

Ponderación de lo Regulado en el Artículo 196 bis del
Código Penal Costarricense y la Intervención
del Patrono en la Revisión del
Correo Electrónico del Trabajador.

*UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA
VICERRECTORÍA ACADÉMICA
SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO*

*PROGRAMA:
MAESTRÍA EN DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL*

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN:

*Ponderación de lo Regulado en el Artículo 196 bis
del Código Penal Costarricense y la Intervención
del Patrono en la Revisión del Correo Electrónico
del Trabajador.*

*Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de
Master en Derecho del Trabajo y Seguridad Social*

*Por:
Luz Adina Reyes Reyes*

*San José, Costa Rica
2008*

TABLA DE CONTENIDO

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN.....	2
1.1.1 DEL PROBLEMA.....	3
1.1.2 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL PROBLEMA.....	5
1.2 OBJETIVOS.....	8
1.2.1 OBJETIVO GENERAL.....	7
1.2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	7
CAPÍTULO 2. ANTECEDENTES TEÓRICOS.....	9
2.1. CONCEPTOS GENERALES.....	9
2.2. RESEÑA HISTORICA DEL CORREO ELECTRÓNICO.....	11
2.3. CLASIFICACIÓN SEGÚN SU NATURALEZA JURÍDICA.....	13
2.4. MECANISMOS DE CONTROL POR PARTE DEL EMPLEADOR.....	17
2.5. SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO.....	23
DERECHOS Y DEBERES DEL PATRONO Y EL TRABAJADOR.....	25
CAPÍTULO 3. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN.....	31
3.1. DERECHO DE LA INTIMIDAD.....	33
3.2. DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS.....	34
3.3. DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.....	35
3.4. EL CONTROL DEL E-MAIL POR PARTE DEL PATRONO Y LOS EFECTOS SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE SU TITULAR.....	38
CONSENTIMIENTO DEL TRABAJADOR COMO DERECHOHABIENTE.....	58
CAPÍTULO 4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	62
CAPÍTULO 5. BIBLIOGRAFÍA.....	71

Capítulo 1. Introducción

El desarrollo vertiginoso de las comunicaciones, ligado a los avances tecnológicos, revolucionó todos los campos de acción de la humanidad, en tiempo, lugar y espacio.

La información que circula, en la actualidad, por múltiples medios, es más eficiente y rápida que hace unos años atrás. Desde el envío tradicional de una carta, en una simple hoja de papel, inserta en un pequeño sobre, como medio de comunicación donde se daba respaldo a toda nuestra información personal, sentimental, familiar, laboral, bancaria, comercial, etc., como el uso de aquellos grandes aparatos fotográficos, donde el fotógrafo cubría su rostro con una manta para la toma precisa de una imagen que respaldará en el tiempo un preciso acontecimiento, hechos anteriores que actualmente no tienen vigencia.

En este tiempo, de la llamada revolución de la cibernética, la información sobre nuestras actividades personales como laborales y comerciales son enviadas y transmitidas por medio de una serie de medios, que en cuestión de segundos viajan y son recibidos por medio del correo electrónico o bien, por medio de pequeños aparatos, capaces de captar imágenes las cuales pueden, también, ser modificadas según nuestros gustos.

1.1.1. Del problema

El uso del correo electrónico ha logrado convertirse en una actividad simple y cotidiana de cualquier persona y empresa. No obstante, para las empresas e instituciones, sean públicas o privadas, el uso del correo electrónico facilita los procesos de comunicación en distintos ámbitos laborales, razón por la cual el uso de esta herramienta, más que un lujo, pasó a ser una necesidad para el cumplimiento de objetivos y metas estratégicas de cada institución; vemos, entonces, como su uso facilita las comunicaciones desde cualquier parte del mundo y sobre todo a costos muy bajos.

No obstante lo anterior, las empresas deben estar claras que dicha herramienta la utilizan personas (funcionarios-trabajadores) que no siempre realizan un eficiente uso de los medios electrónicos que se les facilitan, para el desempeño de labores cotidianas, por lo que la implantación de las nuevas tecnologías de la información en las empresas e instituciones, como lo es el Internet, correo electrónico, etc., tiene una doble vertiente, ya que si bien, se considera indispensable para el correcto y competitivo funcionamiento de cualquier empresa y conlleva muchas ventajas tal y como se resaltó líneas atrás; también, conlleva el implementar “usos, controles y herramientas” para regular los comportamientos laborales de determinados trabajadores que pueden ir en contra de los intereses de la empresa o institución y además, considerarse desleales e incluso delictivos, acciones que van a incidir directa o indirectamente con las funciones propias para las cuales fue contratado el

trabajador y, por ende, se manifiesten consecuencias en el rendimiento e imagen.

Con el marco perceptivo antes descrito, puede formularse la siguiente pregunta, que se transformaría consecuentemente en un grave problema para las instituciones tanto públicas como privadas:

¿Pueden los patronos acceder, manipular, suprimir, interceptar alterar, etc., los correos electrónicos de sus trabajadores?

Con el presente trabajo, se busca determinar si los mecanismos de seguridad y software que utilizan las empresas e instituciones como herramientas tecnológicas como las señaladas anteriormente, y que ponen a disposición de sus trabajadores para el desarrollo normal de su trabajo, pueden ser accedidas por parte de los patronos y verificar todo lo realizado por el trabajador durante su jornada laboral. Lo anterior, al amparo del poder de dirección y control que les asiste, sin obviar o vulnerar principios y derechos fundamentales del individuo como ser humano; como por ejemplo: la confidencialidad de la información de los trabajadores y la inviolabilidad de las comunicaciones que tutela la información personal o privada de la persona, según lo normado por el artículo 24 de nuestra Constitución Política y el artículo 196 bis del Código Penal.

1.1.2. Justificación e importancia del problema

El presente trabajo pretende lograr determinar el marco de acción y control que poseen los patronos, con los medios electrónicos (Internet, correo electrónico etc.) que ponen a disposición de sus trabajadores, esto en función de lo establecido en el artículo 196 bis del Código Penal Costarricense, que al respecto señala:

Art. 196 bis: “Violación de comunicaciones electrónicas. Será reprimida con pena de prisión de seis meses a dos años, la persona que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere, accese, modifique, altere, suprima, intercepte, interfiera, utilice, difunda o desvíe de su destino, mensajes, datos e imágenes contenidas en soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos. La pena será de uno a tres años de prisión, si las acciones descritas en el párrafo anterior, son realizadas por personas encargadas de los soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos”.

También, ver el alcance de las facultades patronales en cuanto a tener acceso al Correo Electrónico de sus trabajadores, asimismo de toda la información que este medio resguarda, lo que reavivará el debate sobre la licitud o ilicitud de dichas acciones, esto en función de la Jurisprudencia existente en nuestro país y los principios constitucionales; así como lo desarrollado doctrinalmente al respecto, incluso, considerando el Derecho Comparado de otros países, en vista de que no existe un marco legal claro que regule el uso abusivo de la

herramienta de Internet y del Correo Electrónico laboral, que pueda considerarlo como situaciones de ausentismo laboral.

Es una realidad, la importancia que tiene el presente tema, e igualmente, el vacío legal sobre si el patrono puede tener o no acceso directo e inmediato a los correos electrónicos o las navegaciones que por Internet realicen sus trabajadores; sobre el particular, se debe recordar que el patrono al menos en el Sector Público cuenta con las potestades de In Vigilando regulado en el artículo 102, inciso b) de la Ley General de la Administración Pública que deben realizar con todos sus trabajadores; razón por la cual, dentro de sus facultades y responsabilidades estarían adoptar las medidas más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento efectivo de las obligaciones y deberes laborales; por lo que se analizarán si estas facultades son suficientes para no respetar lo normado en el artículo 196 bis del Código Penal y el artículo 24 de la Constitución Política, o si por el contrario, nuestra Legislación deja desprotegido al Sector Patronal, inclinando la balanza al Sector Obrero “trabajadores”.

Con el desarrollo de la presente investigación, también, se tratará de explicar el funcionamiento del correo electrónico, dimensionado en el ciberespacio, sus características, descripción, clases y la estrecha relación que existe entre las facultades del patrono (potestades de in vigilando) y el derecho de los trabajadores sobre la inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas al

amparo de la jurisprudencia nacional y resoluciones de relevancia que otros países han emitido sobre el tema en cuestión.

1.2. Objetivos

Para el desarrollo del presente trabajo se plantean los siguientes objetivos generales y específicos:

1.2.1 Objetivo General:

Determinar el marco de acción y facultades que poseen los patronos para vigilar y tener acceso a la información que envían y reciben sus trabajadores, a través del equipo asignado por la empresa, para el desarrollo propio de sus funciones.

1.2.2 Objetivos Específicos:

- Entender en que consiste la utilidad del correo electrónico.
- Explicar el funcionamiento del correo electrónico.
- Establecer la importancia legal que posee el artículo 24 de la Constitución Política, en la Jurisprudencia Costarricense.
- Comparar la importancia legal que posee el artículo 196 bis del Código Penal, inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas versus el derecho de los patronos de ejercer los controles necesarios.

- Detallar por medio del Derecho Comparado en otros países, la regulación existente, sobre el tema central del presente trabajo.
- Indicar el marco de acción que pueden tener los patronos al enfrentarse al derecho de confidencialidad de la información de los trabajadores.
- Establecer legalmente si los patronos pueden ejercer el derecho de control que establece los principios del Código de Trabajo, sin violentar los principios Constitucionales de la confidencialidad de la información que poseen los trabajadores.

Capítulo 2. Antecedentes Teóricos

Se muestra a continuación, de manera sistemática, el conjunto de antecedentes teóricos, que sirven de base para el desarrollo del estudio.

2.1. Conceptos Generales

El Correo Electrónico es conocido como e-mail, el cual es un recurso tecnológico que le permite a las personas o empresas comunicarse desde cualquier parte del mundo y con cualquier persona, a través del Internet.

En la actualidad, nos encontramos en una era denominada la era de la información, lo que significa que, al llegar la Internet y las nuevas tecnologías, la acción de las comunicaciones, ya no es tan compleja y lenta como antes, pues los medios de comunicación masiva, nos permiten mantenernos informados y actualizados a cada minuto, de aquellos temas y asuntos que más nos interesan, así como de los hechos que acontecen en el mundo.

No obstante, antes de tratar de definir lo más detalladamente posible la palabra de correo electrónico y su historia, es necesario ubicar dónde se desarrolla, el ciberespacio y cuál es su concepto.

Ciberespacio: Conjunto de actividades digitales almacenadas automáticamente en memorias electrónicas siempre en desarrollo. El

ciberespacio es sinónimo de inmaterialidad, donde conceptos simbólicos como el sobre postal desaparecen y se desmaterializan, no así la privacidad de la correspondencia.¹

Correo Electrónico: es similar al correo postal. Al igual que éste se utiliza para enviar cartas u otra información a gente conocida. Sin embargo, el Correo Electrónico, en lugar de ser repartido a domicilio por un servicio postal (o sea: cartero), éste se envía a través de una red de ordenadores, al ordenador que utiliza la persona a quien va dirigido. El Correo Electrónico se emplea mayormente para los mismos propósitos que el correo postal, excepto que no se puede utilizar para enviar objetos físicos, razón por la cual, a diferencia del servicio postal ordinario, que invierte varios días para llegar a su destino final, el correo electrónico sólo requiere segundos o minutos.

