

IV

Control y Monitoreo de los Trabajadores: el caso del correo electrónico

Licda. Xiomara Solís Murillo*
Lic. Giovanni Rodríguez Mejía**

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. DEBERES DEL TRABAJADOR.
3. PRINCIPIO DE BUENA FE
4. OTRAS OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR.
5. FACULTADES DE CONTROL DEL EMPLEADOR.
6. DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PRIVACIDAD DE LA CORRESPONDENCIA DE LOS TRABAJADORES.
7. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.
8. CONCLUSIONES .
9. BIBLIOGRAFÍA.

* Especialista en Derecho Laboral Corporativo.

** Asistente Técnico del Proyecto de Fortalecimiento de la Justicia Laboral en América Central/OIT. Las opiniones expresadas en este documento son de naturaleza personal y no comprometen a la OIT.



“...Los trabajadores no dejan su derecho a la vida privada y a la protección de datos cada mañana a la puerta de su lugar de trabajo. Esperan legítimamente encontrar allí un grado de privacidad, ya que en él desarrollan una parte importante de sus relaciones con los demás. Este derecho, no obstante, debe conciliarse con otros derechos e intereses legítimos del empleador, en particular, su derecho a administrar con cierta eficacia la empresa y sobre todo, su derecho a protegerse de la responsabilidad o el perjuicio que pudiera derivarse de las acciones de los trabajadores...”

(Documento del Grupo de trabajo de la Unión Europea relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, aprobado el 29 de mayo de 2002).

1.- INTRODUCCIÓN

Estas líneas tienen como objetivo reflexionar sobre el control y monitoreo de los trabajadores a propósito del uso de una de las herramientas de trabajo más empleadas hoy en día, el correo electrónico. Este tópico que, sin duda tiene una gran relevancia y actualidad, carece de una regulación clara en nuestro ordenamiento jurídico por lo que pretendemos contribuir en la discusión del mismo, en cuanto a los límites y alcance de los derechos de los empleadores y sus trabajadores respecto del uso de este instrumento de trabajo.

Los equipos informáticos pueden ser armas de doble filo, pues si bien permiten aumentar la productividad en los centros de trabajo, también pueden resultar no sólo distractores de los empleados, sino también instrumentos de fuga de información confidencial de la empresa, de acceso a virus informáticos, así como para la ejecución de prácticas desleales, y de daño a la imagen de la propia empresa.

El uso personal del correo electrónico proporcionado por la empresa puede provocar diversos problemas, algunos incluso sancionables penal y/o laboralmente. La jurista Ma Dolores Rubio de Medina, nos señala algunas de estas situaciones¹:

Aquellas que ocasionan problemas de seguridad y daños patrimoniales en la empresa, por infecciones por virus que han llegado en correos personales que el trabajador ha abierto.

Aquellas que conllevan la usurpación de la personalidad, en los casos en los que un trabajador se hace pasar por otro.

Aquellas conductas que implican acoso moral -mobbing laboral- o acoso sexual.

Aquellas que conllevan actuaciones discriminatorias.

El descenso de rendimiento laboral del trabajador por el tiempo que dedica a enviar y recibir correos personales, lo que genera baja productividad de la empresa.

El envío o transmisión de información confidencial de la empresa a terceros.

El incremento de los costos económicos de la empresa en la factura telefónica, en el caso de que no se tenga tarifa plana o conexión dedicada.

En este sentido, se discute la posibilidad de controlar y monitorear el uso de las herramientas informáticas, concretamente, el correo electrónico, para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores y a efecto de salvaguardar la seguridad de la organización respecto de dichos riesgos y excesos.

Esta situación ha generado un interesante debate jurídico, referente al derecho a la intimidad de los trabajadores, el secreto de sus comunicaciones, por un lado; y el poder de dirección, control y vigilancia

¹ RUBIO DE MEDINA, Ma. Dolores. El Despido por utilización personal del correo electrónico. Biblioteca Básica de la Práctica Procesal, Editorial Bosch, Barcelona, 2003. páginas 7 y 8.

de la actividad productiva y del uso racional de las herramientas de trabajo, por el otro.

Este tema reviste importancia no sólo técnica-jurídica, en cuanto a la procura de la coherencia normativa entre los derechos de ambas partes; sino también importancia económica, respecto del otorgamiento y control de las herramientas que el empleador facilita a sus empleados, pues el asignárselas sin reconocerle el poder de verificar el correcto uso puede exponerlo a un grave perjuicio no sólo relacionado con el rendimiento del mismo, sino también por el daño a la empresa, el cual puede llegar a ser de una gran magnitud.

No obstante, la ejecución del control y vigilancia de las herramientas puede también constituirse en violatoria de los derechos del trabajador, en el sentido antes apuntado, exponiendo al empleador en el plano penal, constitucional e, incluso, de responsabilidad civil.

2.- DEBERES DEL TRABAJADOR.

“El trabajador debe al empresario el tiempo de trabajo o más bien la prestación de los servicios durante ese tiempo, por lo tanto, si se dedica a otra cosa que no sea trabajar, está incumplimiento el contrato de trabajo”².

Las implicaciones disciplinarias de la transgresión de dicho deber, con ocasión del uso inapropiado de las herramientas informáticas, que es el tema que nos ocupa, deben estudiarse sobre la base de los deberes de los colaboradores, es por ello necesario que pasemos ahora a analizar el Principio de Buena Fe que debe regir la relación laboral, así como las obligaciones que la propia legislación impone a los trabajadores y que nos sirven como marco necesario para encuadrar las soluciones respecto del uso de las herramientas de trabajo, porque es claro que “el ejercicio del derecho a la comunicación por los trabajadores y las posibles limitaciones del empresario se hayan sometidos a la buena fe”³.

Principio de Buena Fe:

El maestro Américo Plá, explica el contenido de este principio, que no sólo constituye un deber para el trabajador, sino también para su empleador: “La buena fe, entendida en la significación objetiva de cumplimiento honesto y escrupuloso de las obligaciones contractuales, se distingue de la buena fe subjetiva o psicológica comprensiva del error o falsa creencia, y según Grassetti, significa lealtad recíproca de conducta completamente leal en las relaciones sociales, causa que justifica la “confianza” y al mismo tiempo exigencia imprescindible de conducta precisamente para que la confianza resulte justificada. Las partes se hayan así obligadas a una lealtad recíproca de conducta –rectamente e firma devotione- que constituye en su plena bilateralidad la más alta expresión de los factores jurídico personales que matizan el contrato de trabajo.”⁴

Este concepto de buena fe de ambas partes está recogido en nuestro Código de Trabajo, concretamente en el artículo 19 que dispone “El contrato de trabajo obliga tanto a lo que se expresa en él, como a las consecuencias que del mismo se deriven según la buena fe, la equidad, el uso, la costumbre o la Ley...” (El resaltado no corresponde al original)

La jurisprudencia nacional ha desarrollado la importancia de este principio estableciendo que:

“...La inclusión expresa de esos conceptos jurídicos indeterminados, en la legislación laboral costarricense, evidencia cuan trascendente es el denominado <contenido ético> de los acuerdos de esa naturaleza, que se deriva, básicamente, de su carácter personal y del principio de la buena fe. La relación de trabajo, por ser estable y continuada, exige la confianza recíproca y permanente entre las partes. Ambas deben actuar, en todo momento, de buena fe (buena fe-lealtad), lo que supone una posición de honestidad y de honradez en el comercio jurídico y la plena conciencia de no engañar, ni perjudicar, ni dañar...”⁵.

2 López Mosteiro, Ricardo. Despido por uso de correo electrónico e internet. En Revista Actualidad Laboral. N°41. noviembre 2001. Pág. 767.
3 Falguera i Baró, Miguel Angel. Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador. En Revista Relaciones Laborales, N°22, año XVI, noviembre 2000. Pág. 21.
4 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Ediciones De Palma. Buenos Aires, 1990, pág. 35 y 36.
5 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 1999-369 de las 10:20 horas del 26 de noviembre de 1999

En consecuencia, la buena fe se convierte en el punto de referencia, en el tamiz por el cual debe pasarse el análisis de lo que significa el uso adecuado de las herramientas e instrumentos que se facilitan al trabajador; así como de la legitimidad de las medidas de control y monitoreo que el empleador haga de ellas.

