

E-mail. Inviolabilidad. Protección: privacidad. Relación de dependencia. Nulidad. Eventual responsabilidad del empleador *

Doctrina:

- 1) *La Constitución Nacional, en sus artículos 18 y 19, consagra la protección de la correspondencia electrónica, asegurando la invulnerabilidad de esta forma de comunicación y todo lo que se entienda por ella.*
- 2) *Tanto es así, que hasta el empleador tiene prohibido, en principio, leer e-mails enviados o recibidos por sus empleados, siendo el contenido de tal prohibición la propia violación del derecho de privacidad del trabajador, facultad que no comporta un elemento configurador del débito contractual y que, por ello, hace a la indiscutible e impenetrable dignidad y autodeterminación que como sujeto titulariza.*
- 3) *La apropiación y presentación al proceso de correspondencia privada perteneciente al empleado denunciado transgrede los principios constitucionales arriba expuestos y los que encierra el debido proceso, tildándolos, en consecuencia, de prueba ilícita, lo que aparece como óbice a los efectos de que el tribunal realice una actividad interpretativa respecto del material probatorio cuestionado.*
- 4) *Cualquier injerencia en el ámbito privado de una persona debe ser realizada con el control insoslayable del órgano jurisdiccional, y ajustarse a las previsiones contenidas en la normativa procesal, que no es más que la implementación de las garantías contenidas en nuestra carta magna, siendo*

*Fallo inédito.

N. de R.: La doctrina de este fallo ha sido elaborada por el Dr. Gustavo Romano Duffau.

que el apartamiento de estas premisas debe ser neutralizado por los jueces abocados al conocimiento de tales circunstancias y, en consecuencia, descartado al momento de desarrollar la argumentación de una decisión de mérito como la que se intenta, extremo que no se evidencia satisfecho en el sub lite.

5) Finalmente, en cuanto sanción, la nulidad se muestra como un me-

dio práctico para retomar el curso normal del proceso, cuando por causa de la actividad procesal irregularmente cumplida se ha desviado de sus fines o ha alterado algún principio fundamental para su inicio, desarrollo o finalización.

Cámara Nacional Criminal, Sala 4ª, noviembre 15 de 2004. Causa n° 25.065. Autos: “R., F. L. y otros s/es-tafa”.

2ª Instancia.— Buenos Aires, 15 de noviembre de 2004.

Autos y Vistos:

Y Considerando:

II) Segunda cuestión:

En cuanto al rechazo de la nulidad vinculada con la introducción de impresiones de los correos electrónicos efectuada por la querella, la Sala habrá de revocar lo decidido en el punto II del auto de fojas 663/675vta., y hará lugar a la misma, toda vez que de lo contrario se asentaría la violación de las garantías constitucionales contenidas en el art. 18 de la C. N. y que encuentra su correlato en el art. 19 del ordenamiento legal citado, y en consecuencia se habrá de declarar la nulidad de las piezas procesales agregadas a fojas 540/567, del dictamen fiscal de fojas 587/589 vta., en su punto IV, y del auto de fojas 663/675 vta. en sus puntos III, IV.

En efecto, y respecto de si el término utilizado en el artículo 18 de la Constitución Nacional resulta abarcativo de la correspondencia electrónica, aparece conducente recordar las conclusiones arribadas por la doctrina, ocasión en la que sostuvo que asegurar la invulnerabilidad de esta 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 (Raúl G. Ferreyra, “¿Tiene 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, 2004-I, p. 1189).

Asimismo y frente al argumento del querellante de que la documentación aportada fuera encontrada en el lugar de trabajo de los imputados, cuadra referir que en función de las previsiones normativas de los artículos 18 y 19 CN, no ofrece mayor reparos para una correcta resolución interpretativa: el empleador tiene prohibido, en principio, leer *e-mails* enviados o recibidos por sus empleados. Y el contenido de tal prohibición no es otro que la violación del derecho de privacidad del trabajador, facultad que no comporta un elemento configurador del débito contractual y que, por ello, hace a la indiscutible e im-

penetrable dignidad y autodeterminación que como sujeto titulariza (Raúl G. Ferreira, obra citada, p. 1194), tal como sucedió en el *sub judice*.

