

La fiscalización del correo electrónico institucional asignado a los trabajadores frente a los derechos laborales y constitucionales en Colombia

The control of public corporate email assigned to workers against labor and constitutional rights in Colombia

JESÚS MARÍA ACEVEDO MAGALDI

*Abogado, Especialista en derecho y gestión ambiental, Magister en derecho administrativo
Docente de la facultad de derecho de la Universidad Libre de Barranquilla
jesusacevedomagaldi@hotmail.com*

Recibido: Septiembre 25 de 2012
Aceptado: Noviembre 20 de 2012

RESUMEN

En el presente artículo de reflexión se evidencian múltiples interpretaciones doctrinales sobre el uso y las facultades de fiscalización del empleador sobre el trabajador en lo referente a las tecnologías asignadas, lo cual nos lleva a hacer un análisis profundo sobre los principios jurídicos y legales que rigen el correo electrónico institucional (CEI) y la potestad legal que tiene el empleador para poder acceder al CEI del trabajador, teniendo en cuenta los principios legales y las garantías constitucionales de ambas partes para de esta manera llegar a establecer cuando se convierte en uso irregular, abusivo y desproporcionado y hasta qué punto le causa perjuicio al empleador generándole una sanción. Dejando en evidencia, entonces, la necesidad de establecer mecanismos de control que permitan a los empleadores evitar la violación de sus garantías laborales y constitucionales, y al empleador de lograr ejercer la fiscalización expeditamente y ajustada a la ley.

Palabras clave: correo electrónico, legalidad, pruebas, jurisdicción laboral, relaciones laborales, derecho a la intimidad, garantismo.

ABSTRACT

In this article, there are multiple doctrinal interpretations on the use and the powers of the state controlling its employee's assigned technologies. This analysis is towards the legal and judiciary principles that govern the institutional e-mail (CEI) and the legal authority the employer has to be able to accede to the CEI of the worker, considering the legal and judiciary principles as well as the constitutional rights of both parts. Moreover, it manages to establish when it turns into irregular, improper and disproportionate use and up to what point it causes prejudice to the employer generating a sanction. Leaving in evidence, then, it is important to establish mechanisms of control that allow to the employers to avoid the violation of their labor and constitutional rights, and to manage the control of public corporate emails legally.

Key words: email, legality, proofs, labor jurisdiction, labor relations, right to the intimacy, guarantees.

Introducción

Hoy en día las tecnologías de información y comunicaciones mejor conocidas por su abreviatura “TICS” no son ajenas al cotidiano vivir y convivir, tanto en la esfera personal como laboral y familiar. Cada vez es más frecuente encontrarse con profundas problemáticas de matices no reglamentados ni mucho menos regulados por la actual legislación, ni tampoco por la costumbre.

Uno de los aspectos más preocupantes de la poca normativización de las tecnologías de información tiene que ver con los derechos inherentes a la persona desde el punto de vista contractual y volitivo, proyectándose hasta la esfera laboral, en la cual las reivindicaciones jurisprudenciales y normativas han sido logradas con mucho esfuerzo y sudor obrero a través de la historia de la humanidad, pero que hoy se ven claramente inestabilizadas por las mismas tecnologías que no han sido realmente reguladas en la materia laboral como tal.

Está expreso, que las tecnologías generan en la sociedad un impacto supremamente grande, pero que precisamente por este hecho la ley debe ser clara al respecto de la situación de los trabajadores frente a situaciones de hecho que se han estado presentando y que no se han resuelto con un criterio global o general de resolución del conflicto. En efecto, son nuevos los conceptos y nuevas las situaciones jurídicas que se afrontan hoy en Colombia, y por tanto las repuestas del derecho no pueden mantenerse bajo la rigidez de antiguos esquemas jurídicos, conceptualizados en un tiempo en el que quizás aún eran impensables los adelantos tecnológicos que presenciamos hoy.

En lo que a Derecho Laboral se refiere, estas tecnologías de información han planteado en los últimos años situaciones jurídicas relativamente nuevas especialmente referidas a temas como el teletrabajo, nuevas condiciones de trabajo, el control y fiscalización de las labores mediante el uso de sistemas o instrumentos tecnológicos, la protección de la información de los trabajadores contenidas en bases de datos, el uso de estas para la selección y contratación de personal, el valor de las ordenes directivas y hasta sanciones cursadas haciendo uso de tales tecnologías, así como el uso extra laboral de estas puestas a disposición de los trabajadores, sea con fines sindicales o para un uso personal del trabajador, entre otras varias situaciones.

Toda esta dimensión tecnológica en la prestación de los servicios ha traído una nueva clase de conflictos laborales, sintetizados por un lado, en los límites del uso extra laboral de estos medios tecnológicos por los trabajadores y el control empresarial de dicho uso; y por otro lado, en la utilización de nuevas tecnologías como parte del poder

de dirección y vigilancia del empresario, y su limitación en función de los derechos de los trabajadores. Se trata de conflictos a los que el ordenamiento laboral debe dar solución y que reavivan el tradicional debate sobre la vida privada del trabajador en el seno de la empresa.

En este contexto, las empresas, en procura de proteger su información sensible, extreman los recaudos y llegan a monitorear los datos enviados por sus empleados a través de los correos electrónicos, Sin embargo, esta facultad de control genera en muchas ocasiones conflictos legales, ya que los empleados argumentan que, al revisar sus emails, la empresa vulnera su esfera de intimidad y privacidad.

