

Sentencia T-574/17

Referencia: Expediente T-6.142.741

Acción de tutela interpuesta por Marco Antonio Jauregui López contra Nutresa.

Magistrado Ponente:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA

El señor Marco Antonio Jauregui López –en adelante Marco Antonio- el día 27 de octubre de 2016 interpuso acción de tutela contra Comercial Nutresa S.A.S. - en adelante Nutresa-, solicitando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, la libertad de conciencia, la intimidad personal, la libertad sindical y la libertad de expresar y difundir pensamientos y opiniones. En consecuencia, pidió que se le ordene a la empresa retirar la sanción impuesta en el proceso disciplinario, pagar las acreencias laborales dejadas de percibir por el actor y los intereses moratorios junto con la indexación de dichas sumas. A su vez, solicitó que se le imponga a Nutresa indicar el nombre de la persona que entregó las notas de los audios, mostrar la autorización judicial que permite utilizar dichos audios como prueba y ordenarle que le pida disculpas por haber afectado su buen nombre y honra.

B. HECHOS RELEVANTES

1. Marco Antonio, de 45 años de edad¹, informó que en 1998 ingresó a trabajar a la Fábrica Nacional de Chocolates S.A. En el 2010, hubo una sustitución patronal, por lo que cambió de empleador a Cordialsa Colombia S.A.S. y, un año más tarde, a Nutresa. A lo largo de dicha relación laboral ha estado vinculado a

¹ En la demanda de tutela manifestó que nació el 30 de agosto de 1972. Fl. 2 del cuaderno No. 1.

través de distintas modalidades contractuales. Desde el 2 de enero de 2002 dicho vínculo existe mediante un contrato a término fijo².

2. El 20 de agosto de 2016, fue citado a una reunión de aclaración de hechos pues, según lo indicó el empleador, había incitado a los ayudantes de distribuciones a incumplir con las obligaciones propias del cargo a través del envío de mensajes de audio³ a un grupo de *WhatsApp* denominado “*Distribuciones Cúcuta*”, el cual fue creado por su exjefe, quien ocupaba el cargo de Coordinador de Logística⁴.

3. En dicho audio el señor Jauregui López manifestó:

“Compañeros con respecto a las recargas, sino las autoriza la empresa, pues no llamen al cliente, no llamen al vendedor, dejen, solucionen ustedes mismos, si tienen que anular una factura, anúlenla, si tienen que dejar de cobrar un pedido y no entreguen un pedido, no lo entreguen, pero no sigan haciéndose a la manipulación de la empresa. Otro golpe más para ustedes como trabajadores, vio, entonces ahí está la muestra de que la empresa por un lado suaviza y por el otro lado golpea, entonces dense cuenta de eso compañeros”⁵.

4. El 21 de agosto de 2016, el actor suscribió una petición en la que le solicitó al empleador lo siguiente:

- “Solicito copia de la autorización por parte de la empresa de la creación del grupo *WhatsApp* “*DISTRIBUCIÓN CÚCUTA*”.
- Solicito la autorización de un juez para poder tomar las grabaciones de audio por ser de medio privado y por no tener mi autorización de dicha grabación.
- Solicito el nombre de la persona que manipuló esa grabación para utilizarla en mi contra.
- Solicito que se anule la citación a descargos y se rectifique sobre que fui expuesto al escarnio público y se coloca en juego mi situación laboral, mi honra y mi estabilidad.
- Solicito se me diga cuál medio (sic) fue que la empresa obtuvo el audio el audio, que suministre el equipo, nombre del mismo, persona a cargo y autorización de la empresa para que esa persona lo hiciera.
- Solicito que si no hay ninguna autorización y algún trabajador se prestó para esta manipulación le caiga todo el peso de la ley y lo mismo haré yo ante las autoridades”⁶.

² Demanda de tutela. Fl. 2 del cuaderno No. 1.

³ Nutresa en su respuesta a la acción de tutela aportó un CD con los respectivos audios. Fl. 129 A del cuaderno No. 1.

⁴ Demanda de tutela. Fl. 2. Citación a reunión de aclaración de hechos. Fl. 26 y 27 del cuaderno No. 1.

⁵ Demanda de tutela. Fl. 2 y respuesta de Nutresa Fl. 60 del cuaderno No. 1.

⁶ Petición de suscrita el 21 de agosto de 2016. Fl. 28 a 30, del cuaderno No.1.

5. El 22 de agosto de 2016, el señor Jauregui López solicitó aplazamiento de la reunión prevista para rendir descargos a efectos de que se llevara a cabo después del 6 de septiembre, puesto que se encontraba en tratamiento de terapia física e hidroterapia hasta dicha fecha⁷. La accionada, mediante escrito del 24 de agosto, le informó que accedían a su petición y que debía acreditar, con los respectivos soportes, que se estaban desarrollando las terapias aducidas⁸.

6. Nutresa le respondió al actor la petición por el suscrita el 21 de agosto de 2016 indicando lo siguiente: (i) la creación de los grupos de *WhatsApp* legalmente no está condicionada a una autorización específica y, por ende, existe plena libertad; (ii) cuando las manifestaciones son realizadas de manera pública no se requiere autorización judicial para escuchar el mensaje; (iii) nadie manipuló las grabaciones, por lo que no es posible atender dicha petición; y (iv) los descargos son el mecanismo idóneo y eficaz para que el trabajador aclare lo sucedido y aporte las pruebas que considere pertinentes. En adición a ello, indicó (v) que ha respetado el debido proceso, el derecho de defensa y ha sido discreta con la citación para el esclarecimiento de los hechos, pues ésta se dirigió de manera exclusiva al actor, a quien le fue entregada; (vi) que los audios fueron obtenidos de un grupo público de *WhatsApp*; y (vii) que no es posible entregar la información solicitada por el actor, debido a que los audios se tomaron del referido grupo y en el que cada uno de los integrantes participa de forma voluntaria⁹.

7. Respecto a la respuesta suministrada por Nutresa, el actor considera que *WhatsApp* es un medio privado e inviolable que sólo puede ser interceptado o registrado mediante una orden judicial, de acuerdo con lo dispuesto, por una parte, en los artículos 15 de la Constitución y 197 y 199 del Código Penal y, por otra, en la Ley 527 de 1999¹⁰.

8. El 30 de agosto de 2016, solicitó el acompañamiento de la organización sindical Sinaltrainal –de la que hace parte-, a la reunión que fue convocada por Nutresa¹¹. El 3 de septiembre del mismo año, recibió citación para rendir descargos el día 6 de septiembre¹², fecha en la que se llevó a cabo la reunión. En ella intervinieron los miembros del sindicato y el accionante.

9. El presidente de Sinaltrainal solicitó la entrega inmediata del manual o de la política de los procesos disciplinarios de la empresa y el reglamento interno de trabajo. Dichos documentos no fueron suministrados por la empresa, lo que a juicio del actor constituye una violación de sus derechos fundamentales.

⁷ Demanda de tutela. Fl 4 y 5 y solicitud aplazamiento a descargos, Fl. 31, del cuaderno No.1.

⁸ Demanda de tutela. Fl 4 y 5 y respuesta a solicitud aplazamiento a descargos, Fl. 32, del cuaderno No.1.

⁹ Demanda de tutela. Fl 5 del cuaderno No. 1. Respuesta a derecho de petición Fl. 33 y 34 del cuaderno No. 1.

¹⁰ Demanda de tutela. Fl 5 y 6 del cuaderno No. 1.

¹¹ Solicitud de acompañamiento a los descargos. Fl 35 del cuaderno No. 1

¹² Segunda citación a reunión de aclaración de hechos. Fl. 36 del cuaderno No. 1.

10. Manifestó el accionante que es miembro de la organización sindical Sinaltrainal, ocupa el cargo de Secretario General¹³ y goza de fuero sindical. Insistió en que se debía indicar el nombre de la persona que le entregó el audio a Nutresa, pues en su concepto hacía falta el resto de la conversación, en la que se aclara su actuar como dirigente sindical. Solicitó que le fuera entregada la prueba o que se indagara con el entonces Coordinador de Logística Jaime Gelvéz sobre la creación del grupo de *WhatsApp*, a fin de determinar si tal grupo es institucional y fue autorizado por Nutresa o si, por el contrario, su propósito consiste en comunicarse entre compañeros de trabajo. Aseguró, igualmente, que mediante petición le solicitó a la empresa una serie de pruebas para usar en su defensa, las cuales fueron negadas.

También solicitó que la diligencia de descargos sea anulada, pues considera que existe una vulneración al debido proceso por cuanto no le fueron entregadas las pruebas solicitadas¹⁴.

11. El 15 de septiembre de 2016, Nutresa le entregó una comunicación mediante la cual le impuso sanción disciplinaria. Su contenido es el siguiente:

“Por medio del presente escrito, y luego de haber sido citado a reunión de aclaración de hechos, en acatamiento del debido proceso; y por tanto, en salvaguarda de sus derecho de defensa; me permito informarle que la Compañía ha decidido imponerle una sanción disciplinaria consistente en suspensión en sus labores por el término de cinco (05) días, la que se cumplirá a partir del día diecinueve (19) de septiembre de 2016, y hasta el día veintitrés (23) del mismo año. Durante los días de suspensión, y de conformidad con lo establecido en la ley laboral, no percibirá salario alguno.

Se asume la anterior determinación, en consideración a que según se constató, usted incumplió con las obligaciones y prohibiciones a su cargo, consagradas en los artículos 63, numeral 1 y artículo 66 numerales 1, 7, 56, 74 del Reglamento Interno de Trabajo vigente en la Compañía.

Lo anterior, en tanto que se verificó, el día 10 de agosto un incumplimiento de parte a las obligaciones y/o prohibiciones laborales a su cargo en calidad de trabajador, dado que usted presuntamente incitó a los ayudantes de distribución a faltar con el deber y responsabilidades propias del cargo enviando mensajes (audios) por un grupo de *WhatsApp* creado por el anterior jefe de logística, denominado Distribuciones Cúcuta, el cual está destinado a dar información [sobre] temas laborales, de operación y de interés, entre otros; adicionalmente,

¹³ En la Acta No. 118 de Asamblea General del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de Alimentos Sinaltrainal, se observa que el señor Marco Antonio Jauregui fue nombrado Secretario General de la nueva Junta Directiva.

¹⁴ Demanda de tutela. Fl 8, 9 y 10 del cuaderno No. 1.

por el mismo grupo de *WhatsApp* difundió comentarios desfavorables sobre la empresa. (...)”¹⁵.