En este orden de ideas, y tal como lo sostuvieron el fiscal de grado en el dictamen obrante a fojas 654/ vta., no puede menos que concluirse que la apropiación y presentación al proceso de correspondencia privada perteneciente al imputado R. transgrede los principios constitucionales arriba expuestos y los que encierra el debido proceso, tildándolos, en consecuencia, de prueba ilícita, lo que aparece como óbice a los efectos de que el tribunal realice una actividad interpretativa respecto del material probatorio cuestionado.

Es que cualquier injerencia en el ámbito privado de una persona debe ser realizada con el control insoslayable del órgano jurisdiccional y ajustarse a las previsiones contenidas en la normativa procesal, que no es más que la implementación de las garantías contenidas en nuestra carta magna. Cualquier apartamiento de estas premisas debe ser neutralizado por los jueces abocados al conocimiento de tales circunstancias, y en consecuencia, descartado al momento de desarrollar la argumentación de una decisión de mérito como la que se intenta, extremo que no se evidencia satisfecho en el *sub lite*.

Que el tribunal al valorar las premisas sugeridas entiende, de conformidad con lo afirmado por José I. Cafferata Nores, que tales garantías tienen como fundamento los atributos de la persona humana y emanan de su dignidad inherente, estos derechos son reconocidos por el sistema constitucional, que establece instituciones políticas y jurídicas que tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre (preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –DADDH), y también procedimientos y prohibiciones para proteger, asegurar o hacer valer su plena vigencia, para resguardarlos frente a su posible desconocimiento o violación, y para asegurar su restauración y reparación, aun mediante la invalidación o la sanción de las acciones u omisiones violatorias, provengan o no de la autoridad pública en el ejercicio de su función penal (*Proceso penal y derechos humanos*, Editorial CELS, Bs. As., 2000, p. 13).

En esta inteligencia, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ocasión en la que refirió que la sola circunstancia de la comprobación inmediata de que una garantía constitucional ha sido violada basta para que sea restablecida por los jueces en su integridad (CSJN, “Ekmekdjian c/ Sofovich”, en *JA*, t. 1992-III, p. 194).

Asimismo, sostuvo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que la justificación de los métodos para averiguar la verdad depende de la observación de las reglas jurídicas que regulan cómo se incorpora válidamente conocimiento al proceso, de manera tal que todos los métodos están permitidos y que a los autorizados se los debe practicar según la disciplina de la ley procesal (Comisión IDH, informe n° 1/95, caso 11.006, regla general impuesta tanto al Estado como a los particulares; sin perjuicio de que la justicia no puede prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma, pues considerar la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el

bien común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (CSJN, “Saguir y Dib”, rta.: 06/11/1980).

En cuanto sanción, pues, la nulidad se muestra como un medio práctico para retomar el curso normal del proceso, cuando por causa de la actividad procesal irregularmente cumplida se ha desviado de sus fines o ha alterado algún principio fundamental para su inicio, desarrollo o finalización (Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Ediar, t. IV, año 1966, p. 186), lo que a no dudarlo, sucedió en el *sub lite*.

Respecto de las demás alegaciones expuestas, se tiene en cuenta que es criterio de la C. S. J. N. que no resulta necesario seguir a las partes en todas y cada una de sus argumentaciones, bastando hacerse cargo de las que resulten conducentes para la decisión de la impugnación (Fallos 272:225; 274:113; 276:132; 280:320), extremos que se advierten cumplidos en la presente.

Por el acuerdo que antecede, se resuelve:

I) ...

II) Revocar el punto II del auto de fojas 663/675 vta., y declarar la nulidad de las piezas procesales agregadas a fojas 540/567, del dictamen fiscal de fojas 587/589 vta., en su punto IV, y del auto de fojas 663/675 vta. en sus puntos III y IV (artículos 166 y siguientes del C. P. P.)...