El gran problema jurídico radica la posibilidad o no del empleador de permeabilizar en la información que se encuentre en los correos electrónicos de sus trabajadores, en si puede este, tener la claves de acceso y por medio de la información que encuentre en estos aducirlas como pruebas en un proceso laboral, o de fuero sindical, o si en contravía, el empleado aduce como suyo el correo con el hosting de la empresa como propio e inviolable.

Existe un principio procesal que además de ser aplicado en el proceso penal, se hace extensivo a los laborales y en general a todos los procesos denominado principio de legalidad, y es la legalidad no solo de la atención a los parámetros normativos, sino que también es la de la obtención de la prueba, de tal forma que el aducir una prueba en un proceso con una obtención ilícita es desechada inmediatamente por el juez y no se tiene en cuenta en la sentencia.

Esto va más allá del silogismo jurídico de la posibilidad y entonces tenemos la premisa de las posibilidades, determinando así primera posibilidad que radica en que jurídicamente sea ilícito que el empleador se introduzca abusivamente en el correo electrónico institucional de sus empleados, de tal forma que si este lo hace y obtiene pruebas de un comportamiento que atenta contra lo convenido contractualmente o contra lo convenido en el código del trabajo y que se tipifique como causal de sanción, y este a su vez acuda ante la jurisdicción laboral con dicho comportamiento como prueba, al ser ilícita la obtención, el juez laboral deniegue la prueba como válida y niegue la pretensión. En segunda premisa si normativamente es posible que el empleador asuma la conducta de introducirse y controlar el correo electrónico de sus empleados, y este obtiene una prueba para acudir a la jurisdicción competente, el juez la tendrá en cuenta y decidirá en base a ella en la sentencia.

En relación a estos postulados y posibilidades jurídicas que se viven hoy en día con una regulación jurídica poco

clara y absolutamente transversa que contiene un alto contenido enigmático y que nos deja frente a jueces que vienen a hacer interpretaciones aisladas e interpretativas de concepciones subjetivas, parte la inquietud del tema.

1. Regulación y fundamentos constitucionales del correo electrónico

1.1 Conceptualización

El uso de las nuevas tecnologías en el entorno empresarial ha permitido la aparición de un nuevo marco laboral. La implantación de tecnologías de la información, como Internet y más concretamente el correo electrónico, tiene una doble vertiente. Por un lado se considera indispensable para el normal funcionamiento de cualquier empresa, conllevando además numerosas ventajas, pero también puede comportar determinados usos y comportamientos contrarios a los intereses de las mismas.

Vale la pena resaltar que el correo electrónico antes que ser un medio de comunicaciones ha tornado un medio de vida en el cual se facilitan y se reducen aquellas viejas prácticas comunicativas tediosas y lentas que impedían un eficiente contacto con el mundo, sin embargo, no se puede pensar que un correo electrónico de un individuo o una persona común y corriente el cual se utiliza para actividades personalísimas e irremplazables, se pueda equiparar a el correo electrónico que el empleador o la empresa le asigna a un trabajador para que este tenga una herramienta dinámica y efectiva de comunicación en base al viraje natural de la empresa.

El correo electrónico institucional (CEI), no es más que una asignación que hace el empleador a un trabajador para el desempeño de sus funciones dentro de la entidad correspondiente, dicho correo es personal y lo distingue dentro de las comunicaciones como un funcionario o trabajador de la empresa en cuestión, de tal forma que desde este se tendrá que proveer al información necesaria y permitida para el desarrollo laboral de este y su cumplimiento de funciones.

1.2 Regulación internacional

Frente a esto, se ha dado una regulación diversa según la doctrina normativa aplicable en cada caso específico; sin embargo existe una aplicación que proviene de la unión europea que unifica criterios rectores al respecto.

Según la directiva del tratado sobre comunicaciones suscrita por los países de la Unión Europea, se impone a los Estados miembros la obligación de garantizar la confidencialidad de las comunicaciones, y los derechos inherentes

a la personalidad y su libre desarrollo, consignándolo al tenor del siguiente artículo

...Los Estados miembros garantizarán, a través de la legislación nacional, la confidencialidad de las comunicaciones, y de los datos de tráfico asociados a ellas, realizadas a través de las redes públicas de comunicaciones y de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público. En particular, prohibirán la escucha, la grabación, el almacenamiento u otros tipos de intervención o vigilancia de las comunicaciones y los datos de tráfico asociados a ellas por personas distintas de los usuarios, sin el consentimiento de los usuarios interesados, salvo cuando dichas personas estén autorizadas legalmente a hacerlo de conformidad con el apartado 1 del artículo 15. El presente apartado no impedirá el almacenamiento técnico necesario para la conducción de una comunicación, sin perjuicio del principio de confidencialidad (Unión Europea, 1997).

La referencia al apartado técnico del artículo 15 no es más que las limitaciones que de una u otra manera supone la libertad, pero es la libertad limitada hasta el punto que esta afecte gravemente a la comunidad, aquí se puede ver como la libertad llega hasta donde empieza la de los demás y el principio de lo general reza sobre lo particular, tal artículo al que hace referencia a que Los Estados miembros podrán adoptar medidas legales para limitar el alcance de los derechos y las obligaciones para proteger la seguridad nacional o la seguridad del Estado, la cual incluye la defensa, la seguridad pública, o la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos.

En Estados Unidos, una de las normas más importantes en cuanto a la protección de la correspondencia es la Ley de Privacidad de las Comunicaciones Electrónicas "Electronic Communications Privacy Act" de 1986. H.R. 4952. Que respondía a las necesidades de defensa de la privacidad en las nuevas formas de comunicación. Prohíbe la interceptación de mensajes mandados por medio de esta tecnología, define todo lo relativo a comunicaciones electrónicas (correo electrónico, transmisiones vía satélite, telefonía celular, etc.) y establece las sanciones civiles y penales por infringir la normativa. En las relaciones de trabajo prohíbe la interceptación del correo electrónico, con la excepción del consentimiento del afectado.

