y cuenta con un recurso indispensable para situaciones de riesgo: el "*panic button*", botón de pánico, que consiste en un link que conduce a un sitio de negocios y que puede engañar la vigilancia del jefe. La invitación reza: "Probablemente deberías estar haciendo alguna otra cosa. Pero ya que estás acá, ¡disfrútalo! por favor, utilice el navegador lateral para perder su tiempo de manera efectiva."

"Pero todos los empleados con acceso a Internet en la oficina navegan, aún mínimamente, por cuestiones personales -asegura *Steve Purdham*, presidente de *SurfControl*-. Puede ser que comiencen surfeando por sitios relacionados con el trabajo, pero a medida que saltan de un link a otro por las páginas *web*, terminan en lugares que

tienen más relación con sus intereses personales que laborales -sostiene-. La mayor parte de la gente no pierde su tiempo intencionalmente -afirma *Purdham*-, pero Internet es absorbente”.

2. b.1) e - Poder disciplinario

Es una consecuencia del ejercicio de los poderes de dirección, reglamentario y de control, y “su función principal que además de la punitiva, es corregir la mala conducta del trabajador, materializada en faltas o incumplimientos a las obligaciones contractuales emergentes de la LCT, del convenio colectivo, del estatuto profesional del reglamento de la empresa o del contrato individual de trabajo¹⁵²

El Art. 67, párrafo 1 de la LCT, establece: “El empleador podrá aplicar medidas disciplinarias proporcionadas a las faltas o incumplimientos demostrados por el trabajador...”¹⁵³.

El empresario que en uso de las facultades de control advierte que el trabajador utiliza el correo electrónico para cuestiones que no son concernientes a su tarea tiene posibilidad de aplicar sanciones, fundadas en el incumplimiento de lo establecido en el reglamento interno de la empresa por parte del empleado. El empleador puede si es que lo desea efectuarle al trabajador “un llamado de atención” que puede consistir en una advertencia verbal o escrita. Pero esto no constituye una sanción o medida disciplinaria propiamente dicha.

Las sanciones disciplinarias aplicables, según nuestro régimen legal, son; el apercibimiento, la suspensión y el despido con justa causa. La aplicación de una u otra medida dependerá de la gravedad de la falta cometida por el trabajador. Y también encontramos tipos de sanciones las cuales se encuentran prohibidas, estas son: aplicación de multas art. 131 LCT., modificación del contrato de trabajo art. 69 LCT todas aquellas que violen el régimen aplicable o la dignidad del trabajador.

La propia ley impone la proporcionalidad entre la falta y la sanción, razón por la cual, la medida disciplinaria no puede ser irrazonable ni arbitraria en relación con el incumplimiento del trabajador, y siempre el ejercicio del poder disciplinario deberá

estará sujeto a las modalidades de ejercicio del art. 68 de la LCT¹⁵⁴, el ⁸⁹ que deberá ser aplicado teniendo en cuenta los fines de la empresa, pero con respecto de la dignidad del trabajador.

2. b.2) Derechos del trabajador

2. b.2)a- Igualdad de trato y no discriminación

El trabajador, conforme a lo establecido en los arts.81 y 17 de la LCT tiene derecho a que se lo trate de igual forma en identidad de situaciones y a que no se lo discrimine arbitrariamente, con fundamento en razones de sexo, religión o raza, ni en función de su nacionalidad, de preferencias o de actuaciones políticas o gremiales, o por la edad.

Ese derecho de los empleados y consiguiente obligación de los empleadores, en el marco de las relaciones laborales, es una derivación de la garantía de igualdad consagrada en la Constitución Nacional, art. 16 y de los principios universales reconocidos por los tratados internacionales incorporados a nuestra carta magna- art. 75 inc. 22 de la CN-.

Respecto del control que sobre su cumplimiento se realice, como ya se ha expresado, los criterios de selección deberán hacerse en forma automática y deberán estar destinados a la totalidad del personal al que se le provea dicha herramienta para el desarrollo de su trabajo.

Si ello no fuera posible, los criterios para seleccionar a los trabajadores a controlar no deberán ser discriminatorios como por ejemplo atinentes a la afiliación a un determinado sindicato, ni arbitrarios, sino que deberán estar basados en criterios de aleatoriedad o fundados en razones objetivas.

Luego, en caso de que la empresa decidiera imponer sanciones, con fundamento en que su conducta es contraria a las normas de uso “no” privado del correo electrónico deberá hacerlo respecto de todos los trabajadores que se encuentren en igual

situación, y no tolerar dicha conducta solo con alguno de ellos. De lo contrario, la sanción será claramente discriminatoria y no corresponderá su aplicación.

En definitiva, teniendo en cuenta que el derecho a ser tratado igual en las relaciones de trabajo, esta basado en la necesidad de preservar la dignidad del trabajador, fin último del derecho del trabajo, el empleador deberá adoptar todos los recaudos necesarios para no incurrir arbitrariedad, ya que “lo que se prohíbe no es la diferenciación por causas justificadas, sino la discriminación injustificada o arbitraria”¹⁵⁵

2. b.2) b- Ejercicio de las facultades del empleador, respetando la dignidad del trabajador.

El trabajador tiene derecho a que el empleador respete su dignidad cuando ejercita sus facultades jerárquicas empresariales. Así lo dispone el último párrafo del art. 68 de la LCT¹⁵⁶

Se ha expresado que, cuando el empresario decide en ejercicio de sus facultades de organización, dirección y reglamentación, imponer como norma de conducta al empleado la utilización del correo electrónico con fines exclusivamente laborales, este no puede cuestionar esa decisión.

Luego, cuando el mismo empresario decide controlar la gestión de su dependiente y decide hacerlo a través de la monitorización del correo electrónico, respeta la dignidad si cumple con las siguientes condiciones: a) En primer lugar, debe comunicar al trabajador las condiciones de uso, exclusivamente laborales, del correo electrónico puesto a su disposición por la empresa. b) Y, en segundo lugar, debe comunicársele también su voluntad de efectuar el control, la existencia de medios técnicos dispuestos para ello y la forma en que se efectuará¹⁵⁷

Entonces, una vez comunicada la política de uso de la herramienta informática, la decisión de control y la forma de hacerlo, el empleado no puede ver vulnerada su dignidad porque ya esta avisado de que deberá usar el correo electrónico para los fines

de la empresa, razón por la cual no puede pretender ni tener expectativa de privacidad alguna.

Y por su parte, la empresa hará uso de una prerrogativa que le acuerda la propia ley de contrato de trabajo por lo que, de ninguna manera, el empleado podrá sentirse agraviado.

Thibault Aranda coincide con la conclusión arribada, sostiene: “El conocimiento por el teletrabajador de las condiciones de uso – exclusivamente profesionales- y de la posibilidad de acceder a los sistemas de comunicaciones por parte del empresario, será a mi juicio, garantía suficiente, desde el momento en que no se crea una expectativa de secreto...”¹⁵⁸

2. b.3) Deberes de las partes en la relación laboral

2. b.3) a. Deberes del trabajador

2. b.3) a.1 Diligencia

La diligencia en la prestación es concreta de la tarea, es un requisito esencial ya que se relaciona con el modo en que se desarrolla el trabajo. Este deber esta relacionado con la llamada obligación de rendimiento.

El art. 84 de la LCT dispone: “El trabajador debe prestar el servicio con puntualidad, asistencia regular y dedicación adecuada a las características de su empleo y a los medios instrumentales que se le provean”.

Nadie puede dudar que un trabajador que envía ciento cuarenta *e-mails* en un período de cuarenta y dos días, de carácter humorístico, sexista y obsceno, a sus compañeros de trabajo y amistades, todo ello dentro del horario laboral y utilizando los medios propios de la empresa, como en el caso de España que llego hasta el Tribunal Constitucional de Cataluña, ha reducido intencionalmente su rendimiento y, por ende, ha violado este deber de diligencia con su empleador, impuesto por ley.

Pero sin llegar a tal extremo, cualquier trabajador que se dedique a sus cuestiones personales en su horario de trabajo, remitiendo *emails* o leyendo los que se envían, ajenos a la tarea que le ha sido asignada, inevitablemente esta reduciendo su rendimiento y no estaría poniendo una dedicación adecuada en la realización de su trabajo.

2. b.3)a.2 De Fidelidad

El deber de fidelidad consiste en “la obligación del trabajador de no ejecutar acto alguno que pueda perjudicar los intereses del empleador. Es un deber genérico: la ley apunta a la guarda de la reserva o secreto”.¹⁵⁹

Dispone el art. 85 de la LCT “El trabajador debe observar todos aquellos deberes de fidelidad que deriven de la índole de las tareas que tenga asignadas, guardando reserva o secreto de la informaciones que tenga acceso y que exijan tal comportamiento de su parte”

El desarrollo del contrato de trabajo, el empleador va creando una expectativa de que la conducta de su empleado es leal; en esa línea, si el trabajador utiliza el *email* laboral en contra de las disposiciones expresas de la empresa, incurre entonces en conducta desleal¹⁶⁰

La posibilidad de detección, por parte del empleador, de la violación de los empleados de su deber de fidelidad es el fundamento para facultarlo para monitorear sus *emails* laborales.

2. b.3)a.3 De Obediencia

El deber de obediencia y subordinación opera como contrapartida del derecho que tiene el empleador de dirigir el trabajo y organizar su empresa.

El art. 86 de la Ley de Contrato de Trabajo en su primera parte expresa: “El trabajador debe observar las ordenes e instrucciones que se le impartan sobre el modo de ejecución del trabajo, ya sea por el empleador o sus representantes”.

Este deber es una derivación de los de buena fe y de fidelidad aludidos anteriormente. El trabajador debe cumplir las órdenes impartidas por su empleador “si resultan legítimas y funcionales, aunque las considere improcedentes desde el punto de vista de la organización de la empresa o de los procedimientos técnicos aplicables”.¹⁶¹

Es decir que si el empleador notifica al trabajador que el correo electrónico de que dispone para trabajar debe ser utilizado solo y exclusivamente para las cuestiones laborales, el trabajador debe cumplir dicha orden y carece de facultad para cuestionarla.

2. c. El e-mail para uso personal y laboral

Adentrándome en el tema que me convoca, debemos diferenciar el e-mail para uso personal de aquel que fuera a usarse con fines laborales. Para ello hay que tener en cuenta, entre otros elementos, el dominio con el que está registrado el e-mail, el tiempo en que es usado. Por lo tanto es vital que tanto empleadores como trabajadores conozcan los límites de sus derechos. ¿Cuáles son? Por un lado, el derecho a la intimidad que tiene el trabajador al hacer uso de un medio de comunicación privado, consagrado en nuestro derecho Civil y Constitucional; y por otro lado, el derecho y la obligación, que tiene el empleador de dirigir y de disponer del tiempo del trabajador en el horario de servicio. Claro está que nada es absoluto, pero sí se empiezan ya a diferenciar en la jurisprudencia tanto mundial como local, cuál es el criterio a tomar cuando estos conflictos de derechos se chocan en la realidad. Por un lado debemos destacar que un dominio de la empresa brindado al trabajador para un único fin, el de uso del mismo con fines laborales, debe ser utilizado únicamente con dicho fin y dentro de los horarios de trabajo, salvo autorización expresa del empleador y que como ya hemos dicho previamente sobre este *e-mail* el empleado no tiene ningún derecho que

ejercer solo los estrictamente de carácter laboral. Por otro lado, un mail de uso y dominio personal puede ser utilizado por el trabajador, siempre y cuando no choque con los intereses de su empleador, a saber, que el uso del mismo le demande una gran cantidad de tiempo que disipe la atención que debe tener sobre su trabajo. Si este último es utilizado con fines laborales, que sea con expresa autorización del empleador, que si no es utilizado en el transcurso de sus horarios de trabajo el empleador sea avisado por el hecho de estar haciendo uso de una herramienta de trabajo. Por otro lado, son conocidos los diferentes recaudos que toman los empleadores a fin de que sus dependientes no abusen de la confianza depositada en ellos al otorgarles dichas herramientas de trabajo. Otro tema a considerar, cuando hablamos acerca del uso personal de la computadora, son los archivos temporales que son otra de las herramientas que los empleadores poseen para saber qué estuvo haciendo su dependiente en las horas de trabajo.

No me parece justo que un mail de uso personal sea controlado por los empleadores, si así hubiese estado autorizado el empleado a hacerlo, por lo que se deberían implementar sistemas dentro de las redes de las empresas que diferencien los *e-mails* de uso laboral de los que no, los tiempos en que los mismos pueden ser utilizados y los tiempos en que no, que directamente se le impida utilizar o acceder a determinadas páginas desde Internet las cuales pueden ser aquellas que sirven para acceder al correo personal. Lo fundamental de ello es que el trabajador debe ser eficiente en sus horas de trabajo, para luego poder gozar de su intimidad a su arbitrio, aunque se reservaría la empresa, el poder de, responsabilizar al empleado que usando herramientas de trabajo del establecimiento, hiciere uso de su e-mail personal y con ello provocara trastornos en el sistema informático como causa de introducción de virus o spam. Por ende, la ley nunca debe respaldar la negligencia en el actuar, por lo que si aquello estuviera permitido, sería bajo su uso prudente y con la responsabilidad correspondiente.

El empleado en el ámbito de su trabajo, conserva por cierto su derecho a la intimidad pero este no es absoluto, sino que, como bien lo sostiene Cifuentes¹⁶², esta limitado por las necesidades sociales. En este orden de ideas, el empresario con facultades para organizar y dirigir su empresa puede válidamente vedar o limitar el uso

de la herramienta informática para fines personales y puede también, controlar que dicha directiva sea cumplida como lo hemos ido exponiendo.

Y no sólo se puede, a través de la monitorización del *e-mail* laboral, controlar el cumplimiento de sus órdenes, sino que puede y debe controlar que todas las tareas a cargo del empleado sean cumplidas en debido tiempo y en forma¹⁶³. Ello por cuanto, como bien lo sostiene Morales García, los derechos fundamentales, cuando se ejercitan dentro del ámbito de la relación laboral, están sometidos a límites distintos de los que rigen en otras parcelas de la vida social¹⁶⁴.

De lo que se trata de exponer más detenidamente en este punto es de la ausencia de expectativa por parte de los trabajadores de lo que es comunicado es secreto; esto es, se trata de la existencia del conocimiento previo del empleado de que su comunicación puede ser controlada por el empleador¹⁶⁵, ya que como sostiene Fernández Esteban: “ El secreto protegido en el art. 18 de la Constitución Española no es aquel que resulta de garantías técnicas de secreto, sino la expectativa del comunicante de que su comunicación no va a ser interceptada por terceros ajenos a la comunicación”.¹⁶⁶

Ahora bien, se intentará dar, en concreto, cuales son los fundamentos válidos que permiten afirmar que el empresario puede acceder a la correspondencia electrónica del empleado aclarando, por cierto, que se trata de la correspondencia que envía o recibe el empleado a través del *e-mail* laboral.

No pueden considerarse argumentos válidos las posibilidades técnicas de acceso que ofrece hoy la tecnología. Que el responsable del servicio esté capacitado para, en la actualidad, abrir, controlar y leer todos los mensajes enviados desde una dirección de correo electrónico de su sistema, como también los mensajes entrantes y los que están en tránsito, no equivale a que cuente con autorización jurídica para hacerlo¹⁶⁷.

Por su parte, el hecho de que el correo electrónico sea de propiedad de la empresa, tampoco alcanza- si se lo utiliza exclusiva y aisladamente- para convalidar la facultad del empresario de controlar la correspondencia que por aquel circula. Esto es,

solo servirá de argumento válido si va acompañando de otras condiciones. Estas, como ya hemos ido desarrollando en los anteriores capítulos, son aquellas que hacen al aviso previo al trabajador de la imposibilidad de utilizar el *e-mail* laboral para cuestiones personales y de las facultades empresariales de control.

Luego una vez cumplidos estos requisitos, la información que se transmita a través del correo electrónico laboral le pertenece a la empresa y, por ende, puede acceder a la misma. Ello es así, toda vez que avisado previamente el empleado de que los *e-mails* laborales deben versar, en forma exclusiva, sobre cuestiones atinentes al desempeño profesional, este no puede tener ninguna expectativa de intimidad o privacidad.

En definitiva, no puede hablarse de la existencia de intimidad en el ámbito laboral, vinculada al contenido de los correos electrónicos laborales del trabajador, si previamente se ha definido una política en la empresa que impide el uso de la herramienta informática para cuestiones personales, dicha política ya ha sido notificada al empleado. Esa misma política empresarial que impide al trabajador tener alguna expectativa de secreto, habilita al empleador a monitorizar el contenido de los *e-mails* laborales. En el mismo sentido, Thibault Aranda¹⁶⁸ ha sostenido: “El conocimiento por el trabajador de las condiciones de uso- exclusivamente profesionales- y de la posibilidad de acceder a los sistemas de comunicaciones por parte del empresario será garantía suficiente; en la medida en que la expectativa de secreto no nace, el derecho a la intimidad, según su moderna concepción de derecho a controlar el flujo de información que sobre el mismo circula no corre riesgo¹⁶⁹”

El art. 1071 bis del Código Civil¹⁷⁰, agregado al Código Civil mediante ley 21.173, sancionada y promulgada en el año 1975, vino a ampliar el ámbito de protección que una serie de normas del ordenamiento jurídico argentino le habían acordado a la intimidad de las personas, como son las contenidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.

El bien jurídico tutelado del art. 1071 bis es la “Vida ajena en lo que hace a su aspecto privado”¹⁷¹. Para Zabala de González lo tutelado por el derecho a la intimidad es la reserva, que constituye una proyección de la libertad espiritual de la persona.¹⁷²

En definitiva, el bien jurídico tutelado por el art. 1071 bis del Código Civil es la intimidad de las personas, es “el derecho a estar solo”, conforme fuera definida en sus orígenes la intimidad; es una definición que en la actualidad no cubre todo lo que hoy se encuentra incluido en el ámbito de este derecho.

Según la segunda acepción del diccionario de la Real Academia Española, intimidad es la “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”¹⁷³.

Este derecho comprende, en relación con el objeto de estudio, el secreto a los actos privados, como consecuencia directa del derecho que toda persona tiene a que sea respetada su intimidad, la facultad de mantener en secreto sus actos de la vida privada, como así mismo el secreto de la correspondencia epistolar y de los papeles privados.

Las comunicaciones, ya sean telegráficas, postales, telefónicas, o de cualquier otro tipo y los papeles privados se tutelan no por lo que son o valen materialmente, sino por lo que representan espiritualmente, como proyecciones de la persona, ya que la libertad exige el derecho de mantener reserva sobre lo que se piensa, hace, tiene o padece. Por la misma razón, no estarán protegidos dentro del ámbito del art. 1071 bis, sino en cuanto tengan relación con la vida íntima del afectado. El adjetivo de “privados” aplicados a los papeles no se refiere, pues, a su pertenencia o posesión, sino justamente a la naturaleza particular o personal de su contenido¹⁷⁴.

Sin dudas, una regulación más específica y acorde con las nuevas tecnologías, encajaría perfectamente con las exigencias jurídicas actuales, debiendo indicarlo expresamente, y sobre todo, abarcarlo desde el ámbito laboral. Al decir de la Dra. Bonilla “el ordenamiento jurídico debe hacer frente a esos cambios introducidos en la sociedad de la información para proteger los intereses y derechos de los ciudadanos que vean sus derechos constitucionales afectados.”¹⁷⁵

En base a lo expuesto, sobre el derecho a la intimidad, vemos un notable conflicto jurídico, que sólo entendemos solucionable, a la hora de redactar la norma legal, en que se haga hincapié en la necesidad de que el empleador, en conjunto y con el

consentimiento de los trabajadores, establezcan las formas de llevar adelante un efectivo control de parte de los empresarios sobre el uso del e-mail en el ámbito laboral. Deben existir límites legales expresos sobre el derecho a la intimidad del trabajador, pero que a su vez le puedan garantizar al empleador que sus dependientes dedicarán sus horas laborables a los fines de la empresa. Así entendido el derecho, no consideramos que exista conflicto jurídico en forma alguna. Esto porque a las reglas claras, no se las pueden quebrantar tan fácilmente.

Debe concluirse entonces, que el derecho de control del empleador sobre el uso del tiempo de trabajo, la utilización de los medios informáticos y la calidad de la prestación a cargo del trabajador, es un derecho legítimo del principal, pero que encuentra como límite insoslayable la preservación del derecho a la intimidad del trabajador, con el alcance expuesto.

2. d. Cuentas Web y cuentas Pop

Hay que saber, antes de iniciar el desarrollo de cada cuenta en particular, que su diferencia es esencialmente técnica, más allá de lo que a continuación se comentará. Mientras, las cuentas *web* son obtenidas en los distintos sitios de Internet que ofrecen generalmente en forma gratuita el servicio de este tipo de cuentas; las cuentas Pop se obtienen por contratación de servidores, que generalmente son servicios privados por cuya utilización debe pagarse un precio a cambio, según lo acordado entre las partes (servidor y usuario).

2. d.1) De los e-mails de cuentas Web o correo electrónico privado

Podemos destacar como las más típicas aquellas en las que el usuario posee una cuenta de correo de forma gratuita como un servicio proporcionado por algún *host* de la red o un proveedor de servicios, e incluso existen direcciones de correo que se

ofrecen previo pago de una cuota, lo cual es menos común, en virtud de la facilidad de acceder gratuitamente a una cuenta personal.

En estos casos, los usuarios del servicio quedan supeditados a las normas de seguridad y de uso de la cuenta que aceptan en el momento de realizar la suscripción al servidor que les proporciona el beneficio de una cuenta.

Desde el punto de vista jurídico este correo es de uso estrictamente personal y por ende no puede ser manipulado, interceptado, intervenido o alterado de alguna forma si no se posee una autorización judicial, pues corresponde legalmente a una naturaleza idéntica a la del correo tradicional y por ende se encuentra protegido por la privacidad en las comunicaciones y por el derecho a la intimidad. Por lo tanto no se puede imponer al usuario trabas o limitaciones para poseer una cuenta de correo electrónico que le permita utilizar este servicio de mensajería de forma gratuita y sin poner en peligro su derecho a la intimidad y a la privacidad de las comunicaciones, pero lo que si se puede restringir es el acceso a Internet, medio necesario para acceder a los mismos dentro de la red que proporciona el empleador.

La propiedad de los mensajes que se transmiten por este medio es del titular de la cuenta de correo seria, el usuario que recibe el servicio y no del servidor que ofrece el servicio, pues este es un simple administrador técnico, una vez que proporciona la facilidad de acceso y que por consiguiente se encuentra obligado a adoptar las medidas necesarias para proteger al usuario tanto en la manipulación de sus datos, como en lo que respecta a medidas de seguridad para evitar que su correspondencia sea violentada por un tercero no autorizado.

El usuario que es el titular de la cuenta, por su parte, queda obligado a adoptar sus propias medidas de seguridad como el resguardo de la clave, *password* o *pin* que se le concede para el acceso exclusivo a su cuenta y a utilizar el servicio según las condiciones que acepte en el contrato de suscripción, que para que se sepa, es un contrato de adhesión en donde el potencial usuario sólo tiene la posibilidad de aceptar las reglas impuestas por el servidor para el uso del servicio de e-mail o la de buscar otro servidor en el que las reglas se ajusten a su conveniencia, rara vez se podrá encontrar a disposición de los usuarios privados.