Según lo define la Real Academia Española, el Correo Electrónico es un “sistema de comunicación personal por ordenador a través de redes informáticas”²

Otros autores lo han definido como una forma de intercambio de información en la que se envían mensajes de un Ordenador personal o Terminal a otro, vía módems y sistemas de telecomunicaciones. Sistema que permite la emisión y recepción de mensajes. Igualmente, se puede definir como el conjunto de

¹ <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=345>

² Diccionario de la Lengua Española, “Real Academia Española”, Versión 2001, <http://www.rae.es>

datos significativos y pertinentes que describen sucesos o entidades, siendo estos datos, hechos que describen sucesos de entidades, de tal forma que “datos” es un término en plural que se refiere a más de un hecho.^{3, 4, 5}

2.2. Reseña Histórica del Correo Electrónico

Según indagaciones, el inicio del Correo Electrónico surge con el informático **Leonard Klein-rock**, quien en el año 1969 envió el primer correo electrónico, a su compañero en la Universidad de Stanford, en California.

Posteriormente, el impulsor del correo electrónico fue el Ingeniero **Ray Tomlinson** en 1971, quien lo consideró un invento importante, donde su gran difusión promueve servicios para chequear una cuenta POP, desde cualquier navegador, y donde el gobierno de Estados Unidos lo contrata para construir la red Arpanet (la precursora del Internet), tuvo la idea de crear un sistema para enviar y recibir mensajes por red. Tomlinson decide utilizar el arroba que en inglés se lee “at (en tal lugar)” para especificar el destinatario del mensaje, mensaje que se envió a sí mismo y dio inicio a la era del e-mail.

Larry Robert, en julio de 1971, crea el primer programa de gestión de correo electrónico denominado RD, con las siguientes facilidades: listar, leer

³ http://77.wikipedia.org/wiki/corre_electrA3nico

⁴ Ex.wikipedia.org/wiki/Coreo_electronico-64k

⁵ www.instisec.como/publico/verarticulo.asp?id=29-19k-

condicionadamente, archivar, responder o enviar mensajes, ordenar mensajes según fecha o asunto.

Barry Wessler, poco tiempo después creó NRD, esto a partir del programa anterior, no obstante, agrega nuevas características como la posibilidad de borrar mensajes.

Marty Yoke, crea el programa WRD, el cual permite el envío y lectura de mensajes, con un entorno más cómodo para los usuarios, posteriormente, varía su nombre a BANANARD.

John Vittal, renovó y mejoró el programa anterior, permitiendo el envío de mensajes o direccional automáticamente las respuestas.

Es así, que el correo electrónico se extendió en los años setentas y en la década de los ochentas en forma moderada y gradual, pues éste se planteaba como un medio de intercambio de información para grupos pequeños y selectos. No obstante, en la actualidad, el Correo Electrónico se ha extendido en forma masiva a millones de usuarios alrededor del mundo, colocándolo en el servicio más utilizado en los últimos tiempos, para el intercambio de información.

2.3. Clasificación según su Naturaleza Jurídica

Tal y como se ha logrado determinar hasta este momento, el Correo Electrónico es un servicio de mensajería electrónica, donde se pueden recibir y enviar mensajes, cuyo objeto principal es la comunicación de textos, imágenes, mensajes, fotos, etc, entre el emisor “originador” y el receptor “destinatarios” desarrollado en equipos informáticos y enlaces de comunicaciones.

Ahora bien, antes de entrar a detallar la naturaleza Jurídica del Correo Electrónico, hay que determinar sus características y beneficios:

a) Características:

1. Multiplicidad, ubicación y dispersión: desde su envío, hasta su recibo se generan un sin número de correos, dependiendo del punto de salida y llegada.
2. Copias de seguridad: (backup). Actualmente, esta herramienta permite a los usuarios poseer sistemas de seguridad en sus correos que permiten que sean accesados única y exclusivamente por el usuario a quien fue destinado, igualmente, facilita a los proveedores de servicio, manejar copias de respaldo por parte del operador donde se genera, resguardándolos de manera segura.

b) Beneficios o Bondades.

- 1- Se pueden enviar mensajes en todo momento y a cualquier lugar del mundo.
- 2- Se puede remitir el mensaje a varias personas al mismo tiempo.
- 3- Ahorro de tiempo, en vista de que el remitir un correo electrónico es rápido, comparado con el envío de una carta postal.
- 4- Los documentos se pueden editar, enviarlos y devolver revisadas varias versiones, de un mismo documento.
- 5- Facilita en forma eficiente y eficaz las labores de las oficinas, ya que pueden comunicarse varias personas y departamentos en un mismo momento, utilizando una misma información.
- 6- El uso del correo electrónico es muy económico.

c) Naturaleza jurídica:

- 1- *Conjunto de Datos:* El Correo Electrónico es un conjunto de datos personales del usuario y como tal, su manipulación se encuentra supeditada a las normas relativas a la protección de éstos. Con los datos obtenidos a través de una cuenta de correo se puede constituir el perfil de un usuario, quedando vulnerado con ello su intimidad y su ámbito privado.
- 2- *Transmisor de material protegido por derechos de autor:* se interpretará desde la perspectiva en el tanto por ese medio de comunicación se trasmitan

obras literarias, científicas o artísticas, esto, pues dicha herramienta permite el trasiego de documentos en formato de texto, imagen, sonido, etc., por lo que toda la información será protegida y cubierta por la normativa existente en nuestro país y Tratados Internacionales que traten el tema de los derechos de autor y propiedad intelectual.

3- *Tipos de Correo Electrónico.* Los tipos de correo electrónico que existen, dependen de quien sea el propietario de la cuenta, por lo que se puede individualizar a:

3.1. Privado: es el medio por el cual un usuario en forma directa posee una cuenta proporcionada por algún proveedor de servicios (yahoo, hot mail, etc.), sea ésta en forma gratuita o mediante un pago, pero en ambos casos queda supeditado a las norma de seguridad y de uso de la cuenta que acepta en el momento de realizar la suscripción.

Este tipo de correo es estrictamente personal y, por ende, está protegido como una correspondencia inviolable, no pudiendo en principio establecerse ningún tipo de excepción, lo que significa que no puede ser manipulado, interceptado, intervenido o alterado de alguna forma si no se posee una autorización por parte del receptor o por medio de una orden judicial, pues está protegida su intimidad como un derecho fundamental consagrado por nuestra Constitución Política en el artículo 24 el cual en lo que interesa establece.

” Se garantiza el derecho a la intimidad y a la libertad y el secreto de las comunicaciones.

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales y de cualquier otro tipo de los habitantes de la República.....”.

Derecho que como bien lo ha indicado la Sala Constitucional en múltiples votos se trata de un fuero de protección a la vida privada de los individuos, y en donde la intimidad va a estar formada por una serie de fenómenos, comportamientos datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de terceros.

3.2. *Empresarial y/o Laboral:* es el medio por el cual la empresa ha contratado un dominio propio o cuenta, y en cuya dirección figura su nombre o las iniciales, de tal forma que es una herramienta proporcionada por el patrono cuando así lo determine a sus empleados y se da tanto en el Sector Público como en el Privado, quedando plenamente identificado la dirección del funcionario con cada correo enviado; en este caso en particular, el usuario como tal no es el dueño de la cuenta, sino que es el patrono, herramienta que pone a disposición de sus trabajadores para el cumplimiento de sus obligaciones laborales.

Dado lo anterior, se tratará de determinar con el desarrolló del presente trabajo, si el patrono, tiene derechos de disposición y control sobre dichas cuentas y,

por ende, de la información, si de previo la empresa advierte al trabajador los derechos, obligaciones y restricciones que asume con su uso.

2.4. Mecanismos de Control por parte del Empleador

Siendo el patrono el dueño de la cuenta del correo electrónico que pone a disposición de sus trabajadores, desde el punto de vista técnico, se podría indicar que le asiste el derecho y potestad de fiscalizar el uso que sus empleados hagan de las herramientas de trabajo, por lo que utilizará mecanismos de control e inspección, para lo cual en principio no necesita previo aviso, autorización, pues el derecho de intimidad personal e inviolabilidad de las comunicaciones cede frente a la potestad que tiene todo patrono de dirigir y controlar la actividad laboral de sus trabajadores, asegurándose que su uso sea estrictamente para fines laborales, en vista de que está en riesgo la imagen de la empresa o institución con las actuaciones personales del trabajador, máxime que actualmente la Ley número 8292 que es la Ley General de Control Interno, le exige y confiere facultades legales a los patronos para ejercer y establecer mecanismos de control para el eficiente y eficaz funcionamiento de la empresa en aras de salvaguardar los activos fijos y tener mayores herramientas en el monitoreo de los controles financieros.

Valga mencionar que dentro de este contexto, debe el patrono realizar una serie de acciones como por ejemplo: documentar, actualizar, divulgar, proteger y conservar entre otros, políticas y procedimientos sobre la autoridad y

responsabilidad, tanto de los jefes como de los subordinados, respeto del uso de todos los recursos que se asignan para el buen desempeño del trabajo. Lo anterior, bajo so pena de que ante cualquier incumplimiento se acrediten sanciones disciplinarias. Siendo, entonces, necesarios que los trabajadores se conduzcan bajo los valores de integridad, excelencia y lealtad.

Todo lo anterior analizado desde el punto de vista técnico, punto que se verá más adelante confrontado con el punto de vista jurídico (principio de legalidad), para poder así, determinar el rango de acción, que faculta y posee el patrono.

Retomando el tema que nos interesa, hay que señalar que normalmente ese control se realiza en dos niveles de monitoreo: un primer nivel conocido como de **entradas y salidas** de la información, o sea su destino y remitente, donde los patronos por el tamaño del documento o archivo permiten, o no su acceso al empleado, igualmente, con direcciones de correo electrónico previamente eliminadas o bloqueadas, que impide que el funcionario reciba o envíe información de dichas cuentas o direcciones y un segundo nivel de **sus contenidos**, es de esta forma que se logra diferenciar si se trata de cuentas de correo pop, web o en servidores de correo corporativo.

Estas cuentas de correo pop pueden ser revisadas en cualquier momento por los administradores del sistema que tienen acceso al servidor pop, incluso toda la información puede ser reenviada y archivada en otra cuenta. Si se accede a este servidor desde la red de otra empresa distinta de la que gestiona

el servicio pop, se puede rastrear con un sniffer el nombre de la cuenta y la contraseña, y posteriormente, hacer una nueva conexión.

Se debe entender la definición que la informática le da a un **packet sniffer**, así como los usos que se le pueden dar, información obtenida de dirección electrónica www.wikipedia.com Wikipedia, la enciclopedia libre que al respecto señala: "...un paquete sniffer es un programa de captura de las tramas de red. Generalmente, se usa para gestionar la red con una finalidad docente, aunque también, puede ser utilizado con fines maliciosos.