Uno de los países con más analogía constitucional y normativa en derecho comparado frente a este tema aplicado es la república federal de Brasil, el artículo 5.XII de la Constitución de la República Federativa de 1988 dice que

...es inviolable el secreto de la correspondencia, de las comunicaciones telegráficas, de las informacio-

nes y de las comunicaciones telefónicas, salvo, en el último caso, por orden judicial, en las hipótesis y en la forma que la ley establezca para fines de investigación criminal o instrucción penal.

En Iberoamérica el país más avanzado en este tema y que acoge doctrinas europeas es Chile; La Constitución chilena en su artículo 19 asegura a todas las personas La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.

Por su parte el Código Penal indica

...El que abriere o registrare la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado medio si divulgare o se aprovechara de los secretos que ellos contienen, y en el caso contrario la de reclusión menor en su grado mínimo". Y el artículo 161-A. Inciso Primero del mismo Código Penal castiga "con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa..., al que sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado (Cerde, 2002).

No solo la Constitución Chilena sino también en los acuerdos laborales se limita el ejercicio de las facultades reconocidas al empleador al respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privado o la honra de éstos.

Siguiendo la línea de países vecinos, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 regula en su artículo 48 la garantía del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas:

...Se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. No podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso.

1.3 Regulación jurídica en Colombia

Colombia es uno de los países latinoamericanos que ha tomado la vanguardia en leyes sobre protección de datos, pero poco se ha hablado desde el ámbito laboral y menos aun desde el punto de vista probatorio y científico que se

debe aplicar en razón de la intermediación de los jueces con la prueba, en este caso del correo electrónico, que jurídicamente esta en escala de prueba sumaria, pero que la ley aun no delimita ni asigna un proceso expedito de alegato de causales sancionatorias, ni se han proferido sentencias de parte de los altos tribunales que ilustren el camino a los jueces de la república en la aplicación normativa y probatoria, así como la vía procesal para lograr un fallo justo y equitativo, y que no se terminen desechando las pruebas en virtud de los impedimentos tecnológicos de los jueces.

La Constitución de 1991 dispone en su artículo 15 que

...la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptados o registrados mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley sin embargo la aplicación de estos presupuestos no la hace invulnerable, pero si protege las comunicaciones por parte de entidades que no están autorizadas judicialmente para esto como lo son los empleadores o empresas frente a sus empleados.

Para ser más exactos y taxativos la Constitución de 1991 en su artículo 15 reza; que

...todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley

Es la Constitución Norma de Normas y por ende no podrá contrariarse esta, pero es acá donde la poca normativa existente al respecto hace que muchos empresarios logren hacer un quite vehemente y sustrayente al plantear la teoría de la administración de las herramientas de trabajo y la propiedad de esta, frente a esto, la Corte Constitucional

aún no se ha pronunciado de fondo al respecto, solo concuerda en anotar que la Constitución es inviolable y no podrá ajustarse a solicitudes individuales.

La especial naturaleza del “correo electrónico laboral” como medio de producción titularidad del empresario para fines exclusivamente laborales proporciona unas facultades de éste sobre sus medios de producción, de forma tal, que el trabajador debe abstenerse de utilizar el correo para asuntos personales, lo que supondría una sobreutilización de dichos medios.

El decreto reglamentario de la ley 527 de 1999, o mejor el decreto 1747 de 2000 prevé temas esenciales en el desarrollo de la seguridad de datos y de ejecuciones de legalidad, lo que en este caso se podría aseverar de una u otra manera al correo electrónico institucional. También se promulgo la resolución 26930 por medio de la cual se fijan estándares para la autorización y funcionamiento de las entidades de certificación y sus auditores. Posteriormente se contiene circular interna 001 del 28 de febrero de 2002 de la superintendencia de sociedades que se refiere al control contable, económico, administrativo y jurídico mediante formato electrónico.

2. Uso y conflictos laborales en el manejo del correo electrónico institucional

2.1 El correo electrónico institucional en el mundo laboral moderno

La modernidad y el constante cambio tecnológico han traído consigo un sin número de beneficios que influyen sustancialmente en la forma de hacer las cosas y de ver el mundo; se han acortado distancias y se han logrado cosas que hasta hace apenas un par de décadas resultaban inimaginables.

Las tecnologías de información no han sido la excepción, y una de las quizá, más importante de estas TICS, tiene que ver con la internet y con los correos electrónicos, los cuales no son más que la desmaterialización de la información y de la correspondencia, abaratando los costos, tiempo y productividad, pero también creando toda una nueva realidad jurídica vista desde el positivismo, y una escala valorativa vista desde el ius naturalismo; pero de cualquier manera filosófica como se pretenda llegar al tema, en lo que ineludiblemente se convergería es en la evolución y el cambio de la realidad objetiva y subjetiva que ha venido de la mano de dichas tecnologías.

Es indiscutible la importancia que ha adquirido el correo electrónico como medio de comunicación, tanto adentro,

como afuera de la empresa, como ejemplo se puede ver que las transacciones empresariales comienzan en forma de correo electrónico, pues la mayor parte de los clientes utilizan el e-mail para negociar contratos y acuerdos, así como emitir facturas e información sobre pagos, y de igual manera es muy utilizado por los departamentos de marketing para realizar envíos a los clientes anunciando nuevas ofertas, tratos especiales, etc.