La violación del correo electrónico está tipificada en el Código Penal Español, tratando la inviolabilidad de las comunicaciones, protegiendo en forma expresa a los mensajes de correo electrónico¹⁷⁶ y deja en claro la aplicación de medidas más severas cuando la violación de la mensajería sea realizada por el encargado del *host* que brinda el servicio indicado¹⁷⁷, lo cual nos indica claramente que la tendencia del derecho mundial vigente es proteger expresamente la privacidad de las comunicaciones por e-mail. Todo lo contrario sucede en nuestro país, ya que recientemente una jueza porteña Ana Díaz Cano, negó la protección del correo electrónico de un abogado, al cual le habían *hackeado* el propio, alegando que, ingresar a una cuenta de e-mail ajena y utilizar información contenida en ella no es un delito para la Justicia Argentina. Sostuvo que el vacío legal que existe en el campo de los delitos informáticos le impidió actuar de otra manera.¹⁷⁸

2. d.2) De los e-mails de cuentas Pop o correo electrónico laboral

Como sabemos, no todas las cuentas Pop son de índole laboral, sin embargo, y como consecuencia del tema tratado es que, refiriéndome a este tipo de cuentas Pop, podemos destacar una nueva interpretación en la medida que se considera que su titular (trabajador o servidor público) no es el dueño de la cuenta sino que lo es el empleador que proporciona la misma para fines exclusivamente laborales y por ende las normas deben tender en este caso a proteger los intereses de una persona física o jurídica como titular de la cuenta de correo, que se le asigna a un funcionario o trabajador para su uso y administración en nombre del cargo que desempeña y para fines estrictamente laborales.

Muchos autores priorizan la protección del derecho a la intimidad del trabajador dentro del correo electrónico sobre el derecho de los empresarios. Sin embargo debe evaluarse en este caso que hoy en día todo ciudadano tiene amplias posibilidades de poseer una cuenta personal y gratuita de correo electrónico en uno de los múltiples sitios de la Red que lo proporcionan. Si el trabajador puede acceder por su cuenta a ese servicio de mensajería digital, no existe razón alguna por la cual deba utilizar las cuentas de correo asignadas en su trabajo para fines personales, pues están en juego intereses de la empresa

Por tanto, quienes defendemos este argumento consideramos que si el ciudadano tiene acceso gratuito a cuentas de correo en Internet, la cuenta de correo que proporciona la empresa no tiene por qué ser utilizada para fines personales o privados. Incluso se autoriza dentro de esta perspectiva, el control patronal sobre el contenido del correo, pues se interpreta que la cuenta no pertenece al usuario sino al empleador.

Un tema de vital importancia es el de analizar las diferencias existentes entre el correo proporcionado por la administración pública y el proporcionado por el empleador privado

2. d.2) a) El correo proporcionado por el empleador privado

El trabajador posee una cuenta que si bien puede contener su nombre para identificación del usuario y la identificación de la persona con los actos que gestiona a través de su cuenta, también contiene un elemento que distingue a la empresa y por medio del cual quedan fusionadas todas sus actuaciones con esa empresa que le otorga la cuenta (Ej.: empleado@empresa.com).

Entonces, si el empleado decide usar el correo para asuntos personales (Ej: enviar chistes, mensajes religiosos, noticias, pornografía, o cualquier tipo de información fuera de su espectro laboral) lo hace por intermedio de una mensajería laboral que no le pertenece y sobre todo está sobre utilizando los bienes de la entidad para la que trabaja y ejerciendo acciones para las que no ha sido autorizado por el servidor que le proporciona el servicio.

Por ello resulta imprescindible que previo a conceder una cuenta de correo electrónico, la empresa advierta al trabajador las condiciones de uso de ese servicio, y que proporcione los códigos de conducta pertinentes.

Para aquellos empleados que desobedezcan las reglas del uso del e-mail, se debe aplicar sanciones ejemplificadoras, para ello debemos distinguir entre los distintos matices de gravedad sobre el uso indebido del mismo: quienes lo han utilizado para uso

personal, sin distinción alguna, ello ya implica un hecho grave, dado que se está dañando directamente la imagen de la empresa por hacer un uso indebido del e-mail que tiene sólo fines laborales y no personales; ello podría llegar a ser más grave aún, si el uso fue hecho durante los horarios de trabajo; y complicando más todavía, sin dudas, al trabajador, para el caso de que el contenido del mensaje personal transmitido por medio de un e-mail laboral sea contra la moral y las buenas costumbres; aplicándose una mayor sanción todavía, si el destinatario sería un cliente o proveedor de la empresa propietaria del dominio del correo electrónico. Todos estos hechos deberán tenerse en cuenta a la hora de evaluar el perjuicio que el uso incorrecto, del e-mail laboral le pudo traer a la empresa, porque de ello dependerá, a mi entender, que este asunto sea causa directa de despido por injurias contra la empresa o que se aplique una sanción menor. La extinción del contrato de trabajo en nuestra ley puede producirse por haber una justa causa art. 242 de la ley de contrato de trabajo el cual dispone “Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo, en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación. La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y en las modalidades y circunstancias personales en cada caso”¹⁷⁹. Este artículo de la ley permite al juez decidir si la causa invocada como determinante para la extinción de la relación laboral tiene esa entidad, esto es importante, a la hora de resolver estas cuestiones que no tenía eco en nuestro derecho al momento de sanción de esta ley. Este tema se desarrollara más exhaustivamente en el capítulo 3

Diferente es el caso del uso del e-mail personal en el establecimiento de trabajo, debiéndose evaluar sobre todo, durante qué tiempo fue utilizado dicho mail, o sea, si fue en horas de trabajo, si es una distracción habitual del empleado o si sólo fue ocasional, si fue o no con fines laborales, si ello trajo alguna consecuencia que afectara gravemente a la empresa, si fue autorizado o no al uso del mismo con dicho fin. Todos estos datos también van a ser vitales a la hora de definir una sanción sobre el empleado infractor. Pero lo que sí creo, que al no estar difamando a la empresa mediante el dominio del e-mail, se puede llegar a concluir *prima facie* que dicho desvío no es tan grave como la descripción que se hizo inmediatamente anterior. Lo razonable es que si no se dan agravantes de consideración, en estos casos se los deba aperebir con

sanciones temporales y no definitivas como es el despido. En este último supuesto, lo que sí es sancionable es la utilización de las herramientas de trabajo (computadora, líneas de conexión empresarial a la red, ordenador de la empresa, electricidad a cargo de la empresa, etc.) y en su caso las horas de trabajo, por lo que sí cabe, como dijimos, los apercibimientos del caso.

Ello no impide, a nuestro entender, que los sindicatos puedan utilizar este medio de comunicación de forma legítima para comunicarse con sus afiliados, y en este caso el empleador no puede alterar el contenido de tal comunicado ni interceptarlo, por imperar la libertad sindical en este asunto y porque se trata de utilizar un medio de comunicación para intereses que indirectamente también tiene estrecha relación con el trabajo en donde interactúan patronos, trabajadores y sindicatos. También parecería razonable sostener que no sería oportuno que los trabajadores tomaran el tiempo laboral para leer cada información que provenga del sindicato. A nuestro entender, lo razonable sería que la empresa permita para estos casos la impresión de los documentos sindicales que llegan vía e-mail, para que luego en sus hogares o en sus tiempos libres, los trabajadores puedan tomar noticia de dichas informaciones.

Otro punto que debemos diferenciar dentro de este mismo rubro, es la distinción que hay entre mensajes que se envían desde el correo electrónico laboral (tema que acabamos de desarrollar), del que se recibe en esa misma dirección. El mensaje que se recibe es responsabilidad exclusiva del emisor externo, exigiéndosele solamente al trabajador el mínimo deber de diligencia en la manipulación de ese mensaje, de modo que de ninguna forma dañe al empleador, como sería la recepción de un archivo contaminado con un virus, de material que afecte derechos fundamentales del usuario o de terceros o que atente contra la seguridad general de la empresa, entre otros posibles problemas. Tampoco podría el trabajador que recibió por *e-mail*, por ejemplo, una lista de chistes, reenviarlo a sus compañeros de trabajo. Estos siguen siendo problemas que conllevarían al infractor a ser sujeto de apercibimientos menores, pero como se ha dicho, su reincidencia provocaría su despido justificado de la empresa. Como se habrá podido advertir, estas reglas van acompañadas de sentido común y prácticas de la costumbre informática-laboral, por lo que la persona media debería aceptar fácilmente lo que se exige, pero de todos modos, entendemos que la sanción de la ley dejaría en claro sobre qué bases se están delimitando los usos correctos de la

herramienta del e-mail. Todos estos problemas tienen en el fondo también su razonamiento técnico, dado que ya es conocido que muchos de los mensajes que pudieran reenviarse provenientes de emisores externos del ámbito laboral, por más buena intención que haya en ellos, como ser pensamientos de amistad, en el fondo de ellos se deduce una doble intención de lograr por intermedio de su difusión, se genere a favor de empresas invisibles para el usuario, bancos de datos con las direcciones de quienes se inscriban en la cadena de emisiones.

2.d.2)b)El correo proporcionado por la Administración Pública

No es del tema específico de esta investigación, pero sí creo que es importante explayarme sobre las diferencias generales que existen entre el empleador privado nuestro tema de investigación, y aquellos *e-mails* proporcionados en la Administración Pública. Cuentas de correo electrónico concedidas a funcionarios o servidores públicos e incluso existen universidades estatales que proporcionan estas cuentas, inclusive a sus estudiantes, con la particularidad que las cuentas identifican al usuario con el gobierno central o descentralizado de un Estado, lo que hace que las exigencias sean aún mucho mayores para esta clase de usuarios.

En los supuestos de las cuentas asignadas a los funcionarios públicos, éstas se otorgan para que ejerzan sus funciones ordinarias y para permitir la comunicación entre los servidores públicos, las instituciones estatales y los ciudadanos. A diferencia del empleador privado, los documentos que emiten los funcionarios públicos no son simple mensajería, sino que en la medida que cumplan los requisitos de un documento público, el contenido de los mensajes adquiere una importancia aún mayor, y por ende la publicidad de los mismos también (su estado de publicidad, pasa a ser obligatoria para la sociedad). Efectivamente, si el archivo fue emitido por un empleado público competente, en el ejercicio de sus funciones, contiene los requisitos de un documento público y si fue emitido con los medios que facilita la Administración el archivo es por tanto un documento público y ello es válido y eficaz.

Dicho esto, debemos detenernos en el derecho de acceso que tiene un ciudadano común, que es el derecho de participar en su gobierno, controlando, criticando y velando por el buen funcionamiento de sus instituciones. Dicho derecho

puede ser limitado para el ciudadano, dada las características que pueden contener ciertos archivos que se decidan transmitir desde la Administración pública, a saber, donde su naturaleza jurídica lo indica, que es la base de datos que posee en sí misma este ente regulador. Por ello, este derecho al acceso a la información que tiene el ciudadano se ve limitado por el sólo hecho de la seguridad que los datos de la Administración pública merece, exactamente, no sería razonable que cualquier ciudadano pudiera violar fácilmente los datos que este ente lleva sobre las distintas operaciones y recaudaciones que le es propia dentro del ámbito de su actividad. Pero más allá de las limitaciones obligadas de protección a la seguridad pública, las comunicaciones electrónicas de la Administración son públicas y no privadas, por lo que no rige en esta tipología el principio de intimidad de las comunicaciones al no haber sujeto pasivo sobre cual resguardar tal intimidad, pues el Estado es un ente público. A raíz de esta aparente controversia, entre su naturaleza de publicidad y la necesidad a su vez de la protección de datos públicos, es que surgió el principio de la seguridad digital, para evitar un daño ulterior a los bienes e intereses del Estado.

Es por la entidad de esta problemática, que la provincia de Buenos Aires, dictó una normativa para regular el uso responsable de los elementos informáticos; y esta dispone en relación al correo electrónico: Las direcciones de correo electrónico, direcciones I.P. y nombres de dominio y demás recursos pertenecientes al organismo, constituyen bienes intangibles de valor económico de propiedad de la provincia de Buenos Aires, por lo que toda utilización de los mismos será considerada como realizada en su representación, salvo que expresamente se dejare aclarado que dicha utilización y sus consecuencias “no constituyen la posición oficial del organismo”.

El incumplimiento de esta normativa puede resultar en la negación de acceso a los sistemas de información del/los organismo/s u otras organizaciones que actúan en forma coordinada con la provincia, además de la aplicación de las medidas disciplinarias que correspondan en cada caso.

La Dirección Provincial de Informática y Comunicaciones, definirá las normas, procedimientos y acciones, con el propósito de establecer un nivel de acceso adecuado a los recursos y necesidades del organismo.

2. e. La seguridad Digital y el Correo Electrónico¹⁸⁰

La seguridad digital puede proteger la información que se resguarda en formato electrónico ya sea en línea en la *web* o en ordenadores privados o públicos, mediante mecanismos técnicos y normas de seguridad empresariales o institucionales que protejan los bienes y la información sensible o en trámite.

Cerrando ya de esta manera el ámbito público, no propio de esta investigación, podemos decir que para los empleados estatales, éstos son depositarios de bienes públicos, llamados a ejercer todas las acciones de control y supervisión de aquellos bienes adquiridos con recursos del Estado. Es parte del deber de diligencia y sana administración, proteger la información sensible, proteger los recursos y tomar toda previsión posible que evite eventuales responsabilidades administrativas, civiles o penales, o bien pérdidas que representen un perjuicio económico para el Estado.

Por otro lado, los trabajadores de empresas privadas, dentro de su contrato laboral, en forma explícita o implícita, están llamados a proteger los bienes de la empresa en la que trabajan, por lo que adoptar medidas para proteger la información que en ambos casos se manipula por el correo electrónico o evitar accesos no autorizados en virtud de un uso no diligente de sus claves o revelación de las mismas a terceros; resulta una obligación inherente a su condición de empleados.

Otro problema que podría surgir es que quienes nos brindan el servicio de correo electrónico (los técnicos de los servidores) irrumpen en la propiedad privada del e-mail asignado al usuario. De ello no habría ningún tipo de problema si de entrada, en los contratos de adhesión figuraran la delimitación de las responsabilidades para estos casos de violabilidad del correo electrónico privado, indicando cuales sería los abusos a dichos correos y fijando las indemnizaciones cuando se afecte a la empresa o a los usuarios o a terceros.

El problema es que estos técnicos son capaces de manejarse desde otro lado del mundo accediendo a cualquier tipo de información e implementando a su antojo cualquier tipo de virus sobre nuestros *e-mails*. De ahí que no he descartado la necesidad de la regulación a nivel global para la sanción de leyes que en primer término delimiten

los derechos y obligaciones de los servidores; y en segundo término ataquen con mayor fuerza a aquellos que no respeten las reglas de las leyes fundamentales a nivel mundial. Esto puede ser llevado a cabo mediante tratados entre naciones o países o dentro de los grupos de países que ya se encuentran comprometidos por diferentes convenios regionales. Pero como ya hemos visto sería poco útil una regulación interna o propia si se quiere de la propia red, ya que al no haber un organismo o una autoridad de aplicación ni una unidad de echo en la red sería de muy difícil su cumplimiento.

2. f. Uso del e-mail con fines sindicalistas en horarios de trabajo

Cabe preguntarse si la representación gremial en la empresa puede disfrutar de los nuevos medios de comunicación existentes en la misma para informar y comunicarse con los trabajadores de cuestiones laborales o sindicales, interrogándonos también sobre la obligación empresarial de ceder o permitir el uso de sus herramientas de comunicación, así como su sostenimiento económico. El problema de la asunción del coste que los medios de comunicación de la empresa conllevan para la transmisión de información laboral o sindical no se plantea, sin embargo, cuando la comunicación con los trabajadores se efectúa a través de un servidor externo a la empresa, en cuyo caso es la organización emisora quien asume el coste que el envío telemático comporta, convirtiéndose la empresa en un mero receptor de información.

Ahora bien, en ningún caso, se permitirá al empresario la facultad de censurar la distribución de determinada información en la empresa y, mucho menos, de interceptarla pues, en el primer supuesto, se produciría una violación del derecho de la libertad sindical de raigambre constitucional, y además a el derecho a las comunicaciones.

La medida reactiva del empleador cuando por medios antijurídicos conozca del contenido de la comunicación enviada por la representación sindical en la empresa consistirá en el traslado de la misma a la autoridad competente o, en su caso, en el ejercicio de las acciones judiciales que pudieran corresponderle, mientras que respecto del trabajador individualmente considerado podrá ejercer las pertinentes sanciones

disciplinarias por abuso de las herramientas de trabajo, pudiendo llegar al despido por trasgresión de la buena fe contractual.

En efecto, la existencia de organizaciones sindicales, asociaciones gremiales u otras similares, que tengan por función la legítima defensa, asesoramiento y representación de los derechos de los trabajadores, representa una garantía de raigambre constitucional y que de ningún modo se agota o se enmarca exclusivamente en el derecho de intimidad o privacidad del trabajador, y por otro lado, tampoco debe ser coartado sin más por el empleador basándose en su derecho de dirigir, instruir, controlar y vigilar al trabajador en el marco de la relación laboral de que se trate.

Tal como nuestra ley madre lo prevé, no existen derechos absolutos, sino sometidos a las leyes que reglamentan su ejercicio, art. 14 C.N., por lo que si bien el empleador no debe coartar el derecho de su empleado de recibir información, circulares, etc. de la organización gremial o asociación de que se trate, a la que éste afiliado por vía del mismo correo electrónico provisto por su empleador y siempre que se trate de cuestiones específicas relativas a los derechos y garantías del propio trabajador, a su vez tampoco la organización gremial y/o el empleado no podrán arrogarse el ejercicio de este derecho de comunicación en forma ajena a la relación gremial, e ilimitada ya que configuraría un abuso de derecho, según lo dispuesto por el art. 1071 Código Civil.

Es decir que la comunicación deberá en todo caso, ser específica en su objeto gremial, medida y limitada en su cantidad, esto último a los fines de no generar una ocupación excesiva del correo electrónico del empleador, configurándose así, una conducta abusiva, cuando lo que se pretende es generar una armónica conjunción de derechos, conforme la impronta y sentido de la norma redactada.

Por su parte, se puede aseverar que si la norma no regularía, igualmente, sería legítima la posibilidad de utilizar el correo electrónico laboral para ejercer la comunicación gremial y/o toda aquella que haga a los legítimos intereses del trabajador, por aplicación de la regla sustentada por la norma del art. 19 de la C.N.

No obstante, este vacío legal en la materia específica analizada, podría ser materia de conflicto, al posibilitar dejar sometido al arbitrio discrecional del empleador

o del empleado o del gremio o asociación de que se trate, toda comunicación en tal sentido generando abusos y desequilibrios disvaliosos entre las partes, previsibles y evitables.

A fin de abordar la cuestión relativa a la “publicidad sindical vía correo electrónico” es necesario mencionar el fallo publicado el día 20 de marzo del 2001 en la página de Internet www.derecho-internet.org, en el cual la Audiencia Nacional Española¹⁸¹, con fecha 6 de febrero del 2001, emitió una sentencia en la que se analiza el conflicto entre el derecho sindical a la información y el uso de los bienes de la empresa. La sentencia afirma entre otras cuestiones: “Que el desarrollo de la información transmitida por el sindicato dentro de un canal de normalidad y respeto del uso específico empresarial, envuelve un *ius usus inoqui* que no obsta el derecho del titular al uso para el que lo instaló. Pero si esa utilización rebasa la normalidad, es claro que tal conducta de los sindicatos, o de las secciones sindicales, constituyen una trasgresión de la situación jurídica creada por la utilización inocua de los miembros del sindicato sobre los servicios prestados por la empresa para la comunicación de sus informaciones por esta vía. Se entiende, asimismo, que ni el contenido jurídico que pueda llegar a contener el mensaje sindical puede superar los límites que la empresa le dio al uso de dicho medio, por lo que los sindicatos deberían respetarlo, dado que el servicio es prestado por la empresa. Pues pretender la declaración de un derecho a favor de los sindicatos con un componente superior a los límites razonables impuestos por las empresas, resulta inadecuado y fuente de seguros conflictos jurídicos. Por lo que entiendo que para que ello proceda con eficacia y normalidad, las partes tendrían que crear la norma dentro del cauce de la negociación colectiva o bien que una disposición con rango legal lo reconociera con la amplitud razonablemente deseada en una relación laboral, como ha sucedido en otras materias por la progresiva extensión de las telecomunicaciones en la sociedad. Por todo esto se considera que debe ordenarse, sea por convenio colectivo, por acuerdo de empresa o por la norma de jerarquía legal que corresponda, el derecho de los sindicatos y de los trabajadores a la utilización de la red de la empresa por medio del correo electrónico para transmitir información sindical, siempre que no rebase los límites razonables de la intervención de aquellos en la relación laboral”.

Con lo desarrollado anteriormente, creo que un trabajador común sólo puede hacer uso del e-mail laboral con fines sindicales a fin de recibir información del sindicato al que esté adherido, debiéndosele otorgar al empleador la posibilidad de imprimir dicha información a fin de que sea leída con posterioridad a las horas laborales. No es este el caso de los delegados del personal de la empresa, que son aquellos trabajadores afiliados al gremio con personería gremial que han sido elegidos por sus compañeros de trabajo para que los represente tanto en el trabajo ante el empresario, como ante el sindicato. Por lo que este delegado de personal cumple con su trabajo en forma efectiva, pero la ley le concede y exige al empresario que se le otorgue horas de trabajo a fin de poder cumplir con sus tareas de delegado. Por lo que sería razonable que éste pudiera enviar información desde el establecimiento de trabajo y con los medios de trabajo para uso sindical. Para ello sería también conveniente asignarle un mail diferente al que la empresa le asigna a él mismo como trabajador como al resto de los trabajadores, por lo que el e-mail podría ser de dominio del sindicato al que representa o tener una referencia a este. Estos derechos que posee el sindicato no deben provocar lesión alguna a los derechos que posee la empresa. Esto es, que la empresa va a tener derecho a filtrar o rechazar que entren a su sistema mensajes que estén, por ejemplo, cargados de virus. Así como el delegado de personal tiene derecho al uso de e-mail para transmisión de informaciones de carácter sindical, mucho más derecho va a tener el sindicato propio para mandarlos desde su establecimiento, con las mismas limitaciones que marcamos con anterioridad. Por tanto, y en base a lo expuesto brevemente, debería la norma de protección del correo electrónico, contener una referencia expresa a estas situaciones, y con el fin de contemplar los principios que a continuación desarrollaremos.

2. f.1) Los trabajadores y sus organizaciones sindicales

Gozan en sus relaciones profesionales del derecho de comunicarse por medio del correo electrónico provisto por el empleador al trabajador para el desarrollo de la

actividad laboral de que se trate en aras a una debida y adecuada protección y defensa de los derechos de los trabajadores.

2. f.2) El ejercicio del derecho de información y comunicación

Este surge de la relación trabajador-organización sindical establecido a través del correo electrónico utilizado por el primero en su relación laboral con el empleador, pero como hemos establecido este debe ser de uso específico y medido, a los fines de evitar la generación de ciertos daños al empleador derivados de la ocupación excesiva o abusiva del correo electrónico citado.

2. f.3) Desarrollo de la relación y sus límites

En los términos de especificidad, razonabilidad y medida de las comunicaciones desarrolladas entre el trabajador y la organización sindical de que se trate y por medio del correo electrónico del empleador, éste no impedirá, alterará o limitará tal comunicación enunciada.¹⁸²

2.g. Distracción o eficiencia. Dichos problemas, ¿pueden ser causa de despido?

Como se ha venido sosteniendo, el e-mail en el ámbito laboral es un arma de doble filo, por un lado ella sirve para quienes la quieren usar en forma efectiva y lograr grandes avances a nivel laboral, incluso marcando un status para quienes contraten o se relacionen con quien posea dicha herramienta. Pero a su vez, encontramos personalidades que dan preponderancia a la distracción instantánea al usar tanto Internet como el e-mail. Para ellos, lo más conveniente, como se ha sostenido, son las reglas claras, mostrándoles los pro y los contra del mal uso del e-mail para satisfacciones personales, conllevando a veces a provocar trastornos e inconvenientes que alteren la regularidad y la seguridad del trabajo realizado a través de los medios informáticos, herramientas habituales en la realidad laboral actual. Todo ello, puede ser causa justificada de despido en el ámbito laboral¹⁸³, siempre que todo ello sea analizado

en forma efectiva y mediante pruebas, que no impliquen violación de la intimidad del trabajador.