Es algo común que, por topología de la red y necesidad material, el medio de transmisión (cable coaxial, UTP, fibra óptica, etc.) sea compartido por varias computadoras y dispositivos de red, lo que hace posible que un ordenador capture las tramas de información no destinadas a él. Para conseguir esto, el sniffer coloca la tarjeta de red o NIC en un estado conocido como "modo promiscuo" en el cual en la capa de enlace de datos (ver niveles OSI) no son descartadas las tramas no destinadas a la MAC address de la tarjeta; de esta manera, se puede obtener (sniffiar) todo tipo de información de cualquier aparato conectado a la red como contraseñas, e-mail, conversaciones de chat o cualquier otro tipo de información personal (por lo que son muy usados por crackers, aunque también suelen ser usados para realizar comprobaciones y solucionar problemas en la red de modo legal).....".

Actualmente, existe una serie de programas como por ejemplo el Spector que permite al patrono generar automáticamente imágenes de la PC del trabajador y darse cuenta de cómo labora determinado empleado y la forma cómo utiliza su tiempo dentro de la empresa.

Los principales usos que se le pueden dar son:

- Captura automática de contraseñas enviadas en claro y nombres de usuario de la red. Esta capacidad es utilizada en muchas ocasiones por crackers para atacar sistemas a posteriori.
- Conversión del tráfico de red en un formato entendible por los humanos.
- Análisis de fallos para descubrir problemas en la red, tales como: ¿porqué el ordenador A no puede establecer una comunicación con el ordenador B?
- Medición del tráfico, mediante el cual es posible descubrir cuellos de botella en algún lugar de la red.
- Detección de intrusos, con el fin de descubrir hackers. Aunque para ello existen programas específicos llamados IDS (Intrusion Detection System, Sistema de Detección de intrusos), estos son prácticamente sniffers con funcionalidades específicas.
- Creación de registros de red, de modo que los hackers no puedan detectar que están siendo investigados.

No obstante, el engranaje que existe entre el derecho del trabajador y el derecho del patrono con fundamento en lo regulado por el Código de Trabajo artículo 81 inciso i) y 72 inciso d), Constitución Política artículo 24 y el Código Penal artículo 196 bis, no ha existido un criterio uniforme y unánime, según las variadas interpretaciones que rescatan las resoluciones 2003-00744 y 2003-00797 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

Según dicha Jurisprudencia hay que tener en cuenta varias aristas como el mal uso de la herramienta de trabajo, si hubo un mero abandono de labores, o si fue incumplimiento de órdenes de trabajo, así como un quebranto de las buenas conductas morales y éticas, considerando el contenido de los correos, además, daños a la imagen de la empresa o institución, esto para lograr determinar la trascendencia del hecho o posible falta en conjunción con la utilización de la herramienta del patrono, puesta a disposición del empleado, para el ejercicio propio de las funciones para las cuales fue contratado.

Desde este mismo contexto, es importante rescatar lo indicado por Marniee Sisiee Guerrero Lobato, Máster en Dirección de Empresas y Máster en Derecho Laboral en la Revista de Derecho y Tecnologías de la Información, No. 3-2005. UNED, Costa Rica; por cuanto según su criterio *“Si el trabajador utiliza el correo para asuntos personales, está incurriendo en falta al contrato de trabajo, al estar utilizando una herramienta laboral para fines personales y ejerciendo acciones sobre las que no ha sido autorizado por el servidor que le proporciona el servicio, no solo es el hecho de utilizar una herramienta de*

trabajo, sino el tiempo que se invierte en los correos electrónicos, tiempo que es pagado por la empresa, para realizar funciones diferentes a las que está empleando dicho tiempo -atender asuntos personales-, lo que se califica como abandono de labores, falta al contrato de trabajo, que hace acreedor al trabajador de una sanción, ello dependiendo de la reiteración de dicha falta, puede ser hasta un despido sin responsabilidad patronal, (artículo 81, literal i) del Código de Trabajo), se pone en peligro la imagen de la empresa, la vulnerabilidad de la seguridad de las comunicaciones de la empresa y sobre todo la actuación en nombre de la empresa, a través del nombre de dominio que determina la identidad del empresario, por esa razón se ve como excepción al derecho de intimidad, el autorizar el control patronal sobre el contenido del correo, por cuanto la cuenta de correo no es privada, sino propiedad del patrono, para el trasiego de documentos laborales”.

De lo expuesto anteriormente, se puede inferir que el patrono cuenta con el ejercicio de ese poder de dirección y control, al establecer los mecanismos técnicos, como programas y equipos que permitan verificar que sus trabajadores llevan a cabo un uso correcto del correo electrónico, y del acceso a Internet, ya que son instrumentos que el patrono ha puesto a disposición del trabajador para el cumplimiento de su prestación laboral.

No obstante, tal circunstancia no faculta al patrono para que en forma indiscriminada y sin la autorización respectiva accese, cuándo y cómo lo desee, al contenido de los mensajes que emite y recibe el trabajador, pues con dicho

actuar, estarían violentándose los derechos fundamentales como: el derecho a la intimidad, libre comunicación de las personas y el derecho a la libre expresión regulados tanto en el Código Penal y en la Constitución Política, además, de considerar lo que ha establecido la Jurisprudencia sobre todos los elementos que se deben valorar para considerar dicha actuación como un incumplimiento laboral y un abandono de trabajo.

2.5. Sobre el Contrato de Trabajo

Cuando existe una relación laboral, normalmente regulada por medio de un contrato de trabajo, que vincule directamente al patrono con el empleado, se da en principio el derecho del patrono de controlar el uso del Correo Electrónico que realizan sus trabajadores. Según lo establece el artículo 1 del Código de Trabajo el Contrato Laboral se define “(...) *es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otras sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta y por una remuneración de cualquier clase o forma. Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe.*”

Se podría deducir que en la actualidad y vista la utilidad, eficiencia, practicidad y rapidez del Correo Electrónico, éste es considerado como una herramienta más de trabajo que el patrono pone a disposición de sus empleados, lo cual se debe analizar desde la perspectiva de los derechos y deberes de las partes, tal

y como lo establece el artículo 18 del Código de Trabajo que señala que el *“Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquel en que una personal se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma. Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe.”*

Lo anterior, siempre contemplando como premisa la buena fe, según lo normado en el artículo 19 de este mismo cuerpo legal; y sobre todo, la subordinación jurídica como elemento indispensable de toda relación laboral, definida por el tratadista Guillermo Cabanellas, en su libro CONTRATO DE TRABAJO, como: *“el estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contrato; y que proviene de la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra parte (...) es un estado de dependencia real producido por el derecho del empleador de dirigir y dar órdenes, y la correlativa obligación del empleado de obedecerlas (...)” por lo que basta con que exista no la posibilidad de dar órdenes, sino el derecho de hacerlo y de sustituir su voluntad a la de quien presta el servicio, cuando el que ordena lo juzgue necesario”.*

Derechos y Deberes del Patrono y el Trabajador

Siendo que en todo contrato laboral debe estar presente la buena fe de las partes, pues no se puede dejar de lado que en la relación laboral se realiza un juego de intereses, donde el empleador quiere una mayor producción y el trabajador una mayor protección, desde esa misma línea hay que tener muy presente la importancia que reviste el principio de buena fe contractual, ya que es precisamente este principio el que conforma el marco de acción sobre el que se desenvuelven los derechos y obligaciones del trabajador y del empleador en el contrato laboral. De conformidad con lo anterior, el artículo 19 del Código de Trabajo dispone: *“El contrato de trabajo obliga tanto a lo que se expresa en él, como a las consecuencias que del mismo deriven según la buena fe, la equidad, el uso, la costumbre y la ley. (...)”*

Hay autores como Carlos A. Toselli, en su libro “Derecho del Trabajador y la Seguridad Social” Alveroni, Córdoba, 2002, Tomo I, que señalan que en esta materia del Derecho Laboral, el patrón con que se debe juzgar si ha existido buena fe o no, es el del buen empleador y el buen trabajador, “es decir, que el comportamiento del trabajador, debe ser acorde con lo que las circunstancias determinan que corresponde para un buen empleador y un buen trabajador (obviamente que ello es en abstracto, y después va a ser determinado por una apreciación en el caso puntual); pero la regla es ésa, que en esos supuestos debe actuarse de esa manera, y la buena fe es tanto subjetiva (en cuanto al comportamiento), como objetiva (en lo que hace a la lealtad)...”.

El autor Vázquez Vialard, Antonio, en su libro el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, segunda edición, Astrea, Buenos Aires, 1981, Tomo I, expone: que “dicho principio comprende el deber de actuar con fidelidad. Obliga a un modo de obrar – en lo referente a las obligaciones, tanto de cumplimiento como éticas-, honesto, leal, prudente, veraz, diligente, fiel al compromiso, desechando todo engaño y perjuicio y evitando trampas, abusos y desvirtuaciones....”.

Razón por la cual, hay que preguntarse si el empleado que utiliza el Correo Electrónico de la empresa para la remisión de mensajes privados y ajenos a motivos laborales, durante el horario cuando prestan servicios (horario de trabajo), sin conocimiento o autorización del patrono y consciente de que existe una prohibición expresa por utilizar dicho medio de comunicación para fines particulares, infringe este deber de buena fe; pareciera que desde este contexto el trabajador que utiliza su tiempo laboral enviado y recibiendo correos electrónicos extraños a sus labores, sin duda abusa de la confianza depositada por el patrono y desvirtúa el fin primordial que tiene la herramienta de trabajo que le fue asignada y con ello, infringe la buena fe que deber reinar en la relación laboral.

No hay duda que ante tales circunstancias, dicho principio se verá vulnerado, lo cual no significa necesariamente que esta violación habilite al empleador a despedir al trabajador en todos los casos. Habría que analizar el caso en concreto conforme con la gravedad de la conducta, como por ejemplo, que la

utilización indebida del correo de la empresa sea cualitativa y cuantitativamente significativa, cuál es la medida disciplinaria que puede utilizar el patrono para sancionar la irregularidad vinculada al uso de este medio tecnológico.

En conclusión, hay que considerar si el trabajador ha vulnerado el deber de buena fe y medir la gravedad de la falta, en función al daño sufrido por la empresa e institución, además el no acatar una orden, al hacer caso omiso a la normativa interna que le ha impartido su empleador, sobre la verificación y monitoreo de los correos que envían y reciben en su lugar de trabajo, en el marco de control de gestión de la empresa y de la facultad de control que le da la misma legislación laboral, y aún así, el trabajador no corrija su actuar.

Ante una situación como la indicada anteriormente, se puede afirmar que no se da una violación a tal principio por parte del patrono porque está haciendo uso de una prerrogativa otorgada por ley y porque el monitoreo será a posteriori a la comunicación al empleado, con lo que se desecha todo posible engaño y cualquier expectativa que pudiera tener el empleado sobre la privacidad de su correo.

En los artículos 69 y 71 del Código de Trabajo, se establece una lista base de obligaciones del patrono y trabajador respectivamente, lista que debemos sumarle las establecidas en otros artículos del presente Código, en su Reglamento, Leyes supletorias o conexas.