Notifíquese...

Firmado: Dres. Mariano González Palazzo y María Laura Garrigós de Rebori —Jueces de Cámara. Ante Mí. Dr. Jorge Adolfo López —Secretario—.

Firmado: Dr. Juan Manuel Sansone —Fiscal Criminal de Instrucción—.

Nota a fallo

Algo más acerca de *e-mails*, correos electrónicos, su privacidad e inviolabilidad

Por **Gustavo Romano Duffau**

Introducción al tema

Otra vez me toca hablar del tema *e-mail*, que otrora me he sentido obligado a iniciar, cuando salía quizá el primer precedente vinculado con los *mails*, su privacidad y su imposibilidad de difusión.

Me refiero, precisamente, al fallo “Lanata, Jorge”, que me tuvo como querelante y motivó una serie de comentarios al respecto.

Ahora, quizá con algunos otros condimentos que tornan aún más interesante el fallo, por cuanto también se ventila la inviolabilidad de la correspondencia epistolar contenida en la casilla de *e-mails* laboral del empleado denunciado, so pretexto de la “propiedad” del servidor, computadora y/o denominación de *mail*.

Decíamos que desde hace tiempo nos viene abrumando una terminología que pretende incorporarse como cotidiana y que trae consigo vocablos como

PC, disco duro, CPU, zip, e-commerce, internet, utilitario, windows, word, outlook, messenger, entre muchísimos otros.

Pero trasladar ello, además, a la esfera del derecho, del ámbito penal y de la protección que dicha rama debe brindar al contenido de las “cartas” enviadas por vía de *e-mail*, nos obliga a conocer algo de informática y otro tanto de derecho penal.

Para ello cabe recordar que el *e-mail* es la forma de enviar, no sólo textos, sino también documentos, imágenes, sonido y otras derivaciones por medio de internet, utilizando un servidor de correo electrónico. Es decir, la posibilidad no sólo responde a textos, sino también a todo aquello que pueda acompañar al texto. Quedaba por verificar, entonces, cuál era la protección desde el ámbito del derecho penal que podía otorgarse a aquello enviado, sea cual fuese su entidad.

Finalmente, en ocasión de resolverse la cuestión vinculada con el fallo “Lanata”, tanto la Cámara del Crimen como la Cámara Nacional de Casación Penal, sostuvieron, contrariamente a lo acuñado por el juez de primera instancia, que el contenido del *e-mail* debía equipararse a la correspondencia epistolar, al margen de una segunda situación que allí se debatía, ajena en este caso, que era la relacionada con la publicación periodística del contenido de una carta, enviada por *e-mail*.

Pero allí no se estaba evaluando la incorporación de supuesta prueba contraria a los intereses del acusado, sino que se estaba persiguiendo a quien aparecía como poseedor de correspondencia epistolar ajena y, además, la publicaba en un medio periodístico.

En este caso, pese al dictamen fiscal y a los precedentes jurisprudenciales conocidos, el propio juez de primera instancia avala la introducción de las impresiones de los supuestos *e-mails* y, sobre la base de dichas probanzas, dicta un auto de cautela personal y real –procesamiento– en contra del empleado imputado.

Quizá no sea en vano recordar algunos conceptos que justifican desechar dicha prueba ilegal, resaltando la protección constitucional en el ámbito penal de la correspondencia epistolar dirigida por vía de *e-mail*, así como también aquellos otros derechos y garantías que aprovecha rescatar el decisorio del Tribunal Superior.

Actuación judicial

Si bien el fallo del Tribunal de alzada que por este medio se comenta consagra la protección de la correspondencia epistolar electrónica –*e-mail*–, asegurando su invulnerabilidad, va más allá que otros precedentes.

Dicha postura se encontraría protegida por la disposición contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional pero, además, se postula que el empleador tiene prohibido, en principio, leer *e-mails* enviados o recibidos por sus empleados, siendo el contenido de tal prohibición la propia violación del derecho de privacidad del trabajador, facultad que no comporta un elemento

configurador del débito contractual y que, por ello, hace a la indiscutible e impenetrable dignidad y autodeterminación que como sujeto titulariza.