12. El 16 de septiembre de 2016, Marco Antonio presentó recurso de apelación frente a la sanción enunciada anteriormente. Allí le pidió a Nutresa la revocatoria de dicha medida, al considerar que en el proceso sancionatorio existió incumplimiento del debido proceso, por cuanto no le fueron entregadas las pruebas que solicitó. Igualmente, señaló que el reglamento interno de la empresa no cumple con lo dispuesto en la ley ni en la sentencia C-593 de 2014 que, según sostuvo, estableció los parámetros procedimentales que debe cumplir un proceso disciplinario¹⁶.

13. El 24 de septiembre de 2016, Nutresa respondió el recurso de apelación confirmando la sanción impuesta. Aseguró que se había cumplido con el procedimiento disciplinario previsto en el reglamento interno de trabajo, en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas concordantes. Además, en el curso de dicho asunto se le garantizó al trabajador el derecho de defensa, la doble instancia, la presunción de inocencia y el principio de imparcialidad¹⁷.

C. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

14. Mediante auto del 27 de octubre de 2016, el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cúcuta, admitió la acción de tutela y vinculó a Nutresa para que ejerciera su derecho de defensa y allegara la actuación administrativa y técnica surtida.

15. Nutresa aseguró que no se desconocieron los derechos al debido proceso y a la defensa del accionante. Para apoyar tal conclusión presentó varias consideraciones.

15.1 El actor hacía parte de un grupo de *WhatsApp* denominado “Distribuciones Cúcuta”, creado por el Coordinador de Logística de la compañía y en el que participaban la mayoría de ayudantes de ventas y distribución en dicha ciudad. El accionante, mediante el envío de notas de voz invitó a todos sus compañeros a incumplir sus deberes laborales, incitándolos a no llamar a los clientes, no cobrar o entregar pedidos y anular facturas. Tal conducta atenta contra el servicio prestado por Nutresa, disminuye sus ventas y además desconoce lo establecido en los artículos 63¹⁸ y 66¹⁹ de su reglamento interno.

¹⁵ Demanda de tutela. Fl 10 y 11. Imposición de sanción disciplinaria Fl. 75 del cuaderno No. 1.

¹⁶ Demanda de tutela. Fl 11 a 13, Recurso de apelación Fl.46, del cuaderno No.1.

¹⁷ Demanda de tutela. Fl 13 del cuaderno No. 1.

¹⁸ “Artículo 63. Son obligaciones especiales de los trabajadores. // 1. Realizar personalmente la labor en los términos estipulados, observar los preceptos de este reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera general o particular le imparta la Empresa o sus representantes, según el orden jerárquico establecido”. Fl. 61 del cuaderno No. 1.

¹⁹ “Artículo 66. Se prohíbe a los trabajadores: // 1. Faltar contra la Visión, Misión, Principios, Valores Corporativos, Reglamento Interno de Trabajo y el Código de Bueno Gobierno de la empresa. // 7. Disminuir intencionalmente el ritmo de ejecución del trabajo, suspender labores, promover suspensiones intempestivas del trabajo e incitar a su declaración o mantenimiento, sea que se participe o no en ellas. // 56. Inducir a otros trabajadores a cometer actos negligentes, o difundir noticias o comentarios desfavorables sobre la empresa,

15.2. Con el objeto de garantizar los derechos al debido proceso y a la defensa del accionante, fue citado para que el 24 de agosto de 2016 aclarara los hechos. Sin embargo, adujo razones médicas para no asistir. Fue así que la diligencia se realizó el 6 de septiembre de 2016, en compañía de dos miembros del sindicato. En esa oportunidad Nutresa le presentó a Marco Antonio los audios que tenía como prueba, dándole la oportunidad de manifestarse y presentar las pruebas que tuviera en su favor.

Concluida la etapa anterior, el actor fue suspendido, concediéndosele la posibilidad de acudir a una segunda instancia. Todo lo anterior fue en cumplimiento del procedimiento disciplinario contenido en el reglamento interno de trabajo. A su vez, la suspensión fue tasada de acuerdo a lo establecido en el numeral 3 del artículo 68 del referido reglamento.

15.3 En cuanto a las pruebas solicitadas por el trabajador, es importante precisar que no existen y que las mismas no tienen sustento jurídico por las siguientes razones. Primero, Nutresa no requiere ningún tipo de autorización para crear un grupo de *WhatsApp* y, en esa dirección, no existe el documento solicitado por el actor. Segundo, para escuchar los mensajes enviados por el accionante al grupo de *WhatsApp*, Nutresa no requiere de ningún tipo de autorización, debido a que no es de carácter privado, pues está compuesto por más de 20 personas entre trabajadores y directivos. Tercero, el audio permanece intacto, lo que implica que nadie lo manipuló.

15.4. Los descargos constituyen el medio idóneo y eficaz para esclarecer la situación y la oportunidad para que el trabajador solicite y aporte las pruebas pertinentes. La citación se realizó a través de un documento privado y entregado directamente al trabajador, lo que se opone a su afirmación en cuanto a que fue sometido al escarnio público. En adición a ello, Nutresa es la administradora del grupo público de *WhatsApp* del cual obtuvo la información. Por último, en la diligencia de descargos, el actor guardó silencio sobre las razones que lo llevaron a incitar a sus compañeros a incumplir con sus deberes laborales cuando le fue presentado el audio.

16. La acción de tutela es improcedente, debido a que no hay perjuicio irremediable, pues no se encuentran acreditados los requisitos de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad. Además, existen mecanismos ordinarios que le permiten al actor controvertir la sanción impuesta.

17. En cuanto a los derechos alegados por Marco Antonio, Nutresa aseveró que todos tienen límites. Por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión implica manifestar su inconformidad sobre cualquier asunto, siempre y cuando no sea en perjuicio de los resultados de la empresa y del buen nombre. A su vez, las

compañeros o superiores. // 74. Interponer o hacer interponer medios de cualquier naturaleza para que el trabajo propio o el de otros trabajadores, o el de las máquinas o equipos situados en el lugar de trabajo, no salga en cantidad, calidad y tiempos fijados por la Empresa". Fl. 61 del cuaderno No. 1.

garantías sindicales impiden que el trabajador sea despedido y trasladado, pero ello no es óbice para que la empresa inicie un proceso sancionatorio cuando el trabajador comete faltas disciplinarias.

D. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Adolescencia con Funciones de Control de Garantías de Cúcuta, el 10 de noviembre de 2016

18. Declaró improcedente el amparo solicitado al considerar que existe un daño consumado. Para llegar a dicha conclusión afirmó que Marco Antonio interpuso acción de tutela contra Nutresa, asegurando que esta le impuso una sanción disciplinaria consistente en 5 días de suspensión apoyándose para ello en un audio enviado por el actor a un grupo de *WhatsApp* al que pertenecen trabajadores de la sociedad accionada. Según el planteamiento del actor, la empresa vulneró el derecho al debido proceso y a la defensa, pues necesitaba de una autorización judicial para sancionarlo con base en dicho audio.

Teniendo en cuenta lo anterior, el juez aseguró que el tema central se refiere al empleo, en el curso de un proceso disciplinario, de una información que el accionante califica como privada. Al abordar dicho asunto se refirió a la sentencia C-336 de 2007 que realizó una clasificación de la información en pública, semi-privada, privada y reservada.

18.1 La información *pública* es aquella que se puede obtener y es entregada sin ningún tipo de restricción o cumplimiento de requisitos. La *semi-privada* tiende a ser personal o impersonal y para acceder a ella existen grados de limitación, es decir que para obtenerla se necesita de una autoridad administrativa que esté en ejercicio de sus funciones. La *privada* hace referencia a datos que corresponden al ámbito privado de la persona y sólo puede ser obtenida a través de autoridad judicial en cumplimiento de sus funciones. Finalmente la *reservada* se encuentra constituida por información personal que atañe directamente a los derechos fundamentales del titular, como la intimidad, libertad, dignidad y habeas data y que no puede ser obtenida ni siquiera por autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones.

18.2 En cuanto a *WhatsApp*, precisó que se trata de una aplicación de mensajería instantánea de texto y audio, gratuita, que requiere de conexión a internet y funciona en teléfonos móviles *Smartphone* o de última generación. La identidad de cada usuario es su número de teléfono y basta con tener este dato y que tanto el emisor como el receptor tengan instalada la aplicación para poder enviar y recibir mensajes.

18.3 Aseguró que algunos expertos en seguridad informática desconfían de la legitimidad de la mensajería de esta aplicación, pues a través de otras aplicaciones el titular del mensaje o terceros pueden manipular el contenido. Eso es posible

debido a que la información no es cifrada y a que se guarda como texto. Tales expertos han sostenido que para que una conversación de *WhatsApp* se admita como prueba en un proceso (i) debe estar certificada por un perito informático que asegure que el contenido es auténtico; (ii) el móvil del cual fue obtenida la información debe ser aportado y (iii) deberá adjuntarse el material impreso que soporte el contenido de las conversaciones.

No obstante lo anterior, el *a-quo* resaltó que el accionante tanto en el proceso disciplinario que se adelantó en su contra, como en la acción de tutela que interpuso, nunca tachó la prueba de falsa o adulterada, sugirió suplantación de identidad, ni señaló que su celular hubiera sido objeto de uso fraudulento o clandestino.

18.4 A su vez, no se advierte una vulneración al debido proceso ni al derecho a la defensa, pues la sanción disciplinaria impuesta al actor se hizo en cumplimiento del procedimiento establecido en el reglamento interno de trabajo de Nutresa. Igualmente, es proporcionada y razonable acorde con lo dispuesto en el artículo 68 de dicho reglamento. Además, observó que el actor apeló la decisión, lo que demostró que se le permitió expresar sus inconformidades. No existe evidencia que permita inferir que el empleador haya accedido al audio -que sirvió de soporte para sancionar al accionante- de manera fraudulenta o clandestina, sino que al parecer alguien de manera voluntaria hizo entrega de este.

18.5 En cuanto a la actividad sindical, aseguró que conforme al artículo 39 de la Constitución Política es un derecho fundamental de los trabajadores, que tiene como objeto principal alcanzar el bienestar de los miembros de la organización sindical. Teniendo en cuenta lo anterior y el contenido del audio enviado por el accionante, se evidencia que este no invitó a sus compañeros a realizar conductas que estén al margen de la ley, atentatorias contra los bienes de la empresa o que causen daños a la infraestructura de la empresa. Es así que la nota de audio enviada por el actor puede considerarse comprendida por el ejercicio legal de la actividad sindical, lo que implicaría que Nutresa se equivocó al iniciarle un proceso disciplinario y que pudo afectar la libertad sindical.

18.6 Finalmente, aseguró que la acción de tutela fue interpuesta mucho tiempo después de haber sido ejecutada la sanción disciplinaria, lo que implica que se configura un daño consumado. Ello, en todo caso, no constituye un obstáculo para acudir a la jurisdicción ordinaria.