Hasta este momento, se podría considerar al amparo de lo normado en el Código de Trabajo y Ley General de la Administración Pública, que el trabajador, con sus actuaciones ha vulnerado la buena fe, al utilizar una herramienta de trabajo para uso personal, condición que le ha sido comunicado de previo y en forma expresa a sus trabajadores.

No obstante lo anterior, lo importante aquí es determinar que, si bien es cierto, el patrono cuenta con poderes de control y dirección, otorgados por el Código de Trabajo y la Ley de Control Interno, si además está facultado legalmente para acceder a la información que posee su trabajador en la herramienta de trabajo, o por el contrario, estaría infringiendo la violación a las comunicaciones electrónicas, con la revisión de los e-mails que envían y reciben en su lugar de trabajo el empleado a la luz de lo constitucionalmente establecido; interrogantes que se tratarán de dilucidar con el desarrollo del presente trabajo con el análisis de las normas y la jurisprudencia a la fecha existente.

Aparte de lo anterior, se debe considerar, también, lo establecido en el artículo 70 inciso i) del Código de Trabajo el cual regula las prohibiciones a los patronos, y expresamente señala: “.....Ejecutar cualquier acto que restrinja los derechos que el trabajador tiene conforme a la Ley.....”. Desde esta premisa se podría interpretar y aventurarnos de esta forma a una conclusión un poco anticipada en cuanto a indicar que el patrono no tendría acceso al Correo Electrónico de sus subordinados, al tratarse de comunicaciones que

tienen carácter privado, por lo que podría incurrir en el delito de violación de las comunicaciones electrónicas que establece el artículo 196 bis del Código Penal.

De igual forma en la anterior interpretación, se debe considerar que la herramienta que utiliza el trabajador es suministrada por el patrono única y exclusivamente para fines laborales, por lo que, en principio se tendrá que descartar estar ante comunicaciones privadas, tal y como lo establece la norma, más aún, si existe la prohibición expresa vía reglamento interno o política que regule el marco de acción con el que cuenta el trabajador.

Otro aspecto importante que se debe tomar en cuenta, para ir formándonos una opinión, es la conjugación o engranaje que existe entre el artículo 69, inciso d) y el artículo 72 inciso d) ambos del Código de Trabajo, los cuales establecen la obligación del patrono de suministrar a sus empleados en forma oportuna, los útiles, instrumentos y materiales necesarios para ejecutar el trabajo convenido; y por su parte, la prohibición del trabajador de usar los útiles y herramientas suministradas por el patrono, para objeto distinto de aquel a que están normalmente destinados.

Esta última actuación, la encasilla el Código de Trabajo como una falta grave, la cual faculta al patrono a dar por terminado el contrato de trabajo, sin responsabilidad patronal, esto en el tanto se haya apercibido al trabajador por una vez sobre el particular. (Artículo 81, inciso j).

Sobre esta misma línea, podemos citar al autor Miguel Bermúdez Cisneros, quien señala que: *“La disposición de los útiles de trabajo proporcionados por la empresa, no es libre, sino que está condicionada a que estos útiles o herramientas sean utilizados en trabajos propios para lo cual fueron diseñados por lo que no pasando dicha obligación desapercibida para el legislador, la fijó en el artículo 135 de la Ley al prohibir al trabajador usar los útiles y herramientas suministrados por el patrón, para objeto distinto de aquel a que están destinadas.”*

Capítulo 3. Análisis e Interpretación

En primer punto, se debe tener presente lo que establece el artículo 24 de la Constitución Política, y de los derechos que de él se derivan.

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

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

Igualmente, la Ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo.

Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente

esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial.

La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos.

Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión.

No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación.”

En consulta número C-003-2003 del 14 de enero del año 2003, la Procuraduría General de la República determinó que la norma antes referida garantiza los derechos fundamentales tales como la intimidad, inviolabilidad de los documentos privados, el secreto de las comunicaciones y el derecho a la autodeterminación informativa, por lo que dichos derechos encuentran su fundamento en la dignidad de la persona y la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida. Para este efecto, se desarrolla cada uno de ellos un poco más en detalle.

3.1. Derecho a la Intimidad

El derecho a la intimidad implica un derecho al libre desarrollo de la vida propia de los ciudadanos y plantea el problema de la privacidad, por lo que la intimidad está referida fundamentalmente a la vida interior, ajena a la relaciones que se mantienen con otros individuos; una esfera que le permite identificarse como ser humano y que se funda en que el ámbito de la libertad interior es instrumento para el desarrollo de la personalidad. No obstante, normalmente, se extiende el concepto de intimidad, a manera de identificarla con la privacidad. Asimismo, se extiende a ámbitos respectos de los cuales se establece una confidencialidad. Bajo ese concepto, se afirma el carácter confidencial de determinados datos. Lo confidencial está referido a información que se confía a alguien con la intención o ánimo de que no sea desvelado a los demás sin el consentimiento del interesado. (Procuraduría General de la República, C-003-2003, 14 de enero del 2003).

En igual sentido, el Diccionario de la Real Academia Española lo establece como: “Zona espiritual íntima y reservada a una persona o de un grupo, especialmente de una familia.”⁶

Sobre la misma línea de pensamiento de la jurista Matilde Zavalla de González, lo define como: “...El derecho personalísimo que protege la reserva espiritual de la vida privada del hombre, asegurando el libre desenvolvimiento de éste en lo personal, en sus expresiones y en sus afectos por lo que agrupa a este concepto lo concerniente a:

- a) la naturaleza jurídica de la institución: derecho personalísimo.
- b) El bien jurídico tutelado: la reserva.
- c) El ámbito en que éste se preserve: la vida privada del hombre.
- d) Sus proyecciones: el individuo mismo su exteriorización a través del lenguaje y la conducta, y los vínculos afectivos que lo unen a sus allegados y al lugar donde vive.
- e) La significación de este derecho como forma de manifestación de la libertad espiritual de la persona...”.

3.2 Derecho a la Inviolabilidad de los Documentos Privados

El Derecho de Inviolabilidad de los Documentos Privados podríamos interpretarlo como la obligación para toda persona distinta de su titular de guardar la reserva necesaria sobre dicha información o documentación. En sentido amplio, se podría decir que es toda información emitida de una parte a la otra,

⁶ Diccionario de la Lengua Española, “Real Academia Española”, Versión 2001, <http://www.rae.es>

o sea del emisor al receptor, donde este último limita la información recibida o no.

Sobre el particular nuestra Sala Constitucional bajo la resolución 2351-94 de las 14:39 del 17 de mayo de 1994 estableció “... *Hay que advertir que la privacidad y la confidencialidad de los datos o información que una empresa presente al órgano público no se pierde, porque ese tipo de información queda protegida por la propia disposición de la ley (artículo 273, Ley General de la Administración Pública). Una cosa es, pues, el derecho y la legitimación de un órgano del Estado para contar y tener la información necesaria proveniente de una empresa privada a los fines pertinentes, y otra muy diferente es que de ahí se derive un derecho para terceros de tener acceso a esa información.*”

Nuestra Constitución Política y los instrumentos internacionales protegen la inviolabilidad de la correspondencia escrita, oral o de cualquier tipo en tanto lo contenido en ella, entra en el ámbito de su intimidad. No obstante, debe quedar debidamente garantizado que dicha información y documentos atañen directamente a la esfera de la persona física o jurídica, por lo que necesariamente debe existir el nexo causal entre la información y la propia persona.

3.3 Derecho al Secreto de las Comunicaciones

Por mandato constitucional, según el artículo 24 de la Constitución Política las comunicaciones son inviolables, y sólo por la orden de un juez se puede

violentar dicho derecho, en vista de que están por encima de éste, otros derechos fundamentales que se deben proteger, por lo que solo el juez puede ordenar y regular dicha medida, e igualmente, si se cuenta con la autorización o consentimiento del titular de la información.

No obstante, los jueces no pueden delegar la responsabilidad de escucha de las comunicaciones intervenidas; además, las resoluciones judiciales deberán estar debidamente amparadas, razonadas y motivadas e indicar los delitos que se presuponen se están cometiendo.

Sobre este punto, se puede consultar la resolución No.678-91 del 27 de marzo de 1991, No.3195-95 del 20 de junio de 1995, ambas de la Sala Constitucional, y el dictamen C-225-95 del 26 de octubre de 1995 de la Procuraduría General de la República. Es importante para los fines de este trabajo señalar lo indicado en el voto 2005-15063 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el cual establece en el apartado **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.”

Por lo anterior, ha de colegirse que independientemente del ámbito de acción, sea público o privado, sea en la utilización de equipo propio y del patrono, el derecho de intimidad y el secreto de las comunicaciones son inviolables, pues éstas se sustentan en principios y derechos constitucionales y en tratados internacionales, por lo que si el patrono pone a disposición equipo y herramientas que deberán ser utilizados por el trabajador, deberá contar con normativa interna que las regule, misma que debe poner a disposición del trabajador; lo que lo faculta a ejercer el control y dirección de la empresa e institución. Sin embargo, tal facultad no lo autoriza a violentar el derecho de intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones, ya que su actuación se circunscribe en realizar el procedimiento disciplinario respectivo en apego de la normativa interna y externa aplicable.

3.4. El Control del E-mail por parte del patrono y los efectos sobre el derecho a la intimidad de su titular.

La protección constitucional del correo electrónico, en principio, no podría ser aplicada a quien la empresa le ha provisto de una dirección de correo electrónico corporativo, si previamente se le ha notificado en forma expresa que su uso debe circunscribirse a cuestiones exclusivamente laborales y que la empresa tiene la facultad de controlar que dicha instrucción sea cumplida a cabalidad. Lo anterior, por cuanto, la información que circule por dicha vía, es atinente a la empresa, quien por otra parte es propietaria de aquella, en virtud de lo cual, se tendría que determinar con la interpretación de todas las normas

y jurisprudencia aplicable, si el empleado costarricense tiene expectativa de intimidad alguna o no , con la utilización del equipo laboral.

La posición de los juristas y juzgadores en este tema son muy variadas y polémicas, ya que unos concluyen que en definitiva, no puede hablarse de la existencia de intimidad en el ámbito laboral, vinculada al contenido de los correos electrónicos laborales, si previamente se ha definido y divulgado, en la empresa, políticas que impiden el uso de la herramienta para cuestiones personales del trabajador; políticas que, además han sido previamente notificadas al empleado. Ante estas circunstancias, y por las facultades de control que le revisten al patrono, el trabajador hace nugatorio tener alguna expectativa de secreto y vemos como la balanza se inclina hacia el empleador para el monitoreo de los e-mails laborales.

En contraposición, hay otros juzgadores que, por el contrario, estiman que ningún contrato, regulación interna y norma general, puede estar por encima de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna; en vista de que como personas y seres humanos, contamos con derechos irrenunciables que garantizan la intimidad hasta en el ámbito laboral que es el lugar donde se pasa la mayor parte del tiempo y que existe la necesidad de realizar vida social, por lo que el derecho a la intimidad y la inviolabilidad a las comunicaciones electrónicas debe de ser respetado hasta en el lugar de trabajo, razón por la cual, el patrono no está facultado para interceptar o accesar dicha información sin el consentimiento del empleado.

