

Correo electrónico y prueba ()**

Por Silvia Toscano ()*

1. Internet y trabajo

El uso de las herramientas informáticas afecta de manera directa e indirecta todos los ámbitos de la sociedad redefiniendo las relaciones personales, la provisión de bienes y servicios y hasta los propios hábitos de conducta. La incidencia de las nuevas tecnologías en relación al trabajo no sólo se hace presente en la posibilidad de realización del mismo a través de las telecomunicaciones - teletrabajo- sino también en el uso de estas nuevas tecnologías como mecanismo de la propia gestión empresarial o gubernamental, según se trate.

En este entorno, el uso de Internet y, más precisamente, del correo electrónico, marcan un nuevo panorama del marco laboral que se direcciona hacia dos visiones. Por una parte, el correo electrónico resulta una herramienta imprescindible para el normal desenvolvimiento de la organización pero, por otra parte, su uso puede conducir a comportamientos inadecuados o contrarios a los intereses de la misma.

Sin profundizar sobre el particular, ya que ello será motivo de análisis en otra entrega, cabe mencionar que en un comienzo ni las empresas ni los empleados tuvieron cabal conocimiento del impacto que esta tecnología tenía sobre las relaciones laborales. En consecuencia, las empresas fueron sobrepasadas por los hechos y, en muchos casos, sorprendidas sin las pertinentes prevenciones, tales como la adopción de políticas de uso de Internet en el horario de trabajo.

Actualmente, es más común la existencia de políticas de uso de Internet que requieren el acuerdo del empleado en tanto y en cuanto, la infracción a las mismas supone una cadena de sanciones de distinta intensidad y gravedad. Pero esta cuestión no se concluye en esta instancia. Una política, debidamente notificada y puesta en conocimiento de los empleados, requiere por parte del empleador, la adopción de medidas de control con el propósito de verificar el cumplimiento de aquella política.

Es precisamente esta facultad del empleador la que suscita controversias debido a la posible confrontación con el derecho a la privacidad. Si bien este derecho cede en la relación laboral, no deja jamás de estar presente por tratarse de un derecho personalísimo consagrado por la Constitución en el artículo 19 y receptado expresamente en el Código Civil y Comercial – Libro Primero, Título I, Capítulo 3, arts. 51 y sgts. siguiendo las recomendaciones de la doctrina y los antecedentes nacionales y del derecho comparado. Tan es así, que aún en la jurisprudencia encontramos soluciones dispares. Se reconoce el principio de reserva de los empleados, pero también el derecho de la empresa como titular de los recursos y los medios de producción, a controlar el uso correcto de los mismos.

Tanto a nivel internacional como local, hay consenso en distinguir entre el correo electrónico corporativo y el privado que se utiliza durante la jornada laboral. Respecto del primero, la regla es que el empleador tiene facultades desde accesos fundadas en los artículos 64, 66, 86 y 88 entre otros, de la Ley de Contrato de Trabajo. Asimismo, cuenta con el consentimiento del trabajador expresado

en la aceptación de los habituales manuales de uso de herramientas tecnológicas en el ámbito laboral. En cuanto al correo privado del trabajador, se invierte la regla cediendo solamente ante circunstancias como urgencia, flagrancia, estado de necesidad, agente provocador, o consentimiento del trabajador, entre otras. (conf. artículo 1718 CCC)

Consultas frecuentes

Producida la situación que enfrenta ambos derechos ¿cuáles son las consultas más frecuentes que los clientes hacen a sus abogados? En primer lugar, cómo comprobar que se ha verificado un abuso por parte del empleado en lo que respecta al uso del correo electrónico o de Internet. Asimismo ¿cómo puede declararse admisible en juicio un correo electrónico o un historial de navegación en Internet como prueba válida, o sea, sin que implique una violación del derecho a la intimidad?

Para empezar a dilucidar estas cuestiones, en primer lugar es preciso establecer si el correo electrónico es equiparable al domicilio, la correspondencia epistolar o a los papeles privados cuya inviolabilidad se encuentra consagrada en el artículo 18 de la Constitución y en los pactos internacionales tales como el de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros, hoy con jerarquía constitucional por el artículo 75, inc. 22 CN.

A nivel legislativo, encontramos la Ley de Correos que, en su artículo 6° establece la inviolabilidad de la correspondencia, la Ley N° 19798 de Telecomunicaciones así como la Ley N° 25.520 de Inteligencia Nacional la que dispone, en el capítulo Título II "Protección de los Derechos y Garantías de los habitantes de la Nación", artículo 5° "...Las comunicaciones telefónicas, postales, de telégrafo o facsímil o cualquier otro sistema de envío de objetos o transmisión de imágenes, voces o paquetes de datos, así como cualquier tipo de información, archivos, registros y/o documentos privados o de entrada o lectura no autorizada o no accesible al público, son inviolables en todo el ámbito de la República Argentina, excepto cuando mediere orden o dispensa judicial en sentido contrario"

Desde el caso Lanata[1], donde por primera vez, la jurisprudencia consideró que el acceso no autorizado de un correo electrónico configuraba el delito de violación de correspondencia previsto en el Código Penal, el debate no ha cesado alzándose voces a favor y en contra de esta postura[2].