Impugnación: presentada por la parte actora el 17 de noviembre de 2016²⁰

19. El accionante solicitó el estudio de la decisión de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de tutela.

²⁰ Impugnación. (Cuaderno No. 1 fl. 141)

Segunda instancia: Sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con función de Conocimiento de Cúcuta, el 15 de diciembre de 2016

20. El *ad quem* confirmó la decisión de primera instancia. Refiriéndose al procedimiento disciplinario que se siguió contra el actor, observó que (i) se le comunicó formalmente el inicio del proceso disciplinario; (ii) la conducta y la sanción se encontraban establecidas previamente en el reglamento interno de trabajo; (iii) se le dio a conocer la prueba en la que se fundamentó la acusación; (iv) le indicaron los términos para rendir descargos, controvertir y presentar pruebas; (v) la decisión definitiva fue motivada y congruente; (vi) la sanción resulta proporcional a la conducta; y (vii) fue controvertida la decisión.

En cuanto al derecho a la intimidad personal y familiar, aseguró que la información que circuló en el grupo “Distribuciones Cúcuta” de *WhatsApp*, no es personal, familiar y tampoco afecta la intimidad del actor. Respecto al derecho a la libertad sindical, los artículos 405 y 406 del CST, establecen garantías para los trabajadores sindicalizados consistentes en que no pueden ser despedidos, trasladados o desmejorados, circunstancias que no se dan en el caso concreto. En el evento en el que el tutelante no esté de acuerdo con la sanción impuesta puede acudir a la jurisdicción ordinaria, pues no demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela.

E. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

21. Mediante Auto del 24 de julio de 2017, el Magistrado Sustanciador ordenó que, por Secretaría General y con el propósito de contar con elementos de juicio adicionales, se oficiara a Nutresa²¹, al administrador del grupo de *WhatsApp* denominado “Distribuciones Cúcuta”²², a la Organización Sindical Sinaltrainal²³, a la Delegatura de Protección de Datos Personales de la Superintendencia de

²¹ Se solicitó que informara (a) ¿Cuándo le fue entregado el reglamento interno de trabajo al señor Marco Antonio Jauregui López?; (b) ¿Cuáles son las políticas acerca de las herramientas tecnológicas y las redes sociales de la sociedad?; (c) ¿Cuáles son las políticas de tratamiento de la información de la sociedad y en particular en materia de administración de redes sociales? Deberá aportar los documentos correspondientes; (d) ¿Cuándo y a través de que medio se enteró de la existencia del grupo “Distribuciones Cúcuta”?; (e) ¿En el grupo “Distribuciones Cúcuta” habían jefes o empleados de confianza y manejo de Nutresa S.A.S?; y (f) La creación y administración de dicho grupo es autorizado, reconocido o avalado por Nutresa S.A.S?

²² Se requirió a fin de que señalara (a) ¿Cuáles son las finalidades y el objeto del grupo “Distribuciones Cúcuta”?; (b) ¿Cuáles son los integrantes del mencionado grupo de *WhatsApp*?; (c) ¿Cuáles de esos integrantes son jefes o empleados de confianza y manejo de la empresa y que cargo ocupan?; y (d) ¿Qué tipo de información circula en dicho grupo?

²³ Se dispuso que (a) aportara el acta de constitución del sindicato ante el Ministerio de Trabajo; (b) adjuntara el acta de nombramiento del señor Marco Antonio Jauregui López como secretario de Sinaltrainal; y c) informara si el señor Marco Antonio Jauregui López al enviar los audios al grupo de *WhatsApp* denominado “Distribuciones Cúcuta”, lo hizo a nombre propio o como representante del sindicato.

Industria y Comercio²⁴, al Ministerio del Trabajo²⁵, a WhatsApp²⁶ y al Observatorio Ciro Angarita Barón de la Universidad de los Andes²⁷.

Respuesta a la solicitud de pruebas

22. El 27 de agosto de 2017, la Secretaria General informó que vencido el término probatorio, fueron recibidos los oficios de Jhon Jairo Toloza Díaz, de Nutresa, de SINALTRAINAL, de la Superintendencia de Industria y Comercio, y del Ministerio del Trabajo. También fue recibido el informe del citador en el que manifestó que no fue posible comunicarle el auto a WhatsApp²⁸.

22.1. Jhon Jairo Toloza Díaz, coordinador de operaciones logísticas y administrador del grupo de WhatsApp denominado “*Distribuciones Cúcuta*”, informó que el objetivo del grupo es disponer de un medio ágil y eficaz para informar al equipo de trabajo sobre asuntos relevantes que puedan suceder durante la semana y relacionados con la labor desarrollada por las personas de distribución, dar instrucciones, presentar los indicadores de resultados y de gestión y enviar mensajes motivacionales y de alineación. Explicó que la principal labor de los ayudantes de ventas se desarrolla en la calle, por un equipo de 15 personas que se transportan en vehículos y en parejas. En la actualidad, el grupo está integrado por 9 ayudantes de ventas, el auxiliar de operaciones logísticas y el coordinador de operaciones logísticas, quien es el jefe inmediato de los ayudantes. Aclaró que al momento de los hechos la gran mayoría de los ayudantes hacían parte del grupo²⁹.

22.2. Nutresa informó que el 15 de septiembre de 2015, el actor asistió a la capacitación “despliegue RTI” en la que se socializó el reglamento interno de trabajo de la compañía, no obstante quien llevó el registro de asistencia dejó constancia acerca de que el señor Jauregui López asistió, negándose a firmar la lista de ingreso. Pese a lo anterior, el actor ha podido conocer el reglamento interno de trabajo a través de la cartelera que se encuentra al ingresar a las

²⁴ A esta entidad se le solicitó que señalara (a) ¿Cuáles son las reglas aplicables al tratamiento de datos personales en WhatsApp?; (b) ¿Cómo se otorga la autorización para el tratamiento de datos personales en WhatsApp?; y (c) ¿Quiénes son los responsables y encargados del tratamiento de datos personales de un grupo de WhatsApp?

²⁵ Se le solicitó que indicara (a) ¿Cuándo se considera que un grupo de WhatsApp es una herramienta de trabajo? Y (b) ¿Cuál es el manejo institucional que las empresas le deben dar a los grupos de WhatsApp?

²⁶ Se formularon las siguientes preguntas: (a) ¿Qué regulación existe sobre la confidencialidad de los mensajes que circulan por WhatsApp?; (b) ¿Cuáles son las políticas de privacidad y las medidas de protección en favor de los titulares de la información personal que circula por este medio?; (c) ¿Cuáles son las funciones del administrador de un grupo de WhatsApp?; (d) ¿Cuáles son los deberes o responsabilidades de los diferentes participantes en un grupo de WhatsApp?; (e) ¿Cuándo el administrador de un grupo de WhatsApp sale de éste, qué sucede y a quién se le traslada dicha función?; y (f) ¿Puede WhatsApp considerarse como una red social y, de no ser así, en que se diferencia de este tipo de redes o de otros medios tecnológicos y aplicaciones por las que circula información personal?

²⁷ Fue consultado a efectos de que contestara las siguientes preguntas: (a) ¿La información que circula en un grupo de WhatsApp, que fue creado por el empleador o por uno de sus representantes, puede ser usada como prueba en un proceso disciplinario?; (b) ¿Es posible considerar público a un grupo de WhatsApp, que está conformado por un número plural de personas?; (c) ¿Mostrar, reproducir o reenviar un audio que inicialmente fue enviado por una persona a un grupo de WhatsApp, viola el derecho a la intimidad del creador?

²⁸ Oficio del 25 de agosto de 2017 de la Secretaría General de la Corte Constitucional. (Cuaderno principal, fl. 11)

²⁹ El 4 de agosto de 2017, fue recibida la respuesta de Jhon Jairo Toloza Díaz, Coordinador de Operaciones Logísticas de Nutresa. (Cuaderno principal, fl. 24).

instalaciones de la empresa, donde reposa una copia y de la intranet de la compañía “*intra.gruponutresa.com*”, en el link “*Nuestra Empresa*”, opción “*políticas de Compañía*”. El ordenamiento jurídico no obliga al empleador a entregarle copia del reglamento interno de trabajo a cada trabajador; pues la única norma al respecto es el artículo 120 del CST, modificado por el artículo 22 de la Ley 1429 de 2010, que dispone:

“Artículo 120. Publicación. Una vez cumplida la obligación del artículo 12, el empleador debe publicar el reglamento del trabajo, mediante la fijación de dos (2) copias en caracteres legibles, en dos (2) sitios distintos. Si hubiere varios lugares de trabajo separados, la fijación debe hacerse en cada uno de ellos”.

Destacó que Nutresa cuenta con el documento “*Lineamientos y políticas de uso y gestión de la informática*” el cual establece tres tipos de políticas que están dirigidas a la población que interactúa con tecnologías informáticas a saber: (i) usuarios internos o externos que usan un producto o servicio informático (de este grupo hace parte Marco Antonio), (ii) los directivos y (iii) áreas de gestión de la información. En dicho documento se señalan las responsabilidades y atribuciones, así como las prohibiciones de los usuarios. En cuanto al uso de las redes sociales, señaló que no existe norma específica pero están comprendidas dentro de las políticas de tratamiento de tecnologías informáticas, de acuerdo con el perfil que tenga el usuario al interior de la compañía.

Explicó que el 10 de agosto de 2016 tuvo conocimiento sobre la existencia del grupo de *WhatsApp* a través de la queja que dio inicio al proceso disciplinario. Dicho grupo fue creado por un extrabajador que ocupaba el cargo de Coordinador de Operaciones Logísticas y la persona que lo reemplazó también hace parte del grupo y es el administrador. Señaló que dicho cargo es de dirección, confianza y manejo, pues tiene una posición especial en la compañía y es representante según lo dispuesto en el artículo 32 del C.S.T.

De otra parte, la accionada se refirió al principio de buena fe, indicando que el artículo 83 de la Constitución establece que “[l]as actuaciones de los particulares (...) deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (...)”. De igual manera el artículo 55 del CST señaló que el contrato de trabajo debe ejecutarse con sujeción a ese principio lo que supone adoptar comportamientos y adquirir obligaciones que no necesariamente están previstas en un documento. El entonces Jefe de Logística, de buena fe creó un grupo en *WhatsApp* para tener un canal de comunicación con los trabajadores del área de distribución, quienes de manera voluntaria aceptaron la invitación al permanecer en este. La creación de dicho canal de comunicación no debía entenderse como un medio para enviar mensajes constitutivos de faltas y de conductas prohibidas por la ley, pues las intervenciones voluntarias de los trabajadores e integrantes del grupo, deben estar acordes con las obligaciones naturales del contrato de trabajo.