En la ley de contrato de trabajo no existe ninguna norma al respecto ya que los artículos, 70,71, y 72, referidos a los controles que el empleador puede efectuar sobre el trabajador, no se refieren a este supuesto sino mas bien a la salvaguarda de los bienes de la empresa, controlando al trabajador en el ingreso y en el egreso del lugar del trabajo. Ya existen conflictos como resultado del monitoreo laboral del correo electrónico.

Algunos entienden que para este tipo de monitoreo en el ámbito laboral sea válido es necesario que se advierta previamente a los empleados de su utilización. Tema que ya hemos venido desarrollando.

Al respecto ya muchas empresas incluyen en la documentación que el trabajador suscribe a su ingreso un documento en el que se le notifica la política de la empresa en este sentido. Generalmente en este documento también se incluye el tema de la instalación de *softwares*.

Variadas son allí las formulas empleadas, pero podría decir que en general es común que en tales documentos se establezca: a) Que la empresa se reserva el derecho de acceder y controlar todos los mensajes de correo electrónico enviados y recibidos por los trabajadores en los equipos de la empresa. b) Que se encuentra prohibido el envío de correos electrónicos cuyo contenido tenga connotaciones sexuales, o que impliquen agresiones con relación al sexo, edad , raza, religión, opción sexual, o nacionalidad, así como cualquier otro elemento violatorio de la intimidad. c) Que se encuentra prohibida la divulgación de informaciones confidenciales de la empresa, y en especial el ingreso de tales informaciones en sitios no seguros de la red Internet. d) Que la empresa se reserva el derecho de revisar periódicamente el software instalado en las máquinas de la empresa de uso común por los trabajadores y en las máquinas asignadas en forma personal, a fin de verificar que no se halla introducido software en relación al cual no se han abonado los pertinentes derechos de propiedad intelectual.

Un interesante tema vinculado con este tipo de documentación laboral esta relacionado con la facultad del empleador de hacer suscribir tales documentos por parte del trabajador.

Creo que los mismos integran el concepto de reglamento interno de la empresa, y en tal sentido la doctrina y a la jurisprudencia argentina, han considerado, con relación a los reglamentos internos de las empresas, que los mismos deben tener la autorización y convalidación previa de la entidad sindical que representa a los trabajadores. La falta de tal convalidación sindical quitaría a estos documentos validez normativa. De todo ello resulta que:

En la República Argentina no existe ninguna normativa que autorice o que prohíba el monitoreo laboral de e-mail por parte de las empresas.

Pese a tal vacío normativo, entiendo que el monitoreo laboral en las empresas es válido ya que se encuentra comprendido dentro de las facultades del empleador.

En caso de que se quisiera reforzar tal posición mediante un documento escrito firmado por el trabajador, para tener plena validez del mismo debiera ser conformado por la entidad sindical que lo represente.¹⁸⁴

2. h. El despido por uso indebido del correo electrónico¹⁸⁵

El despido con justa causa es el “acto jurídico unilateral por el cual el empleador extingue el contrato de trabajo, con fundamento en el incumplimiento grave de las obligaciones en que incurre el trabajador”¹⁸⁶

El art. 243 de la LCT exige al empleador expresar por escrito, en forma suficientemente clara, la causa que motivo su decisión de extinguir el contrato laboral.

Para que el despido este fundado en una “justa causa”, el trabajador debe haber incumplido sus obligaciones, con una entidad tal, que configure injuria, se debe tratar de

una injuria que por su gravedad torne imposible la continuidad del vínculo, es decir, de un grave ilícito contractual.

El interrogante que se plantea es si el uso del *e-mail* laboral por parte del trabajador, en contra de las disposiciones expresas de la empresa acerca de su utilización exclusiva para las tareas asignadas, previamente notificadas a aquel, configuraría una injuria tal que torne procedente el despido. Y aquí, la respuesta no puede ser un rotundo no ni un rotundo si, siempre dependerá del caso concreto.

Debemos destacar en estas instancias, que el despido es la máxima sanción y, por ello, el empleador deberá analizar si la falta es lo suficiente mente grave como para impedir que continúe la relación laboral, aunque ante la existencia de una demanda judicial será el juez quien, en definitiva hará una valoración prudencial de la existencia o no de la injuria su gravedad, y la consecuencia directa que será la sanción aplicar.

El empresario, antes de proceder al despido del empleado por el uso irregular del *e-mail*, deberá valorar entre otras cosas los antecedentes del trabajador, esto es, si tenía sanciones anteriores, su antigüedad, reiteración de su conducta en el tiempo, perjuicios provocados a la empresa, entidad del cargo del empleado, sus circunstancias personales, etc.

Por su parte, en el caso “V.I.R c. Vestiditos S.A.” fallado en primera instancia se consideró como justo y procedente el despido de una trabajadora que “utilizó repetida y constantemente su horario y herramienta de trabajo (sistema de correo electrónico de la accionada) pese a las indicaciones que en contrario le fueran reiteradamente impartidas, para recepcionar y reenviar el tan particular y en diversos aspectos objetable material literario y gráfico acompañado por la requerida como prueba reservada en estas actuaciones, entorpeciendo en esa forma el sistema de correo de su principal...” . Se expresó asimismo que, si bien, “ ante la ausencia de antecedentes sancionatorios de la dependiente podrían haberse utilizado, antes de la cesantía, las penalidades correctoras de menor alcance contempladas por el ordenamiento respectivo, no es menos cierto que las características que revistiera el tan reiterado proceder de la actual reclamante así como el contenido y trascendencia del material por aquella difundido, provee a mi entender de una justa causa al acto rescisorio adoptado por la principal...”¹⁸⁷. Este pronunciamiento fue revocado por la Cámara, la que expresó: “El correo electrónico

provisto por una empresa posee las características de una herramienta de trabajo que debe ser utilizada para el cumplimiento de la labor y no para fines personales. Sin embargo, en este caso concreto en que fue la propia principal quien concedió el uso de una clave personal de acceso a la actora, no parece adecuado sostener que pudiera imponerse unilateralmente del contenido del correo sin ninguna advertencia previa...”.

En consecuencia, mas allá de los parámetros apuntados para graduar la medida de la sanción, en cada caso en particular se deberá evaluar si la falta del empleado torna imposible la prosecución de la relación laboral.

Conforme hasta lo aquí expresado, el uso de *e-mail* laboral por parte del trabajador para fines personales configuraría una falta que, en principio torna procedente el despido. Y la causa legal en que se debería encuadrar sería una pérdida de confianza, un incumplimiento de sus deberes de fidelidad y también que en su proceder, el trabajador, puede haber configurado una disminución del rendimiento que haya sido significativa, tanto en su cuantía como en su duración en el tiempo.

Podemos mencionar dos motivos expuestos en la jurisprudencia por los cuales se podría legitimar el despido por el uso indebido del correo electrónico e Internet: Tránsito de la buena fe y el abuso de confianza.

Al respecto debemos decir que el Tribunal Superior de Catalunya consideró procedente el despido de una trabajadora de la firma *Dermofarm S.A.* que hizo uso de la red en horas de trabajo para fines distintos a sus cometidos profesionales. La empleada tenía acceso a Internet como una herramienta más de trabajo para llevar a cabo su cometido. Esta trabajadora consideró que se trataba de un despido improcedente y lo puso a conocimiento del Juzgado en lo Social N° 17 de Barcelona. En una primera sentencia, el citado juzgado le dio la razón a la trabajadora y ordenó a la empresa que la volviera a readmitir o en su defecto la indemnizara por despido sin causa. Fue entonces cuando la empresa *Dermofarm S.A.* recurrió ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya que, tras valorar nuevas pruebas, ha sentado una nueva jurisprudencia al respecto, al fallar que se trata de un despido ajustado a la ley. En la sentencia se expresó: “no se puede considerar que el acceso a las páginas *web* de ocio fuese un mero

instrumento de búsqueda de información y sí, por el contrario, una forma lúdica de ocupar el tiempo de trabajo que, a la vez es extraña a las exigencias de buena fe en que éste debe desarrollarse, resulta incompatible con la estricta finalidad laboral asignada a la herramienta informática de que se trata.”¹⁸⁸

Si bien se trata de un tema probatorio, es importante tener en cuenta este antecedente jurisprudencial, ya que el acceso a sitios de Internet (sitios de ocio) es una situación por la que atraviesan la mayoría de las empresas que les proporcionan a sus empleados esta herramienta, y si esto afecta la productividad de sus empleados y por lo tanto de la empresa misma, se convertiría en un agudo problema laboral.

Sobre este tema podemos también mencionar una sentencia del 5 de julio del año 2000 del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. En este caso, dos trabajadores fueron despedidos por enviar correos electrónicos durante un mes y medio, a dos de sus compañeras. Dichos correos eran claramente obscenos, y en esta empresa se había comunicado previamente que no estaba autorizado el uso de los medios informáticos para asuntos ajenos a la empresa. Es decir, existía ese aviso previo del que tanto hemos hecho mención. En esta sentencia, el tribunal considera que no es necesaria la advertencia de la empresa de no poder usar particularmente el sistema informático para dichos fines, pues de acuerdo con el art. 5 del Estatuto de los Trabajadores, éste obliga a cumplir con sus obligaciones entre los que está excluida la realización de actividades ajenas al puesto de trabajo en el horario laboral. La sentencia consideró que los despidos eran procedentes, por existir en el accionar de los trabajadores trasgresión de buena fe y abuso de confianza.

Más allá de los argumentos jurisprudenciales expuestos, considero de gran importancia para nuestro derecho en particular, la necesidad de que en la regulación, se exija el aviso previo por parte del empresario, especialmente sobre los modos a realizarse esta actividad, exigiéndose el consentimiento de parte del trabajador sobre dicho proceder de su empleador.¹⁸⁹

Son estos casos del derecho comparado que hemos expuestos, y las prácticas habituales en relación a esta herramienta, los que han despertado en esta era de la

informática, la necesidad del tratamiento legal de los derechos que emergen del uso del e-mail en el ámbito laboral.

En nuestro país hay un número menor de casos, pero no menos importantes esto se debería a que en nuestro país, todo se desarrolla con cierto *delay*, nuestros tribunales laborales han tenido que experimentar con soluciones, adecuadas a las nuevas situaciones planteadas en la materia.

Estas son algunas de las resoluciones a las que han llegado. Con respecto a la necesidad de una clara comunicación al empleado del monitoreo del e-mail: “En el caso, la accionada no ha acreditado que haya dictado norma alguna -escrita o verbal- sobre el uso que debían hacer los empleados del correo electrónico de la misma, con el agravante de que procedió a despedir a Pereyra directamente, sin hacerle ninguna advertencia previa sobre el uso particular del correo electrónico. Desde esta óptica, entonces, el despido de autos tampoco se ajusta a derecho.”¹⁹⁰

Hay que tener presente que “... las condiciones de confidencialidad de acceso por parte del empleador al “correo-herramienta”, otorgado al trabajador como consecuencia de una relación laboral deben ser amplias, y ello encuentra sustento en que no se prive al trabajador de verdaderas herramientas tecnológicas imprescindibles para el desarrollo de cualquier trabajo. Si una empresa no tiene una política clara en el uso de esta herramienta, no advirtiéndole al empleado que dicho uso debe ser realizado exclusivamente en función de su actividad laboral y haciéndole conocer el derecho de la compañía a controlar el correcto uso del e-mail, podría crear una falsa expectativa de privacidad.”¹⁹¹

Con respecto, a si la conducta del empleado, es lo suficiente grave como para configurar una causal de despido justificada, y no una sanción ejemplificadora que configure, con su repetición, una causa justificada: “Juzgo como suficientemente acreditado que la reclamante utilizó repetida y constantemente su horario y herramienta de trabajo (sistema de correo electrónico de la accionada) pese a las indicaciones que en contrario le fueran reiteradamente impartidas, para recepcionar y reenviar el tan particular y en diversos aspectos objetable material literario y gráfico y perturbando el

normal funcionamiento de la accionada y personal de la misma en la medida que este se veía diariamente convertido en pasivo destinatario de las manifestaciones de su estrafalario sentido del humor, para calificar con suma benevolencia al contenido de aquellos mensajes (*e-mails*) por medio de los cuales la actora canalizaba una personalidad que no dudo en tipificar -en el aspecto que nos ocupa- como diametralmente opuesta a los lineamientos previstos por el ordenamiento legal de aplicación en lo que hace a las conductas que deben observar las partes integrantes de una relación laboral como aquella que mantuvieran los actuales litigantes. Establecida, como se ha destacado, la intervención protagónica de la actora en los sucesos de marras, el proceder disolutorio adoptado en el evento por la principal aparece como ajustado a derecho toda vez que si bien no escapa al suscripto la circunstancia de conllevar quizás la disposición resolutoria un acentuado rigorismo dado que, ante la ausencia de antecedentes sancionatorios de la dependiente podrían haberse utilizado, antes de la cesantía, las penalidades correctoras de menor alcance contempladas por el ordenamiento respectivo, no es menos cierto que las características que revistiera el tan reiterado proceder de la actual reclamante así como el contenido y trascendencia del material por aquella difundido, provee a mi entender de una justa causa al acto rescisorio adoptado por la principal.¹⁹²

Sanciones a la violación del principio de Buena Fe, y Diligencia que debe primar en las relaciones laborales:

“Con que resulte probado que la actora dedicó cierta cantidad de tiempo durante su jornada de labor en trabajos que ninguna relación tenían con sus funciones y utilizaba para ello los medios de comunicación de la compañía, por ejemplo *e-mails*, existiría sin duda una violación al deber de diligencia y buena fe que generaría pérdida de confianza”.¹⁹³

“El hecho de utilizar las herramientas de trabajo para fines personales (y durante el tiempo de trabajo, cabe acotar) contraría deberes del trabajador contemplados en nuestro ordenamiento, tales como el de realizar el trabajo art. 21 LCT y el de diligencia art. 84 LCT, en especial con dedicación adecuada a las características de su empleo y a los medios instrumentales que se le provean, el cual se integra con las directivas genéricas de los arts. 62 y 63 LCT, el dependiente debe cumplir su prestación

de buena fe, como un buen trabajador y obrar con criterios de colaboración y solidaridad. También cabe tener en cuenta el deber de fidelidad que está consagrado genéricamente en el art. 85 LCT - “Más allá de que la actora haya obtenido las mejores calificaciones y fuera considerada una excelente empleada a juzgar por los resultados de su trabajo, no cabe soslayar que el empleador la contrató por tiempo y no por rendimiento y que ella distrajo parte de ese tiempo en tareas ajenas y utilizó en forma impropia un medio de comunicación que le brindaba la accionada: el correo electrónico, que no está destinado al esparcimiento ni puede utilizarse para realizar solapadamente tareas paralelas sino que es provisto evidentemente para facilitar el cumplimiento del objeto de contrato y, en última instancia, para alguna comunicación personal urgente”¹⁹⁴.

Por último, y mas allá de que el tema excede el presente trabajo se entiende que los correos electrónicos personales que sean detectados por el empleador y que fundamentan el despido podrán ser utilizados por él como prueba¹⁹⁵ en el juicio laboral¹⁹⁶. Pero, para que puedan ser valorados como tal en ese proceso, deberán dar muestra acabada de que no han sido objeto de adulteración alguna¹⁹⁷

A mi entender, ya no hay opción hacia el futuro. Es precisa la sanción de una ley que cubra este vacío jurídico en el que estamos viviendo, es vital la regulación legal de la protección del uso del correo electrónico. En necesario que las partes interesadas en las relaciones laborales conozcan cuáles son sus obligaciones, y cuáles son sus derechos para con el uso del *e-mail*.

Capítulo 3

ACTUALIDAD DEL CORREO ELECTRÓNICO EN EL ÁMBITO LABORAL

SUMARIO 3. Introducción 3. a. Correo electrónico. Antecedentes jurídicos. Anteproyectos Nacionales sobre la Protección del Correo Electrónico 3. b. La Ley de Protección de Datos Personales y el tratamiento de información personal del trabajador 3. c. La responsabilidad subsidiaria del empleador frente a terceros por los actos de los trabajadores.¹⁹⁸ 3. c.1) Condiciones para que se configure la obligación de responder 3. c.1) a) Relación de dependencia 3. c.1) b) Ejercicio de la función 3. c.1) b) 1. En ejercicio 3.d. Conclusiones 3.e. Propuesta

3. Introducción

El presente capítulo se refiere a un tema que es considerado esencial para el desarrollo del trabajo en cuestión. Expondré tres anteproyectos de Leyes Nacionales sobre la “Protección del Correo Electrónico” que han sido elaborados para regular legalmente este medio de comunicación tan importante y difundido en los últimos tiempos. Además se analiza, si es pertinente, la aplicación de la Ley de Protección de Datos Personales a la relación laboral, precisamente a la tarea que realiza el empleador de recopilar datos, ya sea en el hecho de llevar una nomina de los recursos humanos de su empresa, como así también cuando realiza un control de la actividad del empleado a través de *softwares* que almacenan toda la actividad e información en relación a ese trabajador, y por último se desarrolla la responsabilidad civil que puede recaer en cabeza del empleador por los hechos de sus dependientes.

El objetivo del mismo es, plantear que hay animo y necesidad de dejar plasmado en una ley una regulación adecuada sobre el tema en cuestión, ya sea por el vacío legal existente, porque es un medio de comunicación cada día mas importante, porque se instalo en nuestra sociedad y a nivel mundial, de manera tal que pareciera que no hay otros medios adecuados para comunicarse, si no es el correo electrónico. Además reconocer la aplicación de la Ley de Protección de Datos Personales, a la relación laboral y el empleador debe tener en cuenta esto a la hora de realizar el control de la actividad desarrollada por sus empleados cuando para ello sea necesario, la recopilación de información del trabajador. Y por ultimo pero no menos importante, desarrollar la responsabilidad civil del empleador en relación a la causación de daños por parte del empleado hacia terceros, como consecuencia del uso que le de a la herramienta de trabajo, el correo electrónico.

Se probara el séptimo punto de tesis provisorio, que plantea que la manipulación del correo, puede generar daños a terceros ajenos a la relación laboral, y su correspondiente obligación de responder y resarcir el daño ocasionado.

En relación al punto de tesis, este solo se ve desarrollado y probado en su parte final, ya que al comienzo del mismo se tratan otros temas, a saber la variedad de anteproyecto con tratamiento parlamentario que hay en la actualidad en nuestro Congreso de la Nación, aguardando por una sanción, y se desarrolla el tema de la aplicación de la Ley de Protección de Datos a la relación laboral. Y en concordancia con los demás capítulos desarrollados anteriormente, este es capítulo final, el cual contiene la conclusión final y las propuestas superadoras, dándole el marco de cierre adecuado, y que además muestra, en el desarrollo de los distintos anteproyectos mencionados el real interés que existe en nuestra sociedad acerca del tema, y el evidente vacío legal que parecería que es necesario llenar.

Para el desarrollo de los temas contenidos en el mismo, investigue si había anteproyectos de ley con tratamiento parlamentario, ya que eso demostraría la real trascendencia y falta de normativa en relación al correo electrónico, que vengo planteando y desarrollando, una vez hallados estos, el paso a seguir fue interiorizarme en los fundamentos que tuvieron en miras los legisladores al crearlo y los diferentes estudios de factibilidad que se hicieron en relación al tema. Y en relación a los demás temas tratados, y específicamente cuando trato el tema de la ley de protección de datos aplicada a la relación laboral, no fue mas que chocarme con un interrogante y tratar de encontrar una solución en la doctrina acerca de lo que me estaba planteando.

Considero que pude probar a lo largo de este capítulo final, que hay una necesidad de legislar sobre el correo electrónico, y que además es un tema este, el cual abarca casi todos los ámbitos del derecho nacional, pero particularmente en este capítulo podemos ver que tiene, consecuencias civiles, y protección constitucional aplicándole la Ley de Protección de Datos.

Sería importante, que alguno de los proyectos de ley tenga su sanción legal, para poder llenar el vacío legal que hay en la actualidad, en relación al correo electrónico, y su problemática.

Que se supla esta ausencia de legislación, a nivel empresarial con el dictado de reglamentos o norma de conductas internas, para poder darle un marco de legal a las

partes cuando tengan que utilizar este medio de comunicación como una herramienta de trabajo.

3. a. Correo electrónico. Antecedentes jurídicos. Anteproyectos Nacionales sobre la Protección del Correo Electrónico

El anteproyecto Nacional sobre la Protección del Correo Electrónico elaborado por el Ministerio de Infraestructura y Vivienda, Secretaría de Comunicaciones de la Nación, el 7 de Agosto de 2001, consta de cinco artículos, para luego pasar a exponer los fundamentos de la necesidad de sanción de cada uno de los mismos.

En su artículo primero nos brinda un concepto de lo que se entiende por correo electrónico, diciendo que se denomina a tal, a “Toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se trasmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras”. Como bien se expresa en los fundamentos, este concepto coincide con el de la correspondencia epistolar, con la salvedad de que son utilizados nuevos términos como ser: archivo, información electrónica y red de interconexión entre computadoras.

En cuanto a la definición dada por el mencionado anteproyecto sobre correo electrónico, si bien es criticable en estos tiempos tanto la denominación de correo “electrónico” como así también la condición para su validez jurídica de que sea por medio de “una red de interconexión entre computadoras”, es de destacar la amplitud de dicho concepto, como ya lo hemos hecho en el capítulo 1, que brinda la posibilidad de adaptarse a futuros avances de la tecnología. En cuanto a las críticas, hoy todos conocen, que hasta por “celulares” se puede mandar un “e-mail”, lo que da la pauta de que los diputados y los senadores al entrar a debatir sobre el anteproyecto en cuestión, deberán observar estos detalles que pueden llegar a influir demasiado a la hora de responsabilizar a alguien que haya violado esta potencial ley.

Sí es importante, el concepto que seguidamente explicaremos del artículo 2, en el cual se realiza una equiparación de los efectos legales de la correspondencia epistolar

con la del correo electrónico. Compartimos esta equiparación ya consagrada constitucional y legalmente, explícita o implícitamente, en otros países latinoamericanos, como por ejemplo, en Venezuela, donde rige la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas que en su art. 5 establece: “Los mensajes de datos están sometidos a las disposiciones legales y constitucionales que garantizan los derechos a la privacidad de las comunicaciones y de acceso a la información personal”; en Ecuador, que en el art. 42 inc. 9 de su Constitución Nacional dispone: “La inviolabilidad y el secreto de la correspondencia sólo podrán ser aprehendidos, abiertos y examinados en los casos previstos en la ley. Se guarda absoluto secreto de los asuntos ajenos al hecho que motivare su examen. Los documentos obtenidos en violación a esta garantía no harán fe en juicio y los responsables serán sancionados conforme a la ley”. En el mismo sentido tenemos las constituciones de Costa Rica: en su art. 24; la de Paraguay: en su art. 36; y la de Uruguay: en su art. 28.

El artículo 2 del anteproyecto se refiere a la similitud en cuanto corresponde del correo electrónico con la correspondencia epistolar y su equiparación en cuanto a los efectos legales. Por ende, se entendería implícitamente aplicable la normativa sobre la protección de la correspondencia epistolar prevista en los arts. 153 y 155 del vigente Código Penal. Sin embargo, el legislador supo entender que era obviamente necesario, ante el nacimiento de este nuevo modo de enviar correspondencia, una reforma a dichos artículos, razón por la cual se previeron estas circunstancias en el artículo 4 del mencionado anteproyecto. Por lo tanto, en caso de aprobarse el anteproyecto, el art. 153 del Código Penal quedaría regulado entonces de la siguiente manera: “Será reprimido con prisión de 15 días a 6 meses, el que abriere indebidamente una carta, un correo electrónico, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una carta, de un correo electrónico, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado; o suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida. Se le aplicará prisión de 1 mes a 1 año, si el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, correo electrónico, escrito o despacho”.

Y el art. 155 expresaría: “El que, hallándose en posesión de una correspondencia, un correo electrónico, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza no destinados a la publicidad, los hiciere publicar

indebidamente, aunque hayan sido dirigidos a él, será reprimido con multa de \$1.500 a \$90.000, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros”.