Otras obligaciones que la legislación impone al trabajador:

El Código de Trabajo establece, dentro de las obligaciones impuestas al trabajador, “ejecutar (el trabajo) con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, y en la forma, tiempo y lugar convenidos” (artículo 71, inciso b) y le prohíbe “usar los útiles y herramientas suministrados por el patrono, para objeto distinto de aquel a que están normalmente destinados.” (artículo 72, inciso d).

La transgresión de la primera obligación, sea la utilización adecuada del tiempo de trabajo, es sancionada hasta con el despido, conforme lo previsto en el artículo 72 inciso a)⁶ en relación con el 81 inciso i)⁷ del Código de Trabajo.

La dedicación del tiempo de trabajo para el intercambio de información no laboral por medio del correo electrónico implica abandono de trabajo, pues, a pesar de que la presencia física del trabajador en su puesto, está dedicando su tiempo a fines diferentes de aquellos para los que fue contratado.

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que “El abandono de labores, típicamente, se produce cuando el trabajador, se aleja del establecimiento donde presta sus labores; pero, también, el abandono puede darse en el lugar de trabajo y, en esas circunstancias, se produce cuando el trabajador deja de realizar las labores que le corresponden y con las que debe cumplir. En consecuencia, el abandono de trabajo se entiende como la dejación, durante la jornada de

trabajo, de las labores objeto del contrato, sin que medie alguna causa que lo justifique. Se traduce en una conducta maliciosa y culpable; pues conlleva siempre la clara intención de abandonar las tareas, que se están realizando; pudiendo consistir, también, en una pasividad negligente. Doctrinariamente se ha expuesto que, tal abandono, puede constituir una falta de gravedad media, en cuyo caso, debe realizarse la amonestación o el apercibimiento y el trabajador debe reincidir en su anómala conducta, dentro de los tres meses siguientes al primer abandono, para que legítimamente proceda el despido; o bien, puede constituir una falta grave, cuando surjan efectos negativos trascendentes, debido a la naturaleza de las labores, por los perjuicios ocasionados o por el simple peligro potencial de que éstos puedan o lleguen a producirse. (Carro Zúñiga, Carlos. Las justas causas del despido en el Código de Trabajo y jurisprudencia de Costa Rica. San José, Editorial Juritexto, primera edición, 1992, pp 53-55; y en sentido semejante, pueden consultarse las sentencias de esta Sala Nos. 886 de las 10:20 horas del 13 de octubre del 2000 y 672 de las 10:10 horas del 9 de noviembre del este año)⁸

Por otro lado, respecto de la obligación del trabajador de utilizar en forma adecuada las herramientas suministradas por su empleador, debemos entender por las mismas los útiles, instrumentos y materiales necesarios para ejecutar el trabajo convenido.⁹

De lo anterior podríamos concluir que si el empleador suministra al trabajador una cuenta de correo electrónico empresarial para que ejecute sus funciones, por tanto, esta cuenta constituiría “herramienta de trabajo”, y que el trabajador no debería dedicarlo a un uso personal, o “para objeto distinto de aquel a que está normalmente destinado.”

Por otro lado, como correo electrónico entendemos “todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado

6 “Queda absolutamente prohibido a los trabajadores: a) Abandonar el trabajo en horas de labor sin causa justificada o sin licencia del patrono...”.

7 “Son causas justas que facultan a patrono para dar por terminado el contrato de trabajo: (...) i) Cuando el trabajador, después de que el patrono lo aperciba por una vez, incurra en las causales previstas por los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 72...”

8 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 2001-721 de las 10:20 horas del 30 de noviembre del 2001.

9 En este sentido: Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 2000-862 de las 9:50 horas del 6 de octubre del 2000.

a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en el equipo terminal del receptor hasta que éste acceda al mismo¹⁰". Alejandra Castro nos presenta otros elementos puntuales: "el correo electrónico constituye un servicio de mensajería electrónica que tiene por objeto la comunicación no interactiva de texto, datos, imágenes o mensajes de voz entre un "originador" y los destinatarios designados y que se desarrolla en sistemas que utilizan equipos informáticos y enlaces de telecomunicaciones."¹¹.

Siguiendo a esta autora nacional, nos encontramos que podemos distinguir dos tipos de correo electrónico:

"1.) El Correo electrónico privado, cuyo uso es estrictamente personal y que no puede ser manipulado, interceptado, intervenido o alterado de alguna forma si no se posee una autorización judicial, pues corresponde legítimamente a una naturaleza idéntica a la del correo tradicional, considerando que la propiedad de los mensajes que se transmiten por este medio es del titular de la cuenta de correo (del usuario que recibe el servicio).

2.) El Correo electrónico laboral, cuyo titular no es el trabajador, sino que lo es el patrono que proporciona la misma para fines exclusivamente laborales y que (...) la asigna a un funcionario o trabajador para su uso y administración en nombre del cargo que desempeña y para fines estrictamente laborales (...)

El correo electrónico laboral lo constituye aquella cuenta proporcionada por el patrono privado o bien por la Administración Pública a sus trabajadores o servidores públicos."

3.- POTESTADES DE CONTROL DEL EMPLEADOR.

El poder de dirección se define "como un conjunto de facultades jurídicas a través de las cuales el empresario dispone del trabajador, ordenando las prestaciones laborales y organizando las labores de la empresa. Por ello, si partimos de un concepto amplio del poder de dirección, su contenido será conformado por todas las facultades que tienen por objeto la prestación del trabajo, la organización del mismo (...) El Poder de dirección ha de estar conformado por tres grandes facultades: la facultad decisoria (...); facultad de ordenación (...) y facultad de control, que ha de ser la capacidad de establecer medidas de control y vigilancia dentro del marco empresarial"¹².

Aunado al poder de dirección, el empleador también cuenta con el poder disciplinario, que consiste en "la facultad reconocida al acreedor del trabajo, en virtud de la cual éste puede, dentro de los límites legales o contractualmente señalados, y con las garantías formalmente establecidas, imponer sanciones a los trabajadores ligados a él por relación laboral cuando se den los supuestos determinados de aquellas"¹³.

Ahora bien, para ejercer el poder disciplinario resulta necesario contar con la posibilidad de ejercer un control de la prestación que no es más que "un instrumento que permite la valoración de la ejecución de la prestación contratada, así como de las disposiciones impartidas por el empleador destinadas a especificar la misma; y, por ello elemento fundamental en la realización de su interés típico"¹⁴.

10 Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002. Consultada en Internet <http://eur-lex.europa.eu/es/legis/index.htm> diciembre 2006.

11 CASTRO BONILLA, Alejandra. El Uso legítimo del Correo Electrónico. <http://delitosinformaticos.com/delitos/correo.shtml>, dirección consultada en junio del 2005.

12 ARDÓN ACOSTA, Víctor Manuel. El Poder de Dirección de la Empresa. Investigaciones Jurídicas, San José, 1999, pág. 53

13 ALONSO GARCÍA, Manuel. Curso de Derecho del Trabajo. Editorial Ariel, 9ª edición, Barcelona, 1985,

14 DEL REY GUANTER, Salvador. Prólogo al libro Poder de Control del Empresario Martínez Fons, Daniel. Editorial de Consejo Económico y Social. España. 2002, Pág. 14

No obstante lo anterior, *“el hecho de que el poder de dirección del empresario forme parte del contenido esencial de la libertad de empresa, no significa que las facultades empresariales sean omnímodas, en relación con la posición subordinada del trabajador. Estos poderes empresariales, por más que tengan un fundamento constitucional, estarán sometidos a los naturales límites que se derivan de los derechos fundamentales de los trabajadores”*¹⁵.