En el evento que los trabajadores creen un medio de comunicación, es decir que no sea creado por Nutresa, esto no los autoriza a “(i) *promover que los demás trabajadores no se comuniquen con los clientes, buscando atentar directamente con el servicio lo cual conllevaría a la disminución de ventas, (ii) anular facturas, con lo que podría conllevar eventualmente al detrimento patrimonial de la empresa, (iii) no cobrar pedidos, lo que igualmente podría conllevar al detrimento patrimonial de la empresa y (iv) no entregar pedidos solicitados por los clientes, lo que podría generar incumplimiento de contratos de índole comercial por parte de la Empresa. Que fue lo que ocurrió en el presente caso*”³⁰.

Finalmente, aseguró que lo relevante en este asunto es el contenido del mensaje y no el medio a través del que se difundió, si era conocido, autorizado o creado por la empresa, ni la forma en que esta se enteró, pues pudo haber sido transmitido por medios escritos, audiovisuales o a viva voz y la esencia del mensaje sería la misma, que es la promoción de conductas contrarias a la buena fe y a las obligaciones contractuales³¹.

22.3. Sinaltrainal, a través de Marco Antonio, informó que el grupo de *WhatsApp* “*Distribuciones Cúcuta*” fue creado por Jaime Gelvez, Coordinador de Logística del distrito de Cúcuta, con autorización de todos los trabajadores del área de logística y de algunos jefes “*de manejo y confianza de la empresa Nutresa*” quien también hacen parte del mismo.

El objeto de dicho grupo era “*tocar temas pertinentes sobre las rutas de entrega, información que llegase de la empresa, información de interés nacional, social como se tocó en muchas ocasiones, temas hasta personales, era para poder interactuar como equipo de trabajo y amigos, en ese grupo existían trabajadores de la organización sindical y no sindicalizados, además de jefes de manejo y confianza*”³². Aseguró que su comportamiento en el grupo de *WhatsApp* fue a título de dirigente sindical, lo que manifestó en audios previos al cuestionado y al rendir descargos. Su intención consistía en orientar a sus compañeros sobre la situación, dado que –a su juicio- los trabajadores no debían tomar dinero de su salario para recargas telefónicas, mucho menos cuando la empresa desde hace varios años venía reconociendo dicho gasto, lo que a su modo de ver era un derecho adquirido³³.

22.4. La Coordinadora del Grupo de Gestión Judicial de la Superintendencia de Industria y Comercio informó que *WhatsApp* es “*un servicio de red social (SRS) que permite enviar y recibir mensajes a través de un teléfono móvil y que posibilita el intercambio de textos, audios e imágenes*”³⁴. Manifestó que la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en el artículo 1°, apartado 2°, dijo que las redes sociales comparten características, como la

³⁰ Respuesta de Nutresa. (Cuaderno principal, fl. 31).

³¹ El 4 de agosto de 2017, fue recibida la respuesta de Nutresa. (Cuaderno principal, fl. 25 al 34).

³² Afirmación realizada por el accionante a través de la respuesta otorgada por SINALTRAINAL (Cuaderno principal, fl. 92).

³³ Respuesta de la SINALTRAINAL, suscrita por Marco Antonio Jauregui López. (Cuaderno principal, fl. 92).

³⁴ Respuesta de la Superintendencia de Industria y Comercio. (Cuaderno principal, fl. 100).

creación de un perfil por parte del usuario con datos personales, la posibilidad de publicar contenidos en línea y tener una lista de contactos para interactuar. A su vez, indicó que de acuerdo a lo establecido en el artículo 1° y 2° de la Ley 1581 de 2012, cuando una red consolida o crea bases de datos personales se encuentra cobijada por su régimen de protección.

En cuanto al tratamiento de la información personal, precisa que debe existir autorización expresa, informada y previa del titular del dato. Además, de cumplir con lo dispuesto en el artículo 2.2.2.25.2.4 del Decreto 1074 de 2015 que establece que “[p]ara efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1581 de 2012, los Responsables del Tratamiento de datos personales establecerán mecanismos para obtener la autorización de los titulares o de quien se encuentre legitimado de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.2.25.4.1., del presente Decreto, que garanticen su consulta (...)”. Igualmente, prevé que “[e]stos mecanismos podrán ser predeterminados a través de medios técnicos que faciliten al Titular su manifestación automatizada”.

A su vez, indicó que la Ley 1581 de 2012, en el artículo 3°, literales d y e, define quien es el encargado y responsable del dato. De lo allí dispuesto se desprende que cuando una persona, -natural, jurídica, pública o privada- crea un grupo de usuarios a través de la aplicación *WhatsApp* con el fin de recolectar datos personales para generar y consolidar bases de datos, les aplica el régimen de protección de los mismos. Aseguró que quien utiliza la plataforma de *WhatsApp* y crea un grupo, asume la responsabilidad del dato “[c]uando se use el SRS como plataforma de colaboración para una asociación o una empresa para conseguir fines comerciales, políticos o beneficios” y “[c]uando los usuarios tienen un gran número de contactos de terceros y no conoce a alguno de ellos”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

A. COMPETENCIA

23. La Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36-, así como en virtud del Auto del 30 de mayo de 2017, expedido por la Sala de Selección de Tutela Número Cinco de esta Corte, que sometió a revisión los fallos adoptados por los jueces de instancia.

B. CUESTIONES PREVIAS –PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

24. Previo al análisis del objeto de la acción de tutela interpuesta, es necesario estudiar los requisitos de procedencia de la demanda relativos a (i) la alegación de la violación de un derecho fundamental, (ii) la legitimación por activa y por pasiva, (iii) la subsidiariedad y (iv) la observancia del requisito de inmediatez.

25. *Alegación de la violación de un derecho fundamental:* El actor aduce la presunta trasgresión de los derechos al debido proceso, libertad de conciencia, intimidad personal, libertad sindical y libertad de expresar y difundir pensamientos y opiniones. Se trata, en general, de derechos reconocidos como fundamentales.

26. *Legitimación por activa:* Marco Antonio, quien se encuentra vinculado laboralmente con Nutresa, interpuso acción de tutela solicitando la protección de sus derechos fundamentales. Acorde con el artículo 86 de la Carta Política, toda persona que considere que tales derechos han sido vulnerados o se encuentran amenazados, podrá interponer la solicitud de amparo constitucional en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre³⁵.

27. *Legitimación por pasiva:* La acción de tutela fue interpuesta contra Nutresa, quien es el empleador del actor. Por lo tanto, existe una relación de subordinación, según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución y en el numeral 4° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991³⁶.

28. *Inmediatez:* El 24 de septiembre de 2016, Nutresa respondió el recurso de apelación confirmando la sanción impuesta y la acción de tutela fue interpuesta el 27 de octubre de 2016. Dicho lapso de tiempo resulta razonable y, por consiguiente, la Sala considera que se cumple el requisito de inmediatez. En esa medida no puede aceptarse el argumento del juez de primera instancia –*infra No. 14-* al señalar que no se encontraba satisfecho este requisito y, en esa medida se habría configurado un daño consumado. Dicho planteamiento además de suponer una especie de vínculo necesario entre falta de inmediatez y daño consumado -lo que resulta impreciso en tanto el análisis sobre la afectación definitiva de un derecho fundamental es diferente del juicio sobre la oportunidad en la interposición de la acción- desconoce (i) que entre el momento en que el proceso disciplinario concluyó y la acción de tutela se presentó, transcurrió un tiempo poco mayor a un mes y (ii) que en este caso, de estimarse vulnerado alguno de los derechos invocados, es posible considerar diferentes medidas de protección.

29. *Subsidiariedad:* El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “*solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para*

³⁵ La acción de tutela se presentó de forma directa por el interesado, como así consta en el folio 80 del cuaderno principal.

³⁶ Desde sus primeros pronunciamientos la Corte se refirió al concepto de subordinación. Así por ejemplo, en la sentencia T-290 de 1993 señaló: “Está bien definido por la Constitución y por la jurisprudencia que este mecanismo protector de los derechos fundamentales puede ser usado en relación con particulares en los casos que la ley lo indique, “...respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”. // Entiende esta Corte que la **subordinación** alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la **indefensión**, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate”.

evitar un perjuicio irremediable”. Teniendo en cuenta esta norma, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de la tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

30. El actor afirmó que Nutresa al iniciar el proceso disciplinario por las notas de audio que circularon en el grupo de *WhatsApp* denominado “*Distribuciones Cúcuta*”, desconoció que es miembro del sindicato y que estaba ejerciendo dicha actividad. A su vez, alega la violación del derecho al debido proceso, al negar acceso a las pruebas solicitadas, abstenerse de entregarle el reglamento interno de trabajo y no cumplir con el trámite establecido en la ley laboral, ni en el reglamento interno de trabajo. Finalmente, destaca que el referido grupo de *WhatsApp* es privado y que la empresa no podía tener acceso a dichos contenidos lo que supone una vulneración a su libertad de expresión e intimidad.

Le corresponde a la Sala determinar, si tenía a su alcance otro mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales.

31. El artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social reconoció a la jurisdicción ordinaria en la especialidad laboral amplias competencias para resolver las controversias relacionadas con el ejercicio del fuero sindical y los conflictos jurídicos que se den entre el trabajador y los empleados. La mencionada disposición establece que los jueces laborales son competentes para conocer:

“1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.

2. Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral.

5. La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad”.

De dicha norma se desprende que el proceso laboral es el mecanismo idóneo y eficaz para debatir las cuestiones que se desprendan del trámite disciplinario que adelantó Nutresa contra el actor (art. 2°, num. 1 y 5). Es decir, que es el juez laboral a quien le corresponde revisar que dicho trámite se haya desarrollado en cumplimiento de lo dispuesto en el reglamento interno de trabajo y en el Código Sustantivo del Trabajo. De igual manera, se evidencia que la jurisdicción ordinaria es la competente para dirimir los conflictos relacionados con el derecho de asociación (art. 2°, num. 2). En cumplimiento de esa competencia puede además establecer si los procesos disciplinarios se desarrollaron conforme a las garantías constitucionales relativas al debido proceso o al derecho de defensa.

32. En esa dirección y solo para referir un supuesto que permite fundamentar lo anterior, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 4860-2015³⁷ estudió el caso de un trabajador a quien se le acusó de haber sido encontrado “*orinando en la rejilla de la zona de recolección de etiqueta*” y, como consecuencia de ello, le inició un proceso disciplinario, el cual culminó con la terminación del vínculo laboral. El empleado demandó laboralmente a la empresa –Bavaria S.A.- al considerar que su despido fue injusto y no cumplió con el debido proceso disciplinario. Al ocuparse del recurso de casación determinó que la inconformidad se refería (i) a las reales circunstancias que llevaron a la demandada a optar por el despido del demandante; (ii) al hecho de que la conducta no era grave; y (iii) a que la terminación del contrato de trabajo fue ilegal al no seguirse el procedimiento señalado.