Finalmente, el artículo 3 del anteproyecto se refiere y se relaciona directamente al tema que nos atrapó desde un principio y que, por supuesto, fue el que decidimos abordar prudentemente en este trabajo, “el correo electrónico en el ámbito laboral”, más precisamente, el correo electrónico como instrumento de trabajo proveído por el empleador. Obviamente no podemos comenzar a hablar sobre el tema sin antes referirnos al mencionado al art. 3, el cual expresa: “Cuando el correo electrónico sea provisto por el empleador al trabajador en función de la relación laboral, se entenderá que la titularidad del mismo corresponde al empleador, independientemente del nombre y de su clave de acceso que sean necesarias para su uso. El empleador se encuentra facultado para acceder y controlar toda la información que circule por dicho correo electrónico laboral, como asimismo a prohibir su uso para fines personales. El ejercicio de estas facultades por parte del empleador, así como las condiciones de uso y acceso al correo electrónico laboral, deberá ser notificado por medio fehaciente al trabajador, al momento en que pone a su disposición el correo electrónico o en cualquier oportunidad posterior como requisito previo a su ejercicio. El empleador deberá asimismo, notificar fehacientemente al empleado su política respecto del acceso y uso de correo electrónico personal en el lugar de trabajo”.

Como se puede observar, de este artículo surge claramente que el legislador considera al correo electrónico en la relación laboral como una herramienta de trabajo que el empleador provee a su empleado y que por ende el empleador tiene sobre el mismo un derecho de propiedad, otorgando el derecho a disponer del mismo a su empleado. Teniendo en cuenta esto, el empleador tiene a su alcance el art. 70 del LCT, que contempla sistemas de controles personales para los trabajadores por parte de aquel, destinados a la protección de sus bienes, siempre, claro, salvaguardando la dignidad del trabajador, como lo establece la misma ley.¹⁹⁹

En relación a este anteproyecto la secretaría de referencia, encomendó el análisis pormenorizado del mismo a su Comité Asesor correspondiente al área temática de legislación y normativa, el cual se halla constituido por algunos de los representantes de los más importantes estudios jurídicos de nuestro país. Este se dedicó a llevar a cabo

la lectura pormenorizada de cada uno de sus artículos y de la exposición de motivos que precede al presente anteproyecto., llegando a las siguientes conclusiones

En relación al art. 1 sería importante, en nuestra opinión, que no se mezclara el concepto de archivo dentro de lo que se entiende por correo electrónico.

Un archivo es parte del contenido de un mensaje, pero la transferencia de un archivo por medio de una red de interconexión entre computadoras, o transmisión de archivos no es correo electrónico sino FTP, el que consiste en un servicio de transferencia de archivos, al que accedemos mediante una dirección. Una vez en ese sitio dispondremos de un listado de archivos que podremos copiar a nuestra PC.

También sería conveniente extender el concepto a toda información electrónica que se transmite a una o más personas por medio no solo de una red de interconexión entre computadoras, sino también dentro del ámbito de una red cerrada o punto a punto o bien dentro del ámbito de redes locales de comunicación.

En lo que respecta al artículo tercero que dice; el empleador se encuentra facultado para acceder y controlar toda la información que circule por dicho correo electrónico laboral, como asimismo a prohibir su uso para fines personales. El ejercicio de estas facultades por parte del empleador, así como las condiciones de uso y acceso al correo electrónico laboral, deberán ser notificados por medio fehaciente al trabajador al momento de poner a su disposición el correo electrónico o en cualquier oportunidad posterior, como requisito previo a su ejercicio. Como podemos concluir que esta es una idea compartida, y que necesariamente esta práctica debe ser llevada a cabo de esta forma para que sea válida y conforme a derecho.

También plantean la necesidad de implementar una política de seguridad adecuada. Esta política de seguridad deberá establecer un mecanismo de encriptación asociado al uso de un software, por el cual todos los *e-mails* viajen encriptados, de tal manera que sólo podrían ser accedidos por sus destinatarios. El formato "*S-Mime*" es el mas adecuado para poder encriptar *e-mails* ya que es compatible con el formato de Outlook, que es en la actualidad uno de los mas utilizados, para enviar o recibir correos, el único inconveniente que presenta es que funciona a través de certificaciones de

identidad, pero no todos los países poseen estas entidades certificadoras y hay que ir a solicitarlas al extranjero, ya que el proceso requiere identificarse personalmente.

El Proyecto de ley presentado por la Diputada Delia Beatriz Bisutti, el 24 de abril de 2006²⁰⁰

Artículo 1º: A los efectos legales, el correo electrónico se equipara a la correspondencia epistolar. La protección del correo electrónico abarca su creación, transmisión y almacenamiento.

Artículo 2º: Se entiende por correo electrónico toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras o cualquier otro dispositivo ya disponible o que pudieran estarlo en un futuro próximo que utilice en su origen y destino una dirección de correo electrónico.

Artículo 3º: Se entiende por dirección de correo electrónico una serie de caracteres utilizados para identificar el origen y el destino de un mensaje de correo electrónico, compuesto por una exclusiva combinación de dos elementos, un nombre de usuario y el nombre de servidor (de correo electrónico) o de dominio, siendo otorgada y administrada por un proveedor de correo electrónico.

Artículo 4º: Cuando el correo electrónico sea provisto por el empleador al trabajador en función o con motivo de una relación laboral, se entenderá que la titularidad del mismo corresponde al empleador siempre y en todos los casos, independientemente del nombre y clave de acceso que sean necesarias para su uso. El empleador se encuentra facultado para acceder y controlar toda la información que circule por dicho correo electrónico laboral, como asimismo a prohibir su uso para fines personales. No serán incluidas las direcciones de correo electrónico que pudiera tener el empleado que sean de carácter personal o privado, aunque los mismos sean abiertos desde el lugar de trabajo. El empleador deberá, asimismo, notificar fehacientemente al empleado su política respecto del acceso y uso de correo electrónico no suministrado por él, desde el lugar de trabajo (correo electrónico personal del trabajador).El ejercicio

de estas facultades por parte del empleador, así como las condiciones de uso y acceso al correo electrónico laboral, deberá ser notificado por medio fehaciente al trabajador, al momento de poner a su disposición el correo electrónico o en cualquier oportunidad posterior, como requisito previo a su ejercicio. El empleador tiene la obligación de arbitrar los medios para comunicar en cada mensaje de correo electrónico provisto por este para el empleado, la política de confidencialidad adoptada por la empresa, a fin de que el tercero tome conocimiento de esta situación

Artículo 5º: Modificase el artículo N° 153 del Código Penal, el que queda redactado de la siguiente forma: “ Será reprimido con prisión de 15 días a 6 meses, el que abriere indebidamente una carta, un correo electrónico, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una carta, de un correo electrónico, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado; o suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida. Se le aplicará prisión de 1 mes a 1 año, si el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, correo electrónico, escrito o despacho”.

Artículo 6º: Modificase el artículo N° 155 del Código Penal, el que queda redactado de la siguiente forma:

“El que, hallándose en posesión de una correspondencia, un correo electrónico, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza no destinados a la publicidad, los hiciere publicar indebidamente, aunque hayan sido dirigidos a él, será reprimido con multa de \$ 1.500 a \$ 90.000, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros”.

Artículo 7.- Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.-

Como podemos advertir, la técnica legislativa de este anteproyecto trae algunas novedades en relación a los que ya hemos visto y analizado, como por ejemplo el hecho de definir a la dirección de correo electrónico, como que en el art. 2 deja abierta la posibilidad de que no solo se protejan la correspondencia, archivos datos etc. no solo a través de una red de interconexión de computadoras sino mira al futuro utilizando la terminología “ todo otro dispositivo que tenga como origen y destino una dirección de

correo electrónico” y la propuesta de modificar los artículos del Código Penal pero introduce una modalidad diferente ya que dispone multas en el caso del art. 155. Pero cuando define a la dirección de el correo electrónico, omite mencionar una de sus características distintivas y condicionantes para su funcionamiento que es el carácter @. Y estipula que en el caso probable de que se utilice el correo personal desde la computadora laboral, este no podrá ser controlado por el empleador.

Y comparte con los demás anteproyectos el equiparar el correo electrónico a la correspondencia epistolar, el delimitar específicamente el correo electrónico laboral y definir las reglas a las que se deben ajustar los empleadores y empleados en la relación laboral en lo que respecta al correo electrónico.

El Proyecto de ley presentado por el Diputado Dante Canevarolo, Proyecto de Ley. Regulación de la utilización del correo electrónico²⁰¹

Artículo 1°. Equiparación del correo electrónico con la correspondencia epistolar a todos los efectos legales. A todos los efectos legales, el correo electrónico se equipara a la correspondencia epistolar y goza de su misma protección legal.

Artículo 2°. Definiciones. A los efectos de esta ley, entiéndase por los siguientes términos:

Correo electrónico: toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información que se transmita desde una dirección de correo electrónico a uno o más destinatarios por medio de una red informática de interconexión entre computadoras o cualquier otro dispositivo hábil al efecto.

Red informática: la interconexión de los sistemas de comunicaciones entre medios electrónicos a través de terminales remotas, o un complejo que conste de dos o más medios electrónicos interconectados.

Medios electrónicos: los dispositivos de cualquier especie, fijos o móviles, que puedan ser utilizados para el envío, recepción y almacenamiento de correo electrónico.

Dirección de correo electrónico: serie de caracteres que permiten identificar el origen y destino de un correo electrónico, habitualmente compuesta por una identificación de usuario y una identificación del servidor de correo electrónico separados por el carácter “arroba”.

Proveedor de correo electrónico: cualquier persona, física o jurídica, que provea al usuario de una dirección de correo electrónico o de la posibilidad de enviar y recibir correo electrónico.

Artículo 3°. Correo electrónico laboral. Cuando el correo electrónico sea provisto por el empleador al trabajador en función o con motivo de una relación laboral, se entenderá que su titularidad corresponde al empleador, aun cuando la dirección de correo electrónico se conforme con parte del nombre o identificación del trabajador, o se requiera para acceder a dicho correo electrónico de una contraseña definida o conocida sólo por el trabajador. En consecuencia de lo expuesto, el empleador se encuentra facultado para acceder y controlar toda la información que se envíe y reciba a través de la dirección de correo electrónico laboral, siempre que lo haga de un modo no discriminatorio. El acceso por parte del empleador al correo electrónico provisto al trabajador para fines laborales no se considerará una injerencia en la intimidad del trabajador. Para que el empleador pueda ejercer válidamente las facultades a que hace referencia el presente artículo, las condiciones de uso del correo electrónico laboral y las consecuencias del incumplimiento de dichas condiciones deberán haber sido comunicadas por escrito a los trabajadores al momento de poner a su disposición el servicio de correo electrónico. En caso de que la dirección de correo electrónico laboral se conforme con el nombre o parte del nombre del trabajador, una vez finalizada por cualquier causa la relación laboral, el trabajador podrá requerir que se elimine esa dirección de correo electrónico. Las prescripciones del presente artículo no se aplicarán a las relaciones de empleo público.

Artículo 4°. Regulación Penal. Sustitúyase el artículo N° 153 del Código Penal, por el siguiente: “Será reprimido con prisión de 15 días a 6 meses, el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una carta, de un correo electrónico, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado; o suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida. Igual pena se aplicará a quien accediere a un correo electrónico que no le esté dirigido, sin autorización de su legítimo destinatario o emisor, sea mediante el acceso no ilegítimo a la dirección de correo electrónico del legítimo destinatario o del emisor o mediante la interceptación del correo electrónico. La pena será de 1 mes a 1 año si la

dirección de correo electrónico a la que se hubiera accedido ilegítimamente o a la que estuviera destinado el correo electrónico o a la que se hubiera utilizado para enviar el correo electrónico interceptado fuera una dirección de correo electrónico de un dominio oficial del Estado. Se le aplicará prisión de 1 mes a 1 año, si el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, correo electrónico, escrito o despacho.

Artículo 5º: Sustitúyase el artículo N° 155 del Código Penal, por el siguiente: “El que, hallándose en posesión de una correspondencia, o correo electrónico, no destinada a la publicidad, la hiciere publicar indebidamente, aunque haya sido dirigida a él, será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros.”

Artículo 6º: Comuníquese al Poder Ejecutivo de la Nación.

Al analizar este anteproyecto también encontramos coincidencias y diferencias con los anteproyectos anteriormente expuestos. Comparten los siguientes puntos: realiza una definición de correo electrónico, dirección de correo electrónico, lo equipara a aquel que esta protegido por nuestra constitución, y además señala la necesidad de se realice una modificación a los arts. que tipifican delitos en relación al correo en el Código Penal. Y difieren en lo siguiente: determina la posibilidad de que en caso de que la dirección de correo electrónico laboral se conforme con el nombre o parte del nombre del trabajador, una vez finalizada por cualquier causa la relación laboral, el trabajador podrá requerir que se elimine esa dirección de correo electrónico. E introduce al correo electrónico dentro del empleo público, y determina que esas disposiciones no le serán aplicadas.

3. b. La Ley de Protección de Datos Personales y el tratamiento de información personal del trabajador

Desde el punto de vista del derecho a la protección de datos personales, un programa de vigilancia del empleado que recolecte y almacene datos personales del mismo sin su consentimiento podría ser violatorio a la Ley de Protección de Datos Personales, a menos que tal recolección pueda ser encasillada en una de las excepciones al consentimiento.²⁰²

Un primer problema sería determinar si la ley 25326 se aplica a los bancos de datos laborales que mantienen las empresas. Se acepta doctrinariamente que el concepto de bancos de datos privado destinado a proveer informes debe ser interpretado en función de la disponibilidad de información personal que contenga. Asimismo, consideramos que la ley establece un límite externo, que supere el uso exclusivamente personal, y a nuestro juicio ello sucede cuando estos datos se utilizan para monitorear al trabajador y tomar decisiones sobre su conducta.²⁰³

Este es también el criterio que siguen las legislaciones de la Unión Europea y en especial la Directiva Europea sobre protección de datos, sólo excluye del régimen de protección a los archivos de las personas físicas que tenga un uso personal o doméstico. En tal sentido, el art.3.2 de la mencionada directiva sostiene que ella no se aplica a los tratamientos de datos personales” efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas”, pero la directiva se aplica a un repertorio o recopilación llevado a nivel profesional., por ejemplo por una empresa.

La doctrina comparada en Europa, base de nuestra ley 25326, considera que las bases de datos de personal y de recursos humanos deben cumplir con las respectivas leyes de protección de datos personales. Y recientes leyes en la materia han resuelto en el mismo sentido.

La ley 25326 acepta el consentimiento, y éste sería válido si es prestado por escrito y en ese documento el trabajador acepta que se traten sus datos personales, incluyendo información de uso de recursos técnicos de la empresa. Pero sin esta

precaución el tratamiento de sus datos personales sería ilegal y pasible de sanciones por la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (en adelante DNPPD.).

Partiendo entonces de la base de que la ley 25326 se aplica a los datos laborales, la vigilancia del empleado sin su consentimiento constituiría una falta leve o grave según la reciente normativa aprobada por la DNPPD.²⁰⁴

Además, la ley 25326 impone toda una serie de obligaciones, como ser el derecho de acceso y corrección de datos personales (arts. 14 -17), las obligaciones de mantener los datos actualizados y usarlos sólo para las finalidades de la recolección (art. 4), la prohibición de recolección de datos sensibles²⁰⁵ y de salud (arts. 7 y 8), la prohibición de cederlos indiscriminadamente (arts. 11 y 12), la obligación de adoptar normas de confidencialidad y seguridad (art. 9 y 10), la obligación de inscribir los ficheros que contengan datos personales del trabajador tanto público como privado (arts. 20 -21) y sujetarse a las reglamentaciones especiales que imponga la autoridad de contralor (art. 29).

3. c. La responsabilidad subsidiaria del empleador frente a terceros por los actos de los trabajadores.²⁰⁶

En la actualidad, gran parte de los actos de los trabajadores consisten en la creación, modificación o eliminación de información, lo que es muy evidente en el sector de los servicios. La potestad de supervisión del empresario en estos casos, surge evidente, y por lo tanto, tiene derecho a proyectarse sobre los mismos. No obstante, existe la parcela de los actos de comunicación personales del trabajador, de los que no puede saberse si lo son, salvo que se entre a consultarlos.

En el derecho Penal y en el Derecho Civil existe la llamada responsabilidad civil subsidiaria. Consiste en el establecimiento legal de una responsabilidad en cascada y que permite una mayor garantía en favor de una persona perjudicada por un acto que se considera debe llevar aparejado una obligación de responder. La responsabilidad subsidiaria nace de la obligación de vigilar que tiene el empresario, o por la

responsabilidad objetiva del ejercicio de una actividad. Ahora, si al empresario no se le permite de algún modo verificar el contenido de los correos de los trabajadores, tampoco se le podrá exigir la responsabilidad subsidiaria de los actos de sus dependientes en los que haya podido existir comunicación por esta vía.

En orden a la responsabilidad civil que puede derivarse del uso del *e-mail* laboral por parte del trabajador. El empleado que utiliza el correo electrónico laboral puede causar daños, tanto a su empleador como a terceros, y dichos perjuicios pueden ser producidos haciendo uso regular del correo electrónico, esto es, en ejercicio de sus funciones laborales, conforme a las pautas preestablecidas por su empleador, o bien el daño puede ser consecuencia de el uso irregular de la herramienta electrónica.

Cualquiera que sea el caso, la empresa puede verse afectada, en forma directa, si el daño se produce a sus intereses, o en forma indirecta o refleja, cuando el perjudicado es un tercero, teniendo en cuenta que en virtud del art. 1113, primera parte del código civil, “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado”. Primero se debe interpretar si lo referente a la locución “cosa” tiene alcance en lo referente a la responsabilidad objetiva del empleador, en relación a esto en una reciente sentencia el tribunal por unanimidad expresó que el vocablo "cosa" se extiende para abarcar, en la actualidad, las tareas específicas del trabajador y la actividad laboral toda. Si a ello se agrega que cuando esas tareas puedan generar un resultado dañoso deben ser incorporadas al concepto de riesgosas, se impone entonces admitir su inclusión en las previsiones del art. 1113 C.Civ²⁰⁷. Así las cosas el empresario debería responder si el daño ha sido causado por sus dependientes “en ejercicio” o “con ocasión” de sus funciones.

Sumado a ello, el empresario podría ver comprometida su responsabilidad en su carácter de titular de la cuenta de correo electrónico, según lo que dispone el párrafo segundo del art. 1113 código civil. Y que solo podrá eximirse sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quién no debe responder. El camino imputativo es siempre objetivo y el damnificado solo debe probar el daño sufrido y el nexo causal adecuado de tal daño con el riesgo o vicio de la cosa de propiedad o bajo la guarda del accionado.²⁰⁸

Esta eventual responsabilidad que frente a terceros pueda asumir el empleador, es la que justifica y le otorga derecho a controlar el uso que sus empleados realizan de la herramienta de comunicación en cuestión.

El empleado debe responder frente a su empleador, conforme lo establece el art. 87 de la LCT, si obrando con dolo o con culpa grave le produce un daño por el uso irregular del *e-mail* laboral, por ejemplo mediante la recepción de un virus informático que afecte la producción de la empresa, produzca pérdida de información o genere algún otro perjuicio, como podría ser la necesidad de incurrir en gastos al empresario para lograr la reparación del correo electrónico. La fundamentación correcta es que la ley, por razones prácticas y de justicia, constituye al principal en garante de las culpas de sus subordinados en el ejercicio de sus funciones²⁰⁹. Es cierto que esta teoría, en alguna medida, se limita a describir lo que la ley dispone. Pero no es menos cierto que las razones prácticas existen. Podemos señalar, por ejemplo, que quien está en mejores condiciones de controlar y vigilar a sus empleados es el principal, además, si se trata de empresas, quien conoce mejor las posibilidades de daños y sus costos es también el principal. Es además quien puede asegurarse a un menor costo. Razón importante es, por otro lado, que si el dependiente fuese responsable en forma directa y excluyente, el patrón tiene un fuerte incentivo para contratar dependientes insolventes en actividades riesgosas y así evadir su responsabilidad. Finalmente, la víctima tiene mejores perspectivas de cobro, porque el empleador tiene, en general más solvencia que su empleado²¹⁰. En la doctrina argentina hay consenso en que la responsabilidad del principal es inexcusable²¹¹, basada en el factor objetivo de garantía.

3. c.1) Condiciones para que se configure la obligación de responder.

Tienen que cumplirse ciertas condiciones para que se configure la obligación de responder. El principal no responde siempre por el hecho del dependiente sino cuando se dan las siguientes condiciones, además del daño causado a un tercero: Relación de dependencia, ejercicio de la función, acto ilícito del subordinado. A continuación analizaremos cada una de ellas.

3. c.1) a) Relación de dependencia

El autor del daño tiene que estar bajo una relación de dependencia con el civilmente responsable, lo que quiere decir en términos muy genéricos obrar por cuenta o en interés de otro, en virtud de algún vínculo jurídico de subordinación. Pero no debe entenderse únicamente una relación de dependencia laboral que exija la existencia de un contrato de trabajo o relación de trabajo. La noción es más amplia y comprende las situaciones en las cuales el principal tiene un poder de mando, de control, de dar instrucciones, pero que además esas órdenes o instrucciones satisfagan el interés de quien manda, por eso el comitente del soldado no es el sargento que da la orden, sino la institución militar. La empresa de teléfonos responde de los daños que cause la empresa subcontratista por la deficiente instalación de una línea.

No es requisito la subordinación económica, ni la remuneración por el trabajo²¹². Por ejemplo, un voluntario de una organización sin fines de lucro (*Greenpeace*, *Caritas*, etc.) responde por los daños que cause siguiendo instrucciones. La dependencia, incluso, puede ser transitoria u ocasional²¹³, porque el encargo se realiza en interés del comitente. Es necesario sí que la orden sea lícita. Si es ilícita no hay responsabilidad refleja, sino directa del dependiente.

Así, la jurisprudencia sintetiza lo que venimos diciendo: "Cabe tener en cuenta que uno de los requisitos para que proceda la norma en estudio es la relación de dependencia entre el autor del hecho y el tercero responsable. Pero respecto de esto se ha señalado que la noción no se identifica con la subordinación laboral; es mucho más amplia, la comprende y la excede. En el ámbito civil es irrelevante que el trabajo sea ocasional, transitorio o permanente y que el dependiente reciba o no remuneración, es indiferente que el dependiente haya sido elegido por el comitente; es indiferente que el dependiente esté vinculado al comitente por un contrato, pues es suficiente que el encargo derive de una situación de hecho"²¹⁴.

3. c.1) b) Ejercicio de la función

Entre las funciones del subordinado y el daño debe existir una relación causal, una cierta y razonable vinculación entre lo que se encargó hacer al dependiente y el perjuicio, por lo que el comitente no responde de todos los daños ocasionados²¹⁵. Cuándo el dependiente actúa dentro de su función y cuándo no hace surgir opiniones no del todo coincidentes.

3. c.1) b) 1. En ejercicio

Para una primera corriente, más bien restrictiva, el daño debe ser cometido en ejercicio de las funciones, esto es, desempeñando la función encomendada, incluso en casos de abuso de la función, porque ante el tercero damnificado hay una apariencia de ejercicio dentro de la función. Para esta postura es decisivo el tiempo y lugar en que el hecho se produce, lo que es criticable porque no todos los trabajos se realizan con sujeción a un horario ni en un recinto cerrado; o bien el daño ser causado en el lugar y horario de trabajo y no tener relación alguna con las tareas. El abuso o el ejercicio aparente existe cuando el daño ha sido producido "dentro de la esfera de la incumbencia o función que le atañe, o con los elementos propios de tal función; aunque dicha situación no constituya más que una mera "apariencia", que no condice con la realidad oculta, sea por haberse contrariado expresas órdenes, o haberse obrado en la emergencia sin instrucciones especiales al respecto, o aun valiéndose de la función para disfrute o beneficio particular del agente". Es el caso del chofer, que teniendo las llaves del furgón de reparto de la empresa, lo utiliza para tareas personales o familiares, sin autorización del patrón.