En virtud del poder de dirección, dijimos que el patrono podría “controlar” el uso y abuso que el trabajador haga de todas las herramientas que le ha proporcionado para la ejecución de sus funciones, así como que el tiempo que dedique a las mismas sea el pactado (horario y jornada). Por otro lado, del poder disciplinario, se desprendería entonces la posibilidad del empleador de sancionar el mal uso o abuso de esas herramientas, así como el apartarse de sus labores en tiempo de trabajo. Lo anterior de conformidad con el artículo 72, inciso d) que comentamos anteriormente, el cual prohíbe *“usar los útiles y herramientas suministrados por el patrono, para objeto distinto de aquel a que están normalmente destinados”*; así como el artículo 81, inciso i), que legitima al empleador a despedir al trabajador, luego de haberle apercibido, y si éste reincide dentro del término de los tres meses siguientes¹⁶.

Adicionalmente, en caso de que el uso personal del correo electrónico dañe los bienes de la empresa, podría también el empleador despedir sin responsabilidad, de conformidad con el artículo 81, inciso d), que establece como causal de despido: *“Cuando el trabajador cometa algún delito o falta contra la propiedad en perjuicio directo del patrono o cuando cause intencionalmente un daño material en las máquinas, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados en forma inmediata e indudable con el trabajo.”*

En este sentido, estima Alejandra Castro que *“...se debe distinguir entre el mensaje que se envía desde el correo electrónico laboral del que se recibe en esa misma dirección. El que se envía es responsabilidad exclusiva del trabajador usuario de la cuenta, pero el que se recibe es exclusiva responsabilidad del emisor externo, exigiéndosele al trabajador el mínimo deber de diligencia en la manipulación de ese mensaje, de modo que en ningún modo dañe al patrono, 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, (...) El trabajador que recibe mensajes externos debe tomar también ciertas previsiones en **resguardo de los bienes de la empresa**, como revisar que el mensaje no contenga virus...”*¹⁷ (la negrita no corresponde al original)

Por supuesto que la potestad del empleador de controlar el uso de las herramientas suministradas, debe sopesarse también con lo dispuesto en el artículo 70 del Código de Trabajo que establece al patrono la prohibición de *“ejecutar cualquier acto que restrinja los derechos que el trabajador tenga conforme a la ley”, lo que obligadamente nos lleva de regreso a la búsqueda de la coherencia normativa que desde el inicio mencionamos; esto es, que el ejercicio de los derechos del empleador no se haga en violación de los derechos de los trabajadores. Otra limitación al poder de control podemos hallarla en el principio de proporcionalidad que ha desarrollado la Sala Constitucional, señalando que “desde la óptica constitucional y en sentido amplio se identifica con la llamada “prohibición de exceso”, pudiéndose afirmar que algo es proporcionado o desproporcionado según el punto de referencia y según la finalidad con la que se enfrente o se cuestione la proporcionalidad”*¹⁸.

15 de VICENTE PACHÉS, Fernando. El Derecho del Trabajo al Respetto de su Intimidad. Consejo Económico Social, Colección Estudios, número 64, 1998, págs. 49 - 50

16 Este plazo de los tres meses se ha establecido por vía de jurisprudencia, ya que el Código de Trabajo no lo contempla. Al efecto, ha dicho la Sala: “La exigencia del apercibimiento la estableció el legislador, para no imponer al abandono una sanción mayor que a las ausencias injustificadas, sancionadas, a su vez, por el inciso g) del dicho artículo 81 ibídem, y ha resuelto la jurisprudencia que esa reincidencia debe ocurrir en los tres meses siguientes al primer abandono. Ante la falta de apercibimiento, para que se abstuviera el trabajador de abandonar el trabajo, no se configuró la causal de despido, por lo cual no son de recibo los argumentos que esgrime la demandada, en su recurso” (Sala Segunda, Voto 2001-760, de las 10:20 horas del 20 de diciembre del 2001).

17 CASTRO BONILLA, Alejandra. Op. Cit (página de Internet).

18 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 2001-10132, de las 15:11 horas del 9 de octubre del 2001.

La OIT en el Repertorio de recomendaciones prácticas respecto a la Protección de los Datos Personales de los Trabajadores indica en lo tocante a la sujeción de control a los empleados que *“Cuando los trabajadores sean objeto de medidas de vigilancia, éstos deberían ser informados de antemano de las razones que las motivan, de las horas en que se aplican, de los métodos y técnicas utilizados y de los datos que serán acopiados, y el empleador deberá reducir al mínimo su injerencia en la vida privada de aquéllos. 2) El secreto en materia de vigilancia sólo debería permitirse cuando a) se realice de conformidad con la legislación nacional; o b) existan sospechas suficientes de actividad delictiva u otras infracciones graves. 3) La vigilancia continua debería permitirse solamente si lo requieren la salud, la seguridad y la protección de los bienes”*¹⁹.

Por otra parte, nos parece interesante revisar lo que se ha regulado en España respecto de las condiciones en que debe operar esa supervisión y las consecuencias que pueden devenir de un exceso, pues se considera ahí que “el control sobre el trabajador tiene un carácter singular y está sometido a ciertas cautelas formales, cuyo incumplimiento comporta la nulidad radical del acto de control en sí mismo y, por tanto, de sus consecuencias. Ello no quiere decir que la potestad de dirección y control del empresario, o de la persona en quien éste delegue, queden mermadas o no pueda ejercitarse para fiscalizar la dedicación del trabajador a sus funciones laborales o su desapego a las mismas (artículo 20.3 ET). Deriva así la cuestión planteada hacia ese concepto jurídico indeterminado que es el de la buena fe contractual”²⁰.

La supervisión por parte del empleador del uso de las herramientas de trabajo no implica “una obligada

y general incompatibilidad entre el necesario respeto de los derechos fundamentales del trabajador y el empleo, por la empresa, en el ámbito de sus facultades de organización de los referidos sistemas que permitan obtener información reveladora del grado de cumplimiento de las obligaciones laborales, susceptible de su posterior reproducción como medio de prueba de las irregularidades apreciadas”²¹.

Carlos Sánchez Almeida indica que para que una actividad de control empresarial sea legal y se justifique, deben respetarse una serie de principios: ²²

a) Necesidad. Según este principio, el empleador, antes de proceder a este tipo de actividad, debe comprobar si una forma cualquiera de vigilancia es absolutamente necesaria para un objetivo específico.

b) Finalidad. Este principio significa que los datos deben recogerse con fines determinados, explícitos y legítimos, y no ser tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines.

c) Transparencia. Este principio significa que un empleador debe indicar de forma clara y abierta sus actividades. Dicho de otro modo, el control secreto del correo electrónico por el empleador está prohibido, excepto en los casos en que exista en el Estado miembro una ley que lo autorice.

d) Legitimidad. Este principio significa que una operación de tratamiento de datos sólo puede efectuarse si su finalidad es legítima, es decir, que se la vigilancia del tratamiento de los datos de un trabajador debe ser necesario para la satisfacción del interés

19 Oficina Internacional del Trabajo. Protección de los Datos Personales de los Trabajadores. Pág. 16. Ginebra, 1997.

20 http://www.injef.com/revista/sitios/jfmm_001215.htm, dirección consultada en junio del 2005.

21 Garate Castro, Javier. Derechos fundamentales del trabajador y control de la prestación de trabajo por medio de sistemas proporcionados por las nuevas tecnologías en Revista de la Sala Segunda N°2, enero de 2006, San José Costa Rica. Pag. 114

22 Sánchez Almeida, Carlos. La intimidad electrónica en el trabajo. http://www.kriptopolis.com/more.php?id=P15_0_1_0, dirección consultada en junio de 2005. Algunos de estos principios son desarrollados por Fernando de Vicente Pachés, al comentar el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, diciendo: “...se extraen dos limitaciones que el empresario debe observar en la adopción de las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control: En primer lugar, que las medidas a adoptar tienen por finalidad la de verificar el cumplimiento de deberes laborales. El empresario ejercita su facultad de vigilancia y control sobre el trabajo convenido. No puede inmiscuirse en cuestiones que excedan del cumplimiento de obligaciones de trabajo. Las facultades de control no pueden sobrepasar el ámbito de prestación del trabajo (...) en cuanto al segundo límite que la Ley impone al empleador, viene referido a la consideración debida a la dignidad humana del trabajador. Gofi Sein ha puesto de manifiesto respecto a este límite “aún cuando resulta evidente que el artículo 20.3 concede una gran margen de disponibilidad controladora al empresario, el haber hecho hincapié en el respeto a la dignidad significa, que se impide todo control o fiscalización intrusiva en la vida privada del trabajador exceto de ligamen con los aspectos técnicos organizativos del trabajo, y toda aquella vigilancia que elimine casi por completo el espacio de libertad que está en la propia esencia del derecho a la intimidad”. de Vicente Pachés, Fernando, op. Cit. Pág. 301

legítimo perseguido por el empleador y no perjudicar los derechos fundamentales de los trabajadores.