La Corte Suprema analizó la sentencia cuestionada y examinó el trámite disciplinario que se siguió en contra del trabajador y, para ello, estudió las diligencias de descargos, la justa causa para dar por terminado el vínculo laboral, el contenido de la carta de terminación del contrato, las pruebas del proceso (informes, declaraciones, interrogatorio de parte y testimonio) y la gravedad de la conducta. Para el efecto, valoró las normas establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo, la Convención Colectiva y el Reglamento Interno³⁸.

33. Conforme a lo anterior y atendiendo el texto que define el alcance de las competencias de la jurisdicción laboral, la Sala concluyó que los asuntos relativos a la validez del proceso disciplinario así como la tipificación del comportamiento del accionante en los tipos disciplinarios o si el comportamiento juzgado por Nutresa está comprendido por la libertad sindical, son materias que pueden discutirse al amparo de las reglas del Código Procesal del Trabajo. En adición a ello, los problemas relativos a la regularidad del proceso disciplinario propuestos por el accionante, plantean la necesidad de abordar disputas que envuelven valoraciones fácticas complejas que requieren, en principio, el desarrollo de una actividad probatoria especial, propia de la jurisdicción ordinaria³⁹.

³⁷ Sentencia del 22 de abril de dos mil quince 2015.

³⁸ En esa misma oportunidad, la Corte Suprema al ocuparse de la afirmación del actor según la cual existía una persecución sindical en su contra, consideró que no estaba demostrada en el proceso laboral. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la jurisdicción ordinaria concluyó que “*examinado en su conjunto y en forma sistemática el acopio probatorio que fue relacionado con precedencia, resulta razonable concluir que el trabajador incurrió en la falta endilgada como motivante del fenecimiento del vínculo contractual laboral, lo cual descarta por completo la estructuración de ese yerro con las características que se exigen en casación para obtener el quebrantamiento de la sentencia fustigada, esto es, ostensible y protuberante*”. Sobre la posibilidad de examinar la validez del proceso disciplinario en el contexto laboral puede consultarse, además, la sentencia de la Sala de Casación Laboral No. 13701 de fecha 19 de enero de 2001.

³⁹ Esto guarda correspondencia con el precedente que se desprende de la sentencia T-768 en el que la Corte abordó un asunto con algún grado de afinidad temática al que ahora se estudia. En esa ocasión sostuvo: “La conducta repetida de tapar la cámara de video, con la advertencia previa de no seguir incurriendo en la misma, se encuentra regulada en los numerales 1 y 74 del artículo 94 del reglamento interno del banco demandado, Resolución No. 000140 de 1968 del Ministerio de Trabajo, Reglamento Interno de Trabajo del Banco Popular (folios 76 al 32 y 166 al 178), donde se señala como prohibición a sus trabajadores “*No acatar las órdenes e instrucciones que sobre seguridad y vigilancia de las instalaciones den los celadores del Banco*”. // En lo análisis relativo (sic) a que no se le siguió el proceso contemplado en las normas contenidas en la convención colectiva de trabajo y en el reglamento interno, puesto que no fue escuchado para rendir descargos, le corresponde a los *jueces laborales ordinarios* al analizar la justa causa de la terminación unilateral del contrato de trabajo establecer si en el trámite del despido se cumplieron a cabalidad del deberes constitucionales enunciados y que buscan garantizar el respeto

34. No obstante lo anterior, la Corte estima que el problema relativo a la obtención o divulgación de mensajes relacionados con el desarrollo de actividades laborales en una plataforma de mensajería instantánea, como lo es *WhatsApp*, justifica su pronunciamiento en esta oportunidad. En efecto, de una parte, (i) tal cuestión remite a una disputa constitucional novedosa que plantea difíciles asuntos de interpretación de la Carta y que apoyan la procedencia de la acción de tutela, en particular para precisar la relevancia y el alcance del derecho a la intimidad en esa materia. Igualmente, de otra, (ii) no resulta claro que el proceso laboral constituya un medio judicial idóneo para debatir este particular problema, de manera que pueda desplazar a la jurisdicción constitucional en orden a pronunciarse sobre un asunto que, se insiste, tiene una relevancia significativa desde la perspectiva del derecho a la intimidad.

35. De conformidad con lo expuesto, la Sala se ocupará únicamente del problema identificado en el fundamento anterior, de manera que no se afecten las competencias de la jurisdicción laboral. En ese sentido, las consideraciones de esta providencia no afectan ni tampoco determinan la posición que pueda asumir el juez laboral respecto de los asuntos que, según el fundamento jurídico 33, habrán de ser objeto de su pronunciamiento en caso de que se inicien las acciones pertinentes. En suma, para el análisis de la eventual vulneración a los derechos relacionados con el ejercicio de la actividad sindical, el cumplimiento de las garantías procesales en el proceso disciplinario y el debido proceso, el accionante debe acudir a la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, el pronunciamiento de la Corte se circunscribe a establecer la posible infracción del derecho a la intimidad.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

36. Le corresponde a la Sala Tercera de Revisión determinar si Nutresa vulneró el derecho a la intimidad del accionante al obtener los mensajes de voz enviados por el actor al grupo de *WhatsApp* denominado “*Distribuciones Cúcuta*” y, con fundamento en ellos, iniciar una indagación de naturaleza disciplinaria por el posible incumplimiento de las obligaciones derivadas del reglamento interno de trabajo.

37. Para responder el problema planteado, esta Corporación (i) analizará el alcance general del derecho fundamental a la intimidad. A continuación, (ii) se ocupará de precisar la relevancia de dicho derecho en el uso y administración de la plataforma de mensajería instantánea denominada *WhatsApp*. Finalmente, (iii) determinará si el comportamiento de Nutresa vulneró el derecho a la intimidad.

de un debido proceso mínimo, especialmente en caso de terminación unilateral del contrato con justa causa. En efecto, es el juez ordinario laboral el que debe analizar si se cumplieron las normas que gobiernan la relación de trabajo correspondiente”.

D. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD: Alcance general, criterios de interpretación y su relevancia en el “lugar de trabajo”

Fundamento y alcance general del derecho

38. El derecho a la intimidad encuentra fundamento en el artículo 15 de la Carta Política que establece:

“ARTICULO 15. 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”.

39. La Corte ha señalado que otras disposiciones de la Carta amparan la intimidad en ámbitos específicos. En ese sentido ha indicado que *“(...) el artículo 18 prescribe que nadie estará obligado a revelar sus convicciones, el artículo 33 reconoce el derecho a no autoincriminarse y a no declarar en contra de sus parientes, el artículo 42 prevé que la intimidad de la familia es inviolable y el artículo 74 dispone que el secreto profesional es también inviolable”* así como *“el artículo 250 de la Carta, al regular la competencia de la Fiscalía para llevar a cabo registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones prevé, en plena concordancia con el tercer inciso del artículo 15, el control judicial posterior a efectos de determinar la validez de las actuaciones”*⁴⁰.

40. A su vez, este derecho se encuentra consagrado en distintos instrumentos internacionales que se integran al bloque de constitucionalidad. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 12 señala que *“[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación”* prescribiendo, a su vez, que *“[t]oda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*; el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica establece que *“[n]adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la*

⁴⁰ Sentencia C-602 de 2016. En esta ocasión la Corte analizó la constitucionalidad del artículo 55 del Decreto 1355 de 1970, relacionado con la posibilidad de realizar indagaciones privadas con fines laborales y comerciales.

*de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*⁴¹; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe en el artículo 17.1 que “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”⁴².

41. Este tribunal ha señalado que el derecho a la intimidad comprende la protección de la esfera personal y supone la facultad de oponerse a injerencias de terceros y del Estado en ese ámbito de privacidad. A su vez, implica *“la protección frente a la divulgación no autorizada de los asuntos que conciernen a ese ámbito (...)”*⁴³. Con fundamento en ello, la jurisprudencia constitucional reconoce que este derecho garantiza la libertad de las personas para desarrollar su plan de vida de manera autónoma sin la intromisión arbitraria de otros. En otras palabras, la intimidad comprende *“el espacio exclusivo de cada uno, (...) aquella órbita reservada para cada persona y de que toda persona debe gozar, que busca el aislamiento o inmunidad del individuo frente a la necesaria injerencia de los demás, dada la sociabilidad natural del ser humano”*⁴⁴. Se trata del *“área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley”*⁴⁵.

42. Precizando el alcance del derecho, la Corte ha identificado el tipo de posiciones y relaciones vinculadas al derecho a la intimidad. En la sentencia C-602 de 2016 sostuvo, primero, que confiere a su titular la facultad (permisión) de oponerse -cuando no existe justificación suficiente- (i) a la intromisión en la órbita que se ha reservado para sí o su familia; (ii) a la divulgación de los hechos privados; o (iii) a las restricciones a su libertad de tomar las decisiones acerca de asuntos que solo le conciernen a la persona. Señaló, segundo, que el referido derecho le impone a las autoridades y particulares el deber de abstenerse (prohibición) de ejecutar actos que impliquen (iv) la intromisión injustificada en dicha órbita, (v) la divulgación de los hechos privados o (vi) la restricción injustificada de la libertad de elegir en asuntos que solo le conciernen a la persona o a su familia. Finalmente, advirtió este Tribunal, impone a las autoridades el deber (mandato) (vii) de adoptar las medidas normativas, judiciales y administrativas a efectos de asegurar el respeto de las dimensiones del derecho.

El derecho a la intimidad y sus límites

⁴¹ Aprobado por el Congreso mediante la Ley 16 de 1972.

⁴² Aprobado por el Congreso mediante la Ley 74 de 1968.

⁴³ Sentencia T-787 de 2004.

⁴⁴ Sentencia T-696 de 1996.

⁴⁵ Ibid. La Corte ha señalado también que el derecho a la intimidad se extiende a las relaciones familiares, prácticas sexuales, creencias religiosas, la proyección de la propia imagen, las condiciones de salud, las comunicaciones confidenciales, el domicilio, los secretos profesionales y en general, todo ámbito que contenga datos relevantes y personales de las personas (T-634 de 2013).