Esta última percepción encontraría su correlato en el artículo 19 de la Constitución Nacional en todo cuanto al respeto de las acciones privadas de los hombres consagra dicho precepto constitucional.

Pero, además, también añade al análisis el castigo a la apropiación y presentación al proceso de correspondencia privada perteneciente al empleado denunciado, por cuanto entiende transgrede los principios constitucionales arriba expuestos y los que encierra el debido proceso, tildándolos, en consecuencia, de prueba ilícita, lo que aparece como óbice a los efectos de que el tribunal realice una actividad interpretativa respecto del material probatorio cuestionado.

Para ello, no sólo ya se echa mano de principios constitucionales sino que, además, se alude a la normativa de forma, que excepcionalmente permite avanzar sobre dichas garantías constitucionales y, cuando ello no ocurre en esa forma, debe ser sancionado.

Así, se establece que cualquier injerencia en el ámbito privado de una persona debe ser realizada con el control insoslayable del órgano jurisdiccional y ajustarse a las previsiones contenidas en la normativa procesal, que no es más que la implementación de las garantías contenidas en nuestra Carta Magna, siendo que el apartamiento de estas premisas debe ser neutralizado por los jueces abocados al conocimiento de tales circunstancias y, en consecuencia, descartado al momento de desarrollar la argumentación de una decisión de mérito como la que se intenta, extremo que no se evidencia satisfecho en el decisorio crítico.

Y, como corolario de todo ello, se establece que la sanción a escoger es la nulidad, que aparece como un medio práctico para retomar el curso normal del proceso, cuando por causa de la actividad procesal irregularmente cumplida se ha desviado de sus fines o ha alterado algún principio fundamental para su inicio, desarrollo o finalización.

Recordemos que en el caso comentado, la querrela, persona jurídica empleadora del empleado denunciado en sede penal, que no aparece como remitente ni destinatario de alguna de las cartas publicadas, careciendo su tenencia de justificación alguna y no poseyendo autorización de los titulares del contenido de esas misivas para proceder a su divulgación, acompaña supuestas impresiones de las mismas a una investigación penal en trámite.

Fue ello lo que propició la pertinente incidencia de nulidad tendiente a lograr la invalidez de su incorporación al proceso y, al momento de dictarse el auto de procesamiento respecto del imputado con mérito en dichas probanzas, extender la nulidad al auto de cautela personal y real que se impugnaba.

De momento, no hay espacio para analizar si la conducta del empleador, para el supuesto de que las impresiones de los *mails* sean verdaderas, no puede resultar ilícita, a la luz del contenido del articulado del Código Penal, pero vale la pena recordar que, además, dicha conducta puede resultar típica, anti-jurídica y culpable.

Protección penal. Legislación. Adecuación típica

En ambos aspectos, la protección penal del secreto revela una evolución jurídica que alcanza la esfera de los derechos más íntimos que forman parte del bien jurídico libertad.

El decreto de la Asamblea constituyente francesa del 14 de agosto de 1790, declaró *“inviolable, bajo ningún pretexto, el secreto de las cartas, ni por las corporaciones ni por los individuos”*. La disposición pasó textualmente a los códigos revolucionarios.

En nuestra República Argentina, la amplitud de la protección del secreto de la correspondencia epistolar y los papeles privados está respaldada por la Constitución Nacional, cuyo artículo 18 declara:

“El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados y una ley determinará en qué casos y con qué justificativo podrá procederse a su allanamiento y ocupación”.

Como también encuentra su correlato de protección en el artículo 19 de la Carta Magna, que reseña:

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

En el ordenamiento legal argentino, el capítulo 3º –Violación de Secretos– del Título 5º –Delitos contra la libertad– del Libro Segundo –De los Delitos– del Código Penal se estructura toda la materia, sobre la base de dos tipos básicos generales: a) la intrusión en la esfera de secretos y b) la propalación de secretos.