Análisis del Art. 196 bis del Código Penal, sobre la violación de las comunicaciones electrónicas y la figura penal en el Derecho Comparado

Sobre este apartado, como anteriormente se indicó, el artículo 196 bis del Código Penal establece que: "...Será reprimida con pena de prisión de seis meses a dos años, la persona que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere, accese, modifique, altere, suprima, intercepte, interfiera, utilice, difunda o desvíe de su destino, mensajes, datos e imágenes contenidas en soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos. La pena será de uno a tres años de prisión, si las acciones descritas en el párrafo anterior, son realizadas por personas encargadas de los soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos."

Al realizar un análisis jurídico del artículo anterior, se puede determinar que:

Bien jurídico tutelado: el bien jurídico tutelado que pretende proteger la norma es el derecho a la intimidad y, por ende, a las comunicaciones libres de las personas.

Sujeto pasivo: con respecto de las condiciones y cualidades de las personas sobre las cuales recae la acción típica en este artículo; el legislador ha hecho una denominación genérica y concreta al señalar a la persona o individuo sobre quien es susceptible de recaer la acción, (cuando el artículo se refiere a la

palabra) "...de otro", lo que llanamente significa que el sujeto pasivo puede ser cualquier persona sin distinción de edad, sexo, credo, o cualquier otra condición. Si se rescata, en contrario sensu, que el sujeto es una persona física y no jurídica.

Sujeto activo: al analizar las condiciones y cualidades del sujeto activo, nos referimos a quien puede ser la persona que puede cometer este delito, y al igual que en el caso del sujeto pasivo, lo es una persona física y no jurídica, y en este caso, el legislador sí hace una diferencia y establece una forma básica de tipicidad y una forma agravada por poseer el sujeto activo una cualidad o condición, lo que se detalla a continuación.

- En su figura básica, el sujeto activo lo es, como dice el tipo "...cualquier persona" término que excluye cualquier calificación previa sobre el agente.
- Para configurar la forma agravada, el tipo sí exige del sujeto activo una cualidad o condición: ".....personas encargadas de los soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos.", condición que antecede en una acreditación previa de la persona como tal, para así poder quedar inmerso en la figura agravada del tipo base.
- En ambos casos para la consumación del hecho, se requiere aparte de la ejecución de los diferentes verbos contenidos en el tipo (lo que convierte al tipo en un delito de acción), que dichas acciones hayan sido

cometidas "...sin el consentimiento", de quién, del sujeto sobre el cual van a recaer las acciones cometidas por el sujeto activo.

Verbo: el presente delito se consuma con la acción de cualquier persona que sin consentimiento, se apodere, accese, modifique, altere, suprima, intercepte, interfiera, utilice, difunda o desvíe de su destino, mensajes, datos e imágenes contenidas en soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos.

Aspectos objetivos del tipo: no se aprecian en esta figura aspectos objetivos de tipo, adicionales o complementarios al verbo para la consumación del hecho, como lo serían condiciones de modo, tiempo, lugar, ocasión; pero sí hace una clara referencia al elemento objetivo del tipo referido al medio, cuando nos señala "...contenidas en soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos.", aspecto que desde el nombre del artículo se va dejando claro, en su referencia a que son medios electrónicos.

Aspectos subjetivos del tipo: por no anotarlo como tal, este delito no admite su comisión por Culpa, lo que, por ende, hace que sea cometido solo por Dolo, en otras palabras, el tipo requiere que el sujeto activo conozca que su actuar es contrario al ordenamiento jurídico y con conocimiento de causa, lo ejecuta.

Razón por la cual, la tutela o protección del presente artículo se enfoca a cualquier forma de comunicación, sean estos mensajes, datos e imágenes contenidas en soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos,

abarcando de este modo, los medios tradicionales, pasados, presentes y futuros, donde se entiende la cobertura a los medios tecnológicos y donde se penaliza a la persona que sin el consentimiento debido se apodere, accese, modifique, altere, suprima, intercepte, interfiera, utilice, difunda o desvíe de su destino, la documentación señalada en las primeras líneas de este párrafo.

El análisis que, también, se efectúa es considerando como premisa que el patrono cuenta con un reglamento o política interna que de previo al ingreso del trabajador y a la asignación de la cuenta de correo para ser utilizada en las labores propias de su trabajo, pone a disposición y conocimiento del trabajador. Es desde esta hipótesis que todo e-mail o documento que tenga ese contenido es propiedad del patrono, por lo que puede disponer libremente del mismo sin previa autorización del trabajador. No obstante, podría darse el caso que aunque la herramienta del correo sea propiedad exclusiva de la empresa, el empleado haya utilizado el Correo Electrónico para uso personal y que tenga documentación e información de carácter privado, donde el patrono no está expresamente autorizado para su revisión.

En este caso, el patrono se ve obligado según el artículo 196 bis del Código Penal por respetar el bien jurídico tutelado que sería la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones, por lo que no podría suprimirlos desviarlos, difundirlos, ni ninguna de las limitantes en el señaladas, no obstante, tal incumplimiento laboral, trasgresión al principio de buena fe, violación a deberes de conducta, defraudo de confianza e interés de la

empresa, violación a la normativa interna y violación al deber de lealtad laboral, da derecho al patrono de ejercer sus facultades disciplinarias, e iniciar el procedimiento sancionatorio por incumplimiento contractual al empleado o trabajador.

Figura penal aplicada en resoluciones nacionales.

1. Realizando una investigación de la Jurisprudencia Nacional aplicable al caso en análisis, encontramos un proceso ordinario laboral, establecido ante el Juzgado de Trabajo de Heredia, por MARÍA DEL PILAR VARGAS GÓMEZ, soltera, administradora de negocios, contra **ROCHE** SERVICIOS SOCIEDAD ANÓNIMA, el cual mediante resolución No. 2003-00744, del 28 de noviembre del dos mil tres la SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA conoce como última instancia.

Como corolario tenemos que el 24 de abril del 2001, la actora presenta, demanda laboral, por ser despedida de la empresa en donde laboraba sin responsabilidad patronal, por la supuesta revelación de información clasificada confidencial, violentando el acuerdo de confidencialidad, quien por ocupar un puesto de confianza debió guardar el secreto y no utilizar el correo electrónico designado por la empresa para revelar dicha información.

En primera instancia. Se declara parcialmente con lugar, la presente demanda ordinaria laboral incoada por la actora contra ROCHE SERVICIOS

SOCIEDAD ANÓNIMA. Se condena a la empresa demandada a cancelar a favor de la trabajadora, los siguientes extremos a que tiene derecho, a saber:

a) Preaviso de despido, un mes de salario: seiscientos sesenta y tres mil doscientos ochenta y siete colones con cincuenta y nueve céntimos; b) Auxilio de Cesantía, siete meses de salario: cuatro millones seiscientos cuarenta y tres mil trece colones con trece céntimos; c) Seis meses de salarios caídos a título de daños y perjuicios: tres millones novecientos setenta y nueve mil setecientos veinticinco colones con cincuenta y cuatro céntimos; d) Por diferencia en el pago de nueve días de vacaciones: treinta y tres mil ciento sesenta y cuatro colones con treinta y ocho céntimos; y e) Por diferencia en el pago de aguinaldo: treinta y cuatro mil ochocientos treinta y seis colones con veintidós céntimos. Se rechaza la demanda en cuanto a la inclusión como salario en especie de los rubros correspondientes a plan de auto, servicio de cafetería y plan de estudios de post-grado. Son las costas procesales y personales de esta acción, a cargo de la parte demandada, fijándose estas últimas en el importe equivalente al veinte por ciento del total de la condenatoria.

Segunda Instancia. La demandada apeló y el Tribunal de Trabajo de Heredia, integrado por los licenciados Henry Madrigal Cordero, Carmen Blanco Meléndez y Roberto J. Sánchez Bustamante, por sentencia de las ocho horas treinta minutos del catorce de mayo de dos mil tres, resolvió: “En los procedimientos no hay vicios causantes de indefensión y nulidad y SE CONFIRMA la sentencia apelada.”.

Casación. El demandado formula recurso ante la Sala Segunda, en fecha 23 de junio del dos mil tres, alegando que en fecha 13 y 14 de marzo la actora tenía posesión de la computadora, fecha cuando se remitieron correos electrónicos, los cuales fueron recuperados y restaurados por el sistema o red de la empresa. Dentro de su alegados el demandado externa que los jueces violentaron los principios de comunidad de la prueba, de libertad de prueba, apreciación de la prueba, debido proceso y legalidad; al no haberle dado a la prueba documental aportada el valor probatorio que merece. Pide se revoque el fallo impugnado y se declare sin lugar la demanda por haberse comprobado que la accionante violó la obligación de confidencialidad y desvirtuó los productos de la empleadora. No obstante, la Sala Segunda, por mayoría resuelve confirmar la sentencia recurrida al no considerar falta grave la actuación de la funcionaria, amén de todo el análisis sobre la acción patronal ejercida en la revisión del correo de la recurrida. Sin embargo, el criterio de mayoría se emite también dos votos salvados de los Magistrados Vega y Van Der Laet que indican:

Primer Voto Salvado del Magistrado Rolando Vega Robert:

Considera que la demandada actuó de buena fe, y procedió bajo el supuesto de que su decisión de separar a la gestionante era acertada, y en consecuencia, le asistía el derecho a revisar la información que la trabajadora tenía en sus correos. No obstante, en estrados judiciales, se determinó que la

actuación de la accionada no estuvo ajustada a derecho, razón por la cual, se debe revocar, en lo que respecta a la condena de los salarios caídos.

Segundo Voto Salvado del Magistrado Bernardo Van Der Laat Echeverría:

Revocó la sentencia recurrida en cuanto acogió los extremos de preaviso, auxilio de cesantía y salarios caídos a título de daños y perjuicios, los cuales denegó.

Señaló dicho Magistrado que los hechos relatados ocurrieron, mientras se mantenía la relación laboral y, por ende los deberes de lealtad y confidencialidad- se mantenían vigentes. Además de considerar que con la inclusión de ese material probatorio no se está violentando el derecho a la intimidad de la actora, ya que el patrono tiene la potestad, dentro de sus poderes de dirección, el fiscalizar el uso que sus empleados hagan a las herramientas de trabajo que se ponen a su disposición, dentro de las cuales se encuentra el correo electrónico. No habiendo duda de que éste debe ser utilizado exclusivamente para fines productivos, a menos que el empleador consienta expresamente en su uso para fines personales.

