
DAJ-AE-225-13
26 de agosto del 2013

Señor
Marco Sandoval
msandoval@corfoga.org
Presente

Estimado señor:

Nos referimos a su consulta realizada vía correo electrónico, en el cual solicita nuestra asesoría en la tramitación de una investigación preliminar en la cual fue nombrado, sobre una situación interna surgida a partir de unos comentarios realizados en Facebook por un trabajador de la Corporación Ganadera (en adelante Corporación), donde supuestamente insulta a una asesora legal de la Corporación, y que fueron conocidos por terceros.

Para efectos del presente pronunciamiento, nos abstendremos de emitir calificaciones y valoraciones sobre las actuaciones a investigar, para mantener la imparcialidad de un órgano eminentemente asesor. Asimismo, haremos una exposición general sobre el tema del uso de redes sociales, centrado en la herramienta Facebook, bajo el entendido de que no existe normativa ni línea jurisprudencial definida para regular las situaciones surgidas en el ámbito laboral. Finalmente, daremos algunas recomendaciones sobre la tramitología a seguir, siendo que se le comisionó una investigación preliminar.

El tema del uso de las redes sociales, por la rapidez con la que se desarrollan más tecnologías, nos pone a los laboristas en una difícil situación, debido a la ausencia de legislación que regule los posibles usos y abusos de los trabajadores en la jornada de trabajo y fuera de ella, así como las potestades del patrono en la esfera personal del trabajador. Realmente son muchos los temas laborales ligados con el uso de las redes sociales, pero la ausencia de legislación y jurisprudencia nos deja la dura tarea de emitir criterios con base en los principios generales, lógica jurídica, jurisprudencia relacionada, junto con la obligación de analizar casuísticamente los asuntos, pues la diversidad de situaciones que se pueden presentar en el tema de estudio, no permite asumir una absoluta posición para todos los casos.

De hecho, revisados estudios a nivel del Derecho Comparado¹, vemos que esta fuente también nos brinda diversidad de criterios dependiendo del país que se trate, lo que implica que no existe uniformidad doctrinaria ni jurisprudencial sobre el uso de las redes sociales, especialmente en lo que corresponde al tema del Facebook y sus implicaciones en

¹ Por ejemplo, ver “Redes Sociales y el despido sanción”, de María del Rocío Carro Hernández y Gabriel Espinoza, en Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Tomado de http://sitios.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revistasalasegunda/revista9/pdf/arti_01_09.pdf. Información bajada el 20 de junio de 2013, a las 15:30 horas. Se recomienda la lectura de este artículo, pues brinda pautas en el análisis de una presunta falta cometida con el uso de redes sociales.

la esfera laboral. A nivel mundial de manera generalizada, se advierte carencia de legislación apropiada y la resolución de controversias con alguna que otra jurisprudencia, pero no existe una misma línea de pensamiento.

En nuestro país, todavía no existe fallo judicial relevante que se pronuncie sobre el uso de las redes sociales; solamente contamos con algún antecedente relacionado con el uso del correo electrónico, cuya tendencia judicial es la de proteger el derecho a la intimidad. Así, vemos el voto de la Sala Constitucional número 2005-15603, de las 15:59 horas, del 1° de noviembre de 2005, que en lo que nos interesa señaló respecto al secreto de las comunicaciones:

“III.- EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y LA INVOLABILIDAD DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS. *El artículo 24 de la Constitución Política y el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran el derecho a la intimidad que, entre otras cosas, pretende garantizarle a todo individuo un sector personal, una esfera privada de su vida inaccesible al público salvo expresa voluntad del interesado. Como una de sus manifestaciones expresamente contempladas en la Constitución Política se encuentra la inviolabilidad de los documentos privados. Esta garantía protege la libertad de las comunicaciones y prohíbe que cualquier persona – pública o privada – pueda interceptar o imponerse del contenido, de manera antijurídica, de las comunicaciones ajenas. En este sentido, la Sala Constitucional, en la sentencia No. 6776-94 de las 14:57 hrs. del 22 de noviembre de 1994, indicó lo siguiente:*

‘El derecho a la intimidad tiene un contenido positivo que se manifiesta de múltiples formas, como por ejemplo: el derecho a la imagen, al domicilio y a la correspondencia. Para la Sala el derecho a la vida privada se puede definir como la esfera en la cual nadie puede inmiscuirse. La libertad de la vida privada es el reconocimiento de una zona de actividad que es propia de cada uno y el derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas o de los poderes públicos en la vida privada de la persona; esta limitación puede manifestarse tanto en la observación y captación de la imagen y documentos en general, como en las escuchas o grabaciones de las conversaciones privadas y en la difusión o divulgación posterior de lo captado u obtenido sin el consentimiento de la persona afectada.’ (subrayado no es del original).