La importancia de un correo electrónico institucional no radica solamente en lo anteriormente expuesto, ya que al ser representativo de una empresa, y al poseer un hosting o casilla de correo determinado con el nombre de la representación empresarial hace que los correos que se expidan por un empleado en virtud de su cargo y su asignación empresarial que le permite la utilización de un correo determinado, fije políticas empresariales y posiciones respecto a diversos temas, entre los cuales también podrían tipificarse delitos. Frente a esta situación muchas de las empresas dentro de los propios correos han programado unas cláusulas informativas donde se expresa que lo contenido en determinados correos con un hosting proveído por la empresa o empleadora no fijan una visión ni opinión global de la empresa y que dicha información solo es la opinión y posición de un empleado de dicha empresa. En atención se puede analizar como el correo electrónico institucional ha cobrado tanta importancia que a su vez es imposible desistir de él, pero que cada empleador siente una responsabilidad en la ejecución de dichas prácticas empresariales y por ende también buscan salvaguardar su integridad gerencial y jurídica al no comprometerse con lo contenido en los correos de los empleados, y que aunque sean otorgados para unos determinados fines, sería muy riesgoso asumir responsabilidades subjetivas.

2.2 Privacidad y publicidad patronal del correo electrónico institucional

La determinación de los límites al control tecnológico del empresario, emanado de sus derechos a la libertad de empresa y a la libertad de información, es una exigencia de la seguridad jurídica que, más que restringir, busca definir el contenido de un derecho que posee el empleador y que puede ejercer legítimamente y respetando el garantismo interpartes. Lo expuesto hasta ahora podría llevar a pensar en la existencia de un conflicto entre derechos fundamentales de las partes ligadas por la relación laboral. Sin embargo, debemos precisar que no son los derechos los que eventualmente chocarían, al igual que no es la tecnología la causante de las injerencias ilegítimas, sino que son las conductas que intentan ampararse en una apariencia de derecho las que colisionan, y es el juez quien debe despejar en cada caso en concreto, luego de ponderar los hechos y contrastarlos con las disposiciones jurídicas que

hemos visto y otras que mencionaremos, qué conducta está realmente protegida por el derecho que se invoca.

Por ello, no se puede dejar de mencionar el papel de la buena fe en el ejercicio de los derechos fundamentales y la prohibición del abuso del derecho. En el primer caso, interesa destacar que los derechos deben ser ejercidos conforme a las exigencias de la buena fe, según unas determinadas pautas de comportamiento sobreentendidas que no pueden ser ignoradas si se quiere comprender el funcionamiento de un sistema jurídico.

Los sistemas de correo electrónico proporcionados por la empresa, en principio, no deben ser utilizados con fines personales. El problema se plantea por el uso incorrecto o el abuso de esta herramienta, que traen como consecuencia, entre otras, la responsabilidad de la empresa por los actos realizados por un empleado, la posibilidad de importación de virus informáticos al sistema interno, o la salida de información confidencial.

La ley no ampara el abuso del derecho. Es más, resulta ilógico que su ejercicio, que representa para los demás un deber moral de abstención o de actuación, pueda realizarse con abuso. El respeto incondicionado del propio derecho sólo puede ser racionalmente exigido en la medida en que su ejercicio se haga ateniéndose a pautas de comportamiento conformes con las exigencias de una convivencia que garantice los derechos de los demás y la paz social. Esto, sin duda, va más allá de las actuaciones que constituyen delitos, porque se refiere a situaciones en que queda fuera del ejercicio legítimo la acción que de manera desproporcionada e irrazonable, de forma intempestiva e impeditiva de cualquier otra solución, podría haber causado un grave daño a otro.

La Constitución colombiana ha establecido como garantía frente a las limitaciones un núcleo irreductible: el contenido esencial de los derechos fundamentales, que según la Corte Constitucional son aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose. Todo ello referido a un momento histórico y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas. Lo anterior se traduce en la obligación de respetar el contenido esencial para cualquier limitación que pretenda mantener su legitimidad.

Para controlar el uso del correo electrónico, por ejemplo, el empresario debe demostrar que interfiere en el trabajo y que, al equipararse al resto de las comunicaciones, es inviolable y su control puede constituir un delito contra la intimidad, si no cuenta con el consentimiento inequívoco del trabajador.

El control del CEI por parte del empleador va más allá de un simple atentado a un solo derecho como quizá otros lo pensarían que es la intimidad, ya que el trabajador goza del derecho constitucional de sindicalización cuyo contenido esencial, en su fase colectiva, no se agota en los aspectos meramente organizativos o asociativos, sino que comprende también los derechos de actividad o los medios de acción necesarios para que el sindicato pueda cumplir las funciones a las que es llamado, medios que podrían ser identificados en la huelga, la negociación colectiva, así como el tribunal de arbitramento. Esta libertad sindical comprende la prohibición de injerencias del empresario, quien debe abstenerse de toda interferencia en su ejercicio y, por supuesto, de adoptar represalias contra los trabajadores que legítimamente ejerzan la actividad sindical.

Pero en el desarrollo de esta actividad de inclusión e intromisión por parte del empleador en el CEI institucional, podrían tomarse temas tan sensibles como los mencionados anteriormente, lo que generaría una injerencia directa en estas actividades y por ende un conflicto más allá de la simple esfera de la privacidad.

Un tercer derecho involucrado es el de la propia imagen, que garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona, la cual no podría bajo ninguna óptica ser limitado o vulnerado, tal como podría suceder con la intromisión en el CEI por parte del empleador.

