
DAJ-AE-229-13
26 de agosto del 2013

Señora
Rebeca Marín Alvarado
Directora de Recursos Humanos
Fundación Omar Dengo
Presente

Estimada señora:

Acusamos recibo de su oficio DRH-35-2013, del 17 de junio de 2013, en el cual se decide poner en conocimiento a esta Dirección Jurídica la decisión de despido del señor Maicot Oviedo Chanto, por el supuesto envío de mensajes con fotos de contenido sexual explícito, desde la cuenta de correo institucional. Según su nota, se constató que un correo fue enviado por medio de los servidores de la Fundación, mediante la cuenta institucional, lo cual constituyó a juicio de ustedes una falta grave contra los principios y valores de la institución y de sus políticas internas en cuanto al uso del correo electrónico. Llama la atención a esta Dirección, que señalándose que la falta es grave a juicio patronal, se haya despedido con responsabilidad patronal al implicado, a pesar de que en apariencia se siguió un debido proceso para inculpar a la persona trabajadora.

A pesar que no extraemos ninguna consulta de su oficio y que no nos corresponde hacer valoraciones de carácter resolutorio sobre las decisiones disciplinarias que tomen los patronos privados, consideramos necesario advertir de algunas posibles irregularidades en el proceso de recopilación de la prueba que sirvió de sustento para fundamentar el despido del servidor, indistintamente de si la falta, vista aisladamente, es grave o no. Esto porque de por medio existen derechos fundamentales de las personas, donde cualquier acción patronal debe ceder frente a aquellos cuando existen indicios de que fueron violentados. Así, procedemos con algunas breves y concisas consideraciones sobre la naturaleza privada de las cuentas de correo electrónico y sobre el proceso de recolección de prueba.

Situaciones como estas tienen que ver con lo que modernamente se ha denominado *principio de autodeterminación informativa*, que está muy relacionado con el derecho a la intimidad o a la privacidad, que según algunos estudiosos forma parte integrante de aquel, y es en la actualidad su más importante componente¹.

Para Viggiola y Molina, se denomina autodeterminación informativa “*a la facultad de toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros públicos o privados, especialmente los almacenados mediante*

¹ HESS ARAYA, Christian, Derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa, enero 2012. Tomado de <http://www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/Derecho%20a%20la%20intimidad%20y%20autodeterminaci%C3%B3n%20informativa.%20Democracia%20digital.%20org.doc>. Información bajada el 25 de junio de 2013, a las 8:15 horas.

*medios informáticos.*², Citada por Hess Araya, la autora Ferreira Rubio, señala que la intimidad, respecto a la información se manifiesta en la posibilidad de mantener ocultos o reservados ciertos aspectos de la vida de una persona; y la facultad que debe corresponder a cada individuo de controlar el manejo y circulación de la información que, sobre su persona, esté en poder de o haya sido confiada a un tercero³.

Sobre este derecho, puede revisarse la Resolución número 2006-11257, de las 9:23 horas, del 1° de agosto de 2006, de la Sala Constitucional, donde se expone muy claramente los límites y alcances. Así también, se recomienda la lectura de la Ley N° 8968, "*Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales*"⁴, que es muy necesaria en el manejo de información privada registrada en sistemas electrónicos.

En nuestro sistema jurídico existe el principio o derecho a la autodeterminación informativa, como parte del derecho a la intimidad, consagrado en forma general en la Constitución Política (artículos 24 y 28 especialmente) y de manera específica en la Ley 8968. De esas normas, se desprende que la "intimidad" es un derecho fundamental, que de forma resumida puede definirse como la protección a la vida privada de los ciudadanos. Se busca proteger la esfera íntima del particular entendiendo por tal, aquella que no trascienda a terceros.

En materia laboral, este derecho debe convivir con el poder de dirección patronal, entendiendo por este la potestad que tiene el empleador de ordenar la actividad de la persona trabajadora dentro de la empresa, para el mejor cumplimiento de los fines que ésta persigue, limitando la autonomía de la voluntad del trabajador. La consecuencia lógica de la posibilidad patronal de dar órdenes o instrucciones a los trabajadores es, precisamente, el poder verificar y controlar el cumplimiento de las mismas. El punto de interés aquí es hasta dónde alcanza ese poder patronal y aquel derecho individual.

Como existe un poder patronal y la subordinación de la persona trabajadora, quien además ostenta derechos fundamentales como el de intimidad, lo que se trata es de delinear el ejercicio del poder de control y vigilancia patronal, de suerte que éste no implique la negación de los derechos fundamentales de la persona trabajadora, sino que más bien coexista con ellos, tanto en circunstancias típicas como a propósito del uso de las nuevas tecnologías en el ámbito de las relaciones laborales. Con esto, no se trata de la negación absoluta de uno para la prevalencia sin sentido del otro, sino un manejo práctico con límites y condiciones, en procura de una coexistencia pacífica.

² VIGGIOLA, Lidia E. y MOLINA QUIROGA, Eduardo. Tutela de la autodeterminación informativa. Aproximación a una regulación eficaz del tratamiento de datos personales. Ponencia presentada al Congreso Internacional "Derechos y Garantías en el Siglo XXI" de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Documento electrónico localizado en <http://www.aaba.org.ar/bi151302.htm>. Citado por Hess Araya, ibid.

³ Idem.

⁴ Puede revisar la ley en el siguiente link:

http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=70975&nValor3=0&strTipM=TC.