Asimismo, el texto constitucional en su artículo 24 se refiere a la inviolabilidad de los ‘documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República’, con lo cual, es evidente, que dicho derecho se refiere a cualquier procedimiento de comunicación privada con independencia de la titularidad del medio a través del cual se realiza la comunicación.”

De igual forma, encontramos votos de la Sala Constitucional referidos al derecho a la intimidad, como el 678-91, según el cual es “...*el derecho del individuo a tener un sector personal, una esfera privada de su vida, inaccesible al público, salvo expresa voluntad del interesado...*” En el voto 1026-94, la misma Sala indicó que “*La intimidad está formada: Por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento.*”

Como vemos, la primera cita jurisprudencial de la Sala Constitucional tiende a defender el derecho constitucional de la persona trabajadora en cuanto a la “intimidad”, y tiende a proteger la esfera de la vida privada de las personas y se incluye dentro de esta protección, el derecho al “secreto de la telecomunicaciones”. Sin embargo, es claro en la última cita al afirmar que la persona puede consentir el conocimiento de sus datos y situaciones, con lo cual no habría afectación de su derecho pues el consentimiento elimina la violación de ese derecho, tal como lo veremos más adelante.

De ahí que valga recordar lo que el artículo 24 de la Constitución Política dispone sobre este tema:

“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...”

Este Derecho también se encuentra regulado en artículo 8 inciso g) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dice: “*Nadie será objeto de injerencia arbitraria en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, ni de ataques a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra las injerencias o ataques*”. Además, el artículo 5 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y el Ciudadano dispone que “*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*”.

A nivel de doctrina, encontramos la siguiente posición que compartimos respecto al derecho a la intimidad:

*“La intimidad en una sociedad democrática es considerada como uno de los derechos fundamentales necesitados de protección. No sólo porque significa una valla a la intromisión del Estado sino también porque permite el desarrollo íntegro de la personalidad de los ciudadanos.
El derecho a la intimidad, en su sentido amplio, se compone de una fase negativa (pasiva) que consiste en el derecho del individuo a ser dejado sólo,*

a vivir en paz y en soledad; y de una fase positiva (activa) constituida por el principio de autodeterminación informativa o control de datos personales. Definir y demarcar el contenido de este derecho no es sencillo. La forma de protegerlo es todavía más compleja si se visualiza dentro de la “sociedad de la información” en la que se convive actualmente. Dicho ambiente informativo produce riesgos imprevisibles de manera continua que condenan a la ciencia del derecho a permanecer rezagada detrás de la tecnología y dificultan una concepción unívoca o estática de la intimidad. No obstante se puede definir como aquel derecho de la personalidad (con todo lo que denotan las características de este tipo de derechos) que brinda la facultad jurídica de excluir cualquier actividad de otro, que implique imposición, intromisión, injerencia y otras turbaciones, en los asuntos de la vida íntima del sujeto. A su vez entraña la posibilidad de impedir la publicación o revelación de determinados hechos, no importando si se logra o no su objetivo, por lo que no interesa el efectivo conocimiento de las demás personas. Además este derecho concede la facultad a los individuos de controlar el flujo de informaciones que a ellos le conciernen.”²

Dentro de este derecho a la intimidad, debemos integrar el tema que nos ocupa relacionado con el uso de las redes sociales. Estas pueden ser definidas como “*un servicio desarrollado en la Web que permite a los individuos: a) definir un perfil dentro de un sistema cerrado, b) relacionar al mismo una lista de otros individuos con los cuales se comparten conexiones, y c) visitar el perfil de otros individuos y navegar las listas de conexiones hechas por éstos en el sistema.*”³