3. Validez del correo electrónico institucional como prueba en un proceso judicial

Antes de empezar a disertar sobre la validez probatoria del CEI vale la pena aclarar que es un proceso judicial y la injerencia de la prueba en el mismo. El proceso judicial es aquella controversia que en razón a la imposibilidad de ser dirimida por las partes involucradas, debe ser conocida por la jurisdicción pertinente según la naturaleza del conflicto, ya sea por impasibilidades de ley o de voluntad, tendrá que ser conocida por la jurisdicción pertinente según la naturaleza del conflicto, con fines de dirimir el mismo por parte de un tercero revestido de ley.

Adentrándose en el tema probatorio, objeto de este numeral, se tendría que entrar a definir que es la prueba, como se constituye, la legalidad de la misma, y los tipos de prueba que son aceptados en materia de la jurisdicción laboral. Para ello se podría acercarnos a una definición de la prueba de manera general, como aquel elemento que tiene por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de

duda razonable los hechos y circunstancias materia del juicio.

En el aspecto laboral se podría enmarcar la prueba como el elemento material o factico, tangible o intangible, que sirve al juez como conducto de conocimiento más allá de toda duda razonable, y que permite el dirimir el conflicto suscitado de la relación laboral que se enmarca en su jurisdicción.

Desde el punto de vista material, prueba es el indicio, señal o muestra que se da de una cosa, pero desde el punto de vista formal, es la razón o argumento con el que se pretende demostrar la verdad o falsedad de algo.

Partiendo de este presupuesto definitivo, es entonces el juez el que bajo el principio de inmediación consagrado en el artículo 250, numeral 4º de la constitución política, tiene que entrar a evaluar la prueba de una manera directa, sin ataduras de ninguna índole que puedan llegar a transgiversar la realidad de lo que se demuestra en el proceso, lo que se solicita y lo que es objeto de controversia.

El principio de inmediación de la prueba en materia procesal no quiere decir que el juez deberá ser experto en cualquier materia de desarrollo humano, ni mucho menos un ingeniero de sistemas capaz de analizar pruebas de autenticidad y validez de los correos electrónicos allegados como prueba en un proceso, lo que sí es claro es que el juez tendrá que evaluar de una manera objetiva un determinado peritazgo, el cual puede ordenar, y resolver la materia de controversia.

Llegando a un punto de vista probatorio y legal, valdría la pena establecer que el Correo Electronico Institucional hace parte de los documentos del comerciante, ya que según la sentencia 23001 de septiembre 24 de 2007, la Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil, manifestó que

...Los mensajes de correo electrónico transmitidos a través de cuentas institucionales no se consideran correspondencia privada, porque estas cuentas tienen como fin primordial la transmisión de datos relacionados con las actividades ordinarias de la empresa. Por esta razón dichos mensajes pueden ser exhibidos y e inspeccionados judicialmente, son admisibles como medios de prueba y gozan de plena eficacia jurídica.

De tal forma que para la Corte, el derecho a la intimidad de los trabajadores no se vulnera, cuando los correos electrónicos personales que envían a través de cuentas institucionales obran como prueba en un proceso judicial. No obstante en estos casos, el juez y las partes deben limitar

el debate probatorio a lo necesario, según los hechos objeto de controversia y aplicar las normas pertinentes.

En esta misma jurisprudencia la Corte reafirmo lo establecido tanto en el inciso final del artículo 15 de la Constitución Nacional, como en el artículo 61 del Código de Comercio:

Artículo 15.C.N "Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar ya su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar, de igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás forma de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de los libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

Por otra parte el Artículo 61 del Código de Comercio, establece que

...Los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente.

Lo dispuesto en este artículo no restringirá el derecho de inspección que confiere la ley a los asociados sobre libros y papeles de las compañías comerciales, ni el que corresponda a quienes cumplan funciones de vigilancia o auditoría en las mismas

Agregando que:

...Este examen se realiza mediante la exhibición de los documentos y se limita a los libros y papeles relacionados con la controversia. Los mensajes de datos son admisibles como medios de prueba y reciben el tratamiento probatorio que el Código de Procedimiento Civil les concede a los documentos en papel, pues comparten sus características esenciales

Dichas características son las establecidas el artículo 251 del Código de Comercio según las cuales se establece y se hace necesario: "El origen: que provenga de una parte o de un tercero. El contenido: que sean declarativos, dispositivos o Representativos. Que sea original: implica que este signado o firmado".

Finalmente termina la Corte concluyendo que: "Así las cosas el documento electrónico se ajusta a la noción de papeles del comerciante, que incluye la correspondencia relacionada con el negocio, y participa de la naturaleza jurídica de cualquier documento, pues incorpora datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria y relevancia jurídica".

Hay que partir del principio de buena fe de los extremos procesales y de los peritos para no llegar a pensar que es muy factible la maleabilidad de las pruebas de esta índole atendiendo la facilidad y el inmenso mundo de herramientas informáticas que pudieran generar una vulnerabilidad de la prueba, tal como montajes, eliminación de datos, superposición de archivos, y demás mundo de posibilidades que se pudieran dar, y es desde este punto de partida que hay que entrar a mirar con una mayor preocupación la impunidad o desvío de la justicia que se pudiera dar en virtud de pruebas falsas, o manipuladas que vallan en detrimento de intereses económicos de las empresas, o en contra de intereses y derechos laborales de los trabajadores.