Finalmente, la sanción de la Ley N° 26.388[3], denominada en doctrina como Ley de Delitos Informáticos, ha superado esta discusión mediante la modificación del Código Penal, en su artículo 153[4], por el cual se considera al correo electrónico como un bien jurídico protegido en el mismo sentido que la correspondencia y los papeles privados.

Sin perjuicio de ello, y con anterioridad a la sanción de la ley, no podemos dejar de considerar que el acceso no autorizado a un correo electrónico constituye una violación de la privacidad. Tanto en los términos del artículo 18 de la Constitución Nacional o la configuración de un acto ilícito contemplado en el Código Civil, Libro Segundo, Sección Segunda, Título VIII "De los actos ilícitos", artículo 1071 Bis. Similar texto puede encontrarse en el Código Civil y Comercial de la Nación, Libro Tercero, Título V, Capítulo 1, artículo 1770.

3. Legitimidad de la obtención de la prueba

Volviendo al ámbito laboral, ¿puede **constituir una violación de garantías constitucionales o un ilícito civil el acceso a la cuenta de correo electrónico de un empleado por parte del empleador**? Es preciso analizar la procedencia o no a la luz de las circunstancias del caso. Prima facie, sólo podría ser legítimo en casos muy excepcionales tales como sospecha de que el empleado estuviere infringiendo el deber de lealtad o de diligencia propios de la relación laboral, flagrancia ocurriendo algún procedimiento de la empresa así lo impusiera. En este último supuesto, resulta fundamental informar a los empleados cómo y con qué alcance se realizará dicho control.

Analicemos a la luz de la jurisprudencia tales situaciones. En los autos caratulados

"Viloria, Myriam Analía c/Aseguradora de Créditos y Garantías SA s/ Despido"[5], el empleador tenía fundadas sospechas de que la trabajadora remitía información confidencial a través del correo electrónico a una empresa competidora. En consecuencia, se accedió al servidor de la empresa cotejándose en la casilla de la empleada la existencia de correos electrónicos cuyo destinatario era precisamente, el competidor y el contenido de los mismos hacía referencia a datos comerciales confidenciales. Tal conducta hace inferir la violación del deber de seguridad y confidencial por parte de la empleada.

¿Cómo consideró el tribunal resguardado el principio de privacidad para poder hacer lugar a la prueba documental de la demandada? Considero conveniente transcribir el párrafo pertinente de la sentencia.

"... Con la finalidad de esclarecer la cuestión traída a debate, destaco que no hay discusión a esta altura del proceso respecto de la validez de la prueba documental acompañada por la demandada (v. sobre de prueba reservado con el número 3.779), y cuya autenticidad también diera cuenta el Sr. perito analista de sistemas (v. fs. 164/224).

En ella constan, entre otros, los siguientes elementos: 1) la suscripción de un documento titulado "Cumplimiento Seguridad Informática"; y 2) tres actas notariales inherentes a lo siguiente: a) la constatación por parte de un escribano público del acceso de un técnico del sistema informático a la información vertida en Servidor Central de la firma, labor que le fuera encomendada por una apoderada de empresa; b) otra constatación en la cual se procedió a imprimir la información recopilada en el procedimiento anterior; más concretamente, se procedió a hacerlo respecto de los mails enviados por la actora, aunque ello circunscripto pura y exclusivamente a los dirigidos al dominio de la empresa Afianzadora Latinoamericana S.A. (afianzadora.com.ar); y c) la notificación de la decisión del despido a la dependiente, atribuyéndosele el haber faltado a los deberes de fidelidad y no concurrencia de los arts. 85 y 88 de la Ley de Contrato de Trabajo..."[6].

En primer lugar, en cuanto a la prueba documental, se determina que la empleada no desconocía la política de la empresa en materia de seguridad informática dado que había suscripto, a su ingreso, el documento "Cumplimiento de Seguridad Informática".

Respecto del acceso al servidor, el mismo se hizo respetando la privacidad dado que sólo se inspeccionó el correo electrónico de la empleada remitidos al dominio del competidor evitando el ingreso a correos personales. Tanto la intervención del perito informático para acceder a la casilla de la empleada como el listado de los correos pertinentes, fueron constatados en sendas actas notariales salvaguardando la legitimidad de la obtención de la prueba documental.

La adopción de tales recaudos resulta el presupuesto adecuado para la presentación en juicio de correo electrónico en un caso como el comentado.

Adviértase la diversidad de solución, en el derecho comparado, al no estarse a lo manifestado. El Juzgado de lo Social N° 32 de Barcelona consideró improcedente el despido de una trabajadora por uso abusivo de herramientas informáticas en el lugar de trabajo dado que la demandada aportó como pruebas correos electrónicos obtenidos mediante espionaje, considerándose vulnerado el secreto de las comunicaciones en los términos del artículo 18.3 de la Constitución española.