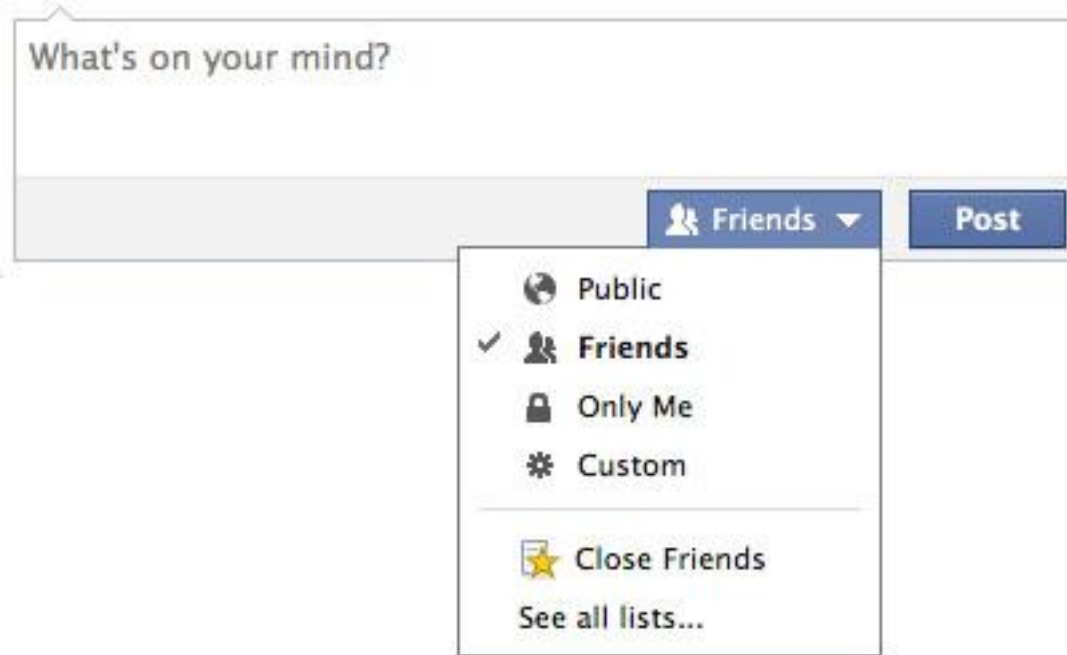
El Facebook dista bastante de lo que conocemos como correo electrónico, tanto por su contenido como por el manejo que se da del mismo a nivel personal. La libertad de suscribirse a una red social como ésta es un derecho innegable de toda persona; las consecuencias que se deriven de ello, pueden resultar en una gran responsabilidad que debe asumir el usuario del servicio o de la red, pues si no se sabe administrar, es posible que ponga en estado de vulnerabilidad su intimidad personal. El Facebook tiene un sistema de consulta del usuario que le facilita escoger el tipo de privacidad que desea mantener sobre la información que ingresa en su perfil o en su muro. Fácilmente podemos descubrir en la misma página del Facebook, (<http://es-es.facebook.com/help/120939471321735/>). Se dice textualmente lo siguiente:

² <http://sitios.poder-judicial.go.cr/digesto/intimidad.htm>. “El derecho a la intimidad en el “sitio web” del Poder Judicial de Costa Rica.”

³ “Hacia la sociedad de la informática y el conocimiento en Costa Rica 2010.” Capítulo 9. PROSIC. UCR. informe 2010.

“Cuando comparto algo, ¿cómo elijo quién lo puede ver?”

Encontrarás una herramienta de selección de público para la mayoría de lugares donde compartes tus actualizaciones de estado, fotos y otro contenido. Haz clic en la herramienta y selecciona con quién quieres compartir algo.



La herramienta recuerda el público con el que compartiste la última publicación para volver a utilizarlo cuando vuelves a compartir algo, a menos que lo cambies. Por ejemplo, si eliges "Público" para una publicación, la siguiente publicación también será pública a menos modifiques a quién va dirigida cuando la publiques. Esta herramienta aparece en varios lugares como en los accesos directos a la privacidad y en la configuración de la privacidad. Cuando haces cambios en el selector de público en un lugar, el cambio actualiza la herramienta en cualquier parte donde aparezca dicho lugar.

El selector de público también aparece junto a elementos que ya has compartido; así se ve claramente quién puede ver cada publicación. Si quieres cambiar el público de una publicación después de compartirla, haz clic en el selector de público y selecciona uno nuevo.

Recuerda que si publicas en la biografía de otra persona, es ella la que controla quién puede ver la publicación. Además, si se etiqueta a una persona en una publicación, podrán verla tanto esa persona como sus amigos.”