3. c.1) b) 2. Con motivo de la función

Otra teoría sostiene que el daño tiene que ser producido con motivo de la función. Esto es, que exista "relación de medio a fin entre el daño y la función, de modo que la función haya sido el antecedente necesario o condición del perjuicio, de manera que sin función no hubiese habido daño"²¹⁶.

3. c.1) b) 3. En ocasión de la función

Finalmente, el caso más discutido son los daños causados en ocasión de las funciones. En la ocasión la función no ha sido el motivo del daño, sino que ha facilitado su ocurrencia, ha brindado la oportunidad de que suceda. Esto puede llevar a que el comitente responda por daños que son ajenos a la función, pero que sólo han podido ser llevados a cabo por el subordinado debido a las funciones que revestía, como, por ejemplo, el acoso sexual de un jefe hacia una empleada, en el marco de una postura complaciente por parte de la empresa. Esta posición se parece bastante a la equivalencia de condiciones, lo que nos parece peligroso, por lo que algunos han tratado de matizarla, como Trigo Represas, para quien por "ocasión" deben entenderse aquellos daños "extraños o ajenos a la función, pero que únicamente han podido ser llevados a cabo por el dependiente en calidad de tal y con motivo de sus funciones... no existirá responsabilidad del comitente si la "función" del dependiente sólo ha facilitado el delito, pero no resultaba indispensable para su comisión". Esta teoría tiene el fuerte apoyo del actual art. 43 reformado por la ley 17.711, el que, si bien prevé el supuesto de la actuación de los órganos de las personas jurídicas, puede ser aplicado por analogía²¹⁷.

En nuestra opinión, los daños por los que responde el comitente son los causados en ejercicio, con motivo o en ocasión de las funciones, siempre que exista una relación razonable entre éstas, o no hubiesen podido ser cometidos igualmente en ausencia de la función.

3. c.1) c) Acto ilícito del subordinado

El hecho cometido por el subordinado debe ser ilícito. El principal es responsable si su dependiente también lo es. Esto debe ser entendido con criterio amplio, incluyendo tanto a los cuasidelitos como los delitos que cometa el empleado, como los casos de responsabilidad por riesgo. El hecho ilícito por el que responde el principal abarca no sólo a los casos de culpa o hechos ilícitos *strictu sensu*, sino también a aquellos casos en los cuales el empleado responde por las cosas propias que utiliza.

3. c.2) Legitimación pasiva

El damnificado tiene una opción que le acuerda el art. 1122: "Las personas damnificadas por los dependientes o domésticos, pueden, perseguir directamente ante los tribunales civiles a los que son civilmente responsables del daño, sin estar obligados a llevar a juicio a los autores del hecho".

La víctima tiene, pues, la opción de demandar al autor, al patrón, o a ambos a la vez. La responsabilidad de ellos no es solidaria, porque no existe ley expresa ni pueden ser considerados coautores (art. 1109), por lo que es concurrente, o *in solidum*. Esto quiere decir que si bien los sujetos son los mismos, la causa de la obligación es distinta. El patrón responde por la garantía; el empleado por el hecho propio. Entonces el trabajador también debe responder frente a terceros, perjudicados patrimonial o extrapatrimonialmente por el utilizando como medio o vía para la concreción del daño el *e-mail* que le ha provisto la empresa: por ejemplo, lesión al honor, a la propia imagen, afectación del derecho a la propiedad intelectual, envío de virus informático, etc. En este caso no cabe diferenciar si el empleado uso el *e-mail* conforme a las pautas establecidas por la empresa, ya que se trata de una responsabilidad subjetiva, donde quien ejecuta un hecho perjudicial (trabajador) mediante una acción, debe indemnizar el perjuicio causado.

El empleado puede obrar a título de dolo, arts 1072, 1077,1078 y cons. del Código Civil o de culpa , art. 1109, mismo cuerpo legal y en ambos casos debe responder frente al tercero perjudicado, pues le son plenamente aplicables dichas normas sobre responsabilidad civil.

En orden específico a la responsabilidad del empresario frente a terceros por acciones del trabajador, en su carácter de empleador y/o de propietario de la casilla de correo, deben hacerse una serie de distinciones

Si el empleado produce un daño en uso regular del correo electrónico, la empresa debe responder por el hecho del dependiente, conforme lo establece el art. 1113, primera parte del Código Civil, como lo hemos expuesto anteriormente y según lo que opina la doctrina mayoritaria.

A su vez, si el empleado produce el daño en uso irregular del correo electrónico, usando el que le provee su empleador, pero para cuestiones personales,

ajenas a la función encomendada y en contra a la normativa interna de la empresa, respecto del uso de esta herramienta, no puede atribuirse responsabilidad alguna al empleador. El daño se produciría “con ocasión” de la función, pero sin una relación directa con sus funciones como empleado, quedando de esta forma el empleador liberado de responsabilidad.

En el entendimiento de que el correo electrónico es una cosa, el empresario en su carácter de dueño, titular de la cuenta de correo y de todos los implementos informáticos necesarios para el envío de los *e-mails* laborales, podría ver comprometida su responsabilidad por los daños causados “con” las cosas o por el riesgo de las mismas, en el marco de lo prescripto por el Art. 1113, Párr. 2 del Código Civil. Aquí la ley presume que es el empresario quien debe responder frente a la víctima del daño. Frente al primer supuesto, esto es daños causados “con” la cosa, cuando el empleado hace uso regular del correo, el empresario deberá responder. Luego, si tal uso tiene carácter de irregular, el empresario podrá eximirse de responsabilidad si demuestra que de su parte no hubo culpa, es decir si acredita que ha tomado todos los recaudos posibles para evitar que el daño se produzca. Frente al segundo supuesto, cuando se trate de daños causados por el riesgo de la cosa, se afirma que el alcance que la doctrina y la jurisprudencia le han dado al concepto de cosa peligrosa, no comprende al correo electrónico. Este no es una cosa peligrosa por naturaleza.

Por último cuando se utiliza el correo en contra de la voluntad expresa del empleador, ya que ha puesto en disposición de esta herramienta para cuestiones específicas, se configuraría de esta forma un eximente de responsabilidad dispuesta por el art. 1113 del Código Civil párrafo final.

De todo lo expuesto surge, a nuestro entender, que el art. 3 del mencionado anteproyecto de la secretaría, es el que se relaciona más directamente con el tema por nosotros elegido. El correo electrónico, no obstante de tratarse de una herramienta de trabajo, es de una naturaleza diferente a las demás y por ende deben tomarse recaudos mínimos, en especial, por su principal característica que es la de la transmisión de información. Por lo que sugerimos que debe legislarse a favor de los empresarios una ley que los proteja lo suficiente en el ejercicio de control sobre los quehaceres de los trabajadores, tanto respecto del uso del correo electrónico laboral, como del *e-mail*

personal que el trabajador pudiera tener. Todo ello, con los mismos límites que marca el mencionado art. 3 del anteproyecto. Sería conveniente agregar y/o modificar al artículo tercero la siguiente pauta citada en negrita y letra cursiva: artículo 3°: "Cuando el correo electrónico sea provisto por el empleador al trabajador en función de una relación laboral, se entenderá que la titularidad del mismo corresponde al empleador, independientemente del nombre y clave de acceso que sean necesarias para su uso. El empleador se encuentra facultado para acceder y controlar toda la información que circule por dicho correo electrónico laboral, como asimismo a prohibir su uso para fines personales, ***no así la comunicación específica y exclusiva a la materia sindical existente entre el trabajador afiliado y la organización sindical a la que pertenezca aquel.*** El ejercicio de estas facultades por parte del empleador, así como las condiciones de uso y acceso al correo electrónico laboral, deberá ser notificado por medio fehaciente al trabajador, al momento de poner a su disposición el correo electrónico o en cualquier oportunidad posterior, como requisito previo a su ejercicio. El empleador deberá asimismo, notificar fehacientemente al empleado su política respecto del acceso y uso de correo electrónico personal en el lugar de trabajo."

A la hora de conciliar tales derechos de raigambre constitucional que parecieran situarse en franca confrontación, el mecanismo provisto por la norma en análisis respecto de la notificación previa y fehaciente por el empleador al trabajador respecto al control del correo electrónico provisto por éste último al primero, detenta una certera visión al armonizar intereses legítimos que ya en Estados Unidos y en Europa ya han generado litigios en instancia judicial.

Ahora bien, la norma en cuestión apunta en su tratamiento, al control del correo electrónico en la naturaleza propia de la relación laboral, dada entre empleador y trabajador, que repito, armoniza - a mi juicio - los derechos de vigilancia y control del empleador y de privacidad en el ámbito laboral del empleado; no obstante en esta relación de trabajo no son las únicas partes o intereses a tutelar.

3. d. Conclusiones

A través del desarrollo, y el estudio del tema elegido como objeto de investigación para realizar el trabajo final, puedo afirmar que he podido abarcar con

satisfacción, todas las aristas que presenta la problemática planteada, en efecto, es por eso que estoy en condiciones de proponer soluciones para sanear los vacíos legales que hallamos en nuestro derecho en la actualidad.

Además he arribado a la conclusión, de la imperiosa necesidad de una regulación legal que pueda receptar de forma acabada los derechos y obligaciones, de las partes interesadas en relación a el tema en cuestión; como así también que contenga una enumeración de las sanciones pertinentes aplicables, en caso de ser incumplidos, y que determine que cuando, a través del uso del correo electrónico en la relación laboral, se ocasione un daño ya sea de carácter patrimonial o moral, o se lesionen derechos de terceros se debe resarcir ese daño, y además en cabeza de quien debe caer esa obligación.

Los que son parte en este problema, los componentes de la relación de trabajo ya sea de parte del empleador, como del trabajador, tienen que impulsar, normas consensuadas acerca de la utilización y de la regulación, de esta herramienta de trabajo, hasta que se pueda mediante una ley, lograr un sistema completo y legal que capte estas prácticas laborales así como también sociales.

Son ellos quienes tienen que afinar su discusión, para llegar a una ley que deje conforme a todos; tanto a trabajadores, como empleadores, sindicatos, y demás partes interesadas en la relación laboral.

La técnica legislativa a aplicar deberá dejar abierta la posibilidad, de que se pueda reformar el texto, ampliando los conceptos básicos con los que estará conformado en su inicio, para poder captar todos los cambios, y avances que experimente, la informática y con ella el correo electrónico, y que esto no incida en la utilidad y vigencia de la ley.

Es de gran importancia, a la hora de las conclusiones, recordar que el titular del e-mail de uso laboral es el empleador y no el trabajador y que entre ellos hay una relación laboral vigente, que se debe privilegiar la duración y permanencia del contrato de trabajo en plena vías de desarrollo.

Entendiendo esto, se podrá comprender fácilmente mi posición en relación a los derechos que surgen del mismo. En el trabajo, se ha dejado muy en claro mi postura en relación a los derechos y obligaciones de los trabajadores y los empleadores en el uso del e-mail en el ámbito laboral. En resumidas cuentas, entiendo que el empleador tiene, en principio, un derecho prioritario sobre los derechos del trabajador, cuando éste está haciendo uso del horario de trabajo, herramientas de trabajo y demás factores relacionados con su labor. Por lo que el titular de la empresa tiene el derecho de control sobre sus dependientes. Ello se basa, asimismo, en la responsabilidad subsidiaria frente a terceros que pudiera pesar al empleador o a la empresa por el uso indebido del correo electrónico por parte de sus dependientes. Consecuentemente, el trabajador sufre una pérdida o disminución relativa de sus derechos personales (derecho a la intimidad, privacidad de las comunicaciones, correos, etc.) al usar el correo para cuestiones personales, desviándose de esta forma del fin para el cual se le pone a disposición esa herramienta. Todo ello siempre y cuando, podamos advertir que existen reglas claras y consentimiento mutuo sobre los modos y formas de control de parte del empleador sobre el actuar de sus empleados, que esto es en realidad lo que, generalmente, falta determinar en la práctica cotidiana.

Lo mismo ocurre con los sindicatos, dado que como se ha expuesto en el capítulo 2, se puede rescatar que en el fondo el problema común del uso del e-mail en el ámbito laboral, pasa por tratar de que las partes puedan desarrollar sus actividades sin que ello entorpezca el normal funcionamiento de la empresa, dando así la posibilidad de que el *e-mail* en el ámbito laboral, no sea un factor de distracción, sino de aumento de la producción o de los servicios que la empresa brinda a sus clientes.

Así como estos problemas que con anterioridad he expuesto, también, se pudo evidenciar otros de no menor importancia, como son el ingreso en el sistema de redes interno de la empresa de virus, *spam*, etc., que aparecen generalmente como consecuencia de una evidente imprudencia de parte de los trabajadores, al no tomar el uso del correo electrónico, como herramienta de trabajo. Son estos problemas, otros de los tantos factores negativos que brinda el uso del correo electrónico, y que como única solución, podemos destacar el derecho de control que en aras a la protección de sus bienes tiene el titular de la empresa.

Un párrafo aparte merece Internet y el hecho de que debe ser regulado su uso, para que las partes descansen en la seguridad de lo que se exige tiene un respaldo dado por una ley de orden nacional, como son las leyes laborales. Para ello, se propone la sanción de normas que fijen parámetros generales, evitando zonas oscuras que propicien a la consecución de delitos informáticos, y que incentiven la impunidad y el anonimato, porque por cada acción debe haber un responsable y sobre él debe recaer una sanción. Así las cosas, propongo entonces que se fijen parámetros de responsabilidades por el actuar de cada uno de los interesados en el ámbito laboral.

Dejo en claro que mi posición no es negar la necesidad de una regulación armónica sobre Internet y sus usos, no desconozco su importancia, que la tiene, pero creo que en mayor medida, habría que legislar para casos como ser: la sanción, cuestiones de competencia, cuando estamos frente a el creador de un virus, que afecta a todo el mundo por su carácter propio de expansión.

Por todo lo expuesto, he llegado a la conclusión, que el uso indebido del e-mail en el ámbito laboral, debe acarrear necesariamente una sanción, lo que no quiere decir, que todo uso indebido lleve como consecuencia su peor efecto, que es el despido justificado. Lo que sostengo es que todo es sancionable según cada caso en particular, teniéndose en cuenta, a su vez si se ha trasgredido la buena fe o si se ha producido un abuso de confianza de parte de los empleados, por lo que la sanción podría ir desde una serie de apercibimientos sucesivos, hasta un despido con causa, todo en base a las pruebas, y a la gravedad de las faltas y a como se han sucedido en el tiempo y que como he sostenido, pueden surgir tranquilamente del uso del e-mail y de su correspondiente control por parte del empleador.

Actualmente existen en el Senado y en Diputados de la Nación tres anteproyectos nacionales sobre la Protección del Correo Electrónico, los cuáles ya han sido desarrollados, y en los que fundamentalmente he destacado la importancia de los artículos en los cuales se encuentra plasmado el *e-mail* proporcionado por el empleador dentro de una relación laboral. Pero, entiendo que dichos anteproyectos no cubren todas las necesidades actuales que nuestro orden jurídico está necesitando, tal como se ha sostenido anteriormente y que hasta que no sean una ley formal solo son proyectos con

muchas expectativas y ambiciones pero que no tienen la efectividad legal que necesitamos.

3.e Propuesta

Por todo lo expuesto propongo no sólo la modificación del artículo citado, como así también, un pormenorizado tratamiento de la relación de las nuevas tecnologías y las nuevas herramientas de Internet, con respecto a la relación laboral, y que a consecuencia de ello, se pueda llegar a una regulación integrada, integral y homogénea acerca de la cuestión planteada.

Sería beneficiosa la incorporación a la ley de contrato de trabajo, una reforma que contenga aquellos temas que pueden quedar afuera de esta norma legal y específica.

Y en relación a la protección constitucional, debe equipararse a la correspondencia epistolar. Dicha protección no sería ser aplicable al trabajador, cuando es la empresa, la que le ha provisto de una dirección de correo electrónico corporativa, si previamente se le ha notificado en forma expresa que su uso debe circunscribirse a cuestiones exclusivamente laborales y que la empresa tiene facultad de controlar que dicha directiva sea cumplida. Asimismo la información, que circule por dichas vías es atinente a la empresa, y además se constituye sobre estas un derecho de propiedad sobre ella, y por el cual y a consecuencia de ello, el trabajador no puede ni debe tener expectativas de privacidad sobre dichas comunicaciones.

En cuanto a la óptica del tema desde el derecho penal; y conforme se encuentra redactado hoy el art. 153 del Código Penal, no estaría comprendido el correo electrónico en todas la hipótesis comitivas como un género de correspondencia protegida por él y, por lo tanto, no podría considerarse típica la conducta de abrir, desviar, suprimir, comunicar o apoderarse de un correo electrónico que no le esté dirigido, sin incurrir en analogía expresamente prohibida y en violación flagrante del principio de legalidad. Aunque como pudimos observar la doctrina y la jurisprudencia nacional no es pacífica en este sentido.

Por lo afirmado en el párrafo anterior, y para evitar errores a la hora de interpretar y aplicar la ley penal, por los magistrados, se evidencia la necesidad de modificar el art. 153 del Código Penal en los términos que anteriormente se han expuesto en este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

1.a General

- ALONSO MARÍN INMACULADA, El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2005.
- ALTERINI, ATILIO A. - AMEAL, OSCAR J. - LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., Derecho de obligaciones, Buenos Aires, Editorial. Abeledo Perrot 1998.
- BELTRAMONE GUILLERMO, ZABALE EZEQUIEL. El derecho en la era digital. Rosario, Editorial Juris, 1997.
- CAZEAUX, PEDRO N, TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., Derecho de las obligaciones, t. IV, Buenos Aires, Editorial Platense, 1994.
- CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. ZARINI HELIO JUAN. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1996.
- CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. Buenos Aires. Editorial Zavalía.1998.
- DEVEALI, MARIO L., "El Derecho del Trabajo en su aplicación y sus tendencias", t. I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1983.
- EKMEKDJIAN, MIGUEL A., Tratado de derecho constitucional, t. II, Buenos Aires, Editorial De Palma 1994, 2 Edic. 2000, t. I.
- FERNÁNDEZ DELPECH HORACIO. Internet su Problemática Jurídica. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot. 2001
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, MARÍA LUISA. "Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales". Madrid, Editorial Mc Graw Hill, 1998.
- FERREYRA RUBIO, DELIA MATILDE. El derecho a la intimidad. Análisis del art. 1071 bis del código civil, Buenos Aires. Editorial Universidad, 1982.
- FERREIROS, ESTELA M. La informática. El derecho del trabajo y los teletrabajadores, Buenos Aires Edi.Errepar- DEL nº 200, Abril 2002, p. 293
- FONTAN BALESTRA, CARLOS, Tratado de Derecho Penal, Parte especial, 2 edición actualizada por Guillermo Ledesma, Buenos Aires Editorial Abeledo Perrot, 1980, T.4.
- GALDÓS, JORGE MARIO, Correo electrónico, privacidad y daños, en "Revista de derechos de daños", Santa fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2001
- GRISOLIA JULIO, Derecho del trabajo y de la seguridad social, 6 ta. Buenos Aires .Editorial Lexis Nexis De palma, 2002
- GRISOLIA JULIO. Manual de Derecho Laboral. Buenos Aires. Editorial Lexis Nexis.2005
- GONISEIN, J L. "El respeto a la esfera privada del trabajador" Madrid Editorial Civitas, 1988.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, Daños causados por los dependientes, Buenos Aires, Hammurabi, 1992.
- Leyes del Trabajo. Buenos Aires. Editorial Quórum. Edición 2003
- LLANEZA GONZÁLEZ, PALOMA, "Internet y comunicaciones digitales (régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación)", Barcelona, España, Ed. Bosch, 2000.
- MARTINEZ FONS, DANIEL "Nuevas tecnologías y poder de control", España. Revista Gallega de Empleo n 1 año 2000.
- NINO, CARLOS S., "Fundamentos de Derecho Constitucional", primera reimpresión, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2000.

- NÚÑEZ RICARDO C, Manual de derecho penal. Parte general. n 4, Edi. Por Roberto Spinka y feliz González. Córdoba, Ed. Marcos Lerner Editora, 1999.
- NÚÑEZ, RICARDO. Manual de derecho penal, parte especial n2 Edic. Actualizada por Víctor Reinaldo, Córdoba, Ed. Marcos Lerner Editora, 1999.
- ORGAZ, ALFREDO, La culpa, cit., p. 169, Córdoba, Ed Marcos Lerner, 1992.
- PALAZZI PABLO A., Delitos informáticos, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 22º Edic. , T. 2, Madrid, Editorial Espasa, 2006.
- REY VALZACCHI JORGE, Internet y Educación, Buenos Aires. Ed. Horizonte Informática Educativa, 1998.
- RIBAS ALEJANDRO JAVIER, "Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet", Navarra, España, Ed. Aranzadi, 1999.
- RIVERA JULIO C, Derecho a la Intimidad, 1980- D-912.
- ROCA, ENCARNA, Derecho de daños. Textos y materiales, 3ª Valencia Ed., Tirant Lo Blanch, 2000.
- SÁBATO ERNESTO, "La Resistencia" Buenos Aires Ed. Seix Barral Edición año 2000.
- SARDEGNA MIGUEL A, Ley de contrato de trabajo y sus reformas comentada, anotada, concordada, Buenos Aires, Edi. Universidad, 1999.
- SOBRINO, WALDO A. R., "Responsabilidad por acoso sexual (y la importancia de aplicar la `Teoría de las cargas probatorias dinámicas' y los `daños punitivos')", publicado en la "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", n. 5, Buenos Aires Ed. La Ley de septiembre/octubre de 1999.
- SOLER, SEBASTIÁN "La interpretación valida debe ser sistemática" Derecho Penal Argentino, T. 1 y 4, Buenos Aires, Edi. Tea, 1983.
- THIBAUT ARANDA, JAVIER Principios de derecho de Internet, Cap. IV, "Relaciones laborales e Internet, España, Tirant Lo Blanch, 2002.
- THIBAUT ARANDA, JAVIER. El teletrabajo, Consejo Económico y Social, Madrid, Mayo 2002.
- TORNABENE, MARÍA I., "Internet para abogados" Pág. 208. Buenos Aires, Ed. Universidad, 1999.
- TOSELLI, CARLOS ALBERTO. Derecho del trabajo y de la seguridad social, t.I, Cordoba, Edi Alveroni 2002.
- VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO. Derecho del trabajo y la seguridad social, 2 Edic., actualizada, Buenos Aires, Edit.Astrea, 1981, T.1.
- VÉLEZ SANSFIELD, DALMACIO. Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. Editorial Zavalía.1998
- .ZARICH FAUSTINA. Derecho Informático tomo 3. Rosario. Editorial Juris. Edición año 2000.
- ZAVALA GONZÁLEZ, MATILDE. Derecho a la intimidad, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982.