Aunque se le reconoce a la empresa la "...facultad de acceder a los correos electrónicos de los trabajadores en ordenadores de su propiedad, se advierte que sólo puede hacerlo con una orden judicial y cuando tenga sospechas fundadas de que el empleado incumple gravemente sus obligaciones. [7]

Concluyendo con la temática, transcribo otro párrafo del fallo citado anteriormente que resume la postura jurisprudencial en orden a la valoración de la prueba.

"...Desde tal perspectiva, considero razonable tener en consideración los elementos de juicio anejados en autos, obtenidos mediante una revisión cuidadosa y seleccionada del material en cuestión, circunstancia que -en las particulares circunstancias de la causa, en las que se debate una acusación tan grave- justifican, además, adoptar un criterio mayormente elástico en orden a la aplicación de los medios para ratificar las posturas de las partes (el mismo Alto Tribunal también tiene decidido que el rigor en la aplicación de las formalidades procesales no deben prevalecer sobre la verdad objetiva de los hechos que se trata de demostrar en la causa; v. Fallos, cit. y en "Colombres, Juan c/ La Taberna de Landrú", sentencia del 10.VII.75; T y SS 75-765; y de esta Sala ver los autos: "Tito, Juan c/ Y.P.F. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s/ Accidente - Ley 9.688"; S.D. 34.661 del 28.2.2001).

El correo electrónico como prueba

Para finalizar y aplicable no sólo al ámbito laboral, es preciso tener en cuenta que el correo electrónico, así como cualquier documento digital que obre como tal, nos presenta el desafío de encontrarnos frente a una prueba volátil y de fácil alteración o desaparición. De allí la conveniencia de solicitar prueba informativa anticipada ante la posibilidad de que los registros informáticos puedan ser borrados con fundamento en el artículo 326 del Código Procesal Civil y Comercial.

Los jueces, en la mayoría de los fueros, son contestes en hacer lugar a diligencias preliminares tendientes a la constatación por peritos informáticos de la existencia de correos electrónicos en la computadora de la contraparte, autorizando incluso el allanamiento de domicilio y secuestro de los soportes informáticos.

Asimismo, los tribunales han avanzado frente a la carencia de reglas claras respecto del valor probatorio de los documentos digitales sin firma digital como el correo electrónico, y consideran que la naturaleza jurídica del correo electrónico es asimilable a la de los documentos privados no firmados. En función de ello y teniendo el valor probatorio de principio de prueba por escrito (ver Bunker Diseños S.A. c/ IBM SA s/ ordinario CNCom Sala D , 2/03/2010) le son aplicables los artículos 1190, 1191 y 1192 del Código Civil en virtud de los cuales pueden ser presentados en juicio siempre que emanen del adversario, hagan verosímil el hecho litigioso y que las restantes pruebas examinadas a la luz de la sana crítica, corroboren su autenticidad.

En el trabajo pretoriano de la justicia se alinea con lo previsto por el Código Civil y Comercial de la Nación que, en su artículo 319, señala que el juez ponderará el valor probatorio de los instrumentos privados apreciando la congruencia entre lo sucedido y lo narrado, la precisión y claridad del texto, la confiabilidad de los soportes utilizados y los medios técnicos que se apliquen conjuntamente con las relaciones precedentes y los usos y costumbres.

En consecuencia, el sistema jurídico argentino se adaptará a la nueva realidad comercial brindando a

los particulares un contexto más seguro y flexible a la incorporación de nuevas tecnologías.

(**) Extracto del libro "E-mails, chats, mensajes de texto, Facebook y dvd. Validez probatoria en el proceso civil, comercial, penal y laboral. Estudio doctrinario conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Compendio jurisprudencial", Edición de elDial.com, Julio 2015

(*) Dra Silvia Susana Toscano, profesora asociada Derecho Informático Universidad Argentina de la Empresa

[1] Lanata, Jorge s/desestimación, Cámara Criminal y Correccional, Sala VI 04/03/99

[2] Ver Causa N° 68.243/07 Juzgado Correccional N° 9, Sria N° 65

[3] Ver www.infoleg.gov.ar

[4] Ley 26.388 Ley de Delitos Informáticos. "Artículo 4° Sustitúyese el artículo 153 del Código Penal, por el siguiente:

"Artículo 153. Será reprimido con prisión de quince días a seis meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.

La pena será de prisión de un mes a un año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica.

Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena."

[5] CNTRAB - Sala VII – 11/07/2007 Causa N° 7274/06

[6] " Viloría, Myriam Analía c/Aseguradora de Créditos y Garantías SA s/ Despido CNTRAB - Sala VII – 11/07/2007 Causa N° 7274/06 - Voto Dr Rodriguez Brunengo El Dial AA3F63

[7] www.delitosinformaticos.com 28/09/02

Citar: elDial DC1F81

Publicado el: 17/09/2015

copyright © 1997 - 2015 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina