

# EQUILIBRIO ENTRE LA PRIVACIDAD DEL TRABAJADOR Y PODERES EMPRESARIALES

*Dra. Ma. Del Rocío Carro Hdez.\**  
*Lic. Gabriel Espinoza C.\*\**

## **SUMARIO**

- I. Introducción.**
- II. La libertad de empresa.**
  - A) la libertad de empresa. Faceta de creación.
  - B) libertad de empresa. Faceta de dirección y organización.
- III. Libertad de empresa y relaciones laborales.**
  - A) facultad patronal de verificación.
  - B) poderes empresariales y derechos fundamentales del trabajador.
  - C) principios generales para la protección del derecho fundamental a la privacidad del trabajador en costa rica. Necesidad objetiva y proporcionalidad con el fin.
- IV. Supuestos frecuentes de posible intromisión en el ámbito privado del empleado.**
  - A) solicitud, manejo y mantenimiento de datos en costa rica.
    - A.1) Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales. Principios generales.
    - A.2) Pautas para el equilibrio entre la actuación patronal y la protección de la intimidad del trabajador en la utilización de datos del trabajador e instrumentos de selección de personal.
  - i. Discriminación en la contratación.
  - ii. Solicitud de datos al trabajador.
  - iii. Utilización y conservación de datos.
  - iv. Despido fundamentado en datos sensibles.
  - B) computadora y correo electrónico.
    - B.1) Protección de la intimidad del trabajador en el uso de la computadora y correo electrónico. Votos n° 15063 del primero de noviembre del dos mil cinco y n° 17380 del veintinueve de noviembre del dos mil seis de la sala constitucional de la corte suprema de justicia.
    - B.2) Pautas para el equilibrio entre la actuación patronal y la protección de la intimidad del trabajador en el uso de la computadora y correo electrónico.
  - C) sistemas de monitoreo: intervención de llamadas y videograbación.
    - C.1) Pautas para el equilibrio entre la actuación patronal y la protección de la intimidad del trabajador en el uso de sistemas de monitoreo.
  - D) privacidad y uso de redes sociales.
    - D.1.) Pautas para el equilibrio entre la actuación patronal y la protección de la intimidad del trabajador en el uso de redes sociales.
- V. Comentarios finales.**

## EQUILIBRIO ENTRE LA PRIVACIDAD DEL TRABAJADOR Y PODERES EMPRESARIALES

**Dra. Ma. Del Rocío Carro Hdez.\***  
**Lic. Gabriel Espinoza C.\*\***

### ***I- Introducción.***

El artículo 24 de la Carta Magna es el pilar esencial del Derecho a la Intimidad en el ordenamiento jurídico de Costa Rica. Se ha mencionado hasta la saciedad que “(...) ciertos 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 (...)”<sup>1</sup> son bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, por lo que en los últimos años ha existido un incremento de asuntos relacionados con la protección de este derecho, que surgen con el día a día de nuestro país. Una gran cantidad de casos han llegado a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (en adelante Sala Constitucional) la cual ha desempeñado, hasta este momento, un rol activo en el desarrollo jurisprudencial del Derecho a la Intimidad.

En el ámbito laboral la protección de la intimidad de la persona es un tema que

adquiere un matiz especial, ya que si bien es cierto que la Constitución protege la privacidad de cada uno de los habitantes de nuestro país, no es menos cierto que también salvaguarda la Libertad de Empresa<sup>2</sup>, derecho del cual se deriva la potestad patronal de organizar la prestación del trabajo.<sup>3</sup> Dicho lo anterior, es lógico concluir que en determinados casos puede existir una colisión entre ambos derechos constitucionales a los que se hizo referencia.

Sumado a lo anterior, la utilización y sofisticación vertiginosa de la tecnología aplicada los centros de trabajo como verdad indiscutible, ya sea para la innovación y modernización de procesos productivos incidiendo en la elaboración de productos finales de mejor calidad, la mejoría en la prestación de servicios en la búsqueda incansable de la satisfacción de los usuarios, el perfeccionamiento de métodos de comunicación y transporte *reduciendo* los espacios físicos entre sujetos, así como la capacidad de transformar el ordenamiento

\* Doctora en Derecho Del Trabajo. Università degli Studi di Pisa.

\*\* Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica.

1 Voto N° 2003-06552 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En esta misma línea, ese Tribunal ha emitido las Sentencias 5802-99 y 1119-00, por lo que es posible observar que a través de los años, ha defendido con recelo el tema de privacidad, sentando precedentes importantes en cuanto a la protección constitucional existente del ámbito de intimidad de las personas.

2 Constitución Política de Costa Rica. Artículo 46.

3 **FERNANDEZ VILLAZÓN** expresa que “(l)a concepción clásica del poder de dirección en el Derecho del Trabajo moderno lo configura como conjunto de facultades jurídicas por las que el empresario dispone del trabajo realizado, ordena las prestaciones laborales y organiza el trabajo en la empresa. Dentro de esas facultades se encontrarían, no solo las relativas a la decisión ejecutiva y organización, sino también las de control y vigilancia.” (2003. P. 19-20).

del trabajo y la propia estructura de la organización en sí, trae consigo la apasionante tarea de entender el fenómeno en el que nos encontramos inmersos y de iniciar la aplicación de las reglas preexistentes y apreciar su adecuación y suficiencia en un espacio nuevo<sup>4</sup>, en este caso, el tecnológico.

La penetración de la tecnología en las relaciones humanas, y específicamente en las laborales diluye la ya por naturaleza delicada línea que separa al Poder de Dirección del empleador y el Derecho a la Intimidad de los empleados, por lo que la falta de un cuidado adecuado, aunado a la falla en cuanto a la observación rigurosa de este derecho, abre la puerta para que la frontera de la intimidad sea fácilmente cruzada.

Debemos recordar asimismo, que la legislación laboral costarricense, con data del año 1943, es omisa en lo que se refiere a este tema, silencio que entorpece, mas no impide la regulación de estas situaciones, puesto que el Derecho del Trabajo, tanto en su función protectora como en su función de construcción y sostenimiento del sistema de relaciones laborales debe buscar soluciones acordes al Estado Social y de Derecho costarricense.

De ahí que el presente artículo tratará de proporcionar al lector una serie de pautas doctrinales y jurisprudenciales, buscará exponer las situaciones más comunes en las cuales se puede producir un conflicto

entre ambos derechos y la forma en la que nuestros tribunales de mayor jerarquía han resuelto *leading cases*, todo destinado a la búsqueda de un balance práctico y casuístico entre ambos derechos.

## II- La Libertad de Empresa.

El examen de un Derecho como lo es la Libertad de Empresa trae consigo dificultades de toda clase. Debe reconocerse que al momento de analizarse éste, el cual es, en palabras de **DURÁN LÓPEZ**, la piedra angular del sistema económico y social diseñado por la Constitución<sup>5</sup>, y específicamente su contenido esencial, tener en consideración aspectos culturales, temporales<sup>6</sup>, políticos, económicos y sobre todo otros derechos fundamentales es menester, si lo que se quiere es la definición de un derecho sincronizado con la realidad en la que se presenta.

Y es que, tal y como recuerda el profesor **ARAGÓN REYES**, la libertad de empresa es la más alta expresión de la iniciativa privada en el tráfico mercantil dentro de un Estado de Derecho, trascendiendo aquella consideración puramente individual en la medida en que la empresa hace alusión, además, a una actividad económica organizada, por lo que este derecho se engarza con otros derechos y libertades que son su necesario acompañamiento: propiedad privada, derecho de asociación,

libertad de residencia y circulación, derecho al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio, libertad general de contratación.<sup>7</sup>

### a) La Libertad de Empresa. Faceta de Creación.

En un primer sentido, podemos señalar que esta libertad, plasmada en el artículo 46 de nuestra Carta Magna se integra por la creación y establecimiento de la organización de los factores de producción que llamamos empresa. La Libertad de Empresa, en lo que acá importa, consiste en la capacidad para organizar un sistema productivo determinado.<sup>8</sup>

Utilizando una voz distinta pero manteniendo una noción idéntica, la Sala Constitucional, al estudiar el numeral citado supra ha indicado que «(...) la libertad de comercio que existe como garantía fundamental, es el derecho que tiene todo ciudadano para escoger, sin restricciones, la actividad comercial legalmente permitida que más convenga a sus intereses (...).»<sup>9</sup>

El profesor **MERCADER UGUINA** precisa que el Derecho a la Libertad de Empresa es sin duda la clave de la regulación de las relaciones económicas, y como núcleo de la misma, se reconoce en ella la libertad de los individuos «para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (o principalmente de capital) a la realización de actividades econó-

micas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos que organización típicos del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia.»<sup>10</sup>

Para los profesores **PALOMEQUE LÓPEZ** y **ÁLVAREZ DE LA ROSA** cualquier concepto útil de empresa debe fundarse en los presupuestos constitucionales de las ordenación de la actividad económica, y recuerdan que la libre empresa, como derecho público subjetivo tiene como objetivo la protección, frente a intentos de los poderes públicos de suprimirla, modificarla o reducirla. Para ellos, la empresa, dentro del orden económico constitucional debe contemplarse, sin margen de dudas, en el contexto de un Estado democrático y social.<sup>11</sup>

### b) Libertad de Empresa. Faceta de Dirección y Organización.

Sin embargo, la Libertad de Empresa –*examinada desde el ámbito de su organización y dirección*–, es reconocida como los poderes de mando, decisión y gestión sobre los medios de producción materiales y humanos que integran la empresa<sup>12</sup>, y le permite a sus titulares concretar su iniciativa privada empresarial.

Y es que más claro no podría ser, la primera cara de la libre empresa no tendría

4 De las Heras, T. (2010) "Intermediación en la Red y Responsabilidad Civil". *Revista Española de Seguros*. 142 (1) : 217-259. Mayo.

5 Durán López, F. "Contenidos Laborales del Derecho Constitucional a la Libertad de Empresa", en VV.AA. *La Libertad de Empresa y Relaciones Laborales en España*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005.

6 **GARCÍA VITORIA** (2008), citando a **JIMÉNEZ CAMPO**, sugiere que el contenido esencial de los derechos fundamentales debe ser determinado por la cultura jurídica, por la tradición jurídica, es decir, un significado temporal «vivo y actual».

7 Aragón Reyes, M. "El Contenido Esencial del Derecho Constitucional a la Libertad de Empresa", en VV.AA. *La Libertad de Empresa y Relaciones Laborales en España*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005.

8 Palomeque López, M.; Álvarez de la Rosa, M. (2011). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

9 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1019-97

10 Mercader Uguina, J. (2011). *Lecciones de Derecho del Trabajo*. 4 ed. Valencia: Tirant Lo Blanch.

11 *Ibid.* P. 552-553.

12 Martín Valverde, A.; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.; García Murcia, J. (2011). *Derecho del Trabajo*. 20 ed. Madrid: Editorial Tecnos.

sentido alguno sin la posibilidad real de sus propietarios de organizarla de la forma que estime más conveniente, dejándola sin contenido mismo.

El Derecho a la Libertad de Empresa no reconoce únicamente el derecho a acometer cualquier empresa, sino el de iniciar y sostener la actividad económica empresarial, que se concreta en «*el reconocimiento a las particulares de una libertad de decisión no solo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar sus actividades en atención a sus recursos y a las condiciones propias del mercado.*» (Sentencia Tribunal Constitucional Español 225/1993).<sup>13</sup>

Para **CORREA HENAO**, por un lado, esta la expresión de la evidente autonomía del sujeto empresario, que encuentra su justificación en el hecho de desenvolverse en el mercado, puesto que la correcta asignación de recursos que este presupone depende de la libertad de los sujetos que actúan en él, es decir de esa capacidad de disponer libremente, de ser y de actuar conforme los intereses personales y en atención a las mejores opciones que la oferta y la demanda presenten.<sup>14</sup> Por otro, **PACE** destaca que la gestión de la empresa constituye la esencia de la libertad económica, en el tanto se han dado limitaciones legislativas para el ejercicio y establecimiento de la empresa, a la imposición de determinadas formas de organización de la empresa conforme a su objeto, a que por razones de utilidad social

<sup>13</sup> Mercader Uguina, J. Óp. Cit. P.169.

<sup>14</sup> Correa, Henao, M. (2009). *Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

<sup>15</sup> Martín Valverde, A.; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.; García Murcia, J. Óp. Cit. P. 252-253.

<sup>16</sup> Mercader Uguina, J. Óp. Cit. P. 347.

el precio de los bienes o servicios pueda estar condicionado por la Administración o al establecimiento de sucesivas autorizaciones, a controles durante el desarrollo de la actividad económica, sin embargo, resulta completamente incompatible que la empresa sea “heterodirigida”, es decir, que el cómo de la organización empresarial sea elegida no por el titular de la libertad sino por el poder público.

Al reconocimiento de la titularidad jurídica de la empresa, debe seguirle el de estas facultades precisas para asegurar su funcionamiento y la consecución de los objetivos propuestos<sup>15</sup>, so pena de contrariar la protección erigida por nuestra Constitución Política.

### **III- Libertad de Empresa y Relaciones Laborales.**

En que lo que a la relación laboral se refiere, la mentada libertad, como una libertad de autodeterminación y gestión de la empresa<sup>16</sup>, se sustancia posicionando al empleador como titular de la empresa, y por lo tanto ostenta la capacidad ordenadora de las diversas relaciones y prestaciones de servicios que integran o conforman el factor trabajo. Visto desde un punto de vista estrictamente empresarial, los trabajadores son ante todo un factor de producción, por lo que al formar parte de la unidad productiva denominada empresa y en consonancia con la Libertad de Empresa, su asignación, la definición de un correcto desempeño y otras atribuciones concordantes al logro de

los objetivos de la empresa, corresponde por antonomasia al empleador.<sup>17</sup>

Esta utilización recae en distintos aspectos, tales como el tiempo de trabajo, trabajo exigible, modificaciones de las condiciones de trabajo, movilidad de los trabajadores, etc., siempre dentro de los límites legales establecidos.<sup>18</sup>

La doctrina ha llamado a lo anterior Poder de Dirección<sup>19</sup>, y lo define como aquella facultad de dar órdenes sobre el modo, lugar y tiempo de la prestación de trabajo, encontrando su fundamento jurídico puntual en el contrato de trabajo, bajo el cual una parte, el trabajador, se obliga a realizar el trabajo convenido bajo la dirección de la otra, el empleador.

**PALOMEQUE LÓPEZ** y **ÁLVAREZ DE LA ROSA** se refieren a una inmersión del contrato de trabajo en el ámbito en el la cual la parte empleadora tiene la facultad de organizar el sistema de producción de bienes y servicios que libremente ha decidido instalar, la cual se concreta en la ordenación de las prestaciones laborales.<sup>20</sup>

Esto quiere decir que el trabajador no es el facultado para decidir como realizar la prestación del trabajo, que medios va a

utilizar para ello ni qué resultados debe conseguir, ya que todas esas decisiones, como anteriormente manifestamos, son facultades directivas del empleador<sup>21</sup>, por lo que la relación laboral da paso dentro de muchas otras cosas, a la existencia de la subordinación del trabajador frente a su empleador, la cual implica una obligación del primero a seguir aquellas órdenes e instrucciones dictadas por el segundo, sobre el contenido y circunstancias del trabajado efectuado.<sup>22</sup>

#### **a) Facultad Patronal de Verificación.**

Ahora bien, dicha faceta de la Libertad de Empresa así como la subordinación técnica previamente apuntada serían vaciadas de contenido sin la posibilidad de que el empleador tuviese para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales. En efecto, el Poder de Dirección se ve complementado por esta facultad de verificación, sin la cual el primero se vería únicamente como un «mero poder moral»<sup>23</sup>.

Concretamente, **FERNÁNDEZ VILLAZÓN** resume que esta facultad de verificación viene dada por un lado con el objetivo de comprobar el desempeño conforme a

<sup>17</sup> Correa, Henao, M. (2009). Óp. Cit.

<sup>18</sup> Durán López, F. Óp. Cit. P. 62.

<sup>19</sup> Conjunto de facultades que, sumadas o combinadas, permiten llevar adelante la iniciativa económica de la empresa en las relaciones internas de ésta, atendiendo a los intereses constitucionalmente protegidos de quien o quienes la han puesto en marcha. VV.AA. *El Control Empresarial* (2005). 1ra Ed.: España-Editorial CISS.

<sup>20</sup> Palomeque López, M.; Álvarez de la Rosa, M. Óp. Cit.

<sup>21</sup> Martín Valverde, A.; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.; García Murcia, J. Óp. Cit.

<sup>22</sup> En palabras de la Corte Constitucional Italiana, quien firma un contrato de trabajo con un empresario no asume una iniciativa económica propia, sino que acepta ser incluido dentro de una organización productiva constituida por la decisión de la otra Parte. Sentencia 268 del 30 de Junio de 1994. García Vitoria, I. (2008). *La Libertad de Empresa: ¿Un Terrible Derecho?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

<sup>23</sup> Alonso Olea y Casas Baamonde. Citados por Terradillos Ormaetxea, E., (2004). *El Poder Disciplinario Empresarial. Principios y Garantías*. 1 Ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

lo ordenado y por el otro para en aras del mantenimiento y buen funcionamiento de la organización empresarial.<sup>24</sup> El poder de ordenación del factor productivo radica entonces, precisamente en la atribución de establecer las reglas, procedimientos, exigencias de operación de los trabajadores para la producción del bien o la prestación del servicio, y del mismo modo, la sujeción del trabajador a tales lineamientos se justifica por razones objetivas relacionadas con el tipo de actividad económica que se desempeña, con las exigencias que impone la tecnología y con el producto y bien ofrecido.<sup>25</sup>

Claro está, es difícil considerar supuestos en los que el empleador no se preocupe por salvaguardar sus intereses empresariales y contractuales, y deje sin verificar si la prestación de la que es acreedor, la del trabajo, está siendo cumplida de la forma tal que por derecho está destinado a recibir, ya que nuestro Código de Trabajo, así como casi cualquiera de los ordenamientos jurídicos existentes, no obliga al trabajador a la prestación de un trabajo a secas, todo lo contrario, lo obliga a una prestación diligente y observante de lo requerido por

su empleador<sup>26</sup> en vista de que es éste y no otro quien conoce la determinación del contenido básico de la prestación debido a los requerimientos de su empresa.

De lo anteriormente señalado se puede deducir el problema que plantea ese escrito: ¿Puede el empleador, amparado en su derecho a organizar los factores de la empresa como lo estime pertinente, utilizar los medios que considere necesarios para la verificación del cumplimiento laboral?

#### **b) Poderes Empresariales y Derechos Fundamentales del Trabajador.**

Aún cuando cierta parte de la doctrina ha indicado que existe una modulación de los derechos de la persona del trabajador provenientes de la relación laboral en general y específicamente del ámbito rector y organizativo del empresario<sup>27</sup>, la doctrina mayoritaria, nacional e internacional, desde hace ya unos años se ha encargado de delimitar la anterior cuestión, siendo la respuesta a tal interrogante lógicamente negativa.<sup>28</sup> La entidad patronal no puede utilizar cualquier medio en la búsqueda

24 Fernández Villazón, L.. (2003) Las Facultades Empresariales de Control de la Actividad Laboral. 1 Ed. Navarra : Editorial Aranzadi.

25 Correa, Henao, M. Óp. Cit. P. 504.

26 Código de Trabajo. **Artículo 71.-** *Fuera de las contenidas en otros artículos de este Código, en sus Reglamentos y en sus leyes supletorias o conexas, son obligaciones de los trabajadores: a) Desempeñar el servicio contratado bajo la dirección del patrono o de su representante, a cuya autoridad estarán sujetos en todo lo concerniente al trabajo; b) Ejecutar éste con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, y en la forma, tiempo y lugar convenidos (...).*

27 Fernández Villazón, L. (2003). Óp. Cit. citando a Hendrickx, F. (2001). "Horizontal Effect and the Perspective of Employment Privacy." Bulletin of Comparative Labour Relations. No. 40.

28 En realidad la cuestión es más compleja, y el profesor **SANGUINETI** plantea 2 interrogantes de mayor profundidad: ¿En qué medida el cumplimiento de las obligaciones contractuales del trabajador y su sometimiento a la superior autoridad del acreedor de su fuerza de trabajo son capaces de justificar limitaciones de sus derechos fundamentales? O ¿en qué medida pueden servir los derechos fundamentales para modular el contenido de tales obligaciones y el espacio de ejercicio lícito de las facultades empresariales? Por su parte, **SEMPERE NAVARRO** y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI** precisan que la «dimensión tecnológica en la prestación de servicios ha traído hasta nosotros una nueva gama de conflictos laborales, que pueden agruparse alrededor de tres grandes categorías: 1a) Discusiones sobre los límites del uso extralaboral de estos medios tecnológicos por los trabajadores; 2a) Problemas atinentes al control empresarial de dicho uso; 3a) Posibilidades de utilizar las nuevas tecnologías como parte del poder de dirección y vigilancia del empresario, así como limitación en formación de los derechos de los trabajadores. Se trata de cuestiones a las que el ordenamiento laboral debe dar solución y que, en el fondo, replantean el debate sobre la vida privada del trabajador en el seno de la empresa.»

de controlar las prestaciones de los trabajadores. Existe un claro límite para el proceder patronal, configurado en los Derechos Fundamentales del empleado, siendo el Derecho a la Intimidad uno de ellos.

Un análisis de distintas definiciones doctrinarias sobre lo que puede considerarse como un Derecho Fundamental, nos deja con una que resalta por su simplicidad, y nos lleva a la idea central que queremos expresar: la prestación del trabajo es realizada por un ser humano.

De acuerdo a esta idea, **PLÁ RODRIGUEZ**<sup>29</sup> nos señala que un derecho fundamental es aquel que posee el ser humano, sólo por el hecho de ostentar la calidad de "ser humano". De acuerdo con este autor, tal afirmación, supone al menos dos componentes:

- a- Es un derecho que pertenece a todos los humanos, sin ninguna necesidad de existencia de calificativos, condicionantes o exigencias; y
- b- Es un derecho que deriva de la condición de humano, por lo que debe ser reconocido y respetado por el propio legislador.

Este punto de vinculación del Derecho Laboral con los Derechos Fundamentales, en palabras de **HERSCHEL**, responde a la concepción de un color especial que tiene el Derecho del Trabajo, por la fuerte acentuación de lo humano en estrecho contacto con lo técnico y económico. Por su parte, **LOTMAR** señala que uno de los elementos distintivos

del Derecho Laboral es su carácter ético y su relación con el aspecto humano, del cual no puede desprenderse.<sup>30</sup>

La compatibilidad de la noción de Derecho Fundamental con la del Derecho del Trabajo, puede resultar prima facie un tanto compleja. En este punto debemos discernir de los Derechos Fundamentales del trabajador, como persona, y los Derechos Fundamentales del trabajador *per se*, que no serán parte de esta exposición. Ambas figuras eso sí, se presentan como inherentes al ser humano.

**RODRIGUEZ-PIÑERO** y **BRAVO-FERRER**<sup>31</sup> cita que los Derechos Fundamentales no operan sólo en un plano secundario de carácter económico, es decir, como defensa frente a la explotación económica, sino también como una protección de la personalidad, dignidad y ciudadanía del trabajador, asegurando que estos valores éticos informen el proceso del contrato de trabajo frente a quienes puedan ponerlos en peligro.

En otras palabras, señala que la relación laboral, no genera una extracción del trabajador de su condición de su persona, este sigue siendo sujeto de derecho, y protegido por una serie de Derechos Fundamentales, los cuales el contrato laboral no puede pasar por alto.

El profesor **BOLAÑOS CÉSPEDES** ha señalado que «(e)n definitiva, se trata de derechos que a la larga permiten una mayor

29 Plá, A. (1990). "Los Derechos Humanos y el Derecho del Trabajo. Debate Laboral." Revista Americana e Italiana del Derecho del Trabajo. (6): 11-24.

30 Ambos autores con citados por Plá Rodríguez en su escrito "Derecho del Trabajo y Derechos Humanos".

31 Rodríguez – Piñero y Bravo – Ferrer, M. (2003). Derechos Fundamentales del Trabajador. El Trabajo y la Constitución. España: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

democratización al interior de las empresas y centros de trabajo, cuya naturaleza y dinámica propia no permite que se les absorba por las fuentes y principios del derecho constitucional, dada su íntima relación con el fenómeno laboral, y sobre todo con el trabajo subordinado y por cuenta ajena.»<sup>32</sup>, lo que no significa que la aspiración «compensadora e igualadora» del Derecho del Trabajo, busque disolver aquella desigualdad natural u originaria de la relación de trabajo, sino únicamente la búsqueda de un mayor equilibrio entre la posición del empleador y el trabajador.<sup>33</sup>

**c) Principios Generales para la Protección del Derecho Fundamental a la Privacidad del Trabajador en Costa Rica. Necesidad Objetiva y Proporcionalidad con el Fin.**

La labor jurisdiccional laboral nacional tampoco ha permanecido ajena a éstas posibles colisiones. El Voto de la Sala Segunda No. **2011-000172** de las once horas cinco minutos del dieciocho de febrero de dos mil once, reafirmó un claro límite entre el Poder de Dirección que puede tener un empleador y los Derechos Fundamentales, en este caso, el de intimidad que tiene el trabajador. Así, estableció que este poder patronal, debe ejercerse de manera afín a las garantías fundamentales del trabajador.<sup>34</sup>

Así, y sentando un importante precedente en cuando al Derecho a la Intimidad de la persona trabajadora, señaló que los patronos

deben abstenerse de realizar actuaciones que vulneren el ámbito de privacidad de sus trabajadores:

*“La concertación de un contrato de trabajo no significa la privación para la persona trabajadora de los derechos constitucionales de los cuales es destinatario en virtud de su condición de ciudadano, pues el recinto de trabajo no es un espacio separado del resto de la colectividad, ni la libertad de empresa del patrono justifica limitaciones o despojos de esas garantías básicas. La empresa sin lugar a dudas, es el punto natural de convergencia de los intereses de las organizaciones patronales y los sectores trabajadores, por lo que el análisis de hasta dónde puede llegar el poder de control y dirección del empleador, se convierte en tema de vital importancia para el desarrollo de las relaciones de empleo. (...) El derecho a la intimidad en la esfera laboral, presupone que la persona trabajadora se encontrará libre de injerencias arbitrarias en su vida privada, lo que quiere decir, que contará con un ámbito autónomo y reservado de la acción y conocimiento de los demás, razón por la cual el empleador encontrará una frontera a sus potestades, con independencia de que ese derecho pudiera ser ejercicio por medio de las herramientas de trabajo por él suministradas.”*

<sup>32</sup> Bolaños, Céspedes, F. (2011). Estudios de Derecho Laboral Moderno. Derechos Inespecíficos de los Trabajadores. Acceso a la Justicia Laboral en Centroamérica. 1 ed. San José: Editorial Jurídica Continental.

<sup>33</sup> Montoya Melgar, A. “Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario” en VV.AA. La Libertad de Empresa y Relaciones Laborales en España. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005.

<sup>34</sup> Carro, Hernández, R.; Carro, Espinoza, G. (2012). “Redes Sociales y el Despido Sanción”. Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. No. 9. 117-124. Enero.

Continúa la Sala señalando que, el Poder de Dirección del patrono encuentra su límite precisamente en los derechos fundamentales de las personas, y aún cuando el monitoreo de sus trabajadores en aras de vigilar el correcto desempeño de sus labores es un mecanismo válido, debe adecuarse a estos derechos arriba mencionados:

*“El empleador como un derecho consustancial a su condición, tiene la potestad de vigilar y comprobar el fiel desempeño de las labores que fueron pactadas por medio del contrato de trabajo. No obstante, ese poder debe ejercerse de forma afín con las garantías fundamentales del empleado, de modo que, los sistemas de monitoreo aplicados en la empresa, deben reunir al menos dos condiciones básicas, a saber, que estén originados en una necesidad objetiva amparada en su funcionamiento y, que sean proporcionales con el fin para el que están dispuestos. Ello con el objeto de descartar que estos mecanismos, se conviertan en un ambiente de acoso, que amenace con coartar un derecho tan sensible, como lo es el de intimidad.”*

<sup>35</sup> Merece que destaquemos, llegado a este punto, la similitud que mantiene jurisprudencia patria con la esgrimida por el Tribunal Constitucional Español. El órgano constitucional ibérico ha sentado importantes precedentes al determinar que es de aplicación la Doctrina del Principio de Proporcionalidad –cuyo origen ha sido reconocido en la jurisprudencia constitucional alemana–, de acuerdo con el cual, en el marco de la relación laboral, el sacrificio de un derecho fundamental –sea éste del trabajador o del empresario– sólo resulta admisible cuando pueda ser considerado imprescindible para la satisfacción de otro derecho fundamental que resulte prevalente de acuerdo sistema de valores consagrado por la Constitución y las circunstancias del caso concreto. Esta doctrina en términos muy sencillos se descompone en una triple valoración, en la que existen un juicio de idoneidad, encaminado a establecer su aptitud para satisfacer el interés protegido por el derecho que se pretende ejercer; un juicio de necesidad, dirigido a determinar si es la más benigna de todas las medidas afectantes capaces de conseguir esa satisfacción con un nivel equivalente de eficacia; y por último un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, cuyo objeto es determinar cuál de los dos intereses ha de prevalecer mediante la realización de una ponderación entre ambos dirigida a establecer si la importancia de la satisfacción de uno justifica la afectación o la no satisfacción del otro. Sin embargo, autores como **SANGUINETI** expresan su preocupación y la peligrosidad de la aplicación de una «versión light» deficiente e incompleta de los distintos pasos comprende la Doctrina del Principio de Proporcionalidad en el campo laboral, sobre todo que se queda en los dos primeros juicios y olvida aplicar el tercero y fundamental.

De este modo, y como bien lo señala la sentencia citada, los sistemas de monitoreo aplicados en la empresa, deben reunir al menos dos condiciones básicas: 1) una necesidad objetiva amparada en su funcionamiento y, 2) que sean proporcionales con el fin para el que están dispuestos.<sup>35</sup>

Tomando como referencia la cita jurisprudencial a la que éste apartado se refiere, podemos rescatar que, aunado a la necesidad objetiva, y a la proporcionalidad con el fin, el monitoreo de los trabajadores debe respetar un elemento más, el cual es que los empleados deben estar debidamente comunicados de tal actuación patronal.

#### **IV- Supuestos Frecuentes de Posible Intromisión en el Ámbito Privado del Empleado.**

Dejamos de lado las referencias generales, y procedemos ahora a realizar una labor sistemática de aquellas situaciones que con mayor frecuencia se presentan en la realidad laboral de nuestro país.

No obstante ello, tenemos claro que la posibilidad de colisión entre el ámbito de la esfera privada del empleado y las actuaciones patronales no se agota en éstas. De ahí que el operador jurídico siempre deberá tener en cuenta aquellos principios generales a la hora de estudiar, *a priori* o *a posteriori*, aquellas medidas que supongan un posible conflicto entre el Poder de Dirección y la Intimidad del trabajador.

**a) Solicitud, Manejo y Mantenimiento de Datos en Costa Rica.**

Durante varios años, y especialmente, a partir de la aparición de empresas dedicadas a la recopilación y comercialización de las llamadas Bases de Datos, surgió en Costa Rica la discusión en torno a la protección de la información personal de las personas.

Por un tiempo ampliamente reconocido empresas con esta naturaleza tuvieron libertad absoluta para el almacenamiento y posteriormente la venta de información de las personas, que principalmente recaía en aspectos crediticios y penales sobre las mismas, y que permitía a posibles acreedores, decidir sobre el futuro de relacionarse o no, con sujetos que tuvieran historiales negativos en tales Bases de Datos.

Debido a la inexistencia de una ley que regulara este tema, mediante diversas apariciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia limitó el ámbito de actuación de estas empresas, y asimismo, se estableció un régimen en nuestro país para el efectivo resguardo de los derechos de las personas relacionados con la información personal.

La regulación de ésta información, inicia mediante el análisis del llamado Derecho

a la Intimidad, o a la Privacidad de las personas, que ha desarrollado la Sala a través de los años, para culminar con una línea jurisprudencial concreta del mismo. En este sentido, en el Voto N° 2008-017086 de las diez horas y once minutos del catorce de noviembre del dos mil ocho, la Sala Constitucional señaló concretamente:

**“Sobre el derecho de autodeterminación informativa.** La Sala ha reconocido con anterioridad que la ampliación del ámbito protector del derecho a la intimidad surge como una respuesta al ambiente global de fluidez informativa que se vive. Ambiente que ha puesto en entredicho las fórmulas tradicionales de protección a los datos personales, para evolucionar en atención a la necesidad de utilizar nuevas herramientas que permitan garantizar el derecho fundamental de los ciudadanos a decidir quién, cuándo, dónde y bajo qué y cuáles circunstancias tiene contacto con sus datos [...] Se concede al ciudadano el derecho a estar informado del procesamiento de los datos y de los fines que con él se pretende alcanzar, junto con el derecho de acceso, corrección o eliminación en caso el que se le cause un perjuicio ilegítimo.”

Como es posible observar, la vinculación entre el Derecho a la Intimidad y la protección de los datos personales, surge mediante una ampliación que realiza la Sala Constitucional del primero de estos elementos, como consecuencia lógica de la innovación tecnológica que le permite terceros obtener con gran facilidad información considerada de carácter personal.

La Sala ha defendido con recelo el tema de los datos personales, sentando precedentes importantes en cuanto a la información obtenida que rebasa el límite de la privacidad de las personas, ofreciendo así una protección constitucional al ámbito de intimidad de las mismas. Este tema actualmente es desarrollado mediante una Ley.

**a.1) Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales. Principios Generales.**

Tal y como se adelantó previamente, debido al incremento de asuntos relacionados con la protección de datos que surgían con el día a día de nuestro país, y a la gran cantidad de casos que llegaban a la misma Sala Constitucional, el legislador vio la necesidad de promulgar un régimen legal que regulara de forma directa el manejo de la información de datos de las personas. Por este motivo, el día 5 de setiembre del año 2011, fue publicada en el Diario Oficial, La Gaceta N° 170, la Ley N° 8968 o Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales.

No omitimos señalar que, en principio, esta Ley se encuentra dirigida a regular la actividad de aquellas empresas cuyo enfoque mercantil es la comercialización de Bases de Datos. Empero, al figurar dentro del Ordenamiento Jurídico Costarricense, no podemos dejar de lado su posible influencia en otras ramas del Derecho.

La Ley tiene por objeto, según su artículo primero, garantizar a cualquier persona el

respeto a sus derechos fundamentales, concretamente, su derecho a la autodeterminación informativa en relación con su vida o actividad privada.

Dejando de lado aspectos meramente administrativos, resulta de gran importancia resaltar que la Ley realiza una categorización de los distintos tipos de información o datos que pueden relacionarse a una persona, dentro de los cuales encontramos la categoría de “Datos Sensibles”.

El artículo 3 inciso e), señala que son Datos Sensibles aquellos que sean información relativa al fuero íntimo de la persona, como por ejemplo los que revelen origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o espirituales, condición socioeconómica, información biomédica o genética, vida y orientación sexual, entre otros.

Por otro lado, el artículo 9 de la misma señala que ninguna persona estará obligada a suministrar datos sensibles. Se prohíbe el tratamiento de datos de carácter personal que revelen el origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, espirituales o filosóficas, así como los relativos a la salud, la vida y la orientación sexual, entre otros.

La redacción de la Ley nos indica con claridad que el legislador ha querido otorgar a este tipo de información una naturaleza de absoluta privacidad, siguiendo al pie de la letra los lineamientos establecidos por la Jurisprudencia Constitucional, y afirmando una serie de principios generales relacionados con el tratamiento de la información sobre las personas en todo ámbito jurídico.

## a.2) Pautas para el Equilibrio entre la Actuación Patronal y la Protección de la Intimidad del Trabajador en la Utilización de Datos del Trabajador e Instrumentos de Selección de Personal.

**BRONSTEIN** nos señala la inexistencia de controversia en el hecho de que "(...) los empleadores necesitan tratar un número relativamente importante de informaciones personales relativas a sus empleados, y aún antes, de los candidatos a un empleo con respecto a los cuales es lógico que deseen conocer el perfil profesional para evaluar si son aptos para el empleo para el que se los considera."<sup>36</sup>

Como cualquier otra relación jurídica, la laboral inicia por una etapa precontractual, en la que ambas partes necesita obtener información suficiente y relevante para desarrollar la voluntad de contratar con la otra. Esta etapa no solo tiene una función generadora de confianza entre los contratantes, sino que también le permite al empleador conocer los aspectos objetivos del candidato al empleo y su suficiencia –*prima facie*– para cumplir con las especificidades del puesto.

Durante el desarrollo de la relación el empleador también tiene la obligación de reunir cierto número de datos personales sobre sus trabajadores con fines laborales y de recursos humanos, para conformar el denominado expediente laboral utilizado internamente.

La Sala Segunda, tal y como se dejó claro en su momento respectivo, ha señalado que el Derecho a la Intimidad es aplicable a la

persona inclusive en la esfera laboral, por lo que los empleadores deben abstenerse de realizar actuaciones que vulneren el ámbito de privacidad de sus trabajadores:

*El derecho de intimidad constrañe al empleador a abstenerse de investigar aspectos de la personalidad del trabajador tales como su orientación sexual, modo de vida, militancia política y prácticas religiosas, puesto que estos en modo alguno condicionan la capacidad profesional, física e intelectual para el ejercicio de las labores remuneradas..(El resaltado es nuestro) (Voto 2011-172)*

Debido a esta línea jurisprudencial que se encuentra en pleno desarrollo, cuestiones controversiales pueden surgir en torno a la solicitud de datos a los empleados, la utilización que se le dé a estos datos y a los instrumentos de selección de personal. Siguiendo la predisposición establecida por ambas Salas, la Constitucional y la Segunda, así como los principios aportados por la Ley 8968 a la materia laboral, debemos mencionar que pueden existir determinados riesgos legales relacionados con la información de las personas, lo que no quiere decir que se agoten en los mismos.

### i. Discriminación en la Contratación.

El artículo 622 de nuestro Código de Trabajo señala que todas las personas, sin discriminación alguna, gozarán de las mismas oportunidades para obtener empleo y deberán ser consideradas elegibles en el ramo de su especialidad, siempre y cuando

reúnan los requisitos formales solicitados por el patrono o la parte contratante.

De tal forma, debemos mencionar que puede existir un determinado riesgo legal con la utilización de cuestionarios que soliciten *datos sensibles* si algún potencial empleado o candidato a un ascenso determinase que no recibió el puesto para el cual se está aplicando, en razón de sus respuestas en el cuestionario.

### ii. Solicitud de Datos al Trabajador.

Asimismo, la recolección de información de los trabajadores puede presentar inconvenientes legales. Si durante la relación laboral existe la necesidad de solicitar datos a los empleados, es importante que se tenga en cuenta la existencia de cierta información de carácter absolutamente privado.

En caso de solicitarse información con esta naturaleza, la negativa a contestar las preguntas que soliciten *datos sensibles*, estaría legalmente justificada y no podría tener como consecuencia "sanción" alguna, ya que la misma Ley ha señalado que la existencia de aquella *información relativa al fuero íntimo de la persona* y que *ninguna persona estará obligada a suministrar*. Por este motivo, acciones patronales –*la aplicación de una medida disciplinaria*– podrían ser cuestionadas eventualmente.

### iii. Utilización y Conservación de Datos.

La utilización de estos datos debería darse en relación directa para los fines para los que fueron solicitados. Sería directamente contrario al Principio de Buena Fe la utilización de datos con un fin contrario o distinto para el que fueron solicitados.

Del mismo modo, consideramos que la conservación de datos por un plazo que no sea razonable podría ir en detrimento de la intimidad del trabajador, si en ningún modo tal actuación se relaciona con la prestación laboral o con el fin para el que fueron solicitados los mismos.

### iv. Despido Fundamentado en Datos Sensibles.

La información de carácter sensible puede llegar a manos de muchas personas, incluyendo representantes patronales o un patrono mismo. He aquí la importancia de conocer la naturaleza de la misma y las fuentes de las que proviene.

El despido, disciplinario o no, con fundamento en datos sensibles puede ser cuestionado en nuestros tribunales por considerarse una invasión a la intimidad del trabajador cesado.

### b) Computadora y Correo Electrónico

El uso de computadoras y correo electrónico actualmente es parte de la vida cotidiana de la mayoría de personas en todo el mundo. Para nadie es un secreto el hecho de que dependemos de los mismos, tanto para nuestra vida personal como laboral.

La eficacia y simpleza de ambos ha sido ampliamente explotado por las empresas, y desde ya hace muchos años se le otorga a los trabajadores individualmente una computadora para el cumplimiento de sus tareas cotidianas y una cuenta de correo electrónico empresarial para las comunicaciones respectivas con compañeros de trabajo, superiores o subordinados y finalmente clientes o usuarios.

<sup>36</sup> Bronstein, A. (2008). "La protección de la vida privada en el lugar de trabajo". *Revista de Derecho del Trabajo*. 5 (1) : 65-99. Enero.

A pesar de ser instrumentos indispensables para la actividad laboral, tal y como señalan **PÉREZ DE LOS COBOS** y **THIBAUT ARANDA**, el uso irregular de una computadora o de una cuenta de correo, más allá de la evidente y generalizada disminución del rendimiento de los trabajadores, comporta otros perjuicios o riesgos para el empresario.<sup>37</sup> **AGUSTINA SANLLEHÍ** señala que «(...) la amplia difusión del acceso a Internet y al correo electrónico tiene, sin duda, efectos positivos que han elevado las posibilidades y capacidad de trabajo en la empresa. Sin embargo, al mismo tiempo que tales medios tienen consecuencias beneficiosas, implican también un evidente incremento de los riesgos de dispersión y absentismo laboral, en detrimento de la productividad.»<sup>38</sup>

De ahí que la problemática que rodea este tema ha sido objeto de estudio en una innumerable cantidad de estudios.

La indiscutida naturaleza de “herramientas de trabajo” otorgadas a la computadora y cuenta de correo (en vista de ser propiedad del empleador) durante mucho tiempo ha sido el argumento principal para que un patrono pudiese verificar sin o con pocas restricciones la utilización que el trabajador hacía de ambos instrumentos.<sup>39</sup>

No estaría de más intuir que, el costo que le supone a la entidad patronal la adquisición y mantenimiento de equipos informáticos (hardware y software) significa una inversión que espera necesariamente un retorno económico, proveniente precisamente del trabajo efectuado por el empleado que la utiliza. Su uso anómalo podría implicar pérdidas en distintas áreas tales como la depreciación del equipo sin el correlativo uso para el que fue adquirido, reparaciones en caso de acceso de malware y virus al sistema empresarial, pago salarial sin su correspondiente trabajo efectivo, posibles violaciones a los sistemas de seguridad de las empresas, etc.

Acertadamente, el profesor **THIBAUT ARANDA** recuerda que «(t)ener a los trabajadores navegando por la Red para divertirse, combinado con actividades que requieren ancho de banda, como streamings, descargas de ficheros MP3 o de video puede dificultar un tráfico fluido y reducir la seguridad del sistema informático (...) puede servir de cauce para la perpetración de actos irregulares e incluso ilícitos como el acceso a información reservada, la sustracción y/o revelación de secretos de empresa, la lesión de derechos de propiedad intelectual o la distribución de contenidos prohibidos por la

37 Pérez de los Cobos, F.; Thibault Aranda, J. (2008). “El uso laboral del ordenador y la buena fe (A propósito de la STS de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006).” *Revista Relaciones Laborales*. 6 (1): 549- 558. Abril.

38 Agustina Sanllehí, J. (2009). “Expectativa de privacidad en el correo electrónico laboral y prevención del delito (Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007).” *Revista La Ley Penal*. 63 (1): 77-103. Setiembre.

39 Recientemente, el Tribunal Constitucional Español, en su Sentencia 241/2012, de 17 de diciembre de 2012 –*criticada severamente por la doctrina especializada*– señaló que «(...) en relación con la utilización de ordenadores u otros medios informáticos de titularidad empresarial por parte de los trabajadores, puede afirmarse que la utilización de estas herramientas está generalizada en el mundo laboral, correspondiendo a cada empresario, en el ejercicio de sus facultades de autoorganización, dirección y control fijar las condiciones de uso de los medios informáticos asignados a cada trabajador. En el marco de dichas facultades de dirección y control empresariales no cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales.»

Ley. (...) Junto a lo anterior, un uso desviado del correo electrónico o de Internet puede llegar a deteriorar la imagen de la empresa (...)» ya que es evidente que «(...) si la dirección de correo es corporativa, esto es, corresponde al nombre o marca comercial de la empresa, el uso torticero de ésta puede comprometer(la) (...) cuando son mensajes de contenido soez.»<sup>40</sup>

En este sentido, se ha argumentado por un lado la vulneración a la Buena Fe que presupone el uso extra laboral de los mismos, tomando en cuenta que se trata de herramientas de trabajo proporcionadas exclusivamente para el cumplimiento de las obligaciones laborales y por otro lado el perjuicio económico<sup>41</sup> que este tipo de uso puede suponer para la entidad patronal.<sup>42</sup>

**b.1) Protección de la Intimidad del Trabajador en el uso de la Computadora y Correo Electrónico. Votos Nº 15063 del primero de noviembre del dos mil cinco y Nº 17380 del veintinueve de noviembre del dos mil seis de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.**

Ahora bien, sin dejar de lado la problemática expuesta anteriormente, las tendencias doctrinales y jurisprudenciales se decantan por la protección del Derecho a la Intimidad del trabajador, protegiendo por lo tanto el

material que podría encontrarse almacenado en los discos duros de la computadora y la correspondencia personal realizada por medio de la cuenta empresarial, condicionando la verificación irrestricta que podría realizar un empleador.

En consonancia con lo anterior **FERNÁNDEZ VILLAZÓN** señala que debido al carácter personalísimo que caracteriza a la relación de trabajo, es decir el hecho de la incorporación completa (psíquica y física) del trabajador en el ámbito organizado por el empleador, las facultades de verificación –*control y vigilancia*– inciden necesariamente sobre la esfera personal del empleado y consecuentemente sobre sus derechos como persona. Lo anterior implica, según el autor aludido, que tales facultades del empleador han de contenerse dentro de determinados límites que reducirían su campo de actuación e impondrían una serie de requisitos para su ejercicio.<sup>43</sup>

En el ámbito nacional, las sentencias de la Sala Constitucional Nº 15063 del primero de noviembre del dos mil cinco y Nº 17380 del veintinueve de noviembre del dos mil seis estudian casos en los cuales la actuación patronal se dirigió a la fiscalización de la computadora y correo electrónico de los recurrentes.

En los dos casos, la Sala estimó que el hecho de que el empleador le suministre el equipo de trabajo para el ejercicio de sus funciones,

40 Thibault Aranda, J. (2006). *Control Multimedia de la Actividad Laboral*. 1 Ed. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

41 **SEMPERE NAVARRO** y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI** opinan sobre el perjuicio económico que la mayoría de empresas cuentan con sistemas de abono o de pago global («tarifa plana» y similares) respecto de las compañías suministradoras de la comunicación (operadores telefónicos y análogos), de tal modo que, en sí mismo el gasto adicional que el comportamiento indebido de su trabajador le produce es despreciable, cuando no inexistente.

42 Sempere Navarro, A.; San Martín Mazzucconi, C. (2002). *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales*. 1. Ed. Navarra: Editorial Arazandi.

43 Fernández Villazón, L.. (2003) . Op. Cit. P. 35-36.

no excluye que el mismo contenga información personal, la cual está protegida por el derecho a la intimidad y específicamente su vertiente del secreto de las comunicaciones:

*“En primer término, es preciso señalar que el correo electrónico y los documentos electrónicos almacenados en la computadora que utilizaba la recurrente, aunque sea un bien público, 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. Asimismo, el hecho que la computadora sea propiedad del Ministerio de Comercio Exterior, no significa que la amparada haya renunciado completamente a la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, por cuanto, como se indicó anteriormente, la garantía del derecho fundamental no depende de la titularidad del medio sino que es independiente de la titularidad del soporte (En este sentido, puede verse la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de agosto de 1998 Nº 872/1997, caso Lambert c. Francia). Los trabajadores no renuncian a la esfera de privacidad y a la protección de datos por ejercer una función pública, sino que, por el contrario, esperan legítimamente encontrar allí un grado de privacidad, ya que en él desarrollan una parte importante de sus relaciones con los demás. En otros términos, la circunstancia que al funcionario o*

*empleado se le suministre un equipo para el cumplimiento y ejercicio de sus funciones -de propiedad de la Administración o empleador-, no excluye que el mismo sea soporte de información confidencial o personal cubierta por el secreto o reserva de las comunicaciones y, en general, por el derecho a la intimidad.” (Voto 17380-2006 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia)*

**b.2) Pautas para el Equilibrio entre la Actuación Patronal y la Protección de la Intimidad del Trabajador en el uso de la Computadora y Correo Electrónico.**

La tesis general desarrollada anteriormente no significa que el empresario no pueda verificar el uso de la computadora o el contenido de los mensajes de correo electrónico, sino sólo que ha de aplicarse la correspondiente modulación de derechos fundamentales y poderes empresariales en la relación de trabajo.<sup>44</sup>

En armonía con esto, se plantean situaciones de excepción. Por un lado, en el voto Nº 15063 se señala textualmente:

*“Este derecho debe, no obstante, conciliarse con otros derechos e intereses legítimos del empleador – sea público o privado-, en particular, su derecho a administrar con cierta eficacia, y sobre todo, su derecho a protegerse de la responsabilidad o el perjuicio que pudiera derivarse de las acciones irregulares de los trabajadores o funcionarios*

*La apertura del empleador de los mensajes electrónicos de la cuenta del funcionario o trabajador sólo es justificable en circunstancias muy limitadas...”*

Como se observa, esta resolución permite al empleador tener acceso a los mensajes electrónicos de la cuenta del funcionario en situaciones excepcionales. Debe tenerse en cuenta que enviar un mensaje desde la cuenta de correo electrónico de la empresa es como remitir una carta con membrete<sup>45</sup>, siendo entonces lógico que el empleador esté facultado en determinados supuestos para evitar un uso inadecuado del correo electrónico por los trabajadores, siendo la única manera la comprobación del contenido de las comunicaciones.

Por otro lado, el Voto Nº 17380 señaló expresamente que:

*“...la información que eventualmente fuese recabada podía ser eventualmente utilizada en un procedimiento disciplinario en contra de la amparada, por lo que en respeto al derecho de defensa, se debió practicar dicha diligencia en presencia de la recurrente, para que además tuviese la oportunidad de proteger de terceros los documentos que además contuvieren información privada y uso confidencial”.*

En este segundo caso no se prohíbe el acceder a la información de la computadora, sino que se hubiera hecho sin la presencia de la interesada.

Para enfrentar posibles conflictos en esta materia, es de mucha utilidad tener las reglas

del uso de las computadoras y de las cuentas de correo electrónico claramente definidas. Desde nuestro punto de vista, sería de mucho apoyo que el empleador ostente una política prohibiendo totalmente el uso de documentos e información personal en las computadoras de la empresa, así como el uso de la cuenta electrónica de la empresa a nombre personal, y si se desea, se puede prohibir igualmente el uso de cualquier otra cuenta que no sea la empresarial. Idénticamente puede proponer y mantener la prohibición de ver y bajar a la computadora, pornografía, fotografías, música, videos, etc..

De la misma manera, es muy importante el que cada empleado firme un documento en el momento de su contratación, en el cual manifieste su conocimiento y conformidad al hecho que la empresa monitoree el contenido de la computadora. Si bien es cierto debe entenderse que con la firma de documentos no renuncia a garantías constitucionales, lo cierto es que el conocimiento del trabajador reduce en gran cantidad posibles argumentaciones de abuso de la actuación patronal e incertidumbre en las reglas empresariales.

En los casos en que sea necesario detectar si el empleado ha quebrantado las políticas de la empresa, nuestro criterio es que se acceda a la información contenida en la computadora siguiendo los criterios expuestos. Teniendo vigente estas reglas, debe cuidarse que el trabajador afectado esté presente cuando se accede a la computadora y que exista una razón objetiva que resulte en aquella posible vulneración de la intimidad.

<sup>44</sup> Sempere Navarro, A.; San Martín Mazzucconi, C., Óp. Cit.

<sup>45</sup> Garvía Viña, J. (2001) «Relaciones laborales e Internet», RTSS CEF. No. 223. Citado por **SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI**.

**c) Sistemas de Monitoreo: Intervención de Llamadas y Videograbación.**

Con mayor asuidad vemos como las empresas en Costa Rica, con distintos motivos, instalan sistemas de monitoreo que de forma directa o indirecta, implican la verificación de las labores que está llevando a cabo el trabajador.

La utilización de estos sistemas de captación de imagen y sonido puede justificarse tanto por razones técnicas y productivas como por motivos de seguridad de personas y cosas<sup>46</sup> y es precisamente esta amalgama de circunstancias que se dan en cada centro de trabajo o empresa lo que lo que nos sitúa en una de las situaciones de mayor complejidad a la hora de encontrar un equilibrio entre los poderes empresariales de verificación y la privacidad del trabajador, y consecuentemente nos obliga a aplicar una metodología casuística.

Así, por ilustrar el comentario anterior, la grabación de video continua podría verse justificada en bancos, en la zona de cajeros y atención al público, pero no en una empresa de *call center* en la que la obtención de imágenes continuas de los trabajadores no tiene ningún fin objetivo relacionado con la prestación efectiva del trabajo convenido.

Una referencia más detallada a la Sentencia 172-2011 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia se hace acá indispensable.

En el caso ventilado por ésta Sala, la empresa empleadora realizaba monitoreo y grabación de llamadas a sus empleados, lo que tuvo como resultante, que a una trabajado-

<sup>46</sup> Thibault Aranda, J. (2006). Óp. Cit.

ra se le cesara por hacer comentarios que deterioraban las relaciones interpersonales con sus compañeros. Cabe destacar que los hechos que dieron pie al despido fueron grabaciones de conversaciones que había mantenido con otra empleada de esa compañía.

Dado lo anterior, la Sala Laboral indicó que la empresa «(...) no tenía ningún interés real y objeto que justificara que las conversaciones entre la actora y la señora R. P. fueran grabadas, toda vez que ninguna de estas, fungía como operadora del servicio de "call center" que esa compañía daba (...), ni consta que hubiera habido advertencia alguna en ese sentido.» y para los Magistrados, «(e) l hecho que la empresa, a pesar de esa circunstancia, procediera a monitorear esas comunicaciones, no sólo constituyó un ejercicio abusivo de su potestad de control y dirección, sino también un flagrante quebrantamiento del derecho constitucional de intimidad del que gozaba la actora.»

**c.1) Pautas para el Equilibrio entre la Actuación Patronal y la Protección de la Intimidad del Trabajador en el uso de Sistemas de Monitoreo.**

Como ya se advirtió previamente, existe una mayor dificultad para establecer pautas de mayor especificidad que permitan un adecuado equilibrio entre el proceder empresarial y la privacidad de los trabajadores, ya que dependerá con mayor fuerza de las circunstancias concretas del lugar de trabajo.

Sin embargo, debe recordarse que la empresa debe apegarse a los Principios de Necesidad Objetiva, Proporcionalidad y

Comunicación si desea monitorear a su personal. En palabras de **FERNÁNDEZ VILLAZÓN**, el uso de sistemas de monitoreo ««solo debería existir allí donde las exigencias de la prestación del servicio, el proceso productivo o de la seguridad así lo aconsejen y no existan otros medios de control que permitan obtener los mismos resultados con un sacrificio menor de los derechos fundamentales en juego. No debería mantenerse, pues, la creencia de que el recurso de cámaras para el control de los trabajadores es prácticamente libre. Debe partirse, por el contrario, de la idea de que el recurso al mismo debe estar, en todo caso, fundado en razones objetivas.»<sup>47</sup>

Asimismo, debe asegurarse de comunicar debidamente a los empleados sobre la aplicación de este sistema y del mismo modo, debe procurarse que no exista un control continuado e indiscriminado que excede de la comprobación del cumplimiento de sus obligaciones laborales.

Atendiendo al lugar de la instalación, sería evidentemente contrario al Derecho a la Intimidad, el hecho de que los mencionados instrumentos se hubiesen ubicado en dependencias donde no se desarrolla la actividad laboral propiamente dicha, como son los lugares de descanso o esparcimiento, aseos, vestuarios o comedores.

**d) Privacidad y Uso de Redes Sociales.**

**DE LAS HERAS**, citando a **NEGROPONTE**, señala que vivimos en una época en la que junto al espacio analógico o natural emerge

un nuevo espacio, el espacio digital, junto al mundo de los átomos, el mundo de los bits<sup>48</sup>, metáfora que encuentra unas de sus principales aplicaciones en las Redes Sociales, uno de los instrumentos de comunicación y fraternización de mayor utilización en nuestra época y también causante de uno de los debates sobre conflictos labores más reciente.

Es importante destacar que, si bien no necesariamente el uso de Redes Sociales se ve relacionado con la Facultad de Verificación ejercida por el empleador que hemos venido tratando, su inexorable apajamiento con la tecnología y la protección de la privacidad hace necesaria una breve reflexión sobre el tema.

Tal y como ya hemos señalado en otros foros, las Redes Sociales han entrado a la vida de las personas de todo el mundo, y lo han hecho para quedarse. Estas herramientas, son utilizadas mayoritariamente por usuarios como parte de actividades de recreación y ocio, que le permiten a la persona en el fondo, la formación y sostenimiento de relaciones de cualquier naturaleza con sus semejantes, de forma sorprendentemente exitosa. El trabajador, como ser humano, no deja de lado el uso de estos espacios virtuales.<sup>49</sup>

No obstante, también debe hacerse notar que «(l)a jurisprudencia y las aproximaciones científicas al uso indebido de Internet por parte de los trabajadores se han centrado principalmente en el análisis del uso que los trabajadores efectúan de las herramientas de la empresa para fines particulares (...)» y los conflictos que llegan a los tribunales «(...)

<sup>47</sup> Fernández Villazón, L.. (2003). Óp. Cit.

<sup>48</sup> De las Heras, T. (2010). Óp. Cit.

<sup>49</sup> Carro, Hernández, R.; Carro, Espinoza, G. (2012). Óp. Cit.

giran, por una parte, en torno a la cuestión de si el acceso a Internet para fines privados durante el tiempo de trabajo constituye o no un incumplimiento susceptible de ser sancionado con el despido y, por otra, en relación al debate sobre la facultad del empresario de acceder al ordenador que el trabajador utiliza con la finalidad de indagar sobre su uso efectivo.»<sup>50</sup>

Lo anterior no significa que la indebida utilización de las Redes Sociales no haya empezado a tener repercusiones en el ámbito laboral, sobre todo en el espacio del Poder Disciplinario<sup>51</sup>, pero también en las etapas de precontratación, para determinar información de los candidatos a puestos.<sup>52</sup>

Dicho esto, la cuestión primordial resulta ser la vinculación entre el Derecho a la Intimidad del trabajador y la verificación que pueda realizar el empleador de la utilización de las Redes Sociales que hagan los primeros.

De acuerdo con lo anterior, si bien es cierto, muchas de las Redes Sociales tienen niveles de privacidad, permitiendo a sus usuarios controlar quién puede o no leer lo que se publica en ellas, también estas Redes contienen en sus formatos, aplicaciones que

permiten la comunicación entre usuarios de manera absolutamente privada. Esto quiere decir que, dentro de las comunicaciones que pueden realizarse, el usuario puede escoger, entre que el mensaje sea observado por la totalidad de sus “amigos” virtuales, o que el mensaje sea leído sólo por una o varias personas determinadas que no estén relacionadas del todo con su ambiente laboral.

Si el Derecho a la Intimidad tiene como pilar fundamental el deseo de que la información de esa persona no sea divulgada, en el momento en que la misma es publicada para que un cierto número de personas la vean, se está renunciando de hecho a este Derecho, y las consecuencias legales de tales manifestaciones pueden ser negativas para su remitente.

Ahora bien, cabe señalar que desde nuestro punto de vista, considerando que al realizar manifestaciones o “publicaciones” en una Red Social, éstas tienen un carácter de cierta publicidad, lo ahí exteriorizado o publicado no puede verse cobijado por el Derecho a la Intimidad y podría estar sujeto a sanciones disciplinarias, pero se coincide con **NÚÑEZ ABOITIZ** cuando indica que si el trabajador opta por dotar de la máxima privacidad a las

50 Núñez Aboitiz, V. (2012). Uso extralaboral de Nuevas Tecnologías de Internet: efectos sobre la relación laboral. Revista Relaciones Laborales, No 13, Sección Doctrina, Julio.

51 Ver Carro, Hernández, R.; Carro, Espinoza, G. (2012). Redes Sociales y el Despido Sanción. Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. No. 9. 117-124. Enero; Núñez Aboitiz, V. (2012). Uso extralaboral de Nuevas Tecnologías de Internet: efectos sobre la relación laboral. Revista Relaciones Laborales, No 13, Sección Doctrina, Julio y Mello, J. (2012). Social Media, Employee Privacy and Concerted Activity: Brave New World or Big Brother? *Labor Law Journal*, Vol. 63, No. 3.

52 De acuerdo con **MELLO**, una encuesta realizada por la *Society for Human Resources Management* en 2011 a ejecutivos de recursos humanos, encontró que 18 por ciento de las organizaciones estaba usando sitios de redes sociales para obtener información, en lugar de contratar, a sus solicitantes de empleo. De este grupo, 15 por ciento estaban usando la información obtenida a través de motores de búsqueda para descalificar candidatos y el 30 por ciento había utilizado la información encontrada en los sitios de redes sociales para descalificar a el postulante. Asimismo, un estudio más general encontró que el 95 por ciento de los empleadores admitió el uso de sitios de redes sociales para descubrir más información sobre los candidatos, y una tercera encuesta encontró que el 45 por ciento de los empleadores utilizan en la investigación de sus candidatos sitios de redes sociales como parte de la evaluación rutinaria.

informaciones contenidas en su perfil de la red social sería posible discutir el acceso de la empresa, ya que éstas serían únicamente accesibles por el trabajador.<sup>53</sup>

#### **d.1.) Pautas para el Equilibrio entre la Actuación Patronal y la Protección de la Intimidad del Trabajador en el uso de Redes Sociales.**

No omitimos mencionar que debido a la falta de sentencias de los Tribunales, que nos permitan tener clara su posición en cuanto al uso de Redes Sociales, la normativa que la propia empresa dicte será el punto central del debate, si algún caso llegara a juicio, y por lo tanto será el fundamento para cualquier debate legal. Ahora bien, entendemos que serán los propios jueces los que determinen en última instancia, la legalidad de este tipo de políticas, de ahí la importancia de apegarse a los principios generales expuestos en este escrito para encontrar un balance entre los intereses empresariales y los Derechos Fundamentales de los empleados.

Si bien basado en el Poder de Dirección el empleador puede prohibir a sus empleados el uso de Redes Sociales durante la jornada laboral de una manera válida y apegada a derecho, no puede controlar ni prohibir el ingreso a estas Redes una vez concluida la jornada.

Consideramos que si se han puesto reglas de una forma clara y concreta, será posible que los trabajadores eviten actuaciones merecedoras de una sanción laboral, y en caso contrario le permitirá al empleador proceder a la imposición del régimen disciplinario a aquel trabajador que, fuera de

53 Núñez Aboitiz, V. (2012). *Óp. Cit.*

horas laborales, cometa alguna infracción a las políticas de la empresa de esta índole, en el tanto y en el cuanto el comportamiento extra-laboral sea contradictorio con las labores debidas.

## **V- Comentarios Finales.**

No existen fórmulas mágicas o ajustadas para la correcta resolución de conflictos cuando del Derecho se trata. Esta afirmación se ve solo robustecida cuando nos referimos la Derecho del Trabajo, y sobre todo a su relación con Derechos Fundamentales, debido al factor humano que está en juego.

El tema expuesto en este artículo, lejos de considerarse totalmente explorado, solo irá adquiriendo complejidad con el devenir de los tiempos y la paralela modernización de los aspectos tecnológicos que el día de hoy reinan nuestras vidas, y por su puesto los centros laborales.

No queda margen de duda cuando se señala la debida y necesaria protección de los derechos fundamentales del trabajador, siempre con la intención de evitar retornos a aquellas manifestaciones de feudalismo industrial repugnan al Estado Social y Democrático de Derecho, de acuerdo al Tribunal Constitucional Español.

Existiendo tanto en nuestra Constitución Política como Código de Trabajo suficientes recursos normativos, es deber del operador jurídico realizar adecuadas interpretaciones, que por un lado cobijen de forma idónea al empleado, y por el otro le permitan al empleador actuar conforme a las necesidades empresariales que así lo requieran.