e) Proporcionalidad. Según este principio, los datos personales, incluidos los que se utilicen en las actividades de control, deberán ser adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben. La política de la empresa en este ámbito deberá adaptarse al tipo y grado de riesgo al que se enfrente dicha empresa. El principio de proporcionalidad excluye por lo tanto el control general de los mensajes electrónicos y de la utilización de Internet de todo el personal, salvo si resulta necesario para garantizar la seguridad del sistema.

f) Exactitud y conservación de los datos. Este principio requiere que todos los datos legítimamente almacenados por un empleador (después de tener en cuenta todos los demás principios) que incluyan datos procedentes de una cuenta de correo electrónico de un trabajador, de su utilización de Internet o relativos a las mismas deberán ser precisos y actualizarse y no podrán conservarse más tiempo del necesario.

g) Seguridad. Este principio obliga al empleador a aplicar las medidas técnicas y organizativas adecuadas para proteger todos los datos personales en su poder de toda intromisión exterior. Incluye también el derecho del empleador a proteger su sistema contra los virus y puede implicar el análisis automatizado de los mensajes electrónicos y de los datos relativos al tráfico en la red.

Ahora bien, asentadas las bases para establecer las responsabilidades de los trabajadores frente a la cuenta de correo electrónico como herramienta de trabajo y luego algunos principios para establecer las potestades de control del empleador, corresponde ahora analizar el derecho a la intimidad de los trabajadores para valorar la posibilidad del empleador de controlar el uso de la cuenta de correo electrónico otorgada por la empresa y su límite frente a ese derecho fundamental.

4.- DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PRIVACIDAD DE LA CORRESPONDENCIA DE LOS TRABAJADORES.

A. EL DERECHO A LA INTIMIDAD: NOCIONES GENERALES

La Real Academia Española define a la intimidad como *“la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”*²³.

En el mismo sentido, se ha dicho que el derecho a la intimidad supone la protección jurídica de la vida privada, lo que en el derecho anglosajón se conoce con el nombre de *“right of privacy”*; y se le ha concebido como aquel que *“tutela jurídicamente un espacio de autonomía individual integrada por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones de familia, cuestiones económicas, credo religioso, salud, y en general, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo”*²⁴.

La Procuraduría General de la República, también se ha referido a este derecho, manifestando que *“conlleva el libre desarrollo de la vida interior de las personas, ajena a las relaciones que se mantienen con otros individuos; que permite conocerse como ser humano y que se funda en que el ámbito de la libertad interior es instrumento para el desarrollo de la personalidad”*²⁵.

En lo que atañe a la noción de *“vida privada”* en la relación laboral, pensamos que ésta ampara tanto la protección de las cuestiones pertenecientes a la vida no laboral del trabajador, como también determinadas injerencias de la vida laboral que podrían ser invasoras.

Rescatamos que la intimidad está constituida por el derecho a un espacio propio, íntimo y reservado contra intromisiones externas en la vida de las personas.

23 Diccionario de la Real Academia de Española consultado internet <http://www.rae.es/>, diciembre 2006.

24 Cesario, R. Hábeas Data. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, pág. 34

25 Procuraduría General de la República. Dictamen C-003-2003 de 14 de enero de 2003.

Compartimos el criterio de que el poder de dirección encuentra como una de sus limitaciones, tal vez de las más importantes, *“la obligación del empresario de respetar la intimidad y las consideraciones debidas a la dignidad de los trabajadores”*²⁶.

En efecto, *“el empresario está facultado para exigir al trabajador la realización de tareas y la observación de ciertas reglas de conducta, está también facultado para comprobar si el trabajador efectivamente cumple sus obligaciones. Y a su vez el trabajador está obligado a someterse a este control empresarial. Pero estas comprobaciones lícitas deben respetar siempre los límites derivados de la dignidad humana del trabajador, evitando cualquier actuación que resulte humillante o desproporcionadamente molesta”*²⁷.

En resumen, es dable concluir que el derecho a la intimidad surge como un derecho personalísimo derivado de la dignidad humana, que ampara la vida privada, protegiéndola de intromisiones de terceros, inclusive en el propio centro de labores, posibilitando a su vez, el desarrollo interior de las personas.

La intimidad en el uso del correo electrónico, de un dominio propiedad de una empresa o institución, supone adentrarse en un campo lleno de contradicciones, opiniones enfrentadas y posiciones diversas.

B. TRATAMIENTO NORMATIVO.- Nuestra legislación resguarda la intimidad en las siguientes normas:

B.1.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA

El derecho a la intimidad, el secreto a las comunicaciones, la inviolabilidad de los documentos privados y el derecho a la autodeterminación informativa, encuentran asidero constitucional en el artículo 24 de nuestra Carta Magna, que establece lo siguiente:

Artículo 24.- Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para establecer asuntos sometidos a su conocimiento. Igualmente, la ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuanto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción (...) *No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación* (El subrayado no corresponde al original)

B.2- INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

El Derecho Internacional también se ha preocupado por propugnar normas que tutelen el respeto al derecho a la intimidad. Es así como mediante instrumentos internacionales ha buscado dar sustento normativo a dicho derecho fundamental. A manera de ejemplo, a continuación exponemos brevemente parte del articulado que observa esta garantía:

i) Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 12: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias.

ii) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Artículo 5: Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar

²⁶ <http://www.weblaboral.net/aop/aop0014.htm> (dirección consultada en junio de 2005)

²⁷ *ibid.*

iii) Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Artículo 11: Protección de la Honra y de la Dignidad (...) Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

iv) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Artículo 17.- Observación general sobre su aplicación

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques

v) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás

Es claro que los cinco artículos transcritos, correspondientes a distintas disposiciones normativas internacionales, son coincidentes en salvaguardar la vida privada de las personas y la privacidad de sus comunicaciones, señalando expresamente la existencia de protección jurídica contra cualquier tipo de injerencia arbitraria sobre las mismas.

B.3 CÓDIGO PENAL

Mediante Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados No. 7425 de 9 de agosto de 1994, publicada en La Gaceta No. 171 de 8 de setiembre de 1994, se modificó el artículo 196 del Código Penal, referido al delito de violación de correspondencia, que ahora se lee así:

“Será reprimido con prisión de uno a tres años, quien abra o se imponga del contenido de una comunicación destinada a otra persona, cualquiera que sea el medio utilizado.”

De lo anterior observamos que el concepto de “correspondencia” ya no se limita a la correspondencia plasmada en medios físicos, como el papel, sino que también incluye a la correspondencia electrónica.

Este nuevo y más ampliado concepto de “correspondencia” ha sido adoptado por la jurisprudencia de la Sala Tercera, que ha dicho:

“Con respecto a la utilización de mensajes enviados por medio del correo electrónico, aportados por un particular como elementos de convicción, que proporcionan indicios suficientes para iniciar una investigación penal, debe apuntarse que el acceso al correo electrónico de las personas, al igual que otros medios de comunicación, están amparados por el derecho constitucional a la intimidad (artículo 24 de la Carta Magna). Dicha afirmación cobra mayor relevancia, si se tiene en cuenta el creciente volumen de correspondencia que circula de esa manera y las también progresivas capacidades de los particulares y del Estado, para seguir y controlar el texto o contenido enviado por ese medio. Empero, ello no significa que la tutela de la autodeterminación informativa sea irrestricta, pues en circunstancias excepcionales el titular de los datos puede consentir en que se difundan a terceros”²⁸.

Por otro lado, se adicionó el artículo 196-bis mediante Ley No. 8148 de 24 de octubre del 2001, publicada en el Alcance No. 81 a LG# 216 de 9 de noviembre del 2001, estableciendo el delito de Violación de comunicaciones electrónicas, cuyo texto se lee así:

28 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 2003-00457, de las 15:20 horas del 5 de junio del 2003.