2.b. Especial

- ALBARRÁN LOZANO IRENE, CARMEN DE PABLOS HEREDERO Y ANTONIO MONTERO NAVARRO. Uso del correo electrónico: Un análisis empírico en la UCM. Universidad Complutense de Madrid [En línea] Disponible en la página <http://www.ucm.es/BUCM/cee/doc/9909/9909.htm>.
- ANTEPROYECTO DE LA LEY DE PROTECCIÓN DEL CORREO ELECTRÓNICO. Secom [En línea]. Disponible en Internet <http://www.secom.gov.ar>
- BATLLORI BAS MARTÍ, Acerca del control del correo electrónico en la empresa. Noticias Jurídicas. [En línea] febrero de 2001, Disponible en Internet http://noticias.juridicas.com/areas_virtual/articulos/40-derecho%20laboral/200102-05512911015390.html
- BETTS-MAGLITTA, Is policies target e-mail harassment, en "Computer World", nº 15, Massachussets. Ed. The IDG Network 1995
- CARRASCO BLANCO, HUMBERTO, "Algunos aspectos de las responsabilidad de los proveedores de servicios y contenidos de Internet. El caso "ENTEL"", trabajo presentado en EcomDer 2000- Primer Congreso Internacional de Internet sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico, desde el 20 de abril hasta el 15 de Noviembre de 2000 Buenos Aires Argentina. Editores, Altmak, Ricardo Daniel; Brenna, Ramón Jerónimo Buenos Aires. Editorial De Palma.2001
- CASTRO BONILLA ALEJANDRA.El uso legítimo del correo electrónico. Instituto Español de Informática y Derecho [En línea]. Disponible la página: <http://www.ieid.org/congreso/ponencias/Castro%20Bonilla,%20Alejandra.pdf>.
- CASTAGNINO, LAURA CRISTINA. El principio de igualdad en las relaciones laborales, Los Recursos Humanos. [En línea] Disponible en Internet <http://www.losrecursoshumanos.com/principio-de-igualdad-en-las-relaciones-laborales.htm>
- "Córdoba, José L. C. Alpargatas S.A.I.C."Cámara 2º Civil y Comercial. Minas y Trabajo Catamarca, 28/02/97, DT, 1998-B-1686
- CREUS, CARLOS. El miedo a la analogía y la creación de "vacíos" de punibilidad en la legislación penal, Buenos Aires Ed. Jurisprudencia Argentina JA, año 1999- Tomo IV- Pág.869.
- CREUS, CARLOS "El miedo a la analogía y la creación de "vacíos" de punibilidad en la legislación penal (intercepción de comunicaciones telefónicas y apropiaciones de "e-mail") JA 1999-IV-869 1999.Conf. CN Com., Sala D, mayo 18-1989, LL, 1989D-329
- "Díaz, Raúl v. Orazzi, Alejandro s/ Daños y Perjuicios" 28/09/1989 C. 1ª Civ. y Com. La Plata, sala 3ª
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, "REAL ACADEMIA ESPAÑOLA" [En línea] , versión 2001.Disponible en Internet <http://www.rae.es>
- El Reino Unido autoriza a los empresarios a vigilar el correo electrónico de sus empleados, "El País", España, [En línea] ejemplar del 05/10/00, Disponible en Internet <http://altavoz.nodo50.org/uk.htm>
- FERNÁNDEZ LÓPEZ JUAN MANUEL, ¿Es lícito vigilar los *e-mails* de los empleados?, Disponible en Internet <http://altavoz.nodo50.org/uk.htm>
- "Ferreya, Gustavo R. v. Benito Roggio e Hijos S.A. y otros s/indemnización por daños y perjuicios", sent. del 29/9/2004. LNBA 2006-2-156.
- FERREYRA, RAÚL G. ¿Tienes un correo electrónico para comunicarte? Observaciones en torno a la equiparación, en el ámbito del ordenamiento constitucional,

- de la correspondencia enviada por correo electrónico (*e-mail*) Doctrina Penal, 2004, I, p. 1194 y 1189. Ed. Jurisprudencia Argentina. 2004-I-1188.
- FRAGA MARTÍN, Interrupción de las comunicaciones que se realizan a través de Internet, LL, 2001- F-1345.
- GALINDEZ, MARICEL, Acceso ilegítimo a sistemas informáticos. La informática y el derecho a la intimidad. Necesidad de una reforma, ED, 184-372.
- GALINDEZ MARICEL, El Derecho (ED), Bs.As., 7/10/99, N 9852, Año 37-
- "García, Delia María Del Rosario c/ YPF Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s/despido".CNTrabajo, Sala X, 13/08/2003. Sent. 11.924, LL, 2003-E-926
- "Gervasio, María L. v. Silberstein, Edgardo B. y otros", C. Nac. Civ., sala D, 16/2/1999, JA 1999-IV-784.
- "Giménez, Victoria v. Crear Sistemas S.A. y otro s/despido".C. Nac. Trab., sala 10ª, expte. 2074/02, S. 11988, 26/8/2003,
- "Grimberg, Alfredo H. s/ sobreseimiento CNCrim. y Correc. de la Capital Federal, Sala I, 11/02/2003.Lexis N° 1000096
- HERMIDA, BEATRIZ, El email laboral en la Argentina, DT, 2001-B-1892
- HISTORIA DEL CORREO ELECTRÓNICO. Telecable [En línea] Disponible en Internet en http://www.telecable.es/personales/carlosmg1/historia_correo.htm
- "Jollada, Oscar N. v. Rithner, Heriberto A.C. Civ. y Com. Morón, sala 2ª, 20/2/2003", JA 2003-IV-262
- "Lanata, Jorge" –CNCrim y Correc. C.F,LL 1999, Tomo C, pág. 458
- MERINO MERCHÁN, JOSÉ FERNANDO El control sobre el correo electrónico de los trabajadores, Información Jurídica, económica y Fiscal española. [En línea] 15/12/00, Disponible en Internet http://www.injef.com/revista/sitios/jfmm_001215.htm.
- MORALES GARCÍA OSCAR, La tutela penal de las comunicaciones laborales. A propósito de la estructura típica del art. 197 del Código Penal, Universitat Oberta de catalunya. [En línea]Disponible en Internet <http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0109035/morales.html>
- "Moze, Rodolfo F. C. Ministerio de Economía y Servicios Públicos", CNAT, SALA I, 31/10/97, DT, 1998A710
- PALAZZI, PABLO A. JA 2002-III-26
- PALAZZI, PABLO A. Aspectos legales del correo electrónico no solicitado (derecho a enviar, derecho a no recibir y a no distribuir correo electrónico) SJA 11/2/2004 JA 2004-I-920
- PARDO DE VERA MARTÍN MARÍA, El uso del correo electrónico en el trabajo, Informática jurídica.[En línea]. Agosto de 2001, Disponible en Internet http://www.informaticajuridica.com/trabajos/el_uso_del_correo_electronico_en_el_trabajo.asp.
- PATRONI VIZQUERRA URSULA.Consultar sitios de ocio por Internet en el trabajo es motivo de despido. Vlex REDI Revista Electrónica de Derecho Informático [En línea] Núm. 50, Septiembre 2002 Disponible en Internet <http://vlex.com/vid/167336>
- "Pereyra, Leandro Ramiro c/ Servicios de Almacén Fiscal Zona Franca y Mandatos S.A. s/ Despido". CNTrabajo, Sala VII 27/03/2003. LNL 2003-08-544.
- PRINCE ALEJANDRO, E-government. Revista de facultades. [En línea] abril de 2008 disponible en <http://www.revistafacultades.com.ar/notas/69-e-government.htm>
- QUINTEROS BERNARDO."Spam" para robar datos sensibles Hispasec Sistemas. [En línea] mayo de 2002 disponible en <http://www.hispasec.com/unaalldiacom.asp?id=1298>.

- Redruello, Fabián L. y otros s/estafa. LA 1995-A-26
- RIQUERT, MARCELO A. Protección penal para el correo electrónico?, ED, 182-477
- RIQUERT MARCELO. Hacking, craking, e-mail y dos fallos judiciales que denuncian lagunas en la legislación penal argentina, CarlosParma.com.ar [En línea]. Disponible en <http://www.carlosparma.com.ar/gornstein.htm>.
- SOTO ALBERTO, La problemática del correo electrónico en la empresa, Technisys S.A. [En línea]. Disponible en Internet http://www.Technisys.net/today/events/ponencia_correo.html
- SONRÍA, ESTAMOS REVISANDO SU *E-MAIL*. Diario "Clarín", ejemplar del 8/12/99, [En línea] Disponible en Internet http://www.clarin.com.ar/areas_virtual/suplementos/informatica/99-12-08/t-01204i.htm
- "Steinhaus, Raquel y otros". CN Penal Económico, Sala A. 13/09/2002.
- "Tanús, Gustavo D. y otro v. Cosa, Carlos A. y otro" Juzg. Nac. Civ. y Com. Fed., n. 3 Fecha: 07/04/2006 SJA 7/6/2006. JA 2006-II-44
- The Indexable Web is More than 11.5 billion pages. ANTONIO GULLI ALESSIO SIGNORINI. The University of Iowa Computer Science Department. [En línea]. Disponible en <http://www.cs.uiowa.edu/~assignori/web-size/>
- VALOR DEL CORREO ELECTRÓNICO. Sentencia española Portal de Abogados [En línea]. Abril de 2001. Disponible en Internet. <http://www.portaldeabogados.com.ar/derechoinformatico/sentenciaes1.htm>
- VIBES, FEDERICO P. SJA 25/5/2005 JA 2005-II-1386
- "V.R.I. c/ Vestiditos S.A. s/despido". Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Laboral N° 24. 27/05/2003.
- Villahermosa Iglesias Alfonso. "Apuntes sobre el correo electrónico en la empresa. El despido por uso de correo electrónico e Internet". Delitos informáticos .com [En línea]. Septiembre 2002. Disponible en la página <http://www.delitosinformaticos.com/ciberderechos/usocorreo5.shtml>

INDICE

| | Pág. |
|----------------|------|
| Resumen..... | 3 |
| Objetivos..... | 5 |

Capítulo 1**EL CORREO ELECTRÓNICO EN LA SOCIEDAD**

| | Pág. |
|--|------|
| 1. Introducción..... | 10 |
| 1.a .Internet. Aspectos generales..... | 11 |
| 1.a.1 Los recursos de Internet..... | 18 |
| 1.a.1. a) Participes de la red..... | 18 |
| 1.a.1. b) Acceso a la red..... | 19 |
| 1.a.1.c) Dirección numéricas IP y nombres de dominio..... | 20 |
| 1.a.1. d) Protocolo de internet..... | 21 |
| 1.a.1. e) Servicios que se brindan a través de Internet..... | 21 |
| 1.a.1. f) World Wide Web (www)..... | 22 |
| 1.a.1. g) Correo electronico (email)..... | 22 |
| 1.a.1. h) Telnet..... | 26 |
| 1.a.1. i) Protocolo transferencia de ficheros..... | 26 |
| 1.a.1. j) IRC..... | 27 |
| 1.a.1. k) Chat..... | 28 |
| 1.a.1. l)Tecnología wap..... | 29 |
| 1.a.2. Presentación del e-mail. Historia del Correo Electrónico..... | 30 |
| 1.a.3. Correo electrónico. Concepto..... | 32 |
| 1.a.4. Asimilaciones y diferencias con el correo tradicional y su protección y constitucional | 36 |
| 1.a.5. El correo electrónico y el Derecho Penal..... | 42 |
| 1.a.6. El correo electrónico y su equiparación con el que tiene raigambre constitucional..... | 55 |

| | |
|---|-----|
| 1.a.6. Ventajas y desventajas del uso del correo electrónico en la empresa..... | 153 |
| | 59 |

Capítulo 2

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL EMAIL

| | Pág. |
|---|------|
| 2. Introducción..... | 62 |
| 2.a. Contrato de Trabajo..... | 64 |
| 2.a.1).Derechos y deberes genéricos de las partes en la Relación laboral..... | 65 |
| 2.b. Derechos de las partes en la relación laboral..... | 69 |
| 2.b. 1) Derechos del empleador..... | 69 |
| 2.b. 1) a). Facultad de organización..... | 69 |
| 2.b 1) b). Facultad de dirección..... | 70 |
| 2.b.1) c). Facultad de Control..... | 71 |
| 2.b. 1) d. Mecanismos de control..... | 84 |
| 2.b 1) e). Poder disciplinario..... | 88 |
| 2.b 2) Derechos del trabajador..... | 89 |
| 2.b.2) a). Igualdad de trato y no discriminación..... | 89 |
| 2.b 2) b). Ejercicio de las facultades del empleador respetando la dignidad del trabajador..... | 90 |
| 2.b.3) Deberes de las partes en la relación laboral..... | 91 |
| 2.b.3) a). Deberes del trabajador..... | 91 |
| 2.b 3) b). Diligencia..... | 91 |
| 2.b 3) c). Fidelidad..... | 92 |
| 2.b.3) d). Obediencia..... | 93 |
| 2.c. El email para uso personal y uso laboral..... | 93 |
| 2.d. Cuentas Web y POP..... | 98 |
| 2.d.1).De los emails de cuenta Web o correo electrónico Privado..... | 99 |

| | |
|---|-----|
| 2.d.2). De los emails de cuenta Pop o correo Electrónico laboral..... | 100 |
| 2.d. 2) a). El correo proporcionado por el empleador privado..... | 101 |
| 2.d.2)b).El correo proporcionado por la Administración pública..... | 104 |
| 2.e. La seguridad digital y el correo electrónico..... | 106 |
| 2.f. Uso del email con fines sindicalistas en horario de trabajo..... | 107 |
| 2.f.1) Los trabajadores y sus organizaciones sindicales..... | 111 |
| 2.f.2) El ejercicio del derecho de información y comunicación..... | 111 |
| 2.f.3) Desarrollo de la relación y sus límites..... | 111 |
| 2.g. Distracción o eficiencia. Dichos problemas, ¿pueden ser causa de despido?..... | 111 |
| 2.h. El despido por uso indebido del correo electrónico..... | 113 |

CAPITULO 3
ACTUALIDAD DEL CORREO ELECTRÓNICO EN EL
ÁMBITO LABORAL

| | Pág. |
|---|------|
| 3.. Introducción..... | 121 |
| 3.a. Correo electrónico. Antecedentes jurídicos. Anteproyectos Nacionales sobre la Protección del Correo Electrónico..... | 123 |
| 3.b. La ley de protección de datos personales y el trato de la información personal del trabajador..... | 132 |
| 3.c. La responsabilidad subsidiaria del empleador frente a terceros por los actos de los trabajadores..... | 133 |
| 3.c.1. Condiciones para que se configure la obligación de responder..... | 135 |
| 3.c.1.a Relación de dependencia..... | 136 |

| | |
|--|-----|
| 3.c.1.b Ejercicio de la función..... | 137 |
| 3.c.1.b1 En ejercicio..... | 137 |
| 3.c.1.b.2 Con motivo de la función..... | 137 |
| 3.c.1.b.3 En ocasión de la función..... | 138 |
| 3.c.1.c. Acto ilícito del subordinado..... | 138 |
| 3.c.2. Legitimación pasiva..... | 139 |
| 3.d Conclusiones..... | 142 |
| 3.e. Propuesta..... | 145 |

BIBLIOGRAFÍA

| | |
|--------------------------------|------|
| | Pág. |
| 1.a Bibliografía General..... | 147 |
| 2.b Bibliografía Especial..... | 149 |

1 Topología de red en la que los nodos están colocados en forma de árbol. Desde una visión topológica, la conexión en árbol es parecida a una serie de redes en estrella interconectadas salvo en que no tiene un nodo central. En cambio, tiene un nodo de enlace troncal, generalmente ocupado por un hub o switch, desde el que se ramifican los demás nodos. Es una variación de la red en bus, la falla de un nodo no implica interrupción en las comunicaciones. Se comparte el mismo canal de comunicaciones.

2 Bitnet era una antigua red internacional de computadoras de centros docentes y de investigación que ofrecía servicios interactivos de correo electrónico y de transferencia de ficheros utilizando un protocolo de almacenaje y envío basado en los protocolos Network Job Entry de IBM. Se conectaba a Internet a través de una pasarela de correo electrónico.

3 Fidonet es una red de computadores a nivel mundial que es usada para la comunicación entre BBS Bulletin Board System. En los años 90 fue el más popular, hasta que llegó Internet (de acceso más sencillo y fácil). La red continúa funcionando aunque se ha visto reducida considerablemente, debido sobre todo a la decadencia de los BBS para los que inicialmente fue diseñada; aun así sigue siendo una alternativa de gran calidad en lo que a correo electrónico se refiere frente a foros, grupos de news o listas de correo de Internet.

4 UUCP significa Unix to Unix CoPy. El término generalmente se refiere a un conjunto de programas de ordenador y protocolos que permiten la ejecución remota de comandos y la transferencia de archivos, mensajes de correo electrónico entre ordenadores y netnews. En concreto, uucp es uno de los programas de la suite, que proporciona una interfaz de usuario para la solicitud de las operaciones de copia de archivos. La suite también incluye UUCP uux (interfaz de usuario para la ejecución remota), uuico (programa de comunicación), uustat (informes estadísticos sobre la actividad reciente), uuxqt (ejecutar comandos enviados desde las máquinas remotas), y uuname (informes uucp nombre de los locales Sistema). Aunque UUCP se desarrolló originalmente y es más estrechamente asociado con Unix, UUCP existen implementaciones para varios otros sistemas operativos, como Microsoft del MS-DOS, Digital VAX / VMS, la Commodore AmigaOS, y Mac OS.

5 Traducción no oficial del informe del 24-X-1995 del Federal Networking Council, de los Estados Unidos

6 Carrasco Blanco, Humberto, "Algunos aspectos de las responsabilidades de los proveedores de servicios y contenidos de Internet. El caso "ENTEL"", trabajo presentado en EcomDer 2000- Primer Congreso Internacional de Internet sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico, año 2000.

7 Ver Xuan-Thao, Nguyen, "The new wild west: measuring and proving fame and dilution under the Federal Trademark Dilution Act", 63 Alb. L. Rev. 201, 1999. También, ver Look, Jeffrey, "The virtual Wild Wild West (WWW): intellectual property issues in cyberspace-trademarks, service-marks, copyrights, and domain names", 22 Ark. Little Rock 49, 1999.

8 Vibes, Federico P. SJA 25/5/2005 JA 2005-II-1386

9 Horacio Fernández Del Pech; "Internet y su problemática Jurídica", Pág. 14. Ed. Abeledo Perrot, 2001 Buenos Aires

10 La firma de monitoreo comScore ha lanzado su análisis mensual qSearch para el mercado de los buscadores y, como era de esperarse Google mantiene su posición como el motor de búsquedas como mayor participación durante el mes de octubre con un 58.5 por ciento de participación, un incremento de 1.5 puntos desde septiembre. Octubre ha sido un buen mes para los motores de búsqueda en los EE.UU. con un incremento del 12 por ciento en el número total de búsquedas en relación a septiembre. Sin embargo, Yahoo en el puesto nacieron dos bajo a 22.9 por ciento (0.8 puntos menos) en términos de participación de mercado y Microsoft siguió la tendencia con una baja de 0.6 puntos para llegar a 9.7 por ciento de participación. Ask Networks se llevó el puesto número cuatro con un 4.7 por ciento del mercado estadounidense seguido por Time Warner, que es propietario de AOL, con un 4.2 por ciento. Según el reporte, los cinco motores principales lograron por lo menos un cinco por ciento de crecimiento en el número total de búsquedas, pero solo Google logró aumentar su participación de mercado en este periodo. <http://www.techspot.com/espanol/noticias/27979-google-domina-el-mercado-de-buscadores-durante-octubre.html>

11 <http://www.cs.uiowa.edu/~asignori/web-size/>

12 Artículo 1º.- Declárase de Interés Nacional, en el marco del Programa "argentin@internet.todos" el proyecto "UNA DIRECCION DE CORREO ELECTRONICO PARA CADA ARGENTINO", destinado a proveer una. cuenta de correo electrónico gratuita con una dirección electrónica segura y reconocida a cada habitante de la REPUBLICA ARGENTINA que posea Documento Nacional de Identidad y a cada persona jurídica que posea Clave Única de Identificación Tributaria.

13 Es un sistema operativo de tiempo compartido, controla los recursos de una computadora y los asigna entre los usuarios. Permite a los usuarios correr sus programas. Controla los dispositivos de periféricos conectados a la máquina

14 Un puerto de red es una interfaz para comunicarse con un programa a través de una red. Un puerto de red puede ser un puerto serie o un puerto paralelo; suelen ser numerados. La implementación del protocolo en el destino utilizará ese número para decidir a que programa entregará los datos recibidos.

15 La basado en SSH y SCP SFTP utilidades puede ser usado para transferir archivos hacia y desde los sistemas de NCCS. Because these utilities can be slow, we recommend using them to transfer small numbers of smaller files. Debido a que estos servicios públicos puede ser lenta, le recomendamos que utilice la transferencia de ellos a un pequeño número de archivos más pequeños.

16 Jorge Rey Valzacchi, Internet y Educación, Ed. Horizonte Informática Educativa, 1998 Buenos Aires

17 Guillermo Beltramone, Ezequiel Zabale, "El derecho en la Era Digital", Ed. Juris año 1997 Rosario

18 Sin autor, "La historia del correo electrónico". En la página http://www.telecable.es/personales/carlosmg1/historia_correo.htm

19 Breve historia del correo electrónico, en http://www.telecable.es/personales/carlosmg1/historia_correo.htm.

http://www.enter.com.co/enter2/ente2_inte/ente_inte/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_2-3232095.html

Resolución 333/2001

Adoptase el procedimiento de Documento de Consulta previsto en el Reglamento General de Audiencias Públicas y Documentos de Consulta para las Comunicaciones, con la finalidad de tratar el documento que contendrá el "Anteproyecto de Ley de Protección Jurídica del Correo Electrónico".

22 Orden del día nº 576 comisiones de comunicaciones e informática y de legislación del trabajo .Impreso el día 15 de julio de 2002 .Término del artículo 113: 24 de julio de 2002 Régimen de Protección del Correo Electrónico. Implementación. Fontdevila y Ubaldini. (325-D.-2002.) Dictamen de las comisiones Honorable Cámara: Las comisiones de Comunicaciones e Informática y de Legislación del Trabajo han considerado el proyecto de ley de los señores diputados Fontdevila y Ubaldini, sobre régimen de protección del correo electrónico; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconsejan la sanción del mismo. Orden del día nº 576.Comisiones de comunicaciones e informática y de legislación del trabajo.