43. Su reconocimiento como derecho implica que puede ser objeto de limitaciones cuando ellas se encuentren debidamente justificadas. En esa dirección, otros sujetos -cuando exista autorización del titular o medie una orden dictada por autoridad competente y en ejercicio de sus funciones- puedan conocer asuntos que, *prima facie*, se encuentran comprendidos por su ámbito de protección⁴⁶. En otras palabras, el derecho a la intimidad puede ser “*susceptible de limitación por razones legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente*”⁴⁷. En ese sentido, este Tribunal ha señalado “*que uno de los aspectos centrales en la definición del alcance del derecho a la intimidad, consiste en determinar cuándo (i) una intromisión en la órbita que la persona o la familia se ha reservado para sí, (ii) una divulgación de hechos o datos privados o (iii) una restricción a la libertad de decidir, se encuentra justificada constitucionalmente*”⁴⁸.

44. La jurisprudencia ha señalado que la validez constitucional de las restricciones al derecho a la intimidad exige tener en cuenta, entre otras cosas, la naturaleza de la información que se encuentre en juego. Sobre el particular la sentencia C-602 de 2016 señaló:

“15.1. La primera ha consistido en establecer una clasificación de la información con el propósito de “determinar la intensidad con que dicha información se encuentra ligada la esfera íntima del individuo y a los casos en que la misma puede o debe ceder a favor del interés público” (...). En esa dirección, la Corte estableció que la información puede ser pública, semiprivada, privada o reservada. Dicha tipología se apoya en tres ideas generales que muestran su utilidad: (i) es posible clasificar la información a partir del tipo de contenidos a los que se refiere; (ii) en función de esos contenidos, es posible definir los sujetos habilitados para permitir su divulgación cuando el titular de la información no lo ha autorizado; y (iii) el tipo de razones que pueden justificar su conocimiento por parte de terceros varía en función de su cercanía con la esfera más íntima de la persona.

La información pública, ha dicho este Tribunal, “en tanto no está relacionada con el ámbito de protección del derecho a la intimidad, recae dentro del ejercicio amplio del derecho a recibir información (Art. 20 C.P.)” (...) y en consecuencia, es de libre acceso. Comprende la relativa a “los actos normativos de carácter general, los documentos públicos en los términos del artículo 74 de la Constitución, y las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas” (...) así como a “los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia” (...) y el dato sobre la pertenencia a un partido o movimiento político de quienes ejercen cargos de elección popular

⁴⁶ Sentencia T-634 de 2013.

⁴⁷ Sentencia T-517 de 1998.

⁴⁸ Sentencia C-602 de 2016.

(integrantes) (...). Ella “puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal.” (...) Cuando se trata de esta información no se requiere la intervención de ninguna autoridad a efectos de autorizarla, ni se exige presentar una justificación particular para su conocimiento. En estos casos lo que ocurre, en realidad, es que el derecho a la intimidad se torna irrelevante.

La información semi-privada corresponde a aquella información que no es pública, pero que se encuentra sometida a “algún grado de limitación para su acceso” (...) de manera que “se trata de información que sólo puede accederse por orden de autoridad judicial o administrativa y para los fines propios de sus funciones, o a través del cumplimiento de los principios de administración de datos personales” (...). En esa dirección esos datos son “aquellos que no tienen naturaleza íntima, reservada, ni pública y que, por ende, su conocimiento puede interesar no solo a su titular sino a cierto sector o grupo de personas o a la sociedad en general” (...). Entre la información que encuadra en esta clasificación se encuentra, por ejemplo, la relativa al sistema de seguridad social –con exclusión de la historia clínica–, la administrada por las bases de datos de información financiera (...), la recaudada y almacenada por los Centros de Reconocimiento en el RUNT de conformidad con las normas de tránsito (...), los datos contenidos en el Registro Único de Seguros (...), los datos incluidos en el Registro de la propiedad de perros altamente peligrosos (...), la información sobre aportes, contribuciones y créditos, que reciben las campañas políticas (...) y la información sobre la pertenencia a un partido o movimiento político de los miembros (...).

Respecto de esta información, la resistencia a su divulgación es reducida en tanto corresponde a materias que, a pesar de referirse al individuo, revisten una importancia clara y significativa para el cumplimiento de funciones o tareas asignadas a otras personas. En estos eventos, las razones constitucionalmente admisibles para acceder a la información, están vinculadas al cumplimiento de las tareas o funciones ejercidas por quien tiene interés en conocerla. Se trata entonces de información que tiene una vocación de circulación restringida. El desconocimiento de los fines previstos para su circulación así como de las condiciones para su divulgación, constituye una infracción no solo del derecho a la intimidad, sino también de otras garantías como el habeas data.

A su vez, (iii) la información privada es aquella “que por versar sobre información personal o no, y que por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones” (...). Comprende la relativa a “los

libros de los comerciantes, (...) los documentos privados, (...) las historias clínicas o (...) la información extraída a partir de la inspección del domicilio o luego de la práctica de pruebas en procesos penales sujetas a reserva” (...). Igualmente reviste la naturaleza de información privada la información genética que reposa en bancos de sangre, esperma, laboratorios, consultorios médicos u odontológicos o similares (...). En estos casos, el tipo de información revela dimensiones particularmente importantes de la vida personal, social y económica de las personas y que, debido a expresa disposición constitucional (arts. 15 y 250) o a su naturaleza, solo puede ser divulgada por autorización de la persona a la que se refiere o por la existencia de una decisión judicial. En estos casos, la justificación que explica la posibilidad de divulgar la información, en contra de la voluntad de la persona a la que se refiere, puede hallarse en finalidades especialmente importantes como ocurre, por ejemplo, con la búsqueda de la verdad en un proceso penal.

Finalmente (iv) si se trata de información reservada, tal y como ocurre por ejemplo con la relativa a datos sensibles, a la inclinación sexual, a los hábitos personales o los datos relativos a la pertenencia a un partido o movimiento político de los ciudadanos votantes (...), ella “no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones” (...). En este último caso, la relación entre el derecho a la información y la protección de la intimidad cambia de manera significativa. En efecto, el tipo de información de la que se trata hace que su conocimiento, en cuanto alude a datos de especial impacto, significado y trascendencia para las personas, se encuentra sometido a especiales cautelas, exigiendo la voluntad del sujeto concernido. En estos supuestos nadie puede pretender auscultarla.

(...)⁴⁹.

⁴⁹ Sentencia C-602 de 2016. Sobre el alcance de la proporcionalidad en esta materia, sostuvo en esta oportunidad la Corte: “Las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad cumplen una función central para controlar el exceso en la actuación de los particulares. La eficacia del derecho a la intimidad en las relaciones entre particulares exige que cualquier restricción que se desprenda de su actuación sea sometida a un juicio que evalúe las finalidades perseguidas y los medios empleados. Solo serán compatibles con la Constitución aquellas limitaciones que encuentren apoyo en una finalidad admisible y superen el escrutinio del medio empleado. Como ha dicho la Corte al referirse a las relaciones laborales “en eventos en los cuales se encuentren en pugna el derecho a la intimidad del trabajador y el derecho del empleador a dirigir su actividad laboral, se deberá determinar las circunstancias específicas del caso en concreto para ponderar los mismos en razón de la finalidad, proporcionalidad, necesidad e idoneidad de la medida, y por tanto determinar su razonabilidad (...)” (...). // El principio de proporcionalidad o razonabilidad no exige lo mismo en todos los casos puesto que, como lo ha advertido este Tribunal “[l]a intensidad del juicio de razonabilidad depende de la relevancia constitucional de los valores en juego” (...). Tal y como lo demuestra la graduación que del juicio ha efectuado la Corte, dicho principio impone, en atención a la circunstancias específicas analizadas, cargas argumentativas más o menos complejas respecto (a) de la finalidad que puede invocarse para fundamentar una restricción del derecho a la intimidad, así como (b) de la relación entre dicho propósito y la medida mediante la cual dicha restricción se instrumenta (...). La intensidad del control de una restricción y, en consecuencia, la complejidad para justificarla, se encuentra en una estrecha relación con las esferas en las que actúa el individuo”

45. En síntesis, el derecho a la intimidad admite diferentes grados de realización y, precisamente por ello, puede ser objeto de restricciones de naturaleza diversa. A efectos de caracterizar y juzgar las restricciones del derecho a la intimidad, es necesario considerar la naturaleza de la información de cuya divulgación se trata, los límites que a la administración de datos personales se desprenden del derecho al habeas data y, adicionalmente, la prohibición de injerencias desproporcionadas en el ejercicio del derecho a la intimidad. Estos criterios se articulan con la clasificación que este Tribunal ha hecho de los diferentes espacios y contextos en los que se desenvuelve la vida de las personas. A continuación la Corte se refiere a ello.

El grado de protección del derecho a la intimidad según el espacio y el contexto

46. La jurisprudencia de esta Corte ha determinado que *“dependiendo del nivel en que el individuo cede parte de su interioridad hacia el conocimiento público, se presentan distintos grados de intimidad”*⁵⁰ que incluyen la intimidad personal, familiar y social (C.P. art. 15). Respecto de esta última sostuvo que *“involucra las relaciones del individuo en un entorno social determinado, tales como, las sujeciones atinentes a los vínculos laborales o públicos derivados de la interrelación de las personas con sus congéneres en ese preciso núcleo social”*⁵¹. Así mismo, puntualizó que a pesar de que el alcance de este derecho se restringe en estos casos, *“su esfera de protección se mantiene vigente en aras de preservar otros derechos constitucionales concomitantes, tales como, el derecho a la dignidad humana”*⁵².

47. Con el propósito de definir la protección que el derecho a la intimidad ofrece frente a las intervenciones externas, la jurisprudencia ha indicado que resulta relevante, de una manera similar a como lo ha hecho con la clasificación de la información, establecer una tipología de los espacios con ese propósito. Fue en la sentencia T-407 de 2012 en la que esta Corporación avanzó con mayor claridad en la precisión entre espacios privados, públicos, semiprivados y semipúblicos.

48. El espacio privado se caracteriza por ser el lugar en el que las personas desarrollan su personalidad y ejercen su intimidad de manera libre en un ámbito inalienable, inviolable y reservado. Por excelencia, la residencia es el lugar de mayor privacidad.

49. El espacio público, según la sentencia T-407 de 2012, es el *“lugar de uso común en el que los ciudadanos ejercen numerosos derechos y libertades”*. Indicó, seguidamente que *“la más evidente es sin duda la libertad de movimiento, pero en los espacios públicos, las personas también pueden ejercer otros derechos como el de expresión, el derecho al trabajo, el derecho de reunirse y*

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia T-787 de 2004, reiterada en la sentencia T-634 de 2013.

⁵¹ Ibídem.

⁵² Ibídem.

manifestarse públicamente, o también el derecho a la recreación, el acceso a la cultura y el derecho a realizar expresiones artísticas, entre otros”. Según la Corte “este tipo de espacios se caracterizan por ser lugares de socialización, interacción, intercambio, integración y de encuentro para los ciudadanos (...).”