“Será reprimida con pena de prisión de seis meses a dos años, la persona que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere, accese, modifique, altere, suprima, intercepte, interfiera, utilice, difunda o desvíe de su destino, mensajes, datos e imágenes contenidas en soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos. La pena será de uno a tres años de prisión, si las acciones descritas en el párrafo anterior, son realizadas por personas encargadas de los soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos”.

Recapitulando, podemos decir que constitucional y legalmente, la normativa es clara al tutelar el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones; inclusive limitando explícitamente el uso de la informática para garantizar tales derechos, los cuales son calificados como fundamentales.

5.- ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Los cambios tecnológicos, como parte de una realidad voluble, como siempre sucede, van “por delante del Derecho aunque sea ésta una constatación que los juristas tendemos, inevitablemente y por extraños atavismos, a olvidar siempre”²⁹. Lo anterior, nos hace plantearnos la adecuación que nuestros tribunales han hecho de la legislación vigente frente a estos nuevos fenómenos. Pocos han sido los casos conocidos en la jurisprudencia nacional respecto del uso indebido de las cuentas de correo electrónico.

Un primer precedente se trata de un proceso ordinario laboral que conoció el Juzgado de Trabajo de Cartago. La empresa accionada se percató de que la empleada había enviado por medio del correo electrónico de la compañía, una serie de chistes de contenido morboso e inhumano a un amigo ajeno a la empresa, contraviniendo las directrices y advertencias que sobre el particular regían en la misma, lo cual, en su criterio, constituyó

un uso distinto e indebido del correo electrónico de la compañía, abandono de trabajo y un daño a la imagen de la empresa puesto que su buen nombre se veía afectado, pero sobre todo un quebranto de la buena conducta desde el punto de vista ético y moral, dado el contenido de dichos correos.

En primera instancia, el Juzgado de Trabajo declaró sin lugar en todos sus extremos la acción. No obstante, al conocer en apelación el fallo, el Tribunal de Trabajo de Cartago revocó la sentencia apelada y declaró con lugar la demanda laboral interpuesta³⁰. En cuanto al uso distinto e indebido del correo electrónico, señaló que la empresa no había demostrado el apercibimiento previo hecho a la actora por la indebida utilización de las herramientas, que es el requisito que establece el inciso i) del artículo 81 del Código de Trabajo.

En relación al abandono de trabajo, por el envío del correo, consideró que:

“...En el presente caso, es posible que la actora incurriera en esa falta, se desconoce si al momento en que envió el correo, estaba o no en algún receso programado o autorizado, pero de todos modos, el patrono no acreditó que cumpliera con lo que dispone y manda el inciso i) del artículo 81, sea el apercibimiento previo. No consta en autos, que dentro de los últimos tres meses de la relación laboral, a la actora se le hubiere apercibido por escrito, de ese tipo de abandono, que lo tipifica el artículo 72 inciso a) del Código de Trabajo. En este caso el demandado no puede ampararse en ese motivo para un despido sin responsabilidad patronal, en otras palabras ello no es causal de despido en esas condiciones...”
(El subrayado no corresponde al original)

Finalmente, respecto del daño o riesgo de daño a la imagen de la empresa por el envío del correo electrónico, el Ad quem, señaló que no lo había, pues el correo había sido enviado a alguien que mantenía una relación sentimental con la remitente, así como

29 Falguera i Baró, Op cit, pag. 18.

30 Tribunal de Trabajo de Cartago, Voto 120-03 de las 14:50 horas del 30 de mayo del 2003

a un grupo de personeros de la misma empresa, además de que la empresa no demostró haber tenido un perjuicio económico, por la utilización de ese medio, y de que en la carta de despido ni en la contestación de la demanda se hace mención a ello.

Concluyó, exponiendo que “...*aunque está demostrado que la actora cometió una falta, la misma no reviste la gravedad que el patrono le da, y el despido sin responsabilidad patronal es desproporcionado al hecho cometido. Si nos atenemos a la carta de despido, previamente tenía que haber apercibimientos escritos, los que no existen, y la falta no es de tal magnitud que pueda encuadrarse en el inciso l) del artículo 81 del Código de Trabajo...*” (El subrayado no corresponde al original)

La empresa recurrió el fallo ante la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, la cual resolvió en votación dividida (tres votos contra dos), confirmando el fallo de Segunda Instancia, en el sentido de que, pese a la existencia de la falta, la misma no revestía la gravedad que la empresa le confirió, en razón de las circunstancias en que la misma ocurrió, por lo que el despido era improcedente y desproporcionado en relación con el hecho cometido.

Finalmente, la Sala indica que otro de los reproches de la demandada consistió en que el correo era en sí mismo vulgar, ofensivo y contrario a los valores de la compañía; y, por eso mismo, gravemente perjudicial de la buena imagen de la demandada pues, aunque se enviara con intención personal, inmediatamente se ligaba a la empresa al contenido enviado; aún así, en cuanto a la magnitud y gravedad de estas últimas circunstancias, estimó que seguían siendo válidos y aplicables los razonamientos del A quem. Al respecto, manifestó que ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

“Sobre el contenido del correo se deben distinguir dos planos bien diferentes. Como verá, el envío del correo electrónico no es necesariamente vulgar, aunque sí lo son los chistes en él transcritos. Por lo demás, la actora no sirvió de otra cosa que no fuera de simple faja de transmisión de ese texto. Sin agregar comentario alguno. El cual, tras recibirlo de previo e internamente en su buzón, aparte de un amigo externo a la empresa, a nadie más lo envió, al menos personal e intencionalmente.”

Aún así, existe duda razonable que su amigo lo hubiera recibido o enterado de su contenido. Aparte, no existe certeza de que la actora intencionalmente lo propalara a lo interno de la empresa. Como se verá, antes de su envío, la actora lo había recibido, al parecer de parte de un empleado de la empresa; y, después de ella, fueron dos personas, con autoridad dentro de la compañía, quienes se encargaron de reproducirlo. Precisamente por medio del correo electrónico de (...) Lo cual le resta gravedad a la falta, no sólo por la escasa magnitud del hecho, habida cuenta del círculo reducido de personas que lo recibieron, a lo interno de la empresa, como razonó el Ad quem, sino además, por la imposibilidad de saber, con absoluta certeza, no sólo si realmente fue recibido por un tercero, ajeno a la compañía, sino también que, en relación a su recibo en el Departamento de Sistemas de la empresa, existiera realmente el elemento moral, vale decir intencional, en el comportamiento de la actora. Al no ser de recibo los agravios invocados en esta tercera instancia, el fallo dictado por el Tribunal de Trabajo de Cartago debe confirmarse. POR TANTO: Se confirma el fallo recurrido.” (El subrayado no corresponde al original) Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 2003-00797 de las 15:00 horas del 18 de diciembre del 2003

Así las cosas, podemos concluir que en las tres instancias, se tuvo como hecho probado que la trabajadora, efectivamente había enviado a un amigo, por medio del correo electrónico de la empresa, una serie de chistes pasados de tono que reñían con la moral y las buenas costumbres, contraviniendo abiertamente las disposiciones de la compañía que prohibían este tipo de conductas.

No obstante lo anterior, el punto medular del asunto resulta ser que, tanto el Tribunal de Trabajo como la propia Sala Segunda de la Corte, estimaron que si bien era cierto que a los recursos tecnológicos empresariales se les había dado un uso indebido, para que fuera procedente el despido sin responsabilidad patronal debía existir un apercibimiento previo, el cual no se dio en este caso. En tal sentido, aunque quedó demostrado que la actora cometió una falta, se consideró que la misma no tenía la gravedad que la empresa le otorgó, por lo que el despido resultaba desproporcionado en relación al hecho cometido.

Consideramos que podría replantearse el hecho de que el uso indebido sea sancionable, aunque no se haya materializado un daño a la imagen, y que la simple exposición, por ende, constituya una falta grave. Lo contrario, esperar a que se materialice el daño, podría colocar a la empresa en una posición más que incómoda.