- 23 Anteproyecto diputada ari - Delia Besutti sobre correo electrónico, que lo equipará al correo postal. regula el email laboral. Se presento a fines de abril del 2006 en la Cámara de Diputados Nacional el PROYECTO de regulación legal sobre CORREO ELECTRÓNICO que lo equipará al CORREO POSTAL como delito penal. Asimismo regula el EMAIL LABORAL y su aplicación
- 24 María Luisa Fernández Esteban, "Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales", Ed. Mac Graw Hill, Madrid, 1998, p. 26
- 25 Fernández Esteban, María Luisa. 1998. "Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales". Editorial Mc Graw Hill, Madrid, p. XX
- 26 Libro Verde de la Convergencia de los Sectores de telecomunicaciones, los medios de comunicación y las tecnologías de la información aprobado en Bruselas el 3 de diciembre de 1997, visible en la página <http://www.info2000.csic.es/midas-net/docs/lvmedia/lvmedia.htm>
- 27 Gobierno Digital como a la «aplicación intensiva y estratégica de la tecnología de la información, las telecomunicaciones e Internet a las actividades del Estado Nacional, los Estados provinciales, los Municipios y los Entes Estatales o Mixtos.» En otras palabras, y utilizando terminología del mana-gement estratégico, «Gobierno Digital es la reinención y eficientización del gobierno a través de reingenierías de base tecnológica» La informatización eficiente del Estado posibilita una relación mas interactuada con el ciudadano <http://www.revistafacultades.com.ar/notas/69-e-government.htm>
- 28 Diccionario de la lengua española, "Real Academia Española", versión 2001, <http://www.rae.es>.
- 29 Tomabene, María I., "Internet para abogados" pag. 208. Ed. Universidad, Buenos Aires, 1999.
- 30 Galdós, Correo electrónico, privacidad y daños, en "Revista de derechos dedaños", 2001-3-157, Rubinzal-Culzoni, 2001, pag.170.
- 31 Alejandra Castro Bonilla: "El Uso Legítimo del Correo Electrónico". En la página <http://www.delitosinformaticos.com/portaley/contratosinformaticos>.
- 32 Llaneza González, Paloma, "Internet y comunicaciones digitales (régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación)", p. 272, realiza una distinción un poco más sutil, afirmando que "...se denomina junk mail o garbage mail, al correo basura que, por lo general, no tiene carácter comercial y que suele provenir de direcciones no anónimas. Los casos más frecuentes son las pesadísimas cartas cadenas (chain letter) sobre la buena o mala suerte, virus informáticos inexistentes, niños gravemente enfermos que desean recibir correos electrónicos de todos los confines de la tierra..", 2000, Ed. Bosch, Barcelona, España.
- 33 Ribas Alejandro, Javier, "Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet", 1999, Ed. Aranzadi, Navarra, España, p. 52.
- 34 Resolución 338/2001 – Secretaría de Comunicaciones. Correo electrónico. Anteproyecto de ley de regulación de las comunicaciones publicitarias por correo electrónico. Procedimiento de documento de consulta. Adopción
- 35 Respecto a la "ilegalidad del spam", casi anecdóticamente, es interesante recordar un artículo del Diario "La Nación", del 13/11/2000, por Eduardo Dahl, "S.1618, esa ley que inventó el Spam", donde se hace un interesante análisis sobre la archiconocida leyenda que incluyen los spammers, donde establecen que de acuerdo a la ley (?) "S. 1618", no debe considerarse spam a un correo enviado (aunque no solicitado), si se le da al destinatario la posibilidad de solicitar la remoción de dicha base de datos.
- Lo paradójal es que -en primer lugar- se trataría de una normativa exclusiva de los Estados Unidos (y, como consecuencia, inaplicable en nuestro país); y -en segundo término- que dicha ley (?) S.1618, nunca pasó de ser un "proyecto" de reforma de una ley norteamericana, realizada por los senadores Murkowski y Torricelli en el año 1998 (y jamás aprobada como ley)..
- 36 Entre las primeras sentencias referentes a la cuestión del spam, es menester recordar "Cyber Promotions Inc. vs. America Online Inc." y "America Online Inc. vs. Cyber Promotions Inc.", tramitada en la Corte de Pennsylvania, del 4/11/1996 donde, entre varias interesantes cuestiones, la empresa acusada de spam basaba su defensa en la "Primera Enmienda" (free speech rights), e -incluso- se analizó la legalidad de "America Online" de enviar e-mail bombs; publicado en Electronic Commerce & Law Report, de 1/12/1997, <http://zeus.bna.com/e-law/cases/aolcyb2.html>.
- 37 Como prueba de la ilegalidad de la gran mayoría de las bases de datos bastaría con preguntarnos (en este mismo momento), cuántos de nosotros hemos dado nuestro "consentimiento" en forma "libre", "expresa", "informada" y "por escrito", de acuerdo a las pautas expresamente previstas en el art. 5 inc. 1 ley 25326, para que nuestros "datos personales" figuren en una "base de datos" (en las cuales se van a sustentar -técnicamente- para el envío de spams).
- 38 Sobrino, Waldo A. R., "Responsabilidad por acoso sexual (y la importancia de aplicar la 'Teoría de las cargas probatorias dinámicas' y los 'daños punitivos')", publicado en la "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", n. 5, de septiembre/octubre de 1999, 1999, Ed. La Ley.
- 39 Ley 25326. Protección de los datos personales. Disposiciones Generales. Principios generales relativos a la protección de datos. Derechos de los titulares de datos. Usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos. Control. Sanciones. Acción de protección de los datos personales. Sancionada: Octubre 4 de 2000. Promulgada Parcialmente: Octubre 30 de 2000.
- 40 El spam le cuesta a las empresas de Estados Unidos 10.000 millones de dolares anuales en filtros y otros sistemas de bloqueo.
- 41 Juzg. Nac. Civ. y Com. Fed., n. 3 Fecha:07/04/2006 Tanús, Gustavo D. y otro v. Cosa, Carlos A. y otro SJA 7/6/2006. JA 2006-II-44.
- 42 Brulliard, Karin. Primera condena en la historia por mandar email a usuarios que no lo pidieron. Clarín 2004 Noviembre 05; Sección Sociedad pag. 38
- 43 Art. 153.- Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado; o supriere o desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida.
- Se le aplicará prisión de un mes a un año, si el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito o despacho.
- 44 Para Soler, Sebastián "La interpretación válida debe ser sistemática" (Derecho Penal Argentino, T. 1, P. 141. Ed. Tea, Buenos Aires, 1983)
- 45 Mediante el decreto 1335/99, firmado el 11/11/99, el Gobierno de Argentina declaró de interés nacional el proyecto Una dirección de correo electrónico para cada argentino, con el cual se pretende que cada persona física o jurídica tenga una dirección de email
- 46 Creus, Carlos "El miedo a la analogía y la creación de vacíos de punibilidad en la legislación penal" JA.1999-IV-869.
- 47 Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, T 1, Pág. 142, Ed. Tea, Buenos Aires, 1983.
- 48 Diario "Comercio y Justicia", ejemplar del 1 /07/2003, El email es el servicio mas usado contratapa.
- 49 La Ley 1999, Tomo C, pag. 458
- 50 El juez federal Juan José Galeano, a cargo del Juzg. Fed. N 10, se pronuncio en idéntico sentido, en una causa iniciada por el gerente de la firma CCS S.R.L., Pedro Serigos, contra los responsables de la empresa Via Networks Argentina S.A., a quienes se acusaba de haber "desviado intencionalmente correspondencia electrónica de particulares, de haberse "apropiado" de la misma "imponiéndoles como condición" para devolvérsela que firmaran un contrato de servicios con la empresa que representan". Sin embargo, debió archivar el expediente debido a que el fiscal federal Eduardo Taiano entendió qu existía "un vacío legislativo" para impulsar la acción penal en este tipo de delitos (Stern, Los mails también son correspondencia, <http://www.fundaciondike.org/legislacion/mails-correo.html>).

- 51 Núñez, Ricardo, Manual de derecho penal, parte especial, Pág.176, Ed. Marcos Lerner, Córdoba,1999.
- 52 Creus, Carlos, El miedo a la analogía y la creación de "vacíos" de punibilidad en la legislación penal, JA, 1999-IV-869.
- 53 Fontan Balestra, Carlos, Tratado de Derecho Penal, Parte especial, T IV, P. 392 Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires,1980.
- 54 Creus, Carlos El miedo a la analogía y la creación, , El miedo a la analogía y la creación de "vacíos" de punibilidad en la legislación penal, JA, 1999-IV-869.
- 55 La analogía legal conduce a la aplicación de la pena conminada para un determinado tipo delictivo, a otro hecho que no se adecua al previsto en dicho tipo, pero respecto del cual, por semejanza de las respectivas situaciones existe la misma razón para castigarlo. Por ejemplo, aplicarle la pena que le art. 193 del código penal conmina para el que "arrojase cuerpos contundentes o proyectiles contra un tren o un tranvía en marcha", al que lo arroja contra un ómnibus (Núñez, Manual de derecho penal. Parte general, p. 68). La prohibición de la analogía es una condición de la existencia del principio de reserva penal que esta insito en la garantía de legalidad de la represión. Esta presupone que el ámbito de lo punible debe estar determinado exhaustivamente por la ley, y que todo lo que queda al margen de ese ámbito esta reservado como esfera de impunidad, por ilícitos, inmorales, o perjudiciales que sean los hechos cometidos (Núñez, Manual de derecho penal. Parte general, p. 66).
- 56 Navarro Pablo- Bouzat, Andrés- Esandi, Luis. Juez y ley penal. Un análisis de la interpretación y aplicación de las normas penales, p. 38.Ed. Alveroni, Córdoba, 2001.
- 57 Núñez,Ricardo, Manual de derecho penal. Parte general, 4ta. ed. p. 68.Marcos Lerner Ed. Córdoba 1999.
- 58 Riquert, Marcelo A. Protección penal para el correo electrónico?, ED, 182-477.
- 59 Galindez, Maricel, Acceso ilegítimo a sistemas informáticos. La informática y el derecho a la intimidad. Necesidad de una reforma, ED, 184-372.
- 60 Palazzi, Pablo. Delitos informáticos, p. 194 Ed. Ad Hoc, Buenos Aires,2000.
- 61 Juzgado Federal Correccional. N 12 20 /03/02, "Gornstein, Marcelo Hernán y otros s/ Delito de acción publica", reproduciendo íntegramente en Riquert, Hacking, craking, e mail y dos fallos judiciales que denuncian lagunas en la legislación penal argentina, [http:// www.carlosparma.com.ar/gornstein .htm](http://www.carlosparma.com.ar/gornstein.htm).
- 62 Martín Fraga, Interrupción de las comunicaciones que se realizan a través de internet, LL, 2001- F-1345.
- 63 Creus, Carlos "El miedo a la analogía y la creación de "vacíos" de punibilidad en la legislación penal (intercepción de comunicaciones telefónicas y apropiaciones de "e-mail") JA 1999-IV-869 1999
- 64 Asimismo, propone incorporar un Segundo párrafo al art. 154 del código penal, en los siguientes términos: "Se aplicará la misma pena al empleado de una empresa de comunicaciones que, abusando de su empleo y con los mismos fines, se impusiere del contenido de un software de datos que no le este dirigido".
- 65 También propone la modificación del art. 154 del Cod. Penal, en los siguientes términos: "Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el empleado de correos o telégrafos o empresas proveedoras de servicios de correo electrónico que, abusando de su empleo, se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama, de un correo electrónico, o de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, la entrega o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto".
- 66 Conf. CNCom., Sala D, mayo 18-1989, LL, 1989D-329.
- 67 Ferreyra, Raúl G. ¿Tienes un correo electrónico para comunicarte? Observaciones en torno a la equiparación, en el ámbito del ordenamiento constitucional, de la correspondencia enviada por correo electrónico (e-mail)
25/2/2004 SJA 25/2/2004 JA 2004-I-1188
- 68 Palazzi, Pablo A. Aspectos legales del correo electrónico no solicitado (derecho a enviar, derecho a no recibir y a no distribuir correo electrónico) SJA 11/2/2004 JA 2004-I-920
- 69 Galindez, Maricel El Derecho, Bs.As., 7/10/99, N 9852, Año XXXVII-
- 70 C. Nac. Crim., sala 1ª, 11/2/2003
- 71 Redruello, Fabián L. y otros s/estafa.LA 1995-A-26.
- 72 Nino, Carlos S., "Fundamentos de Derecho Constitucional", 1992, Ed. Astrea, ps. 327/335.
- 73 La empresa puede resultar responsable de los actos del empleado realizados en el curso de la jornada laboral a través del uso indebido del correo electrónico provisto por ella, dando lugar a repercusiones económicas significativas, si utiliza esta herramienta, por ejemplo, para efectuar acoso sexual o difamación. Chevron Corp fue obligada a pagar 2.2 millones de dólares a cuatro demandantes que recibieron correo electrónico con contenido sexual y que fueron acosados por un empleado a través del sistema de correo electrónico de la empresa.
- Información extraída del informe preliminar al anteproyecto de protección del coreo electrónico, Secretaria de Comunicaciones de la Nación, publicado en www.secom.gov.ar
- 74 Albarrán Lozano- Pablo Heredero- Montero, Uso del Correo electrónico: Un análisis empírico en la UCM- Universidad Complutense de Madrid, <http://www.ucm.es/BUCM/cee/doc/9909/9909/htm>.
- 75 Grisolia, Julio,Derecho del trabajo y de la seguridad social, p. 542,Ed.6ta.Lexis Nexos-Depalma, Buenos Aires,2002
- 76 Washington,Efe Los trabajadores de EE.UU. pierden 2 horas por día en Internet Clarín 13 de Julio de 2005. Sección Sociedad Pag. 32
- 77 Sancionada el 11/09/74 y promulgada el 20/08/74 y publicada en BO el 27/08/74 (t.o.mediante decr. 390/76). Esta ley ha sufrido a lo largo del tiempo varias modificaciones, pero las mismas no están vinculadas a los artículos que tienen relación con el tema investigado.
- 78 CNAT, Sala VIII, 27/03/03, "Pereyra, Leandro Ramiro c.Servicios de Almacén Fiscal Zona Franca y Mandatos S.A. s/ Despido", sent. 36.580
- 79 "Tratándose de una fuente propia y exclusiva del derecho del trabajo que tiene un alcance similar al reglamento de empresa en tanto se `pruebe la existencia de la repetición de los actos y la aceptación reiterada de tales conductas y que se diferencia del mismo porque las condiciones de las prestación laboral no están fijadas por escrito", Grisolia , Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.Pag. 36.
- 80 " Los usos y costumbres son la repetición de actos o conductas socialmente aceptadas a lo largo del tiempo: Siendo una fuente clásica (se presenta en todas las ramas del derecho), en el ámbito del derecho del trabajo, se configura cuando, en una actividad, la partes reiteradamente asumen determinada conducta que motiva que se la tenga por incorporada al contrato de trabajo", Grisolia, Derecho del Trabajo y la seguridad social, Pág.34
- 81 Grisolia Julio. Manual de Derecho Laboral. Pág.
- 82 Camara 2º Civil y Comercial. Minas y Trabajo Catamarca, 28/02/97, "Córdoba, José L. C. Alpargatas S.A.I.C.", DT, 1998-B-1686.

- 83 Art. 11 de la LCT: "PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY: Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe"
- 84 Toselli, Derecho del trabajo y de la seguridad social, t.I Pag. 201.
- 85 Vazquez Vialard, Derecho
- 86 "...Lo que no admite dudas es que la utilización del correo electrónico de la empresa y de los ordenadores de la empresa (STS del 14/03/88 [RJ 1988,7550]) para cuestiones distintas de las laborales(STS del 14/03/88 [RJ 1988,1923])repetidamente, se subsumen en la transgresión de la buena fe contractual[art. 52.2 d) ET (RCL 1980,607 Y APNDL 3006)] de los trabajadores aunque ello no suponga perjuicios para la empresa...", Val Arnal, El correo electrónico en el trabajo y el derecho a la intimidad del trabajador. Comentario de la sentencia del tribunal superior de justicia de Cataluña de 05 de Julio 2000(AS 2000,3452) Aranzadi Social nº 17/2000, Parte Presentación, BIB 2000/1902.
- 87 "... La actora al utilizar en forma indebida la cuenta provista por la empresa puede afirmarse que defraudó la confianza en ella depositada ya que dispendiaba tiempo de trabajo en su beneficio. Al decir uso indebido me refiero a que se utilizó una herramienta del principal en horario de trabajo para un fin distinto para el que correspondía, lo cual_ en principio_ contraría los deberes contemplados en los Art. 21, 62,63 y 84 L.C.T..." CNAT, Sala X, 17/10/03, sent. 12.245, " V.R.I c. Vestiditos S.A. s/ Despido ",
- 88 Véase Cardona Rupert, Control del correo electrónico de los empleados. Transgresión de la buena fe contractual, Aranzadi Social nº 17/2000, Parte Presentación, BIB2000/1903..
- 89 Grisolia Julio. Manual de Derecho Laboral. Pág
- 90 Toselli, Carlos A. Derecho del trabajo y de la seguridad social,t.I.p.202,Ed. Alveroni, Córdoba,2002
- 91 Pardo de Vera Martín, El uso del correo electrónico en el trabajo, 17/08/01, http://www.informatica-juridica.com/trabajos/el_uso_del_correo_electronico_en_el_trabajo.asp
- 92 Sardegna, Miguel A. Ley de contrato de trabajo y sus reformas comentada, anotada, concordada, Pág.261.Ed. Universidad, Buenos Aires,1999.
- 93 Thibault Aranda, Javier, Principios de derecho de Internet, Capitulo IV, "Relaciones Laborales e Internet", Pág.450.Ed. Tirant Lo Blanch-Prainter, España,2002.
- 94 Toselli, Carlos A. Derecho del trabajo y de la seguridad social, t.I, ps. 202y 203. Ed. Alveroni, Córdoba,2002
- 95 "...Mediante el ejercicio del poder directivo, el empleador imprime un destino concreto (en cuanto al espacio, al tiempo y al modo) a la energía que el trabajador pone en bloque a su disposición...", CNAT, SALA I, 31/10/97, " Moze, Rodolfo F. C. Ministerio de Economía y Servicios Públicos", DT, 1998-A-710.
- 96 Un simple software puede detectar las operaciones realizadas con la clave asignada al usuario de la PC, lo que permite detectar cada uso efectuado en dicho equipo informático y la persona que lo hizo.
- 97 "... La vigilancia de las comunicaciones en la empresa puede tener una finalidad legítima de control de la calidad del trabajo, posibilitando la corrección de errores en el sistema productivo, así como una medida de protección y vigilancia ante actuaciones desleales del trabajador, como un uso particular de los elementos de la empresa, defraudaciones, acoso sexual, introducción de virus o espionaje industrial..."Batllori Bas, Acerca del control del correo electrónico en la empresa, Febrero de 2001.
http://noticiasjuridicas.com/areas_virtual/articulos/40-Derecho%20laboral/200102-05512911015390.html.
- 98 Thibault Aranda, Javier Principios de derecho de Internet, Capitulo IV, "Relaciones laborales e Internet", p. 454. Ed. Tirant Lo Blanch-Prainter, España, 2002.
- 99 Art. 14 bis de la constitución "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que aseguran al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagadas; retribución justa; salario mínimo vital y móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleo público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial"
- 100 Batllori Bas, Acerca del control del correo electrónico en la empresa, Febrero de 2001, http://noticias.juridicas.com/areas_virtual/articulos/40-Derecho%20laboral/200102-05512911015390.html.
- 101 Merino Merchan, El control sobre el correo electrónico de los trabajadores, 15/12/00,
http://www.injef.com/revista/sitios/jfmm_001215.htm.
- 102 TSJ Cataluña, Sala de lo Social, 14/ 11/00, "Gimenez, Gregorio c. Deutsche Bank S.A.E_ Despido disciplinario- internet ", en www.vlex.com.
- 103 STS Cataluña del 5/7/00, comentada por Val Arnal, El correo electrónico en el trabajo y el derecho a la intimidad del trabajador. Comentario a la sentencia del tribunal superior de justicia Cataluña de 5 de Julio de 2000 (AS 2000,3452), Aranzadi Social nº 17/2000, Parte Presentación, BIB2000/1902.
- 104 Juzg. 1ª Inst. Lab. Nº 24,27/05/03, sent. 72/03, " V.R.I c. Vestiditos S.A. s/ Despido", fallo que fue revocado por la CNAT, sala X, 17/ 11/03, sent. 12.245, 105
- 106 Grisolia Julio. Manual de Derecho Laboral. Pág
- 107 "... El correo electrónico es hoy una 'herramienta' más de trabajo...",CNAT, Sala VIII, 27/3/03,sent.36.580, " Pereyra, Leandro Ramiro c. Servicios de Almacén Fiscal Zona Franca y Mandatos S.A. s/ Despido"
- 108 Galdós, Jorge, M. Correo electrónico, privacidad y daños, en "Revista de Derecho de Daños",2001-3p.195.Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe,2001.
- 109 STS Andalucía, Sala de lo social, en la que se juzgaba la denuncia efectuada por un trabajador contra un empresario que le intervino y copió todos sus correos y ficheros personales, aún en presencia del comité de empresa.
- 110 De forma específica, de Estatuto de los trabajadores contempla el respeto a la intimidad y la consideración debida en los art. 4-2 e), 18 y 20-3 del Estatuto de los Trabajadores» (s.s de 20 y 23-2-2004 del Tribunal Superior de Cantabria).
- 111 Grisolia Julio. Manual de Derecho Laboral. Pág
- 112 Art. 71 de la LCT: "Los sistemas, en todos los casos, deberán ser puestos en conocimiento de la autoridad de aplicación".
- 113 Diario "Clarín", ejemplar del 8/12/99, Sonría estamos revisando su email, <http://www.clarin.com.ar/suplementos/informatica/99-12-08/t-01204i.htm>
- 114 En autos "García, Delia María del Rosario c. YPF S.A. s/ Despido", CNAT, Sala X, 13/08/03, sent. 11.924,LL,2003-E-926, en los cuales se confirmó la sentencia de primera instancia que había declarado procedente el despido, el voto del Dr. Simón expresó: "... a mi ver, en el particular caso de autos, no resulta

indispensable que se acredite tanto que García utilizó el tiempo y las herramientas de trabajo en su beneficio, como que brindó información confidencial a Oracle (proveedora de YPF que mantenía negociaciones con la misma) y también que participó en el site Go2tango(alguno de los sponsors tenía vinculación con la demandad)

115 Thibault Aranda, Javier El teletrabajo, p. 158.Ed. Consejo Económico. Madrid,2000.

116 Diversos estudios indican que le 70 % de los usuarios han sufrido acoso sexual a través del correo electrónico, hasta el punto que en la empresa Kodak, el acoso sexual aparece en primer lugar en el uso abusivo del correo electrónico: Betts-Maglitta, Is policies target e-mail harassment, en "Computer World", n° 15, 1995, p. 12

117 Informe preliminar del Anteproyecto de Ley de Protección del Correo Electrónico, elaborado por el Ministerio de Infraestructura y Vivienda de la Nación, Secretaría de Comunicaciones (Buenos Aires, 7/08/01), en www.secom.gov.ar

118 Fernández Esteban, Estudio de la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el secreto a las comunicaciones entre particulares, en especial en el ámbito de la empresa, Aranzadi Civil n° 3/2000, Parte estudio, ps.13-49.

119 Batllori Bas, Martí Acerca del control del correo electrónico en la empresa, febrero de 2001, http://noticias.juridicas.com/areas_virtual/articulos/40-derecho%20laboral/200102-05512911015390.html.

120 Villahermosa Iglesias, Alfonso, Apuntes sobre el correo electrónico en la empresa, 30/09/02, <http://www.delitosinformaticos.com/ciberderechos/usocorreo.html>.

121 "... Toda intromisión constituye una afrenta a la privacidad, pero, entrar en le cuerpo del mensaje resulta indiscutible que es sobrepasar un límite que sólo se debería hacer con las garantías suficientes (consentimiento del destinatario o autorización judicial que lo sustituya...)", Grassis, El despido con causa en el @b-uso del correo electrónico e Internet en horario de trabajo, en <http://www.eldial.com.ar>, número especial del 16/7/04.

122 Un artículo publicado en diario "Clarín", ejemplar del 7/7/03, bajo el título Los expertos aconsejan dejar de usar el email laboral para enviar mensajes personales (<http://old.clarin.com/diario/2003/7/07/t-585421.htm>), expresaba: " No es una novedad que millones de trabajadores de todo el mundo están acostumbrados a emplear sus computadoras y sus direcciones de email laborales para comunicarse con sus amigos y familiares durante el horario de trabajo. Claro que, de la mano de la conveniencia, viene el riesgo: aunque gran parte de ellos sabe que, al recibir y enviar emails personales desde su estación de trabajo están sacrificando cierta dosis de privacidad, también la mayoría es indiscreta a la hora de escribir". Luego agregaba: "basta intercambiar unas pocas palabras con cualquier empleado de sistemas para confirmar el bajísimo nivel de privacidad que tienen los correos electrónicos corporativos. Los empleados de sistemas leen todo lo que quieren. Y como la casilla pertenece a la compañía, es un hecho que nadie tiene derecho a la privacidad. Esto implica que quienes reciben sus mensajes personales en el trabajo, aceptan riesgos".

123 Director de la agencia de Protección de Datos, Vicepresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid y Master sobre Derecho Comunitario del IEE de la Universidad de Alcalá de Henares.

124 Fernández López, Juan Manuel ¿Es lícito vigilar los emails de los empleados?, <http://www.comfia.net/actual/muyinter.htm>.

125 Grisolia,Julio, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p. 287. Lexis Nexis-Depalma, Buenos Aires,2002.

126 Soto refiere la conveniencia del dictado por parte de la empresa de una directiva general denominada Política de Seguridad Informática, que contenga una serie de normas y procedimientos donde deberán estar contenidas las directivas particulares y detalladas respecto del uso de la herramienta informática. La problemática del correo electrónico en la empresa, http://www.technisys.net/today/events/ponencia_correo.htm

127 Batllori Bas, Martí Acerca del control del correo electrónico en la empresa, febrero de 2001, http://noticias.juridicas.com/areas_virtual/articulos/40-derecho%20laboral/200102-05512911015390.html

128 Diario "Clarín", ejemplar del 8/12/99, Sonría, estamos revisando su email, http://www.clarin.com.ar/areas_virtual/suplementos/informatica/99-12-08/t-01204i.htm.