50. Como lo ha señalado la Corte, entre el espacio privado por excelencia, la residencia, y el público, la calle, existen lugares “intermedios” que tienen características tanto públicas como privadas, tal y como ocurre con centros educativos, colegios, universidades e institutos, parques, cines, teatros, estadios, restaurantes, bibliotecas, entidades públicas y privadas con acceso al público, bancos, almacenes, centros comerciales, empresas, oficinas, entre otros. En función del lugar en el que se encuentre el individuo podrá ejercer diferentes derechos y deberá tolerarse una mayor o menor intromisión de terceros. Sobre el particular la sentencia T-407 de 2012 señaló:

“El nivel de protección de la intimidad y de otras libertades individuales en estos espacios, varía en cada caso. Por ejemplo, en un establecimiento educativo o en una oficina, la posibilidad de restringir la intimidad, será menor que en un centro comercial. Evidentemente, en dichos lugares, hay una comunidad con códigos de convivencia y reglas preestablecidas, que también comparte cierta intimidad circunscrita a la vida común en el contexto cerrado del trabajo y del establecimiento educativo al cual solo acceden los trabajadores, o los estudiantes y profesores. Estos espacios cerrados en los que un conjunto de personas comparten una actividad y en los que el acceso al público es restringido, son espacios semi-privados y, por ende, las injerencias a la intimidad y demás libertades que se ejercen en tales contextos, son limitados. Sin embargo, no son espacios privados, porque las acciones de cada uno de los individuos en una oficina, o en un establecimiento educativo, tiene repercusiones sociales: no se trata del individuo en su propio ámbito de acción, sino del individuo en una comunidad

De otro lado, los espacios semi-públicos, son lugares de acceso relativamente abierto en los que diferentes personas se encuentran en determinado momento para realizar cierta actividad puntual dentro de un espacio compartido: un cine, un centro comercial, un estadio. A diferencia de los espacios públicos, en estos lugares puede exigirse determinada conducta a las personas y eventualmente requerirse condiciones para la entrada: por ejemplo la compra de una boleta para ingresar a un teatro, la necesidad de apagar los celulares en un cine y de guardar silencio, etc. Sin embargo, algunos requisitos no son tan estrictos como en los lugares semi-privados: para entrar a un centro comercial no es necesario que las personas tengan uniforme, como sí puede suceder en un colegio o en una oficina, ni tampoco se exige que las personas permanezcan en dicho espacio, a diferencia de los colegios u oficinas donde se debe cumplir con una jornada laboral.

Aunque son sitios cerrados, hay gran flujo de personas y mayor libertad de acceso y movimiento, por lo cual las restricciones a la intimidad son tolerables por cuestiones de seguridad y por la mayor repercusión social de las conductas de las personas en dichos espacios”⁵³ (Subrayas y negrillas no hacen parte del texto).

35.4. En suma, la clasificación del tipo de espacio es un factor relevante para definir el alcance del derecho a la intimidad así como el grado de protección que del mismo se desprende frente a las intervenciones de terceros. Su importancia radica, al menos *prima facie*, en la aptitud para identificar las diversas dimensiones físicas o virtuales en las que las personas se expresan o manifiestan y, a partir de allí, para precisar el grado de confidencialidad que pueden esperar respecto de su comportamiento.

El derecho a la intimidad y el lugar de trabajo: las sentencias T-405 de 2007 y 768 de 2008

51. El lugar de trabajo, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, puede calificarse como un espacio semiprivado. Si bien para algunos efectos, en particular el relativo a la intervención de las autoridades públicas, puede calificarse como domicilio⁵⁴, los comportamientos y las relaciones que allí tienen lugar son de naturaleza muy diferente a las que se desarrollan en la residencia. Como se ha dejado dicho se trata de ámbitos en las que la interacción de quienes actúan o participan tiene repercusiones sociales y, en esa medida, el grado de protección del derecho a la intimidad es diferente.

52. La sentencia T-405 de 2007 estudió un caso en el que el representante legal de una compañía tomó un grupo de fotografías íntimas del computador asignado a una trabajadora para el desempeño de sus labores. Algunas de las imágenes en las que aparecía desnuda o semidesnuda fueron impresas y exhibidas ante los

⁵³ Con apoyo en las distinciones efectuadas la Corte concluyó: “1) Tanto en los espacios semi-públicos como los semi-privados la mayoría de las actividades que llevan a cabo las personas tienen repercusiones sociales, aun así, pueden existir algunas acciones o actividades que solo interesan a la persona que las realice, y que de ninguna manera pueden ser objeto de restricciones (en lugares de servicios personales, de vestuario o descanso⁵³, por ejemplo); 2) Los espacios semi-privados y semi-públicos son cerrados y exigen cierto comportamiento a las personas, pero se diferencian por el mayor o menor grado de acceso público a los mismos, o por la permanencia de determinado grupo de personas en dicho lugar, o por el mayor o menor efecto social de las conductas de los individuos; 3) Existe una relación inversamente proporcional entre la mayor o menor libertad en los espacios y el nivel de control de la conducta para fines preventivos que justifica la intromisión en la intimidad de las personas, siempre que no afecte la dignidad humana o que resulte desproporcionadamente lesiva para los derechos fundamentales: los espacios semi-públicos, cuentan con menores limitaciones a las libertades individuales, pero, por lo mismo, hay mayor tolerancia al control y vigilancia sobre las conductas de las personas con el fin de evitar y prevenir situaciones de riesgo ya que las repercusiones sociales son mayores; por el contrario, a pesar de las reglas y restricciones en los espacios semi-privados, el hecho de que se trate de lugares en los que las personas realizan actividades cotidianas, como el estudio o el trabajo, o que sean espacios en los que son menores los efectos sociales de las conductas desplegadas por los sujetos, limita las intromisiones a la intimidad”⁵³.

⁵⁴ En esa dirección, por ejemplo, el artículo 14 de la ley 906 de 2004 indica: “Toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada. No podrán hacerse registros, allanamientos ni incautaciones en domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino en virtud de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y motivos previamente definidos en este código. Se entienden excluidas las situaciones de flagrancia y demás contempladas por la ley”.

padres de la trabajadora y los miembros de la junta directiva de la empresa. Al respecto, la Corte manifestó:

“La sustracción y divulgación de la información personal hallada en el computador, se produjo sin autorización de su titular, y en consecuencia se erige en un proceder trasgresor del derecho fundamental a la intimidad personal. No puede considerarse que el hecho de que hubiese sido transitoriamente depositada, como refiere la actora, en el computador institucional comporte un consentimiento implícito para el acceso y divulgación de la misma. La información se encontraba guardada en una carpeta personal, no expuesta a la vista pública por voluntad de la actora, quienes ingresaron a ella debieron superar los controles técnicos usuales para el acceso a un archivo de computador. De tal manera que sí hubo una indebida intromisión en una información que sólo concernía a su titular, y que estaba amparada por la reserva que impone el derecho a la intimidad personal. La relación laboral existente entre actora y demandada no autorizaba esta invasión a aspectos de la vida privada de la primera, por antiestético, desagradable o “escabroso” como lo define la demandada, que le pareciera el contenido de las imágenes que halló en el archivo auscultado. Se trataba de una información que revelaba escenas de la vida personal de la actora, sin incidencia alguna en su desempeño laboral”.

Concluyó la Corte en dicha sentencia, que se había violado el derecho fundamental a la intimidad debido a que el acceso a la información personal se produjo sin autorización de su titular. Además, la divulgación de las fotografías vulneró su derecho a la honra y al buen nombre. También consideró que se había producido una violación del derecho a la autodeterminación sobre la propia imagen con la manipulación y exposición no autorizada de las fotografías personales.

53. Esta Corporación, en la sentencia T-768 de 2008, se ocupó de establecer si una entidad bancaria había vulnerado el derecho a la intimidad de un trabajador que fue objeto de un registro fílmico obtenido sin su autorización, a través de una cámara que el empleador había ubicado en el sitio de trabajo -por fuera del sistema de monitoreo de la entidad- y en la que quedó un registro de que se había besado con una trabajadora durante el tiempo de descanso.

Al referirse al alcance del derecho a la intimidad en el ámbito de las relaciones laborales, aseguró que si bien en alguna medida tales relaciones pueden encontrarse comprendidas por el objeto de protección de dicho derecho, ello no implica que dicha protección sea equivalente a la que se ofrece en la residencia dado que en la esfera laboral las relaciones se proyectan más allá del individuo. En adición a ello, indicó que en los vínculos *“entre empleador y empleado, o entre compañeros de trabajo, debe distinguirse entre las intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad por ocurrir en espacios que interesan exclusivamente al*

titular del derecho, con aquellas donde las actividades interesan a la relación laboral o empresarial”⁵⁵.

Con apoyo en esta consideración, estableció que no se había vulnerado el derecho a la intimidad puesto que la instalación de las cámaras así como la captación de las imágenes que a través de ellas se hizo (i) obedecía al tipo de actividad desarrollada; (ii) tenía como propósito proteger los intereses de la entidad así como valorar el desempeño de sus trabajadores; y (iii) *“era de pleno conocimiento por cada uno de sus empleados”*. Adicionalmente, la Corte señaló, refiriéndose a una de las cámaras que había sido instalada de manera subrepticia -debido a que el demandante obstruía una de las integradas al sistema de monitoreo-, que no se había violado el derecho a la intimidad *“teniendo en cuenta los argumentos presentados por el banco acerca de la obstrucción del actor de las medidas que si eran conocidas, toda vez que se trataba de verificar su conducta y, por tanto, la Sala estima que, en este sentido, no resultaba desproporcionado que el banco instalara otras medidas para verificar y tener como prueba el cumplimiento de las obligaciones laborales del actor, aunado a que la utilización y uso de las imágenes recaudadas fueron adecuadas, puesto que no excedieron su finalidad, ya que giraron en torno al cumplimiento de medidas de seguridad o la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales”*.

54. En resumen, el derecho a la intimidad es una garantía constitucional que busca evitar la intervención de terceros en espacios que el individuo pretende resguardar de cualquier injerencia. No obstante, este derecho no es absoluto dado que, como lo ha indicado la jurisprudencia *“dependiendo del nivel en que el individuo cede parte de su interioridad hacia el conocimiento público, se presentan distintos grados de intimidad”*⁵⁶.

El lugar de trabajo, en principio espacio semiprivado, no goza del mismo nivel de protección que el domicilio, debido a que el grado de privacidad es menor en atención a que allí tienen lugar actuaciones con repercusiones sociales significativas. Según las decisiones citadas, para establecer la violación del derecho a la intimidad es necesario considerar la expectativa que tiene el trabajador acerca de la confidencialidad de sus manifestaciones y, en ese sentido es necesario valorar, entre otras cosas, (i) si se trata de información íntima, sensible o que sólo le interesa a una persona en particular en atención al tipo de actividad que se desarrolle y (ii) si los empleados tienen o no conocimiento acerca del seguimiento de sus actividades.