Lo anterior deja en evidencia que *el uso del Facebook permite al usuario decidir sobre la privacidad que desea mantener en la información que sube a su perfil o muro, por lo que es decisión de cada persona si quiere que su información sea pública o no y dependiendo de esa decisión las consecuencias pueden variar en diferentes ámbitos legales.*

Esto lo podemos fusionar con la idea plasmada en la cita jurisprudencial citada líneas atrás (voto número 1026-94), respecto al hecho de que no existe violación de la intimidad cuando la persona consiente el conocimiento de sus datos. Esta afirmación nos permite llegar a la conclusión, que el acceso a una red social como el Facebook, en el perfil o muro de cualquier persona y el uso de la información contenida en él, puede ser realizado sin violar su intimidad, siempre y cuando esa persona autorice expresa o tácitamente el acceso a su información, como sería el caso que un usuario del Facebook mantenga su información y fotografías con acceso abierto al “público”, en cuyo caso nadie infringiría norma alguna al obtener información o fotografías o cualquier otro dato de la persona.

Contrario sería si la persona mantiene su privacidad limitada a cierto grupo de amigos o de personas conocidas, y un tercero no autorizado se inmiscuye en los datos y fotografías del perfil de aquella. En este caso, debe considerarse que sí existe una violación de la intimidad, pues en ningún momento se autorizó el acceso a cualquiera dentro de la información resguardada por la confidencialidad que el usuario escogió.

Lo anterior nos permite entonces afirmar, que si un patrono obtiene pruebas del Facebook de su trabajador y logra demostrar que las obtuvo porque el trabajador mantenía su privacidad abierta al público, no existirá violación de la intimidad ni se consideraría prueba espuria, debido a que el mismo trabajador autorizó que cualquiera accediera su información, fotografías, etc. Pero si se logra demostrar que el trabajador mantenía su privacidad limitada a cierto grupo de personas o de amigos y dentro de ellos no figuraba su empleador, se podría pensar, en tesis de principio, que la obtención de esa prueba no es legítima porque se obtuvo sin autorización del trabajador.

Lo que debe quedar claro en este criterio, es que no todos los casos son iguales y que tratándose de situaciones como las indicadas, en las que el trabajador tenía su perfil del Facebook **abierto al público** al momento que su patrono obtuvo la prueba en contra del trabajador, dicha prueba es evidente que goza de legitimidad y puede ser utilizada en contra de la persona trabajadora para los efectos que corresponden, siempre que además se logre desprender de la información obtenida en el Facebook del trabajador, que ésta califica como una clara falta a sus deberes laborales, morales y éticos (falta grave según el artículo 81 inciso 1) del Código de Trabajo).

Y, si aunado a lo anterior, se puede demostrar el uso del Facebook en horas laborales, implicaría también la causal de abandono de trabajo que dependiendo de la situación casuística podría ser sancionada con amonestación escrita la primera vez (artículo

72 del Código de Trabajo), o como falta grave según las circunstancias especiales del caso en el que se debe aplicar y del entorno laboral en el que se desenvuelve el trabajador.

No obstante lo anterior, esta Asesoría considera que el(la) patrono(a) de previo a utilizar cualquier prueba obtenida en redes sociales, en contra del trabajador(a), **deberá emitir directrices internas** en de la empresa, que adviertan a sus trabajadores sobre las posibles consecuencias laborales, por el uso de redes sociales así como la información permitida o prohibida respecto a la misma empresa o a sus representantes, de igual forma advertir sobre cualquier otro aspecto de la relación laboral que no puede ser publicado en esas redes. Es onbvio que las limitaciones en este sentido deberán estar direccionadas a la protección de la imágen de la empresa, a la competencia desleal o a ocualquier otro aspecto que afecte a la empresa. Esto con el fin de impedir el abuso patronal sobre actuaciones persoanles del(a) trabajador(a).

En este comunicado deberán establecerse igualmente, las consecuencias de infringir la directriz, procurando para ello aplicar los principios de razonabilidad, racionabilidad, actualidad y proporcionalidad entre la falta y la sanción, recordando que si la empresa no cuenta con Reglamento Interno de Trabajo debidamente aprobado por esta Dirección Jurídica, no será posible imponer sanciones de suspensión sin goce de salario: solamente amonestaciones verbales, escritas, o el despido cuando la falta sea grave en los términos del artículo 81 del Código de Trabajo.