129 Grisolia,Julio, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p. 287. Lexis Nexis-Depalma, Buenos Aires,2002.

130 Thibault Aranda, Javier, El Teletrabajo, p. 164. Ed. Consejo Económico. Madrid,2000.

131 La ley de protección de Datos Personales de Holanda, que entró en vigencia a comienzos del 2001, permite el monitoreo de las actividades electrónicas de los trabajadores con la participación de sindicatos y representantes de, años trabajadores en el diseño del sistema de control. Asimismo, obliga a la empresa a hacer públicas las conclusiones del control a los trabajadores, según informe Preliminar del Anteproyecto de Ley de Protección del Correo Electrónico elaborado por la Secretaría de Comunicaciones de la Nación Argentina, publicado en www.secom.gov.ar

132 "Los sindicatos consideran inadmisibles que las empresas restrinjan un derecho fundamental de los ciudadanos. El derecho a la intimidad sigue siendo exigible aunque se este en una oficina y ha de prevalecer sobre el derecho que da la propiedad de la herramienta. Ante el vacío legal, los sindicatos consideran que la mejor fórmula es negociar en las empresas y convenios un protocolo de uso de las nuevas tecnologías por parte de los trabajadores", Tomás Delclós, El uso del correo electrónico en horario laboral enfrenta empresas y sindicatos, 16/01/03, <http://www.internautas.org/articulo.php?sid=788>.

133 Galdós, Jorge, Correo electrónico, privacidad y daños, en "Revista de Derecho de Daños", 2001-3-157, p.184.Rubinzal Culzoni, Santa Fe,2001.

134 Deveali, Mario L., "El Derecho del Trabajo en su aplicación y sus tendencias", t. I, 1983, Ed. Astrea, p. 315 y ss.

135 " Si una empresa no tiene una política clara en el uso de esta herramienta, no advirtiendo al empleado que dicho uso debe ser realizado exclusivamente en función de su actividad laboral, y haciéndose conocer el derecho de la compañía a controlar el correcto uso del email, podría crear una falsa expectativa de privacidad" Hermida, El email laboral en la Argentina, DT, 2001-B-1892.

136 El grupo BBVA ha dictado las "Normas de Actuación para el uso racional del correo electrónico y fomento del mismo" conforme a las cuales "el correo electrónico es una herramienta de productividad que le grupo pone a disposición de sus empleados para el desarrollo de las funciones que les tiene encomendadas. Los usos ajenos a estos fines son por lo tanto considerados impropios y en el límite podrían configurara falta laboral". Ello según el fundamento jurídico 4º de la sentencia de la Audiencia Nacional del 6/2/01_ Martín Alonso, La utilización del correo electrónico por los sindicatos o sus secciones sindicales para transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados o trabajadores en general. Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de Febrero 2001 (AS 2001, 84),Aranzadi Social n° 1/2001, BIB 2001/423_

137 Con el avance de la técnica, hoy los programas de cifrado son de fácil acceso y con los algoritmos que se usan hoy en día (512 bits), resultaría virtualmente imposible acceder a un determinado tipo de información con el simple de un software, como PGP. El mismo funciona como un algoritmo del tipo de clave pública

o asimétrica. En un sistema de clave pública, cada usuario crea una privada y una pública. Se puede cifrar un mensaje con la pública y descifrarlo con la privada (no se puede cifrar y descifrar con la misma clave). El usuario difunde la pública, poniéndole a disposición de cualquiera que quiera enviarle un mensaje. Una vez que el mensaje ha sido recibido por el usuario, éste podrá descifrarlo con su clave privada. Es evidente que la privada debe ser mantenida en secreto por el propietario. En este contexto, la empresa deberá reglamentar si le permite al trabajador usar de un software de estas características o no. Si permite su uso es porque no tiene voluntad de controlar el contenido de los emails laborales.

138 En autos "García, Delia María del Rosario c. YPF S.A. s/ Despido", CNTA, Sala X, 13/8/03, sent. 11.924, LL, 2003-E-926, se tuvo en cuenta al momento de resolver confirmando la sentencia de primera instancia que declaró justificado el despido, el acta labrada por escribano público que daba cuenta de que la actora facilitó su clave personal y brindó su consentimiento para la apertura de sus correos, y que en los textos impresos en soporte papel eran fiel reflejo de los vistos por el notario en soporte virtual.

139 La STS de Madrid del 12/6/01 referida al despido de un trabajador por la incorrecta utilización del correo electrónico de la empresa al enviar, a través de él y en horas de trabajo, material pornográfico a otro empleado de una sucursal Norteamérica, consideró debidamente acreditada la autoría de los hechos que calificó de falta grave de perturbación del servicio de conducta del trabajador, habida cuenta de las medidas de seguridad de control de acceso a los ordenadores de trabajo de la empresa Societé Generale tiene instaladas y que exigen hasta cuatro claves de acceso distinta para cada usuario, siendo cada una de ellas imprescindibles para acceder a su buzón de correo para lectura o envío de mensajes, claves personales necesariamente intransferibles, que deben ser cambiadas cada noventa días (Thibault Aranda, Javier Principios de Derecho de Internet, Capítulo IV, "Relaciones Laborales e Internet", P. 458).

140 Soto, Alberto, La problemática del correo electrónico en la empresa,

http://www.Technysis.net/today/events/ponencia_correo.htm.

141 En las pantallas del ordenador de General Motors Canadá Ltd., se recuerda a los empleados que la política de la compañía restringe el uso del Internet y del correo electrónico a las actividades laborales y advierte que está registrando y vigilando su actividad. Información extraída del Informe Preliminar del Anteproyecto de Ley de Protección del correo electrónico, elaborado por la Secretaría de Comunicaciones de la Nación Argentina, publicado en www.secom.gov.ar

142 En determinados sectores de España, a la firma del contrato de trabajo se invita al trabajador a firmar una renuncia a la privacidad del correo electrónico facilitado por la empresa entrando en juego en consecuencia el art. 2.2 de la LO 1/1982, del 5 de Mayo, por el cual el consentimiento expreso prestado por un individuo convierte en legítima la intromisión en sus comunicaciones.

143 Martínez Fons, Daniel "Nuevas tecnologías y poder de control" pag. 237 Revista Gallega de Empleo n 1 año 2000.

144 Por ejemplo, las tarjetas magnéticas de acceso o salida de las distintas dependencias de la empresa. Gonisein, J.L. "El respeto a la esfera privada del trabajador" Pág. 139 Edi. Civitas Madrid 1999.

145 Gonisein, J.L. "El respeto a la esfera privada del trabajador" Pág. 118 y ss. Edi. Civitas Madrid 1999. y Vicente Pacheco F. "El derecho del trabajador al respeto de su intimidad" pags. 225 y ss.

146 Sniffer o husmeadores: son programas que ejecutados sobre un nodo de la red (bien sea local o en un nodo de internet) permiten "husmear" toda la información que este circulando. Estos programas permiten ver todos los paquetes TCP/ IP (la información que viaja por la red se fragmenta en estos paquetes) que pasan por un nodo y permiten todo tipo de filtros para buscar palabras o cadenas de caracteres deseados. La única forma de evitarlos es encriptando la información transmitida con protocolos de encriptación SSL (para pag. Web) o PGP (para correos).

147 "El País", España, ejemplar del 05/10/00, El Reino Unido autoriza a los empresarios a vigilar el correo electrónico de sus empleados, <http://altavoz.nodo50.org/uk.htm>.

148 "El País", España, ejemplar del 05/10/00, El Reino Unido autoriza a los empresarios a vigilar el correo electrónico de sus empleados, <http://altavoz.nodo50.org/uk.htm>.

149 Villahermosa Iglesias, Apuntes sobre el correo electrónico en la empresa. Seguridad en el correo electrónico ,30/09/02, <http://www.delitosinformaticos.com/ciberderechos/usocorreol.shtml>.

150 C. Nac. Trab., sala 10ª, 13/8/2003, "García, Delia M. del R. v. YPF. S.A. s/despido".

151 C. Nac. Trab., sala 10ª, expte. 2074/02, S. 11988, 26/8/2003, "Giménez, Victoria v. Crear Sistemas S.A. y otro s/despido".

152 Grisolia, Julio, Derecho del trabajo y de la seguridad social, P. 298.6taEd.Lexis Nexos- Depalma, Buenos Aires, 2002.

153 El art. 58 del estatuto de los trabajadores español (Real decreto legislativo 1/1995 del 24/3/95, referido a las faltas y sanciones de los trabajadores, en su inc. 1 dispone: "Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de la empresas en virtud de incumplimientos laborales de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable".

154 Art. 68 de LCT: "El empleador en todos los casos, deberá ejercitar las facultades que le están conferidas en los artículos anteriores, así como la de disponer suspensiones por razones económicas, en los límites y con arreglo a las condiciones fijadas por la ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas de trabajo, los consejos de empresa y, si los hubiere, los reglamentos internos que estos dictaren. Siempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho"

155 Castagnino, Laura Cristina, El principio de igualdad en las relaciones laborales, www.el-dial.com.

156 Art. 68, último párrafo de la LCT "... Siempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho"

157 Para instrumentar la fiscalización exigen garantías mínimas que, en esencia, consisten en la previa comunicación al afectado de que se procederá a la revisión del correo electrónico, la presencia de un representante gremial en dicho acto, y la fijación previa de un procedimiento de control", Galdós, Correo Electrónico, privacidad y daños, en "Revista de Derechos de Daños", 2001-3-157, Diciembre de 2001, p. 185.

158 Thibault Aranda, Javier, El teletrabajo, p. 161. Ed. Consejo Económico. Madrid, 2000

159 Grisolia, Julio, Derecho de trabajo y de la seguridad social, p. 319. 6taEd.Lexis Nexos- Depalma, Buenos Aires, 2002.

160 "...El hecho de utilizar herramientas de trabajo para fines personales (y durante el tiempo de trabajo, cabe acotar) contraria deberes del trabajador contemplados en nuestro ordenamiento, tales como el de realizar el trabajo (art. 21, LCT); el de diligencia (art. 84) en especial con dedicación adecuada a las características de su empleo y a los medios instrumentales que se le provea, el cual se integra con directivas genéricas de los Arts. 62 y 63 de la LCT: el

dependiente debe cumplir su prestación de buena fe, como un buen trabajador y obrar con criterios de colaboración y solidaridad. También cabe tener en cuenta el deber de fidelidad que esta consagrado genéricamente en el art.85 LCT...” (CNAT, Sala X, 13/08/03, Sent. 11.924, “ García, Delia Maria del Rosario c/ YPF S.A s/ Despido”

161 Grisolia, Julio, Derecho del trabajo y la seguridad social, Pág.320. 6ta Ed. Lexis Nexos- Depalma, Buenos Aires, 2002.

162 Cifuentes, Santos, El derecho a la intimidad, ED, 57-831

163 “La cuestión es la que siempre se plantea cuando se produce en sede laboral un conflicto o una tensión en el difícil equilibrio de los intereses empresariales y de los derechos del trabajador. En este caso no estamos ante cualquier derecho del trabajador sino ante derechos fundamentales, de manera que los sacrificios de los mismos deberán ser los mínimos pero sin olvidar, al mismo tiempo, que los derechos no son ilimitados ni absolutos y que en el ámbito del contrato de trabajo, estos pueden verse matizados o modulados en atención, precisamente, a la consideración que merecen los intereses empresariales”. Cardona Rubert, Control del correo electrónico de los empleados. Transgresión de la buena fe contractual, Parte presentación, BIB, 2000/1903.

164 Morales García, La tutela penal de las comunicaciones laborales. A propósito de la estructura típica del art. 197 del código penal, <http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/019035/morales.htm>

165 “ Aunque se ha reconocido que los empleados tienen una razonable expectativa de intimidad en el lugar de trabajo (reasonable expectations of privacy) lo cierto es que la legislación y la práctica estadounidenses han limitado enormemente la intimidad, bastara avisar a los empleados que se van a registrar taquillas, leer correspondencia o escuchar conversaciones telefónicas para destruir la expectativa de intimidad en el lugar de trabajo e, incluso, la realización periódica de este tipo de acciones puede ser considerado como consentimiento tácito del trabajador. Esto se conoce como la excepción de previo consentimiento (Prior consent exception)” Fernandez Esteban, Estudio de la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el secreto a las comunicaciones entre particulares, en especial en el ámbito de la empresa, Aranzadi Civil n 3/2000, Parte Estudio, BIB 2000/5).

166 Fernández Esteban, María Luisa, Estudio de la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el secreto de las comunicaciones entre particulares, en especial en el ámbito de la empresa, Aranzadi Civil n 3/2000, Parte Estudio, BIB 2000/5.

167 Conocida por todos es la posibilidad de abrir una carta o “pinchar” una comunicación telefónica. Sin embargo, hoy nadie se le ocurre afirmar que esta posibilidad esta consentida por el derecho.

168 Thibault Aranda, Javier, Principios de derecho de Internet, Cap. IV, “Relaciones laborales e internet, P.454. Tirant LoBlanch-Prainter, España, 2002.

169 En similar sentido: “ Si el empresario avisa previamente de la posibilidad de interceptación de los mensajes y se realiza con las debidas garantías para asegurar que no se ha manipulado, el empresario no debería ser acusado de violar el secreto de las comunicaciones, puesto que el trabajador ha otorgado un consentimiento tácito para esa interceptación en el momento en que conoce tal posibilidad y, aun así, decide hacer uso de este medio para fines personales” (Martín Pardo de Vera , El uso del correo electrónico en el trabajo, 17/09/2001, http://www.informatica-juridica.com/trabajos/el_uso_del_correo_electronico_en_el_trabajo.asp)

170 “ El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad , y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijara equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias...”

171 Ferreyra Rubio, Delia, El derecho a la intimidad. Análisis del art. 1071 bis del código civil, p. 100. Ed. Universidad, Buenos Aires, 1982

172 Zavala González, Matilde, Derecho a la intimidad, ps. 72 y 73. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.

173 Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, T. II, p.1182.

174 Zabala de González, Matilde, Derecho a la intimidad, p. 83 Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.

175 Castro Bonilla Alejandra: “El Uso Legítimo del Correo Electrónico”. En la página <http://www.delitosinformaticos.com/portaley/contratosinformaticos>.

176 Artículo 197. 1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. www.jhbayo.com/abogado/framecp.htm

177 Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior. www.jhbayo.com/abogado/framecp.htm

178 <http://static.pagina12.com.ar/fotos/2007/06/26/notas/NA13FO01.JPG>

179 Sardegna, Miguel Ángel “Ley de contrato de trabajo”, Ed. Universidad Séptima Edición. Buenos Aires 1999.

180 Castro Bonilla, Alejandra Op. Cit., “La seguridad Digital y el Correo Electrónico”

181 La Audiencia Nacional es un tribunal con sede en la Villa de Madrid que tiene jurisdicción en toda España. Es un tribunal tanto de apelación como de instancia en aquellas materias que la Ley Orgánica del Poder Judicial indica pero en ningún caso se trata de un tribunal de casación.

182 Los principios enunciados fueron la base de los expuestos en la ponencia presentada por el suscripto sobre "Telettrabajo" en las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Informático en Mar del Plata, los días 6, 7 y 8 de septiembre 2000, las que fueron aceptadas como parte de las conclusiones arribadas en las mismas.

183 Patroni Vizquerra Úrsula: “Causa de Despido en Perú, sitios de ocio en Internet en horario laboral”. En la página: http://ve.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=1576850

184 Fernandez Del Pech, Horacio “ Internet su problemática Jurídica”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2001

185 Grisolia, Julio, Derecho del trabajo y de la seguridad social, p. 542, Ed. 6ta. Lexis Nexos-Depalma, Buenos Aires, 2002

186 Grisolia, Derecho del trabajo y de la seguridad social, p. 542 Ed. 6ta. Lexis Nexos-Depalma, Buenos Aires, 2002

187 Juzg. 1 Inst. Lab. N 24, 27/05/03, sent. 72/03, “ VRI c. Vestiditos S.A. s/ Despido”, en

<http://www.eldial.com.ar/nuevodial/030627-a.asp>.

188 Patroni Vizquerra, Ursula “Peru: consultar sitios de ocio por Internet en el trabajo es motivo de despido”, en la Revista Redi. Número 50, publicada en el sitio Web: http://v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=1576850, de fecha 22-09-2002.

- 189 Autor: Alfonso Villahermosa Iglesias, "Apuntes sobre el correo electrónico en la empresa", El despido por uso de correo electrónico e Internet, www.portaley.com/ciberderechos, de fecha 30-09-2000.
- 190 CNTrabajo, Sala VII, "Pereyra, Leandro Ramiro c/ Servicios de Almacén Fiscal Zona Franca y Mandatos S.A. s/ Despido". 27/03/2003.
- 191 Op.citado ref. nota al pie nº 32
- 192 "V.R.I. c/ Vestiditos S.A. s/despido". Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Laboral Nº 24. 27/05/2003.
- 193 CNTrabajo, Sala X, "García, Delia Maria Del Rosario c/ YPF Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s/despido", 13/08/2003.
- 194 "García, Delia M. v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales" CNTrabajo, Sala X,
- 195 Puede consultarse al respecto: Instituto de Derecho Procesal Civil y Comercial del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de San Martín, El email y sus dificultades probatorias, ponencia presentada ante el "XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal Civil" Paraná, 12 al 14 de Junio de 2003, Comisión I : Procesal Civil- Tema B: El debido proceso y la prueba, en http://www.eldial.com/suplementos/procesal/doctrina_00016.asp
- 196 Situación que se produjo en autos "García, Delia Maria Del Rosario c/ YPF Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s/despido", 13/08/2003.
- 197 Villahermosa Iglesias, Alfonso, sugiere añadir a la asistencia de un representante legal de los trabajadores o de un trabajador de la empresa, la de un experto en informática y el precinto del equipo o parte de el hasta que se practiquen las pruebas procesales. (Apuntes sobre el correo electrónico en la empresa. Protección de datos, 30/09/2002, <http://www.delitosinformaticos.com/ciberderechos/usocorreo2.html>).
- 198 Sin autor, "Sentencia respecto del uso del correo electrónico en la publicidad sindical", en la página Web: www.derecho-internet.org/imprimir.php?id=2noticia_id-1, de fecha 20-03-01
- 199 Sin autor, "Anteproyecto de la Ley de Protección del Correo Electrónico", op. cit., Fundamentos.
- 200 Expediente 2032-D-2006
- 201 Se presentó el 5 de junio pasado, bajo el expte. 3001-D-06.
- 202 Tal sería el caso de la excepción contractual del art. 5 párr. 2 inc. d ley 25326, pero hay que advertir que tal excepción está limitada a los datos "que resulten necesarios para su cumplimiento" (para el cumplimiento de la relación contractual). Por ende, cualquier dato personal "de más" recopilado por el empleador estaría fuera de dicha excepción.
- 203 Existe infinidad de situaciones donde se recopilan datos personales por parte de sujetos privados cuyo objeto principal no consiste en proveer informes. Así encontramos las empresas que tienen datos de sus empleados. ¿Se encuentran estos bancos de datos sujetos a las normas de la ley de protección de datos? En la mayoría de estos casos no puede afirmarse que estas bases de datos tengan por finalidad "informar a terceros". Pero no cabe duda por otra parte de que una norma tan amplia como la ley 25326 buscó amparar los derechos de los registrados en toda esta clase de tratamientos, incluidos los bancos de datos que hemos enumerado precedentemente, siempre y cuando se exceda el uso interno de esos datos. En doctrina, se ha señalado que la expresión bancos de datos privados "destinados a proveer informes" que emplea el art. 43 párr. 3º CN. y el art. 1 ley 25326 puede entenderse en dos sentidos: * Uno restringido: referido a los registros privados que se dedican específicamente a proveer informes a terceros, que son los que deberían inscribirse en el Registro de Archivos de Datos del art. 21 ley 25326, para cumplir el deber de información impuesto por el art. 13 de la citada ley. * Uno amplio: que debe coincidir con el ámbito de aplicación de la ley 25326, que resulta de conjugarlo con la norma del art. 24 ley citada; de modo que deben calificarse como tales a los que exceden el uso personal, en el sentido de que son los que recopilan datos personales que tienen relevancia para el goce o la protección de los derechos de sus titulares (de los datos), sin que necesariamente tengan la función específica de emitir informes hacia terceros. La reglamentación de la ley 25326 sigue el mismo razonamiento a través del art. 1 decreto 1558/2001 (que al reglamentar el art. 1 de la ley aclara que comprende a los bancos de datos que exceden el uso exclusivamente personal y aquellos que tienen como finalidad la cesión o transferencia de datos personales sea a título oneroso o gratuito)
- Creemos que esta última es la interpretación más acertada, pues está de acuerdo con la intención que tuvo la Comisión del Ministerio de Justicia al proponer los cambios antes señalados en la versión original del Senado y que fue aceptada por ambas cámaras del congreso. También es la tendencia actual en doctrina y jurisprudencia. Ámbito de aplicación de la Ley de Protección de Datos Personales Palazzi, Pablo A. JA 2002-III-26
- 204 Disposición 1/2003 Ver Texto de la Dirección de Protección de Datos Personales, del 25/6/2003 (B.O. del 30/6/2003).
- 205 Que en derecho laboral encuentran su correlato en los arts. 17 y 73 LCT
- 206 Sin autor, "Sentencia respecto del uso del correo electrónico en la publicidad sindical", en la página Web: www.derecho-internet.org/imprimir.php?id=2noticia_id-1, de fecha 20-03-01
- 207 Corte suprema de Buenos Aires. "Ferreira, Gustavo R. v. Benito Roggio e Hijos S.A. y otros s/indemnización por daños y perjuicios", sent. del 29/9/2004. LNBA 2006-2-156.
- 208 C. 1º Civ. y Com. La Plata, sala 3ª "Díaz, Raúl v. Orazzi, Alejandro s/ Daños y Perjuicios" Fecha:28/09/1989
- 209 Orgaz, Alfredo, La culpa, cit., p. 169. Esta tesis cuenta actualmente con la adhesión de la mayor parte de la doctrina
- 210 Algunos autores justifican la garantía por el riesgo de la empresa, diciendo que "la naturaleza de la responsabilidad del empresario pasa por entender que nos hallamos ante un riesgo de empresa, de modo que el empresario responde frente a terceros de la corrección del desarrollo de la actividad que lleva a cabo, respondiendo, por tanto, no por culpa propia, sino en garantía del hecho de sus empleados". La diferencia con nuestro derecho está en que el código español permite la exoneración en el art. 1903 Ver Texto último párrafo, con la prueba de la diligencia, norma de la que nosotros carecemos. Roca, Encarna, Derecho de daños, cit., p. 111.
- 211 Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar J. - López Cabana, Roberto M., Derecho de obligaciones, cit., p. 709, nro. 1709
- 212 Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar J. - López Cabana, Roberto M., Derecho de obligaciones, cit., p. 707, nro. 1706
- 213 C. Civ. y Com. Morón, sala 2ª, 20/2/2003, "Jollada, Oscar N. v. Rithner, Heriberto A.", JA 2003-IV-262 [J 20033738]. Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar J. - López Cabana, Roberto M., Derecho de obligaciones, cit., p. 707, nro. 1706
- 214 C. Nac. Civ., sala D, 16/2/1999, "Gervasio, María L. v. Silberstein, Edgardo B. y otros", JA 1999-IV-784.
- 215 La doctrina argentina amplía cada vez más el campo de los hechos por los cuales debe responder el comitente. "No se discute, pues, que el comitente responde de los daños causados por los dependientes en ejercicio de las funciones, abusando de ellas, en ejercicio aparente e incluso, en ocasión de las funciones. La problemática gira sólo en torno a saber qué supuestos de hecho ingresan en una y otra expresión" Kemelmajer de Carlucci, Aída, Daños causados por los dependientes, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 116.

216 Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Comentario al art. 1113 ", cit., p. 443. Entre otros menciona la autora los siguientes ejemplos: el agente de policía que mata a una persona que persigue y a la cual le ordena que se detenga; el del empleado de una distribuidora de gas que prende un fósforo para averiguar si una de ellas pierde gas; o el de la persona que atropella a otra con un automóvil prestado por el principal.

217Cazeaux, Pedro N, Trigo Represas, Félix A., Derecho de las obligaciones, cit., t. IV, p. 483.