Cabe indicar que el voto de mayoría no se cuestionó si la forma en que la empresa se impuso del contenido del correo fue contraria o no del derecho de intimidad y de secreto de la correspondencia de la trabajadora.

El voto salvado es de sumo interés para este análisis general ya que entra a examinar si la empresa actuó o no conforme a derecho al enterarse del contenido del mensaje, que evidentemente no era relacionado con la prestación de trabajo.

Los Magistrados Villanueva y Van der Laet señalan que: *“Quedó debidamente acreditado que la actora utilizó la cuenta de correo electrónico que le había facilitado su empleadora para enviar chistes pasados de tono tanto a personas de la propia empresa como ajenas a ella, lo que, a nuestro criterio, constituye una falta grave al contrato de trabajo, ya que, por un lado, implica un abandono de labores; por otro, una utilización inadecuada de una herramienta de trabajo para fines personales; y, finalmente, una violación a las buenas costumbres que deben imperar en el ambiente laboral. Así las cosas, no era necesario el apercibimiento previo que echaron de menos los integrantes del Tribunal, ya que, al darse las faltas mencionadas en forma simultánea, tienen la virtud de verse agravadas. Ya la accionante había sido previamente instruida acerca del correcto manejo que debía hacer de su cuenta de correo electrónico, específicamente sobre la prohibición de utilizarla para el envío de chistes (...) No hay duda de que el correo electrónico debe ser utilizado exclusivamente para fines productivos, a menos que el empleador consienta expresamente en su uso para fines personales. Lo anterior porque el correo electrónico implica un costo para el empleador, aumenta la posibilidad de los contagios mediante virus,*

implica pérdida de tiempo de trabajo tanto para el que envía como para el que recibe el mensaje, se corre el riesgo de que se sature el casillero de mensajes, etc. La utilización, no expresamente autorizada, de los medios informáticos y de comunicación de la empresa con fines estrictamente personales constituye un incumplimiento de los deberes laborales y una vulneración de la buena fe contractual, lo que es suficiente para que quien incurra en ella pueda ser sancionado incluso con el despido. Dicha utilización y su ocasional sanción nada tienen que ver ni con el derecho a la intimidad personal ni con el derecho a la protección de datos de carácter personal, ni consecuentemente con los espacios de privacidad que puedan existir en la empresa, ya que ésta es, por su propia naturaleza y por definición legal, <una unidad productiva con organización específica>, es decir, los medios, instrumentos y herramientas puestos por la dirección a disposición de los trabajadores lo son en orden a la producción de bienes y servicios y no para su uso particular y personal. Es verdad que en ocasiones el uso indebido de los citados medios obedece a situaciones de tolerancia y benevolencia de las empresas, que en cualquier caso deberían ser revisadas. En este sentido, el empleado no tiene una expectativa razonable de intimidad en la comunicación del correo electrónico, hecha voluntariamente sobre un sistema de correo provisto por la compañía. El patrono tiene la potestad, dentro de sus poderes de dirección, de fiscalizar el uso que sus empleados hagan de las herramientas de trabajo que se ponen a su disposición, dentro de las cuales se encuentra el correo electrónico. En este sentido, el derecho a la intimidad personal e inviolabilidad de las comunicaciones cede frente a la potestad que tiene todo empresario a proteger sus medios organizativos patrimoniales y a dirigir y controlar la actividad laboral de sus trabajadores”. (El subrayado no corresponde al original)³¹.

En esa misma línea del voto de minoría, en España, mediante sentencia STSJ 5.2.2002 se había estimado que la correspondencia enviada desde el trabajo por correo electrónico, no ostenta carácter privado al ser emitida con instrumentos que pertenecen a la

31 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Voto 00797 de las 15:00 horas del 18 de diciembre del 2003

empresa, por lo que no cabe la invocación del derecho a la intimidad del trabajador.

De igual manera, la sentencia STSJ25.2.2000 considera que el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores “*autoriza al registro en la terminal del ordenador que utiliza el trabajador, pues el ordenador a estos efectos puede asimilarse a la taquilla, ya que no podemos olvidar que dicho 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.*” Esta posición, como puede observarse, se basa en la propiedad de los instrumentos de trabajo.

En otro precedente³² interesante en la jurisprudencia nacional se analizó la posibilidad de sancionar a una trabajadora por haber revelado mediante correos electrónicos información que la empresa consideró confidencial. El caso es atrayente toda vez que, si bien la Sala Segunda nuevamente no se cuestiona la forma en que la empresa se impone del contenido de los correos, sí plantea la idea de que en la computadora de la compañía podían existir correos personales que no eran de la incumbencia de la empresa.

“...Si la actora borró alguna información, de lo cual no se tiene certeza, bien pudo ser aquella de naturaleza personal que sólo a ella le podía interesar. (...) Así las cosas, resulta irrelevante para resolver la litis, el problema que se ha planteado hasta en esta instancia sobre la autoría de los correos electrónicos documentados en los folios 61 y siguientes, porque aún siendo de la demandante, no pueden considerarse demostrativos de falta alguna. En efecto, y según ya se explicó, la mayor parte de las transcripciones de correos, visibles en los autos, se refieren a la narración de la salida de la actora de la empresa demandada y de los motivos de esa salida, temas sobre los que la demandada podría tener interés en su reserva pero que también pertenecen al ámbito personal de la accionante, sin que resulte claro de los autos el perjuicio que podría recibir la accionada de la divulgación de tales hechos personales. En segundo lugar, y específicamente en

cuanto al contenido de la transcripción que aparece a folio 61, podría notarse del mismo que allí no se estaría en realidad divulgando ningún secreto técnico o comercial del producto (...) sino manifestándose un propósito (hacer lo posible porque ese producto no vendiera lo mismo en el año venidero) que de haberse ejecutado por la actora sí podía configurar una causal de despido; no habiéndose demostrado en el sub júdice que el propósito de la actora hubiese tenido esa ejecución perjudicial. Finalmente, en cuanto a la parte del presunto correo electrónico enviado donde se menciona la esperanza de que el destinatario no siga prescribiendo el producto (...), del contexto de lo que allí se escribe no resulta claro el contenido subjetivo del mensaje. En concreto, no es posible deducir de dicho contexto si la esperanza cifrada en que no se prescriba el producto tiene la intención clara y consciente de solicitar una acción perjudicial para el empleador, o si más bien se trata de una frase expresada con <ánimus jocandi>, siendo que en el resto del mensaje o correo y en otros dirigidos al mismo destinatario encontramos este tipo de <ánimus> en distintas frases y expresiones allí utilizadas”. (énfasis agregado)

Al igual que en el voto analizado anteriormente, en este hubo una votación dividida de tres a dos. No obstante, sólo el voto del Magistrado Van der Laet es el que se cuestiona la validez de la prueba aportada, consistente en copias de correos electrónicos, así como el tema de la propiedad de las herramientas de trabajo, y de la posibilidad de monitorearlas que coincide con lo expuesto en el voto analizado anteriormente. Dicho voto indica:

“No existen motivos para dudar de la autenticidad de los correos electrónicos que figuran en autos, ya que en ellos no solo vienen los mensajes enviados por la demandante, sino también sus respectivas respuestas, y no resulta acorde con la sana crítica pensar que la empresa demandada se hubiese arriesgado a falsificar mensajes a nombre de clientes y colaboradores suyos con el objeto de introducir prueba espuria al proceso. Tampoco considero que con la inclusión de ese material probatorio se esté violentando el derecho a la intimidad de la actora, ya que el patrono tiene la potestad, dentro