Parte de estas pautas están dadas en la Ley 8968, más la especificidad de cada situación hace necesaria la revisión de condiciones particulares, a fin de determinar la procedencia o improcedencia legal de una medida patronal. De ahí que no pueda afirmarse de antemano si una medida de control patronal es legítima o ilegítima, sino que deberá hacerse una valoración general, para luego aterrizar en los componentes que envuelven la situación particular.

Xiomara Solís Murillo y Giovanni Rodríguez Mejía⁵, citando al autor Carlos Sánchez Almeida, en un artículo específicamente dirigido al control patronal sobre el correo electrónico, ponen de manifiesto que para que una actividad de control empresarial sea legal y se justifique, deben respetarse una serie de principios, a continuación detallados:

- 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 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*

⁵ SOLÍS MURILLO, Xiomara y RODRÍGUEZ MEJÍA, Giovanni, Control y Monitoreo de los trabajadores: el caso del correo electrónico, en Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Tomado de <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revistasalasegunda/REVISTA4/004.html>. Información bajada el 25 de junio de 2013, a las 13 horas.

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.”

Bajo otros términos y desde una perspectiva negativa, el autor De Freitas señala sobre la limitación de los derechos fundamentales que *“Con base en ello y bajo un esquema similar al de límites formales y materiales desarrollado por el profesor Peces-Barba (2004, 320-321), el autor referido en el párrafo anterior propone examinar los aspectos formales (reserva legal, determinación o precisión de la regulación; y carácter orgánico de la ley) y materiales (licitud del fin perseguido, proporcionalidad, intangibilidad del contenido esencial del derecho; y compatibilidad con el sistema democrático) de cara al establecimiento de las “Condiciones para la limitación o restricción de los derechos fundamentales”.*⁶ Es decir, se trate de una norma jurídica estatal o de una actuación pública o privada, limitar el ejercicio de un derecho fundamental –como el de intimidad- debe darse en circunstancias muy especiales, excepcionales agregamos nosotros.

El mismo autor señala algunas pautas para valorar si una actuación patronal es abusiva o no, entre ellas, que la acción patronal sea ejercida con el propósito de verificar el cumplimiento de los trabajadores en cuanto a las instrucciones impartidas, así como también de aquellas obligaciones que con ocasión del contrato de trabajo deben observarse durante su ejecución; en ningún caso debe vaciar de contenido al derecho a la intimidad; y el principio de la buena fe, toda vez que en el fondo no se trata de los métodos y/o recursos que incorpore el patrono o empleador para materializar el poder de control y vigilancia, sino de que los mismos sean utilizados para esos fines y no para indagar aspectos que entran en aquel ámbito más reducido de la vida privada del trabajador respecto del cual éste ha decidido mantener alejados de dichos contenidos a terceros⁷.

Asimismo, expone que la potestad de control tiene un ámbito genérico y otro técnico. En el *“‘control genérico’ bastarían las labores ordinarias de inspección patronal tales como la firma de listados de asistencia, registros de entradas y salidas; y reportes de supervisores entre muchos otros. Ello, al margen de los registros informáticos y de la aplicación de nuevas tecnologías en el ámbito de las relaciones laborales (cuyo tratamiento será abordado infra). En cambio el control técnico, requerirá de otros*

⁶ DE FREITAS DE JESUS, Jair, El derecho a la intimidad como límite al poder de control y vigilancia del patrono, en trabajo para optar a la Especialización en Derecho del Trabajo, Caracas, Venezuela, octubre 2009, pág. 109. Tomado de <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR8290.pdf>. Información bajada el 25 de junio de 2013, a las 13:30 horas

⁷ Ibid, op.cit., pp 224-227.

mecanismos más elaborados para poder constatar la forma en que se ejecuta el trabajo (amen de las particularidades que pueden presentarse con arreglo a las funciones específicas del cargo). ”⁸

Podemos concluir, entonces, que no se trata de eliminar el derecho de fiscalización que tiene el empleador sobre la persona trabajadora, sino de que no es posible aceptar que tal potestad, sea ilimitada al punto de traspasar la esfera de privacidad que posee cada ciudadano, en el ejercicio de las funciones que le fueron otorgadas. De esta manera, si bien el patrono podrá establecer controles a sus empleados, los mismos no pueden ser ilimitados, ya que deben tomar en cuenta sus derechos individuales y respetar su intimidad, con base en los principios que hemos expuesto y que deberán revisarse en cada caso concreto.

Dentro de las conclusiones de los autores Solís Murillo y Rodríguez Mejía, señalan que el patrono debe comunicar con anticipación la implementación de las medidas respectivas. 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. 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. Para estos autores, el principio debe ser que el empleador establezca 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. Claro está, en este punto debemos esperar lo que los tribunales de justicia laboral puedan llegar a resolver.

Finalmente, sobre la recopilación de la prueba, debemos recordar que el patrono no puede revisar la computadora o correo electrónico cuando quiera ni de cualquier forma, pues está el derecho a la privacidad de correspondencia, de manera que cualquier intromisión debe hacerse con autorización del trabajador y hacer la revisión estando la persona presente. Si no se hace de esta forma, se corre el peligro de que se declare espuria la prueba y no se sostenga una decisión patronal de despido. Aunque en la especie, tal situación puede no ser tan importante dado que el despido fue con responsabilidad patronal. No obstante, es conveniente advertirlo así para futuras situaciones.

De usted con toda consideración,

Lic. Kenneth Cascante Mora

Asesor

Licda. Ivania Barrantes Venegas

Jefa

kcm
Ampo 15 y 21 B

⁸ Idem, pp. 227-228.