Lo anterior, porque el correo electrónico implica un costo para el empleador, aumenta la posibilidad de los contagios mediante virus, implica pérdida de tiempo de trabajo, tanto para el que envía como para el que recibe el mensaje, se corre el riesgo de que se sature el casillero de mensajes, etc. Por ello, el

derecho a la intimidad personal e inviolabilidad de las comunicaciones cede frente la potestad que tiene todo empresario por proteger sus medios organizativos patrimoniales y a dirigir y controlar la actividad laboral de sus trabajadores. La utilización, no expresamente autorizada, de los medios informáticos y de comunicación de la empresa con fines estrictamente personales constituye un incumplimiento de los deberes laborales y una vulneración de la buena fe contractual, lo que es suficiente para que quien incurra en ella pueda ser sancionado incluso con el despido. Dicha utilización y su ocasional sanción nada tienen que ver ni con el derecho a la intimidad personal ni con el derecho a la protección de datos de carácter personal, ni consecuentemente con los espacios de privacidad que puedan existir en la empresa, ya que ésta es, por su propia naturaleza y por definición legal, “una unidad productiva con organización específica”, es decir, los medios, instrumentos y herramientas puestos por la dirección a disposición de los trabajadores lo son en orden a la producción de bienes y servicios y no para su uso particular y personal.

2. Mediante resolución No.797-2003, del 18 de diciembre de 2003, proceso ordinario laboral presentado por Paola Melissa Barboza Quirós, contra Baxter Productos Médicos Limitada, conoce la **Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia**. Este es el caso, la actora, fue despedida sin responsabilidad patronal por enviar mensajes pasados de tono, utilizando para ello la computadora y el correo electrónico que le facilitó la Empresa.

En Sentencia de primera instancia: se declara sin lugar en todos sus extremos la demanda interpuesta por la trabajadora y se obliga a la actora al pago de costas personales y procesales.

En Sentencia de Segunda instancia. En apelación ante el Tribunal éste resuelve que “...Se REVOCA la sentencia apelada, en lo que han sido los agravios del recurrente, y en su lugar se declara con lugar la demanda laboral de la actora [...] y se condena a la demandada [...] al pago de preaviso [...], auxilio de cesantía [...], diferencia dejada de pagar entre lo depositado y lo que correspondía por aguinaldo y vacaciones proporcionales [...], intereses legales sobre la condenatoria, desde la fecha de despido hasta el efectivo pago y ambas costas del proceso, fijándose las personales en el veinte por ciento de la condenatoria. Se rechaza la indemnización del artículo 82 del Código de Trabajo. Se acoge la excepción de falta de derecho en cuanto a este último extremo y se rechaza en lo demás. La excepción de pago total de las vacaciones y aguinaldo se acoge en su forma parcial y se rechaza en cuanto a la cesantía. Notifíquese.”

La demandada presenta **recurso de casación para ante la Sala Segunda** la cual resuelve con una opinión dividida por parte de los Magistrados. A saber:

Tres de los Magistrados confirman el fallo del Tribunal de Cartago, al considerar este último, *“que aunque está demostrado que la actora cometió una falta, la misma no reviste la gravedad que el patrono le da, y el despido sin*

responsabilidad patronal es desproporcionada al hecho cometido. Si nos atenemos a la carta de despido, previamente tenía que haber apercibimientos escritos, los que no existen, y la falta no es de tal magnitud que pueda encuadrarse en el inciso l) del artículo 81 del Código de Trabajo, además al despedírsele no se le imputó esto ni en esa forma, en conclusión el despido fue incausado, porque no se siguieron los procedimientos que establece el artículo 81 inciso i) del Código de Trabajo, para sancionar la falta de la trabajadora”.

Igualmente, consideran estos juzgadores que existe duda en que el amigo de la actora recibiera o se enterara del mensaje, además, no existe certeza de que intencionalmente la actora lo propalara a lo interno de la Empresa, lo que resta gravedad a la falta, no solo por la escasa magnitud del hecho, sino además, el círculo reducido de personas que lo recibieron, a lo interno de la empresa, además, que no hay seguridad de que el mismo fuera recibido por un tercero ajeno a la empresa, finalmente que no existe la absoluta certeza del elemento moral e intencional del comportamiento de la actora.

Voto Salvado. Dos de los Magistrados a saber Villanueva Monge y Van Der Laat salvan su voto y establecen que quedó debidamente acreditado que la actora utilizó la cuenta de correo electrónico que le había facilitado el patrono, para el envío de chistes pasados de tono, tanto a personas de la propia empresa como ajenas a ella, por lo que dichas actuaciones constituyen una falta grave al contrato de trabajo, por lo que esto implica un abandono de labores y una utilización inadecuada de la herramienta de trabajo para fines

personales y finalmente, una violación a las buenas costumbres que deben imperar en el ambiente laboral, por lo que no es necesario el apercibimiento previo para considerar la falta como grave y con las consecuencias que ésta acarrea, pues el patrono, tiene potestad, dentro de sus poderes de dirección, de fiscalización en el uso que sus empleados hagan de las herramientas de trabajo que se ponen a su disposición, razón por la cual, el derecho de intimidad personal e inviolabilidad de las comunicaciones cede frente a la potestad que tiene todo empresario a proteger sus medios organizativos patrimoniales y a dirigir y controlar la actividad laboral de sus trabajadores, por lo que dichos magistrados, revocan la sentencia y en su lugar confirman la primera sentencia.

3- A Nivel Constitucional mediante el Voto 2005-15063, del primero de noviembre del dos mil cinco, de la **Sala Constitucional** bajo el Expediente 05-000282-0007-CO, conoce Recurso de Amparo interpuesto por Irene Arguedas Arguedas, contra algunos funcionarios del Ministerio de Comercio Exterior.

Alega la recurrente que las autoridades del Ministerio de Comercio Exterior, le retiraron la computadora de su escritorio, accedieron a documentos y correos privados, actos que se realizaron en días inhábiles, Igualmente, al solicitar el respaldo del contenido de su computadora y borrar la correspondencia de su correo electrónico y de los archivos personales, le fue negada, por lo que considera violados su derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones

escritas, orales y de cualquier otro tipo, según lo establece el artículo 24 de la Constitución Política.

En este caso, concluyen todos los Magistrados de la Sala Constitucional que el Ministerio de Comercio Exterior, violó el artículo 24 de la Constitución Política, pues indican que el correo electrónico y los documentos electrónicos almacenados en la computadora que utiliza la recurrente, aunque sea un bien público, están protegidos por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y que no es factible realizar controles con garantías inferiores a las establecidas en la Constitución. Ahora bien, el hecho de que la computadora sea propiedad del patrono, no significa una renuncia al derecho de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, pues dicho derecho no depende de la titularidad del medio, sino que es independiente de la titularidad del soporte. Además, de forma contundente señalan que aunque el patrono le suministre, al trabajador el equipo para el cumplimiento y ejercicio de sus funciones, no excluye que el mismo sea soporte de información confidencial o personal cubierta por el secreto o reserva de las comunicaciones, pues es en dicho recinto donde el empleado desarrolla una parte importante de sus relaciones con los demás y que la apertura de dichos mensajes por parte del patrono solo son justificables en circunstancias muy limitadas, igualmente, deja claro que la firma de un contrato sobre el uso de este tipo de herramientas no implica la privación de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadana.

Hemos de concluir que en las sentencias analizadas, ha prevalecido el derecho constitucional de los ciudadanos, independientemente de quien suministre el equipo, a quien le pertenezca la cuenta y si existe un contrato firmado, pues los derechos constitucionales, son irrenunciables, intransferibles e inembargables, esto evidencia que el trabajador cuenta con el derecho de mantener en su equipo información catalogada de confidencial y que el patrono tiene el deber de respetar dicha privacidad, donde no puede tener acceso a dichos documentos, si no cuenta con la autorización o consentimiento que indica el artículo 196 bis del Código Penal, caso contrario, lo que corresponde es la aplicación de los procedimientos disciplinarios correspondientes.

Los Magistrados indicaron que existe la posibilidad para el patrono de acceder dicha información de carácter privado de los trabajadores, solamente en circunstancias muy limitadas, no obstante, no profundizan sobre el tema y lo dejan inconcluso. Razón por la cual, podríamos suponer que es permitido el acceso en aquellos casos donde el patrono posea sospechas de actos ilícitos que afecte la imagen de la empresa y con consecuencias en daños y perjuicios, o cuando sean ordenadas por un juez.

Figura Penal en el Derecho Comparado.

La regulación del uso del correo electrónico en otros países. Las diferentes regulaciones de otros países sobre la protección de las comunicaciones del

trabajador son similares en cuanto a su finalidad y objetivos, aunque varían en la forma aplicada para llevar a cabo el control y dirección de las mismas.

FRANCIA: este país cuenta con la legislación más flexible en cuanto a la inviolabilidad del uso del correo electrónico en el lugar de trabajo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 24 de agosto de 1988, No. 872/1997, caso Lambert c. Francia, establece claramente la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, en vista de que el derecho fundamental no depende de la titularidad el medio, sino que es independiente de la titularidad del soporte. Igualmente, el Tribunal Correccional de París, en el caso Tareg al Baho, Ministere Public Francoise V. y Merc F. Et. Hans H., condenó a los imputados por violación del secreto de la correspondencia electrónica, al interceptar varios correos electrónicos del denunciante.

ALEMANIA: es el país que ha realizado la regulación más general de las nuevas tecnologías, pero la más relevante en cuanto a la información y polémica fomentada desde los medios de comunicación, ya que su legislación es rígida y muy respetuosa con la privacidad, los sindicatos han instado al Gobierno por actualizar la protección en la era Internet. El estado federal es el encargado de nombrar a una comisión para la protección de datos, que es la responsable de controlar las actividades del Gobierno y de las propias compañías privadas.

REINO UNIDO: la utilización del uso de las comunicaciones internas durante el horario laboral, ha sufrido un cambio radical con la entrada en vigor el 24 de octubre 2007 de la Ley de Regulación de Poderes de Investigación. Esta Ley permite a los Británicos el acceso rutinario al correo electrónico y llamadas telefónicas de sus empleados bajo el amparo de la Ley anteriormente descrita. Razón por la cual, el consentimiento del trabajador ya no es necesario, y las inspecciones las realiza el patrono desde la simple sospecha, hasta el cumplimiento de normas de conducta interna, “Control Interno”.

EEUU: en los Estados Unidos, el poder está en manos de las empresas, dicho país fue el que vio nacer la Internet, utilizan una regulación muy liberal en el uso de las nuevas tecnologías de la comunicación en el seno de las empresas privadas. Actualmente, tan solo el Estado de Connecticut obliga a las compañías por revelar las prácticas de control que puedan llevar a cabo hacia sus planillas. En el resto de los estados, las políticas internas de cada compañía sirven para definir qué se puede hacer, cómo, por qué medio y hasta dónde. La Jurisprudencia sobre casos de usos irregulares del correo electrónicos en su mayoría son favorables a los intereses empresariales.

ESPAÑA. es uno de los pocos países en los que su Legislación Penal cuenta con la tipicidad de la violación del e-mail, protegiendo los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio. El artículo 197.1 ***“El que, para descubrir los secretos o vulnera la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de su papeles, cartas***

mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. (...)”

Nótese la similitud de dicha norma con la costarricense artículo 196 bis del Código Penal. La Jurisprudencia Española pareciera que comienza por admitir, en determinadas circunstancias, una cierta legitimación empresarial para acceder, supervisar y controlar los e-mails de los trabajadores de la empresa.

A continuación, se hace un extracto de algunas sentencias que tratan el tema.