Por ello, por un lado, vemos las figuras descriptas en el artículo 153 del Código Penal, entendidas como la **apertura, apoderamiento y supresión o desvío de correspondencia** y, por otro lado, de acuerdo con las disposiciones que fluyen del artículo 155 del mismo ordenamiento legal, la **publicación indebida de correspondencia**.

De este modo:

El artículo 153 del ordenamiento legal citado refiere que: *“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 suprimiere o desviare 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”.

Tal cual podrá apreciarse de la simple lectura de la norma en cuestión, se presentan tres hipótesis de trabajo:

- 1) la **apertura dolosa de correspondencia**, determinada por el hecho de que no le está dirigida al autor, lo cual hace que sea indebida;
- 2) el **apoderamiento doloso e indebido de correspondencia**;

3) la supresión o desvío de correspondencia.

Las tres conductas punibles, aun diferentes en sus medios comisivos, reconocen idéntico objeto material –carta, pliego cerrado o despacho telegráfico, telefónico, papel privado o de otra naturaleza–, no siendo preciso que contenga un secreto –ver LL 25-912–.

La norma también añade en su segundo párrafo la **comunicación o publicación del contenido** de la correspondencia, entendido como la acción del culpable –autor de alguno de los hechos que contiene la primera parte del artículo– que comunica a terceros o da a publicidad, valiéndose de uno de los medios comisivos ya ilustrados: el contenido de la correspondencia.

A su vez, el artículo 155 del Código Penal añade al caso que *“El que, hallándose en posesión de una correspondencia no destinada a la publicidad, la hiciera publicar indebidamente, aunque haya sido dirigida a él, será reprimido con multa de..., si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros”*.

En este caso, la acción típica no es ya tomar conocimiento del secreto o violar el derecho a él, sino que aquí el autor ha tomado conocimiento del secreto –correspondencia– legítimamente, pero le está vedado publicarlo.

La **publicación indebida de correspondencia** consiste en dar a publicidad –hacer conocer el contenido a un número indeterminado de personas– una correspondencia –considerada en idénticos términos que para las figuras anteriores detalladas–, no siendo necesario que se logre el conocimiento real de esas personas, ya que se pena que el autor se valga de un medio de los que habitualmente produce esos efectos –conforme Soler y Núñez–, pudiendo ello causar perjuicio potencial de cualquier naturaleza.

Siendo ello así, el empleador que pudiera acompañar en la acción judicial seguida en contra de su empleado o ex empleado denunciado correspondencia epistolar electrónica –*e-mails*–, puede resultar perseguido luego en el mismo ámbito penal, sea por la **apertura dolosa de correspondencia**, determinada por el hecho de que no le está dirigida al autor, lo cual hace que sea indebida; el **apoderamiento doloso e indebido de correspondencia y/o la supresión o desvío de correspondencia**, sin perjuicio de aquella figura de **publicación indebida de correspondencia** en cuanto importa dar a publicidad –hacer conocer el contenido a un número indeterminado de personas–.

Conclusión

Seguramente, ya decíamos tiempo atrás, no será éste el único fallo que la materia “internet” y sus componentes nos ofrezcan en los años venideros, más cuando diversos proyectos y hasta leyes aún sin publicarse encuentren cuestionamientos basados en idénticas razones que las citadas; pero, al margen de que habrá algunas normas que deberán *aggiornarse*, aquellas ya existentes han de ser evaluadas a la luz de estos nuevos elementos del mundo moderno, para verificar si ya al momento de dictarse, las conductas con ingredientes contemporáneos, también las comprendían.

Pero incluso así, NUNCA deberán olvidarse los principios rectores que la Constitución Nacional consagra ya que, aun cualquier innovación tecnológi-

ca posterior, siempre deberá enmarcarse dentro de los derechos y garantías allí preexistentes, y su excepcional avasallamiento deberá encontrar apoyatura en alguna cláusula procesal que así lo haya admitido con el control jurisdiccional correspondiente, so pena de poder hallarse incurso en algún delito penal.