Para que se pueda hablar del CEI como prueba, se tiene que hacer una distinción o aclaración, ya que no sería lo mismo decir CEI, que hablar de los documentos contenidos en el CEI, ya que aunque no pareciera, resulta relevante a la hora de la valoración y del peritazgo, de igual manera para que dichos elementos anteriormente descritos puedan considerarse pruebas o elementos probatorios dentro de un proceso laboral deberán cumplir con unas reglas generales emanadas de la propia constitución y demás ordenamientos derivados como lo es el código de procedimiento penal, civil y laboral.

En este aparte se tiene que diferenciar los términos evidencia y prueba los cuales generalmente se utilizan sin ninguna distinción, sin embargo según el maestro Parra Quijano "cuando hablamos de evidencia nos referimos a todos los documentos, objetos o testimonios que se presentan ante el juez, pero el efecto de toda la evidencia presentada y admitida se conoce como prueba" (Parra Quijano, 2003).

Desde un punto de vista sistémico se puede definir las reglas de la prueba como el conjunto de normas que regulan la búsqueda, preparación, ofrecimiento, práctica, presentación y controversia de medios de prueba y elementos materiales probatorios con el fin de asegurar su

autenticidad, pertinencia y admisibilidad, y en general su confiabilidad para ayudar al juez a dirimir el conflicto de su conocimiento de una manera equitativa y justa, y de acuerdo a los preceptos legales.

La normativa procesal referente a la validez de la prueba, tiene la importantísima misión de reglamentar y controlar el acto de juicio mediante reglas que garanticen la confiabilidad presentada, excluir la prueba que no tiene valor probatorio alguno o que viole principios constitucionales o de políticas públicas, proteger los derechos de las partes, controlar el poder de los jueces para decidir los casos al establecer guías para la evaluación del valor probatorio de la evidencia. En fin son reglas que determinan cual es la prueba que debe llegar al juzgador de los hechos y del litigio y que garantizan la justicia en los procedimientos judiciales.

Respecto al tema específico, se tendría que mirar la calidad de la prueba, y sin entrar en las ya reiteradas discusiones en torno a la naturaleza jurídica de la información, que solo implicaría parcializar el fin propuesto toda vez que apuntamos a la informática en general, permitamos adoptar el criterio de que a los fines prácticos de este estudio el objeto es, ni más ni menos que un conjunto de datos almacenados, administrados o transmitidos mediante sistemas informáticos, extendiendo también el concepto a los dispositivos o equipamientos que permitan el tratamiento automatizado del los mismos.

Es pues, que en atención a esto no se puede decir que solo la prueba radica en el espacio del CEI, sino que radicara en cualquier elemento que contenga tal información llámese red, hardware o software, toda vez que ambos caerían dentro del ámbito de las posibilidades de intromisión o control por parte del emperador sobre la injerencia de lo desarrollado en estos medios por su empleado.

Se ha dicho que en informática resulta sumamente difícil delimitar los alcances de la prueba informática y generada por el CEI ya que los límites de la ciencia no están definidos, siendo entonces que para la valoración de la prueba, se tendrán también que determinar los aspectos periciales idóneos que generen confiabilidad tanto en la obtención como custodia de la misma.

"Pártase entonces, de la base de sostener que el conocimiento del perito debe sustentarse en un sistema verificable ordenado sobre pautas o hechos. Existe la generalizada creencia de que este sistema, entendido como un conjunto único y ordenado cuyos componentes son coherentes y solidarios entre sí, es, a su vez, falible, pues al basarse en razonamientos inductivos que no abarcan la generalidad de los casos los resultados son, en esencia, falibles. no obstante ello, la base técnica de análisis es tan

confiable como la de otras disciplinas criminalísticas que hoy no merecen cuestionamiento. (Fernández, 2002))

En materia informática dicha tarea suele ser sumamente dificultosa. En primer término se discriminó, a los fines prácticos la posibilidad de realizar distintos tipos de trabajos periciales. Cuando se trate de pericias tendientes a establecer la autenticidad de marcas o aplicaciones de software, así como también de unidades lógicas, o elementos electrónicos que integran un procesador y que normalmente caen dentro de la esfera de incumbencia del perito informático, el dictamen suele ser sencillo, en la medida en que se cuenta con los correspondientes patrones de comparación o "indubitables". Allí podrá expresarse el experto con un alto grado de certeza sobre las características del material aludido como prueba, en su lineal comparación frente a su original, tal como se realiza normalmente en los casos de violación a la normativa que protege la propiedad intelectual. No obstante, debe, en consecuencia, tenerse en cuenta este tipo de pericias informáticas no reposan sobre bases estrictamente científicas sino en simples operaciones de comparación; carecen de por sí del valor convictivo que tienen los informes periciales de otro tipo, por tanto exige la concordancia con las demás pruebas y elementos de convicción que el proceso ostenta. Es por ello, ineficaz como solo dato a los fines de una condena pues carece de pleno valor demostrativo en el sistema formal de Colombia.

Distinto es el caso en que se someta a dictamen el modo de funcionamiento de un dispositivo, la obtención de información borrada o alterada en soportes magnéticos, la determinación de maniobras fraudulentas mediante el uso de aplicaciones informáticas, puertas falsas, contabilidades paralelas, intrusiones no autorizadas a sistemas de redes o bases de datos a través de internet, violación de la correspondencia electrónica, etc. Allí donde la prueba pierde su materialidad, para convertirse exclusivamente en "dato", en mera información traducida en desniveles de tensión eléctrica, la función del perito se vuelve compleja. Por un lado debe suplir las limitaciones técnicas que dificultan la obtención del resultado pretendido y, luego, realizar la traducción de dichos resultados, en la inteligencia de que serán interpretados por quienes no poseen su "visión tecnológica" y procederán a tener por acreditada o no la comisión de delitos.