Entonces en resumen la información subida al Facebook de una persona trabajadora puede ser utilizada como prueba para una posible sanción disciplinaria, siempre que:

- La empresa haya dictado las directrices internas que adviertan sobre las conductas prohibidas en el uso de las redes sociales que puedan afectar a la empresa, teniendo cuidado que estas directrices no reflejen abuso de ese poder de dirección. Para ello se deberá utilizar los principios de razonabilidad, racionabilidad, actualidad y proporcionalidad entre la falta y la sanción.
- Estas directrices hayan sido comunicadas a todo el personal y conservar el recibido por escrito por parte del(a) trabajador(a).
- El empleador haya obtenido de manera legítima la prueba de la falta, en un acceso público que el propio trabajador haya compartido, o cuando el empleador tenga acceso por voluntad del(a) propio(a) trabajador(a) y con conocimiento de éste. O sea, Que el empleador tenga acceso a la información del facebook del trabajador porque éste de manera voluntaria así lo incluyó como “amigo” o le otorgó algún derecho a compartir su privacidad en la red social.

-
- Que la prueba obtenida constituya una de las causales de justo despido que establece el artículo 81 del Código de Trabajo lo cual deberá analizarse en cada caso concreto.
 - Si el uso del facebook se hace en horas laborales y el patrono puede demostrarlo fehacientemente, podría constituir abandono de trabajo y se podría sancionar al trabajador de acuerdo con el inciso i) del artículo 81 del mismo Código, con amonestación escrita la primera vez, o con el despido sin responsabilidad patronal la segunda vez o siendo la primera vez pero en circunstancias donde ese abandono de trabajo implica de por sí la gravedad de la falta, lo cual de igual forma deberá analizarse en cada caso particular.

Finalmente, deseamos externar algunas recomendaciones sobre la tramitología de una investigación preliminar, dado que fue esta la orden de la Dirección Ejecutiva de la Corporación.

A nivel de sector público, una investigación preliminar es una etapa previa a la investigación administrativa propiamente dicha. Se trata de una fase en la cual una persona o un órgano colegiado especialmente comisionado para ello, realiza una serie de diligencias, normalmente dirigidas a individualizar a los presuntos implicados, a definir si las actuaciones merecen un reproche patronal mediante la imposición de una sanción disciplinaria, a recopilar material probatorio para facilitar la investigación administrativa, es decir, se le pide al órgano de investigación preliminar que manifieste si existen elementos que den mérito a la apertura de un proceso disciplinario.

Como en el sector público se requiere instruir un procedimiento administrativo para sancionar a un funcionario, la investigación preliminar correctamente llevada, brinda insumos importantes para lo que será la investigación ordinaria, pues se supone que la apertura de una investigación disciplinaria se hace por absoluta necesidad de corregir errores o actuaciones improcedentes de los funcionarios. Además, se eleva como una formalidad necesaria para imponer una sanción.

Desconocemos si existe normativa interna de la Corporación que regule este tema en forma específica y especial distinta al resto de patronos privados⁴, a quienes el debido proceso no los cobija, pues no es parte integrante del ejercicio válido de la potestad disciplinaria, dado que existe el principio de libre despido. En caso que en la Corporación deba darse el debido proceso, es evidente que deberá respetarse la tramitología dispuesta internamente, así como tener claridad en los alcances de su nombramiento.

Nosotros podemos indicarle, de acuerdo a nuestra experiencia en sector público, que una investigación preliminar no pretende la realización exhaustiva de actuaciones

⁴ En principio, un ente público no estatal tiene un régimen de empleo privado, a pesar de que comparte naturaleza pública con entes estatales en el desarrollo de funciones encomendadas por ley.

investigativas, sino la recopilación de prueba suficiente, individualización y precisión de actuaciones, definición de normativa infringida, en general, una línea clara y precisa que guiará al órgano de investigación que defina el representante patronal llamado a sancionar a tramitar el procedimiento. Ahora bien, si lo que le corresponde realizar a su persona es una investigación administrativa solo que llamada investigación preliminar, con el fin de que la Corporación como patrono se forme un criterio objetivo para tomar una decisión, con base en las probanzas que ustedes logren recopilar, es conveniente que tome la declaración del presunto responsable y dé audiencia a este de los posibles testimonios y documentación existente, a fin de que pueda manifestar lo que desee. Esto es para otorgar el derecho de defensa al responsable, antes de la decisión final.

De usted con toda consideración,

Lic. Kenneth Cascante Mora
Asesor

Licda. Ivania Barrantes Venegas
Jefa

kcm
Ampo 15