- 1- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. 14 de noviembre del 2000, sentencia 9382/200, Recurso de suplicación del Deutsche Bank. **Resumen:** despido del trabajador, quien aceptó haber remitido mensajes ajenos al trabajo (140 en 5 semanas). Se declaró procedente el despido por lo que se avala la teoría de que el correo electrónico laboral es exclusivo para fines que indica la empresa y no para asuntos personales del trabajador.⁷
- 2- Audiencia Nacional. Sala de lo Social Sentencia No. 17/2001 del 6 de noviembre del 2000. **Resumen:** el Sindicato envía mensajes masivos a los trabajadores a través de un servidor externo, y el patrono los

⁷ <http://www.delitosinformaticos.com/delitos/correo5.shtml>

interceptó y fueron rechazados por el servidor interno para evitar un colapso al sistema. En sentencia se declaró el derecho del Sindicato para transmitir noticias de interés a los trabajadores por medio del correo electrónico de la empresa, sin embargo, dio la razón a la empresa en cuanto no fue ilegítima su acción de evitar un colapso en el sistema con el envío masivo de correos, y indicó al Sindicato que podía hacer uso de este medio, pero con la debida medida y normalidad para evitar daños al servidor interno. Nótese que en ningún momento se refirió a la actuación de la empresa de interceptar los correos privados, donde da a entender que el correo desde donde se enviaron los mensajes es propiedad de la empresa.⁸

3- Juzgador de lo Social #31. Sentencia 3271 del 26 de marzo del 2001,
Resumen: Despido de un trabajador, que ejercía de Secretario Sindical, al detectar que su dirección IP está en varias conexiones a Internet en horas laborarles. El juez resuelve intervenir el ordenador del secretario sindical con quien hay litigios pendientes, implica una violación al derecho fundamental de la libertad sindical. Es nula la prueba del despido si se obtuvo vulnerando la libertad sindical. Un monitorio o intervención del correo excesivo, injustificado, inidóneo, innecesario y desproporcionado implica violación al derecho a la intimidad. No obstante, el Tribunal no profundizó en la intervención

⁸ <http://www.delitosinformaticos.com/delitos/correo5.shtml>

propiamente del correo electrónico, pues el tema se centro en la vulnerabilidad del derecho sindical.⁹

Consentimiento del trabajador como derechohabiente

El artículo 196 bis del Código Penal establece claramente que “Será reprimido con pena de prisión de seis meses a dos años, la persona que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro **SIN SU CONSENTIMIENTO**, se apodere, [...]” (La negrita y mayúscula no es del original.)

Es así que nos encontramos ante la causal eximente de responsabilidad penal conocida como el **Consentimiento del derechohabiente** “, que según el Doctor Francisco Castillo encuentra su fundamento en la libertad de acción que la Constitución Política establece a los particulares en el artículo 28 cuando señala en lo conducente “las acciones *privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley*”, de tal forma, que tal facultad tendría como limitante la moral, el orden público o el perjuicio a terceros, además de las que impone el Código Civil y otras leyes conexas.

El consentimiento solamente puede presentarse cuando el derechohabiente tiene un derecho personal del cual puede disponer, puede serlo tanto una persona física como jurídica que puede actuar por sí sola o por medio de su representante. Se

⁹ <http://www.delitosinformaticos.com/delitos/correo5.shtml>

excluirán de este supuesto aquellos delitos cuyo titular es el Estado o la comunidad (delitos de funcionarios públicos o que afectan intereses difusos como la tala de árboles, la contaminación de aguas), delitos contenidos en los numerales 244 a 373 de nuestro Código Penal¹⁰.

Igualmente, según Muñoz Conde la oposición o el consentimiento del titular del bien jurídico deben quedar claramente manifestados, aunque no siempre el consentimiento ha de ser expreso, ya que cabe también el tácito en aquellos casos en los que una previa relación de confianza, permita pensar que el titular del bien jurídico está de acuerdo que alguien lo utilice (el vecino que ingresa en la casa de su amigo que se halla de vacaciones para regar las flores y evitar que se sequen, etc).¹¹

Según lo que se ha estado desarrollando en este apartado, para aplicar la figura del consentimiento como una eximente de responsabilidad deben de cumplirse con los siguientes requisitos:

- a) Facultad reconocida por el Ordenamiento Jurídico a una persona para disponer válidamente de determinados bienes jurídicos propios, resultando cuestionable en el caso de la vida o la integridad física.

¹⁰ SÁNCHEZ R., Cecilia, Derecho Penal parte General, Doctrina y Jurisprudencia, 2da. Edición, San José, Costa Rica, Editorial Continental, 222, p 233.

¹¹ Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Tirant lo blanch, Valencia, 1989, p114.

- b) Capacidad para disponer, que no tiene que coincidir necesariamente con la capacidad civil, pero que igual que ésta, exige facultades intelectuales para comprender el alcance y significación de sus actos por parte de quien consiente.
- c) Cualquier vicio esencial de la voluntad del que consiente (error, coacción, engaño, etc.) invalida el consentimiento.
- d) El consentimiento ha de ser dado antes de la comisión del hecho y ha de ser conocido por quien actúa a su amparo. Cualquier tipo de error sobre la existencia del consentimiento debe ser tratado conforme con las reglas generales del error en las causas de justificación.

Todo lo anterior, en concordancia con lo que establece el artículo 26 de nuestra Legislación Penal que en lo que interesa señala: "**No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo**". Razón por la cual, debemos tener presente primero establecer la causa de justificación, es decir, todos los elementos del injusto penal, los cuales desaparecen por el consentimiento, que se presenta, entonces, como un comportamiento permitido por el orden jurídico (una acción jurídica), dirigida a un resultado típico, al que le quita su carácter de antijurídico.

Así las cosas, el sujeto activo puede otorgar el consentimiento respectivo para que, una tercera persona acceda, modifique, altere, suprima, entre otras acciones: mensajes, datos e imágenes contenidas en soportes electrónicos, informáticos,

magnéticos y telemáticos, por lo que se podría afirmar que si el patrono cuenta con tal consentimiento, podría acceder libremente a las cuentas de correo electrónico de sus empleados, sin que por ello infrinja la normativa penal y constitucional establecida al efecto, independientemente de a quien pertenezca el software y hardware suministrado.

Tal y como se ha indicado, en algunos apartados del presente trabajo, aunque el patrono cuente con la normativa interna que regule el uso del correo electrónico y otros medios de comunicación puestos a disposición del trabajador para fines laborales, igualmente, si se ha procedido con la firma del contrato sobre el uso de dichos medios, cierto es que el trabajador continúa teniendo un derecho fundamental (derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones), el cual es innato, y por tanto, irrenunciable, intransferible e inembargable, por lo que el eventual derecho de control y dirección del patrono no condiciona los derechos del trabajador como persona, lo que daría pie a que el patrono disponga de los medios de sanción correspondientes a través de un debido proceso. Esto en vista que los derechos de la empresa en ningún momento pueden atropellar y menospreciar los derechos propios de las personas, regulados en la Carta Manga.

Capítulo 4. Conclusiones y Recomendaciones

Una vez finalizado el presente trabajo se arriban las siguientes conclusiones:

1. Los medios de comunicación, específicamente, el uso del Correo Electrónico, ha logrado convertirse en una actividad simple y cotidiana de cualquier persona y empresa, más allá de significar un lujo, se ha convertido en una herramienta necesaria para nuestra comunicación diaria, esto por la serie de beneficios, bondades, agilidad, facilidad en su uso, eficiencia y eficacia, sin olvidar que el aspecto económico se ve favorecido, pues su costo es ínfimo. En el ciberespacio existen varias clasificaciones que se le pueden dar a esta herramienta, no obstante, son de nuestro interés dos tipos de correos, **el Privado**: que es el que establece una persona en su condición personal, y **el Empresarial y/o Laboral**, que es conocido como el corporativo, y es el que el patrono pone a disposición de los trabajadores para que realicen las funciones propias por las que fueron contratados y en provecho de la empresa. Igualmente a nivel de software, existen diversos sistemas que el patrono puede utilizar para regular, vigilar, restaurar y recuperar, la información que ingresa, sale y eliminan de sus bases de datos, según el uso que realicen sus trabajadores del Correo Electrónico, sea interno o externo.

2- Que nuestra Constitución Política contempla dentro de sus principios constitucionales una serie de derechos con los que gozamos todos los seres humanos, sin distinción de raza, religión y estatus social, que garantiza la intimidad

de las personas, asimismo, tutela todo lo relacionado a salario mínimo, vacaciones, jornadas, derechos colectivos de asociación y actividad sindical en donde también se reconoce el derecho a la negociación colectiva, libertad sindical y derecho a huelga, entre otros. El tema medular analizado en el presente trabajo, es el artículo 24 de dicho cuerpo legal, el que garantiza el derecho a la **intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones**, donde expresamente establece que son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier tipo de los habitantes de la República. Siendo rigurosa en señalar que **no producirán efectos legales**, la correspondencia que fuere sustraída, ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación. Es importante tomar en consideración que la Constitución Política, se encasilla en la cúspide de las normas, razón por la cual, son de acatamiento obligatorio y ninguna otra Ley, Reglamento, Decreto, Política, y Directriz puede ir en contra de sus preceptos, principios, obligaciones y derechos

3- Que el Correo Electrónico, que el patrono pone a disposición de sus trabajadores, desde el punto de **vista técnico**, le asiste el derecho al empleador de fiscalizar el uso de tal herramienta de trabajo, utilizando para ello mecanismos de control e inspección, que le permita dirigir y controlar la actividad laboral que sus trabajadores realizan, asegurándose que su uso sea estrictamente para fines laborales, en vista de que está en riesgo la imagen de la empresa o institución, aspectos que han sido regulados en la Ley número 8292 “ Ley General de Control Interno”. No obstante, dicho control no debe

rayar y mucho menos lesionar los derechos fundamentales que como personas y por imperativo constitucional goza todo ser humano, como lo es el derecho de intimidad personal e inviolabilidad de las comunicaciones, por lo que según la Jurisprudencia analizada, el patrono ha de ser cauteloso y utilizar los medios que la Ley le faculta para realizar los controles respectivos.

4- El Código de Trabajo es la normativa por excelencia que el legislador previó para regular la dinámica que surge, en las relaciones que se formalicen entre el patrono y trabajador, razón por la cual, dicho cuerpo legal establece cuáles son los derechos y obligaciones de las partes en un contrato de trabajo. Es así que si un trabajador ha vulnerado el deber de buena fe con el uso inadecuado del correo electrónico suministrado para uso exclusivo de sus funciones y en beneficio de la empresa, el patrono está en la obligación de medir la gravedad de la falta, en función al daño sufrido por la empresa o institución, esto en conjunción con el desacato de la normativa interna (contrato de trabajo); se puede considerar abandono de trabajo o no, si existe autorización expresa del trabajador para la verificación y monitoreo periódico de los correos que envían y reciben en su lugar de trabajo lo que daría pie a que este último inicie un procedimiento administrativo por dicha actuación y según su resultado, se podría imponer una falta al trabajador que iría desde una simple amonestación hasta el despido sin responsabilidad patronal.