En la legislación colombiana el valor probatorio de los registros electrónicos ha tenido hasta la fecha escasa o casi nula recepción legislativa y se cuenta con pocos antecedentes jurisprudenciales. Dependerá en general de las pruebas complementarias que se hallen rendidas en la causa y pesará fundamentalmente la autenticidad de su obtención mediante los recaudos adoptados en las diligencias respectivas.

La eficacia probatoria de los elementos informáticos, y su interpretación a través de los dictámenes periciales genera y, generará por bastante tiempo inconvenientes, cuando la prueba derivada de los procesadores de datos se haya obtenido de sistemas no implementados a la luz de previsiones legales o reglamentaciones específicas y resulta inevitable su cuestionamiento. De todos modos, ello obedece exclusivamente a la reticencia o retardo con que el derecho enfrenta los avances tecnológicos pues, para desvirtuar la opinión de cualquier perito es imprescindible valorar elementos que permitan advertir fehacientemente el error o el insuficiente empleo de datos científicos, que deben conocer por su profesión. En general no es la ausencia de método o fundamentos científicos lo que pone en tela de juicio la eficacia probatoria de los dictámenes sino la tendencia a creer que todo aquello que escapa a la percepción directa de los sentidos y se requiere de un experto para dilucidar su existencia, es esencialmente falible; cuando en realidad, la pericia informática, como muchas otras, se funda en principios técnicos inobjectables y no existe prueba de igual significado procesal que le desvirtúe.

Conclusión

Los principios del derecho laboral hacen que las herramientas de trabajo puedan ser controladas por ser propiedad del empleador; así, a la luz de los distintos criterios jurisprudenciales a nivel nacional, la implementación de una política clara al respecto puede ser de gran ayuda para asegurar las facultades del empleador, evitar el abuso y para mejorar el ambiente de trabajo. Por lo anterior, las empresas deberán tener en práctica y comunicar internamente una adecuada política de privacidad que, en forma clara y definida, informe a sus empleados cuáles son los límites en el uso de las herramientas de la empresa y cuáles son las consecuencias.

Hay que tener en cuenta que si la empresa obtiene las autorizaciones respectivas del empleado, quedará a salvo de posteriores reclamos judiciales por parte de éstos, debido a que el trabajador puede autorizar una intrusión a su ámbito de reserva. De ese modo, si el empleador cuenta con una autorización escrita para que se le monitoree su correo electrónico, no habrá acceso ilegítimo ni violación a la privacidad y mucho menos la comisión de un delito

Es evidente que un comportamiento laboral abusivo de confianza o una conducta desleal frente al empleador, como el uso reiterado de los recursos de la empresa con fines particulares, constituye un incumplimiento del contrato de trabajo que debe ser sancionado, aunque pueda resultar discutible en ciertos casos el optar por el despido. Sin embargo, como consecuencia de la propiedad empresarial sobre el ordenador que usa el trabajador y sobre la dirección del co-

reo electrónico, el empresario no podría acceder, de forma indiscriminada, cuando y como lo desee al contenido de los mensajes que emite y/o recibe el empleado.

Resulta fundamental informar al trabajador de los medios que se utilizarán para verificar el cumplimiento de lo pactado y establecer una normativa interna, buscando incluso la aceptación o consentimiento tanto del trabajador como de sus representantes. Todo ello de acuerdo con el debido respeto a la dignidad humana como valor constitucional y como límite al poder de dirección y control de la actividad laboral por el empresario. Es decir, la adopción de medidas de control será válida, en un principio, cuando se establezca una clara política de empresa al respecto, por ejemplo, a través de la elaboración de un código de conducta que se comunique a los trabajadores con carácter periódico y que indique claramente las reglas a las que el trabajador debe someterse cuando utilice los medios técnicos puestos a disposición de la empresa para la realización de su prestación laboral.

En definitiva, el empresario podrá ejercer un control tecnológico legítimo sobre sus trabajadores, pero considerando en cada caso y atendiendo a estrictos criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, la utilización de medidas de vigilancia y control que, sirviendo a los fines que se pretendan, supongan el menor impacto posible sobre la intimidad y dignidad del trabajador. El derecho a la intimidad, al igual que los demás derechos fundamentales, no es absoluto y puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que sea necesario para lograr un fin legítimo, proporcionado y respetuoso con el contenido esencial del derecho.

Vale la pena aclarar que las empresas poseen la titularidad de los medios de producción, en consecuencia, la computadora, el software y la titularidad de las casillas del correo electrónico le pertenecen a ella. El trabajador dispondría de esa casilla mediante una cesión de parte de la empresa hacia éste y, por lo que estaría sujeta al control de la misma. Esa cesión es sólo a efectos de la actividad laboral, y por lo tanto el monitoreo o control que se le haga a esta herramienta de trabajo, no afectaría la privacidad del trabajador.

Hay que tener en cuenta ineludiblemente, que el trabajador goza del derecho a la privacidad incluso dentro del ambiente de trabajo. Por otra parte, el empleador conserva un derecho de control indispensable para la protección de sus intereses. Para que el derecho a la privacidad no le sea oponible resulta necesario que el empresario le haga saber previamente al trabajador las condiciones en las que se desarrollará el uso de los recursos informáticos y cuáles son sus límites.