32 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto 744 del 28 de noviembre de 2003

de sus poderes de dirección, de fiscalizar el uso que sus empleados hagan de las herramientas de trabajo que se ponen a su disposición, dentro de las cuales se encuentra el correo electrónico. No hay duda de que éste debe ser utilizado exclusivamente para fines productivos, a menos que el empleador consienta expresamente en su uso para fines personales. Lo anterior porque el correo electrónico implica un costo para el empleador, aumenta la posibilidad de los contagios mediante virus, implica pérdida de tiempo de trabajo tanto para el que envía como para el que recibe el mensaje, se corre el riesgo de que se sature el casillero de mensajes, etc. Por ello, el derecho a la intimidad personal e inviolabilidad de las comunicaciones cede frente la potestad que tiene todo empresario a proteger sus medios organizativos patrimoniales y a dirigir y controlar la actividad laboral de sus trabajadores. La utilización, no expresamente autorizada, de los medios informáticos y de comunicación de la empresa con fines estrictamente personales constituye un incumplimiento de los deberes laborales y una vulneración de la buena fe contractual, lo que es suficiente para que quien incurra en ella pueda ser sancionado incluso con el despido. Dicha utilización y su ocasional sanción nada tienen que ver ni con el derecho a la intimidad personal ni con el derecho a la protección de datos de carácter personal, ni consecuentemente con los espacios de privacidad que puedan existir en la empresa, ya que la empresa es, por su propia naturaleza y por definición legal, “una unidad productiva con organización específica”, es decir, los medios, instrumentos y herramientas puestos por la dirección a disposición de los trabajadores lo son en orden a la producción de bienes y servicios y no para su uso particular y personal. Es verdad que en ocasiones el uso indebido de los citados medios obedece a situaciones de tolerancia y benevolencia de las empresas, que en cualquier caso deberían ser revisadas. En este sentido, el empleado no tiene una expectativa razonable de intimidad en la comunicación del correo electrónico, hecha voluntariamente sobre un sistema de correo provisto por la compañía.

Nos parece que el voto de mayoría omite valorar el impacto que pueden tener ciertas conductas de los

trabajadores en el mundo empresarial y respecto de la inversión que el empleador haya podido hacer para consolidar su imagen, productos o servicios en el mercado. Insistimos en la inconveniencia que podría representar el exigir al empleador que experimente un daño tangible, constatado y cuantificado para poder aplicar el despido sin responsabilidad.

Respecto del voto salvado del Magistrado Van der Laet vemos con cierta reserva el dar por sentado que el derecho de la intimidad y del secreto de las comunicaciones ceden automáticamente al tratarse de la utilización de herramientas de trabajo. En este sentido, los usos y costumbres, así como la naturaleza propia del correo electrónico, llevan implícito, desde nuestra perspectiva, la posibilidad de una utilización personal de dicha herramienta. En consecuencia, en atención del principio de buena fe expuesto líneas atrás, consideramos necesaria la comunicación previa por parte del empleador, de las restricciones en el uso del correo electrónico.

Como últimos precedentes interesantes tenemos dos votos de la Sala Constitucional. El primer caso se trata de un recurso de amparo que interpuso un representante sindical al cual se le había suspendido –sin comunicación previa alguna– el correo electrónico que le facilitaba el Ministerio de Hacienda, básicamente por cuanto de esa cuenta se habían enviado correos que criticaban a jerarcas de esa institución. La Sala resolvió³³ en favor del recurrente la gestión, en virtud de que se estaba coaccionando la libertad de expresión, ello a pesar de que el recurrente no era funcionario del Ministerio de Hacienda.

Mucho más relevante todavía para este análisis se yergue el voto 5607-2006³⁴ por cuanto entra a analizar el derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral. En el caso resuelto la ex trabajadora interpone un recurso de amparo contra el Colegio Profesional y su ex empleador, por una denuncia derivada de la relación laboral con base en unos correos electrónicos, señalando la Sala:

“Ahora bien, en el caso concreto, descrito por la recurrente, observa esta Sala que se ha infringido ese

33 Voto 7780-04 de las 11:15 horas del 16 de julio de 2004, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

34 De las 15:22 horas del 26 de abril de 2006. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

fuero de protección al haberse expuesto su intimidad mediante la aportación de unos correos privados al procedimiento administrativo citado entre los que se refieren a una supuesta relación amorosa que mantenía o mantiene con otra persona y los cuales se obtuvieron de la computadora que le había sido designada para realizar su trabajo. Se considera que no existe proporcionalidad entre el fin perseguido por el quejoso en el asunto de interés, a saber, demostrar la supuesta deslealtad de la amparada para la empresa que trabajaba con la divulgación o exposición de las citadas comunicaciones. Además, es preciso señalar que el correo electrónico y los documentos electrónicos almacenados en la computadora que utilizaba la recurrente están protegidos por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y nunca podría realizarse un control de los mismos con garantías inferiores a las establecidas por el mencionado precepto constitucional (se refiere al artículo 24 de la Constitución Política). Asimismo, el hecho que la computadora sea propiedad de la empresa empleadora no significa que la amparada haya renunciado completamente a la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas (...) Se estima que la actuación del Colegio demandado no ha sido acorde con la protección de tal derecho pues ha sido el llamado ante la prueba documental que aportó el quejoso, a evitar que la amparada fuera expuesta en tal situación. Máxime, si lo que se pretende demostrar es que supuestamente la recurrente le facilitaba información de máxima confidencialidad a quien no correspondía mediante correos electrónicos. Aparte de que se desprende de la documentación aportada que los mismos fueron remitidos del correo personal de la recurrente, lo cual era de conocimiento del Colegio demandado”.

Este Fallo de la Sala Constitucional puede ser interpretado, a nuestro juicio, desde dos perspectivas; una primera donde ha dejado clara una posición extremadamente protectora de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de la relación laboral, no permitiéndole al empleador entrar a conocer el contenido de los correos electrónicos que el trabajador envía desde las computadoras propiedad de la empresa, dejando únicamente esa posibilidad

habilitada para los casos expresamente señalados en el artículo 24 de la Constitución Política. Desde esa perspectiva quedaría muy limitada la posibilidad del empleador de controlar y supervisar el uso que da a la herramienta de trabajo su empleado; además limitaría también, en consecuencia, su facultad para disciplinar los abusos que los trabajadores lleven a cabo.

También podríamos interpretar que dicho Voto puso el acento en el hecho de que el correo de donde se tomaron los mensajes era de uso personal de la trabajadora por lo que se extralimitó el empleador al imponerse de su contenido. Nos gusta esa perspectiva porque no deja sin amparo el derecho de propiedad del empleador, así como la libertad de empresa. Compartimos la idea de que se debe temer a las posiciones radicales: *“no se puede decir que el empresario en ningún caso puede conocer el e-mail de los trabajadores porque choca con toda la lógica de lo que es la prestación laboral, y, tampoco se puede afirmar que el e-mail, por el hecho de ser un instrumento de trabajo, tiene que estar en todo caso a disposición del empresario”*³⁵.

En todo caso, consideramos que hay mucha tela que cortar todavía en el tema, por lo que, de momento, la evolución de la jurisprudencia será la que nos aclare el panorama; mientras tanto, consideramos oportuno compartir nuestra perspectiva sobre el tema.

6. CONCLUSIONES

En los centros de trabajo, el correo electrónico se ha convertido en un instrumento que incrementa la eficiencia de las labores, pero, a su vez, ha suscitado una importante cantidad de problemas en el ámbito jurídico, empresarial, institucional e inclusive judicial. El choque de intereses entre el poder de control y dirección del empleador en relación con su actividad productiva, por un lado, y el derecho a la intimidad y del secreto de las comunicaciones de los trabajadores, por otro, ha sido una constante, y requiere de la búsqueda de una coherencia normativa que busque el equilibrio de ambos derechos.

35 Pardo de Vera, María Martín. El Uso del correo electrónico en el trabajo. Consultado en internet http://www.informatica-juridica.com/trabajos/el_uso_del_correo_electrónico_en_el_trabajo abril 2004

El derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones de los empleados son, sin duda, un derecho fundamental; no obstante, dichos derechos no son absolutos y, desde nuestra posición, no siempre prevalecen frente a los derechos del empleador para dirigir su empresa, así como, velar por el adecuado uso de las herramientas de trabajo. En tal sentido, si bien es cierto el empleador puede establecer medidas de vigilancia debe siempre regirse por el principio de buena fe, en virtud del cual, a efecto de monitorear y controlar la utilización del correo electrónico como herramienta de trabajo, deberá comunicar con anticipación la implementación de las medidas respectivas.