En estos casos, el patrono debe actuar con mucha cautela, asegurándose que sus actuaciones estén apegadas a derecho, pues de lo contrario, estaría

transgrediendo los principios constitucionales del derecho a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones, produciéndose automáticamente la consumación del delito de Violación de Comunicaciones Electrónicas, consagrado en el artículo 196 de nuestro Código Penal.

5. En relación con la potestad de control y fiscalización a que está facultado el patrono, incluyendo en este sentido el derecho de revisar, capturar, recuperar toda la información que haya enviado o recibido su trabajador en horas laborales y con la utilización del equipo asignado por la empresa se debe tener presente lo plasmado en el artículo 196 del Código Penal, el cual establece en forma categórica pena de prisión de seis meses a dos años, a la persona que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere, accese, modifique, altere, suprima, intercepte, interfiera, utilice, difunda o desvíe de su destino, mensajes, datos e imágenes contenidas en soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos.

Es, por esta razón, que el patrono debe contar en todo momento, con la autorización o consentimiento expreso del trabajador, para poder realizar cualesquiera de las actividades detalladas anteriormente, de lo contrario, se expone a violentar los principios constitucionales, laborales y la presente normativa del Código Penal, pues según se ha desarrollado a lo largo de esta investigación, siempre, prevalecen los derechos constitucionales que como personas tenemos todos los trabajadores, mismos que son irrenunciables,

intransferibles e inembargables, existiendo únicamente la posibilidad de vulnerar dichos principios en casos muy justificados.

Sin embargo, no se hace referencia a cuales pueden ser, por lo que he de considerar, que es cuando se tengan fuertes sospechas e indicios que se está cometiendo en horas laborales y con equipo de la empresa algún ilícito, en vista de lo cual, el patrono deberá realizar las denuncias respectivas y solicitar a autoridades correspondientes las acciones que la ley señale.

Según el tema antes abordado y donde se contempló artículos de la Constitución Política, Código de Trabajo, Código Penal, Ley de Control Interno y Jurisprudencia Nacional e Internacional he de concluir que independientemente del ámbito de acción sea público o privado, la utilización de equipo propio o del patrono, que realicen los trabajadores, está inmersa y protegido por el derecho de intimidad y el secreto de las comunicaciones, derechos que son inviolables, pues éstas se sustentan en Principios y derechos constitucionales y en Tratados Internacionales; razón por la cual al poner el patrono a disposición de sus trabajadores equipo y herramientas, deberá necesariamente contar con normativas internas que las regule.

No obstante, tal facultad no lo autoriza a violentar el derecho de intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones, lo que sí está autorizado es por realizar el procedimiento disciplinario respectivo en apego de la normativa interna y externa aplicable, valorando en cada caso las circunstancias que lo rodean y la

gravedad de la falta, así como el daño causado a la empresa. Pues, debemos recalcar que los documentos electrónicos almacenados en la computadora que utiliza el trabajador, aunque sea un bien público, están protegidos por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y que no es factible realizar controles con garantías inferiores a las establecidas en Nuestra Constitución Política. Independientemente del hecho de que la computadora sea propiedad del patrono, no significa una renuncia al derecho de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, pues dicho derecho no depende de la titularidad del medio, sino que es independiente de la titularidad del soporte; valorando en todo momento que como personas, pasan el mayor tiempo en las instalaciones de la empresa, donde el empleado, como persona social debe desarrollar una parte importante de sus relaciones interpersonales con los demás.

Es por estas razones, que el patrono se ve obligado según el artículo 196 bis del Código Penal a respetar el bien jurídico tutelado que sería la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones,.

Criterio personal.

Después de realizar la investigación y analizar la normativa y jurisprudencia aplicable, considero que las facultades de control y fiscalización que le asisten al patrono se ven altamente limitadas y sujetadas por los derechos y parámetros constitucionales e internacionales que le asisten al trabajador,

inclinando favorablemente la balanza hacia el trabajador, en vista de que ni siquiera con la firma de un contrato, regulación interna y norma general, podría estar por encima de los derechos constitucionales consagrados en la Carta Magna, en vista de que como personas y seres humanos, contamos con derechos irrenunciables que garantizan la intimidad hasta en el ámbito laboral que es el lugar donde se pasa la mayor parte del tiempo, dejando limitado o disminuido el derecho del patrono de vigilar, controlar y fiscalizar que los recurso humanos y tecnológicos, se estén utilizando en la forma como fueron contratados y que no se estén presentando incumplimientos laborales, trasgresión al principio de buena fe, violación a deberes de conducta, fraude de confianza e interés de la empresa, violación a la normativa interna y violación al deber de lealtad laboral.

Recomendación

Analizado el desarrollo del presente trabajo, y ante la importancia que reviste el tema de la Protección de la intimidad del trabajador en el uso del Correo Electrónico como herramienta de trabajo dispuesta por el patrono para el cumplimiento de sus labores diarias, y ante la ausencia de normativa en el ámbito del Derecho Laboral se hace urgente y necesario emitir una regulación, en este campo, que con exactitud establezca una protección a toda la información privada de los trabajadores que tengan en sus medios electrónicos como herramientas de trabajo.

Desde este punto de vista, reviste suma urgencia que el Código de Trabajo tutele de forma adecuada y efectiva los derechos fundamentales de los trabajadores y todo el ámbito de su intimidad y privacidad por el uso de herramientas y medios tecnológicos, que han venido a modificar extraordinariamente y sustancialmente formas, modos y lugares de trabajo y comunicación entre trabajador y patrono. Lo anterior, con el fin de de garantizar una efectiva protección de todo el conjunto de derechos que constituyen “patrimonio” del trabajador, pero que los mismos deben tutelarse desde el mismo concepto de “persona-trabajador”.

En esta misma línea, se recomendaría una reforma al Código de Trabajo como bien ya se hizo en los años noventa cuando se tutelaron derechos colectivos contra actos discriminatorios sancionados con despidos, así como la ley que prohíbe toda clase de restricción o discriminación en el trabajo que se dio en el año 2001, esta reforma puede ser enfocada desde la perspectiva de los derechos de los trabajadores o bien, desde el ámbito de la empresa. Norma que debe tutelar de forma efectiva ese “status real” del derecho a la intimidad y privacidad de todas las comunicaciones del trabajador, según los medios, formas, y herramientas tecnológicas que le asigna el patrono.

Otra iniciativa o recomendación para garantizar la tutela efectiva de este derecho fundamental de los trabajadores, al menos en algunos sectores, es que por medio del derecho de la negociación colectiva a través del instrumento de la Convención Colectiva, Arreglos Directos, Convenio de Parte o bien, en

Reglamentos Internos de Trabajo, algunos de estos instrumentos firmados entre trabajadores y patronos se establezcan normas que protejan este derecho fundamental de la privacidad e intimidad de las comunicaciones de los trabajadores, logrando amalgamar, con ello, todo un bloque de normas que conjuntamente con lo estipulado en la Constitución Política y Código Penal consagren este derecho.

Capítulo 5. Bibliografía

- Albarran Lozano- Uso del correo electrónico: Un análisis empírico en
Pablos Heredero- la UCM- Universidad Complutense de Madrid ,
Montero publicado.
<http://www.ucm.es/BUCM/cee/doc/9909/9909.htm>
. <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?X=345>.
- Belda Perespdrero, El derecho al secreto de comunicaciones: algunos
e. apuntes sobre su protección en las relaciones del
correo electrónico. III Jornadas sobre la Informática y
Sociedad. 2000. Instituto de Informática Jurídica.
UOCO. ICADE.
- Bermúdez Cisneros, Las obligaciones en el derecho del trabajo, Cárdenas
Miguel, Editor y Distribuidor, México, 1era. Edición, 1978
- Cabanellas, Contrato de Trabajo, Volumen, Buenos Aires,
Guillermo, Bibliografía Ameba, 1963.
- Castro Bonilla, "El uso legítimo del Correo Electrónico", en CD
Alejandra, Antología Doctorado en Derecho, Universidad Estatal
a distancia, Sistemas de Estudios de Postgrado,
Modulo III, San José, Costa Rica, 2005.
- Cifuentes, Santos, El derecho a la Intimidad, ED, 57-831, citado por
OVIEDO, María Natalia, "Control Empresarial sobre
los "e-mails" de los dependientes", 1era Edición,
Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- Corripio, Libro Verde de la Convergencia de los Sectores de
Telecomunicaciones, los Medios de Comunicación y
las Tecnologías de la Información", aprobado en
Bresellas el 3 de diciembre de 1997.
- D" Ambrosio'S <http://monografias.com/trabajos14datos/datos.shtml>.
- Galdos, Jorge M., Correo Electrónico, En:

<http://www.telecable.es/personales/carlosmg1/historia-correo.htm>. wikipedia.org/wiki/Correo_electrónico - 64k. www.uv.es/ciuv/cas/correo/email.html - 31k www.learnthenet.com/spanish/email/000mail.htm - 15k.- tutoriales.igluppiweb.com.ar/ecorreo.pdf puera.imta.mx/contenido/lineamientos.php - 21k - www.sociedadelainformacion.com/20010901/Derecho/conflicto.htm www.instisec.com/publico/verarticulo.asp?id=29 - 19k www.wikipedia.com, Wikipedia, la enciclopedia libre;

Guerrero Lobato, Marniee Sissie, Revista de Derecho y Tecnología de la Información, No.3-2005, UNED, Costa Rica.

Jijena Leiva, Renato, Privacidad Laboral, REDI: Revista Electrónica, de Derecho Informático, Número 49.

Tinto Gimbernat, m. El Secreto de las telecomunicaciones electrónicas en los ordenamientos jurídicos español y norteamericano."Jornadas sobre Informática y sociedad. 2000. Instituto Informática Jurídica, UPCO. ICADE.

Toselli, Carlos A., Derecho del trabajo y de la seguridad social, Córdoba, 2002, Tomo I.

Real Academia Española Diccionario de la lengua española, Versión 2001

Vásquez Vialard, Antonio, Derecho del trabajo y de la seguridad social, 2da. Edición, Astrea, Buenos Aires, 1981, Tomo I.

Villahermosa Iglesias, Apuntes sobre el correo electrónico de la empresa. Seguridad en el Correo Electrónico.

<http://www.deltosinformaticos.com/ciberderechos/uso-correo1.shtml>

Zavala De González, Matilde, Derecho a la Intimidad, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.

Jurisprudencia Consultada Artículo 1, Código de Trabajo, República de Costa Rica.
 Artículo 19, Código de Trabajo, República de Costa Rica.

.....
Consulta C-003-2003, Procuraduría General de la
República, 14 de enero del 2003.
Resolución 2003-00744, Sala Segunda de la Corte
Suprema de Justicia, nueve horas del veintiocho de
noviembre de dos mil tres.
Resolución 2003-00797, Sala Segunda de la Corte
Suprema de Justicia, quince horas del 18 de
diciembre del 2003.
Resolución 2003-000744, Sala Segunda de la Corte
Suprema de Justicia, nueve horas del veintiocho de
noviembre del 2003.
Artículo 196 bis del Código Penal, República de
Costa Rica.
.....

.....