Resulta imprescindible en aras de posibilitar una relación de igualdad que tienda a equilibrar los naturales desequilibrios que se producen en las relaciones sociales, como es el desequilibrio entre empleador y empleado que previamente a conceder un CEI, la empresa advierta al trabajador de las condiciones de uso del mismo, y que proporcione las medidas encaminadas a que las restricciones referentes al uso del correo electrónico estén siempre a disposición y alcance del empleado. Será necesario la comunicación personal al trabajador en el momento de la asignación de su correo y clave de ingreso a su respectivo buzón. Así mismo debe recoger las consecuencias que se pudieran derivar en caso de incumplimiento de las condiciones del servicio.

En Colombia no existen normas específicas que regulen la cuestión. El tema es debatible, y tanto la doctrina como la jurisprudencia se han manifestado al respecto. Así pues, algunos autores sostienen que el empleador posee el derecho a controlar al trabajador con fundamento en el derecho de propiedad sobre los recursos tecnológicos.

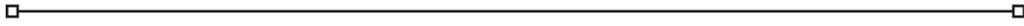
La poca regulación y normatividad, también atenta contra la seguridad estatutaria de la economía nacional y de las empresas, al no aplicársele a todos los trabajadores colombianos el mismo estatuto laboral ya que están a la disposición de un juez o de un empleador que le de categoría ultra extrema a la falta o no de el mal uso del correo y de la arbitrariedad que pueda ejercerse sobre este por parte del administrador.

Además de lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta la inseguridad jurídica en que se está cayendo en la aplicación de justicia, se puede afirmar que el caos jurídico y la inestabilidad también van a repercutir ostensiblemente en la economía nacional y los acuerdos e inversiones extranjeras que se vayan a realizar en nuestro país, ya que un inversionista no querrá invertir sus capitales en un lugar donde ni siquiera tenga una regulación clara de las normas, y que en determinado momento ellos aplicando una ley a su medida y un juez los sanciona, es dinero que estas empresas dejaran de devengar para pagarlos en sentencias judiciales sin seguridad jurídica

Es el correo electrónico institucional, como ya se había mencionado anteriormente al inicio de este artículo, es una herramienta de trabajo sumamente importante y necesaria, la cual ha tenido una implementación casi que obligatoria para las medianas y grandes empresas, no quedándose atrás las pequeñas industrias y comercios. Esto además de verse como un avance de la tecnología o como una opción que ahorra innumerables recursos tangibles e intangibles, debe ser abordado con suma cautela por ambos lados contractuales, llámese patrono o em-

pleado, y también por el esfuerzo que debe hacer el legislador en esta materia que aunque no pareciera de notoriedad procesal o judicial, con el transcurso de los años y la implementación de las TICS en un futuro casi inmediato,

tomara fuerza y de no ser controlado efectivamente por la ley y desde todos los involucrados, sería un problema desbordante que encontraría la cura de la enfermedad, mas no la prevención que sería más efectiva, menos costosa y menos traumática para todos.



Referencias

- Alamillo I y Henao E (2005) *La gestión electrónica de la identidad y de la firma electrónica en el intercambio electrónico de datos entre Administraciones Públicas*. Ed. Universidad de Salamanca. Salamanca
- Algar C (2006) La protección de datos de los trabajadores y su tratamiento por la representación sindical, *Revista de Derecho Informático*. Edición: No. 094, Mayo del 2006.
- Consultado el 20 de Agosto de 2012 Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1973953&orden=65222&info=link>
- Cerda A. (2002) *Privacidad del e-mail en lugares de trabajo* consultado el 10 de agosto de 2012 disponible en http://www.clcert.cl/show.php?xml=xml/editoriales/doc_02_12.xml&xsl=xsl/editoriales.xsl
- De Almeida Pupo M (1999) Problemas Jurídicos de Transferencia Electrónica de Datos *Revista de Derecho Informático*, Edición: No. 013 Agosto del 1999 Edita: Alfa-Redi
- Del Valanarnal, J.J (2.004) *El correo electrónico en el trabajo y el derecho a la intimidad del trabajador*. Valencia. Venezuela. Ed. Alfa Redi; 2007
- Fernández C (2002) Prueba Pericial Delitos y tecnología de la Información. Características y valoración en el Proceso Penal Argentino consultado el 20 de agosto de 2012 disponible en <http://www.delitosinformaticos.com/delitos/prueba.shtml>
- Jeffery, M (2004) ¿Carta blanca para espiar a los trabajadores? Perspectivas inglesas sobre poder informático e intimidad consultado el día 10 de agosto de 2012 disponible en <http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0109042/jeffery.html>
- Larrea, J (2008) La Legalidad del Control del Empleador sobre el Correo Electrónico asignado a sus trabajadores; *Revista de Derecho Informático* No. 114. Edita: Alfa-Redi
- Parra J (2003) *Algunas reflexiones sobre los principios de la prueba*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Unión Europea, Parlamento. Directiva 97/66/CE, de 15 de diciembre de 1997.
- República de Brasil. Constitución Brasileira vigente. Ed. Reyar, Brasilia 1999
- República de Venezuela. Constitución Bolivariana de Venezuela, ed. librería del profesional
- República de Colombia Constitución Política de Colombia. Ed. Legis, Bogotá, 2008
- República de Colombia (1999) Ley 527 de 1999
- República de Colombia (2000) Decreto 1747 de 2000.
- República de Colombia. Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 23001 de septiembre 24 de 2007.
- República de Colombia, Código de Comercio. Ed. Legis, Bogotá 2009
- República federal de Estados Unidos Electronic Communications Privacy Act f 1986. H.R. 4952.
- Zaa, A (2005) El uso del Correo Electrónico en la Empresa bajo la perspectiva del Derecho Laboral Venezolano, Edición No. 087 - Octubre del 2005. Edita Alfa-Redi