Multitud de empleadores miran como sus trabajadores consumen una buena cantidad de su tiempo laboral, enviando y recibiendo correos electrónicos que no tienen que ver con las actividades empresariales o institucionales y que pueden desencadenar en una serie de problemas relacionados con seguridad, daños patrimoniales, pérdida de productividad, daño a la imagen de la empresa, entre otros. En tal sentido, es necesario armonizar los derechos de ambas partes de la relación laboral: la intimidad y el secreto de las comunicaciones de los trabajadores versus la facultad de control y dirección del patrono.

En este conflicto, aunque es sumamente difícil, se debe tratar de encontrar un punto intermedio, el cual permita a la parte patronal ejercer sus facultades de vigilancia sin vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores.

La inobservancia a la impenetrabilidad de las comunicaciones, puede tener repercusiones en el campo laboral, civil y penal. En lo que atañe a este último, nuestro Código Penal tutela una serie de delitos contra el ámbito de la intimidad, dentro de los cuales se encuentra el de Violación de Comunicaciones Electrónicas, en el que encontraría adecuación típica una eventual intromisión en el contenido de un correo electrónico.

A fin de evitar que se produzcan violaciones de los derechos a la intimidad y del secreto de las

comunicaciones electrónicas, procurando así la coherencia normativa entre los derechos del patrono y del Trabajador, el empleador tiene entonces varias opciones:³⁶

1) Algunas soluciones apuntan a la posibilidad de que el empleador pueda controlar el nombre del destinatario pero no el contenido del mensaje. Con esto, el patrono podría ejercer el poder empresarial, de una manera proporcionada, al vigilar la adecuada utilización del correo electrónico, sea para fines meramente laborales, a la vez que respeta el secreto a las comunicaciones de sus trabajadores.

En este sentido, Rubio de Medina señala que está permitido el despido por detectarse un uso abusivo del correo electrónico transmitiendo o recibiendo mensajes de índole no profesional, simplemente controlando quiénes son los destinatarios de tales mensajes, siempre que:

- El trabajador tenga conocimiento de la actividad controladora del empresario.
- No se conozca el contenido de los mensajes de carácter personal.
- De estar reguladas las infracciones que pudiera cometer el trabajador, que la conducta del mismo se califique como muy grave y se encuentre sancionada con la máxima sanción aplicable, en el despido se respeten las formalidades aplicables en la empresa.

2) Otra posibilidad es prever estas circunstancias en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo, como posibilidad de negociar acuerdos entre el empleador y sus trabajadores para delimitar el espacio de intimidad personal del trabajador en el uso del correo electrónico y erradicar la inseguridad jurídica en el Centro de Trabajo.

Por este medio, nos parece que los representantes de los trabajadores podrían negociar que se les faculte para utilizar razonablemente el correo electrónico, así como las circunstancias en las cuales el empleador

36 Rubio de Medina, María Dolores. Op. Cit. Pág. 17

tendría oportunidad de vigilar el ejercicio de la actividad laboral, brindando seguridad jurídica a los trabajadores y a los patronos.

3) Por otro lado, el empleador puede utilizar el poder de dirección y control, y prohibir de manera expresa la utilización del correo electrónico para fines particulares, o bien añadiendo esto a una cláusula del contrato de trabajo o bien mediante la emisión de circulares, políticas, manuales, protocolos de funcionamiento, códigos de ética aplicables a la empresa, etc.

Es recomendable informar a los trabajadores que el uso del correo electrónico en el trabajo sólo se consienta para fines profesionales, quedando prohibidos los usos particulares del mismo.

Esta posición evita los complejos problemas que se plantearían si el empleador da su consentimiento a que el trabajador utilice de forma privada el correo electrónico propiedad de la empresa, dado que a los mensajes privados no podría acceder el empresario en el uso de sus facultades de control y la cuestión está en ¿cómo diferenciar un mensaje personal de otro profesional?.

En todo caso, es recomendable que el trabajador tenga conocimiento previo de que se hará una revisión de su correo, o de los documentos de su computadora, para evitar que se genere la obtención de una prueba violando sus derechos fundamentales, la cual tendrá la consideración de nula.

En este sentido, no compartimos plenamente la solución propuesta en los votos de minoría de la Sala Segunda que hemos mencionado, en virtud de que no consideramos que “la utilización, no expresamente autorizada, de los medios informáticos y de comunicación de la empresa con fines estrictamente personales constituye un incumplimiento de los deberes laborales y una vulneración de la buena fe contractual, lo que es suficiente para que quien incurra en ella pueda ser sancionado incluso con el despido”, sino que desde nuestra perspectiva el principio funciona al contrario, es decir, es deber del empleador establecer con absoluta claridad y transparencia el uso que debe dársele a la herramienta; de lo contrario, deberá respetar las comunicaciones realizadas en el correo de la empresa.

En otras palabras, *“resulta imprescindible que de previo a conceder una cuenta de correo electrónico, la empresa advierta al trabajador las condiciones de uso de ese servicio, y que proporcione las medidas pertinentes para que las restricciones del uso del email laboral estén siempre al alcance de los trabajadores, ya sea a través del portal de acceso o exhibido en sitios públicos en el lugar de trabajo. En todo caso siempre será necesaria una comunicación personal al trabajador en el momento de asignarle la clave de ingreso al buzón asignado. Este es sin duda un corolario del derecho a estar informado de los extremos del contrato laboral que afectan al trabajador, información que además debe contener la advertencia de las posibles consecuencias en caso de incumplimiento de las condiciones del servicio.”*³⁷

37 CASTRO BONILLA, Alejandra. Op cit (página de Intenet)

7.- BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, Manuel. Curso de Derecho del Trabajo. Editorial Ariel, 9ª edición, Barcelona, 1985.

ARDÓN ACOSTA, Víctor Manuel. El Poder de Dirección de la Empresa. Investigaciones Jurídicas, San José, 1999.

CASTRO BONILLA, Alejandra. El Uso legítimo del Correo Electrónico. <http://delitosinformaticos.com/delitos/correo.htm>, dirección consultada en junio del 2005.

CESARIO, R. Hábeas Data. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001.

DEL REY GUANTER, Salvador. Prólogo al libro Poder de Control del empresario Martínez Fons, Daniel. Editorial de Consejo Económico y Social. España. 2002.

de VICENTE PACHÉS, Fernando. El Derecho del Trabajo al Respeto de su Intimidad. Consejo Económico Social, Colección Estudios, número 64, 1998.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE ESPAÑOLA consultado internet <http://www.rae.es/>, diciembre 2006.
Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002. Consultada en Internet <http://eur-lex.europa.eu/es/legis/index.htm> diciembre 2006.

FALGUERA I BARÓ, Miguel Ángel. Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador. En Revista Relaciones Laborales, N°22, año XVI, noviembre 2000.

GARATE CASTRO, Javier. Derechos fundamentales del trabajador y control de la prestación de trabajo por medio de sistemas proporcionados por las nuevas tecnologías en Revista de la Sala Segunda N°2, enero de 2006.
<http://www.weblaboral.net/aop/aop0014.htm> (dirección consultada en junio del 2005)
http://www.injef.com/revista/sitios/jfmm_001215.htm, dirección consultada en junio del 2005.

LÓPEZ MOSTEIRO, Ricardo. Despido por uso de correo electrónico e internet. En Revista Actualidad Laboral. N°41. noviembre 2001.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Protección de los Datos Personales de los Trabajadores. Ginebra, 1997.

PARDO DE VERA, María Martín. El Uso del correo electrónico en el trabajo. Consultado en internet http://www.informatica-juridica.com/trabajos/el_uso_del_correo_electronico_en_el_trabajo abril 2004. En recopilación de la Oficina Subregional de la OIT para Centroamérica, Haití, Panamá y la República Dominicana. Centro de Documentación. Agosto 2004.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Ediciones De Palma. Buenos Aires, 1990.

RUBIO DE MEDINA, Ma. Dolores. El Despido por utilización personal del correo electrónico. Biblioteca Básica de la Práctica Procesal, Editorial Bosch, Barcelona, 2003.

SÁNCHEZ ALMEIDA, Carlos. La intimidad electrónica en el trabajo. http://www.kriptopolis.com/more.php?id=P15_0_1_0, dirección consultada en junio del 2005.