⁵⁵ Citando la sentencia T-061 de 1996 la Corte recordó que *“si bien esta Corporación reitera que, para determinados efectos constitucionales, los lugares de trabajo cerrados, gozan de una cierta inviolabilidad domiciliaria a fin de proteger determinados ámbitos de privacidad y reserva, esto no significa que esos espacios reciben exactamente la misma protección constitucional que el lugar de habitación de las personas naturales, por la sencilla razón de que el grado de intimidad de los hogares es mucho más intenso que el de la esfera laboral, en donde no sólo las relaciones son más públicas sino que las actividades tienen mayores repercusiones sociales”*. En esa medida” [d]ebe entonces distinguirse entre aquellos espacios que interesan exclusivamente al titular del derecho y, aquellos en donde las actividades pueden tener repercusiones sociales, tal y como sucede precisamente con las relaciones laborales o empresariales”.

⁵⁶ Sentencia T-768 de 2008.

E. WHATSAPP Y LA EXPECTATIVA DE PRIVACIDAD

55. El avance tecnológico, la circulación de la información y el desarrollo de nuevos sistemas de comunicación, exigen del juez constitucional una particular prudencia a efectos de considerar todos los intereses que se encuentren en juego, de manera tal que al mismo tiempo que se protege el derecho a la intimidad, se tomen en consideración los propósitos, dinámicas y la importancia de los nuevos espacios virtuales y de los diferentes tipos de información que allí circulan. En particular, el presente caso le plantea a la Corte la necesidad de establecer el alcance del derecho a la intimidad frente a la circulación o divulgación de la información o las expresiones contenidas en mecanismos de mensajería instantánea como *WhatsApp*.

*WhatsApp*⁵⁷

56. *WhatsApp* es una aplicación para teléfonos inteligentes, a través de la cual se pueden enviar mensajes escritos, notas de voz, imágenes, videos, links de sitios web y realizar llamadas a quienes cuenten con la misma aplicación. Cuando una persona accede a la aplicación, esta recopila información específica sobre el dispositivo, el sistema operativo, la dirección IP, el hardware, el navegador, y la información de la red móvil.

57. Se trata entonces de una plataforma de mensajería instantánea que permite crear grupos en los que participan las personas que el usuario elija -familia, compañeros de trabajo, universidades, entre muchos otros-. A tales grupos, cuya administración se encuentra a cargo de uno o varios de sus integrantes, les puede ser asignado un nombre y comprender hasta 256 integrantes. Cada miembro o participante del grupo tiene la posibilidad -luego de que ingresa al grupo por decisión del administrador- de retirarse del grupo, de silenciarlo, de personalizar las notificaciones o de decidir qué contenidos *baja* a su teléfono móvil.

58. Con el objeto de impedir injerencias en las conversaciones que desarrollan los usuarios, la aplicación ha previsto, en sus últimas versiones, el cifrado de extremo a extremo, consistente en que las llamadas, mensajes y demás información enviada a través de esta aplicación sólo puede ser vista, leída y escuchada por las personas participantes en ellas. Todos los mensajes cuentan con una especie de “candado” que habilita únicamente a los involucrados en la conversación para ver el contenido de los mensajes o la información remitida. En la prestación normal del servicio, no guarda en sus servidores un registro de los mensajes, pues una vez son entregados al destinatario se eliminan de los mismos. A su vez, si un mensaje no consigue ser entregado de manera inmediata, puede guardarse en los referidos servidores hasta por 30 días.

⁵⁷ La información de este capítulo fue tomada de la página web: www.WhatsApp.com.

59. En suma, *WhatsApp* es una aplicación de mensajería instantánea que funciona a través de teléfonos inteligentes, que permite enviar y recibir mensajes a través de internet. Los usuarios pueden crear listas de distribución y grupos, lo que facilita el intercambio de videos, imágenes, grabaciones, mensajes escritos, notas de voz y contactos. Dichas conversaciones cuentan con un sistema de cifrado de extremo a extremo, lo que garantiza que solo las personas participantes pueden tener acceso a dicha información.

La expectativa de privacidad

El alcance y protección del derecho a la intimidad respecto de la información y las expresiones que circulan en sistemas de mensajería instantánea como *WhatsApp* no puede definirse *ex ante* con absoluta exactitud. Tal circunstancia, a juicio de la Corte, exige tomar en consideración la *expectativa de privacidad* que, atendiendo las circunstancias de cada caso pueda ser identificada y la cual puede variar según los diferentes contextos fácticos. Esta categoría, cuyo origen parece encontrarse en el derecho norteamericano según lo ha referido la propia Corte⁵⁸, ha tenido un desarrollo particular en relación con el proceso penal. Sin embargo, su pertinencia no se agota en ese contexto. De hecho, ha sido empleada por la jurisprudencia extranjera⁵⁹ y la jurisprudencia internacional⁶⁰

⁵⁸ Sentencia C-881 de 2014. En esa oportunidad, refiriéndose a dicha categoría –mencionada expresamente en el inciso tercero del artículo 54 de la ley 1453 de 2011– señaló la Corte: “Por otro lado, tampoco puede considerarse que el concepto de expectativa razonable de intimidad sea una invención ambigua del legislador colombiano, pues este criterio ha sido utilizado en los últimos cuarenta (40) años en los sistemas penales acusatorios que permite verificar en cada evento concreto la razonabilidad de la medida y que en todo caso se debe excluir en eventos en los cuales el individuo no puede tener una expectativa de no ser observado como en campos abiertos o espacios públicos. // La variedad de eventos que pueden presentarse en virtud de este seguimiento, tal como lo demuestra la jurisprudencia de otros países hace que sea imposible fijar una lista taxativa de casos en los cuales sea prohibida la vigilancia, especialmente teniendo en cuenta el avance de la tecnología en este aspecto, por lo cual será cada juez en cada caso concreto quien al realizar el control señalado en la norma demandada deberá determinar si una técnica es o no razonable frente a la limitación del derecho a la intimidad”.

⁵⁹ En la Sentencia 170/2013 del 7 de octubre, el Tribunal Constitucional de España resolvió el recurso de amparo por un empleado que fue despedido por haber proporcionado información confidencial a otra compañía, de lo cual tuvo conocimiento el empleador porque accedió al contenido de las comunicaciones efectuadas por el empleado a través del correo electrónico empresarial. Por dicha intromisión, el empleado solicitó la declaración de improcedencia del despido. El Tribunal Constitucional consideró que para verificar si hay una manifestación de la vida privada protegible frente a las intromisiones ilegítimas, debe tenerse en cuenta las expectativas razonables que la persona tenga de no estar expuesta a la observación o escrutinio ajeno. En ese caso, no se puede sostener que existía tal expectativa razonable de privacidad, ya que, como lo expresó el Tribunal, “*la habilitación por la empresa de esta herramienta informática como medio para llevar a cabo el adecuado cumplimiento de la prestación de trabajo y el hecho de que su uso para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral estuviera tipificado en el Convenio colectivo aplicable como infracción sancionable impiden considerar que su utilización quedara al margen del control empresarial*”. La literatura académica cita como casos relevantes en el derecho norteamericano *Smyth v. Pillsbury Co* y *Garrity v. John Hancock Mutual Life Ins. Co.*

⁶⁰ En la Sentencia del 5 de septiembre de 2017 (*Bărbulescu v. Romania*), el *Grand Chamber* de la Corte Europea de Derechos Humanos estudió si la decisión del empleador de terminar el contrato estuvo fundamentada en una violación al derecho a la privacidad del empleado en concordancia con lo establecido en el artículo 8 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, según el cual toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada. De acuerdo con los hechos del caso, el empleador accedió a la cuenta del empleado de mensajería instantánea de *Yahoo*, la cual había sido creada por solicitud del primero. Las regulaciones internas laborales no contenían referencia alguna a la posibilidad del empleado de monitorear las comunicaciones de sus empleados. Por lo anterior, la Corte consideró que la mensajería instantánea es una de las formas de comunicación que habilitan a los individuos a tener una vida social privada. Aunque el empleador había prohibido el uso personal de las herramientas tecnológicas, pero no había sido informado de la posibilidad de que se monitoreara el contenido de sus mensajes, la Corte determinó que se configuró una violación a la privacidad del empleado, ya que “las instrucciones del empleador no pueden reducir la vida social privada del empleado en el espacio laboral a cero. El respeto a la vida privada y a la privacidad de la correspondencia sigue existiendo, incluso si ésta puede ser restringida en lo que sea

para juzgar la validez de la violación del derecho a la intimidad en el contexto de relaciones laborales.

60. La expectativa de privacidad es, entre otros, un criterio relevante para establecer si determinadas expresiones o manifestaciones de la vida de las personas se encuentran comprendidas por el ámbito de protección del derecho a la intimidad o si, por el contrario, pueden ser conocidas o interferidas por otros. Tal categoría impone definir, atendiendo diferentes factores contextuales, si quien alega la violación puede considerar válidamente que su actividad se encuentra resguardada de la interferencia de otros, por un lado, y si es o no posible concluir que dicha valoración es oponible a los terceros que pretenden acceder a la información o divulgarla, por otro. Este doble análisis exige considerar criterios subjetivos y objetivos a efectos de valorar, en cada caso, si quien solicita la protección en realidad podía suponer o confiar que las informaciones o contenidos no podrían circular⁶¹.

61. Para la Sala, la categoría referida puede emplearse para juzgar si la divulgación o revelación de mensajes contenidos en una conversación virtual, vulnera o no el derecho a la intimidad. En particular, la existencia de una expectativa de privacidad así como su alcance, debe definirse tomando en consideración, entre otros factores, (i) el carácter más o menos abierto del sistema de mensajería bajo el cual se desarrolla la conversación; (ii) los integrantes y fines del grupo virtual; (iii) la clase de información de la que se trate⁶² y si se encuentra o no protegida por regímenes especiales como aquel previsto, por ejemplo, en la Ley 1581 de 2012; (iv) la existencia de reglas o pautas que hayan fijado límites a la circulación de las expresiones o informaciones contenidas en el espacio virtual; y (v) la vigencia de obligaciones legales o contractuales de confidencialidad como las que pueden establecerse en contratos de trabajo o en los reglamentos internos

necesario”. Al no haber informado ni obtenido la autorización del empleado de la posibilidad de monitorear el contenido transmitido en la mensajería instantánea de *Yahoo*, el empleador no tenía la facultad de restringir la intimidad del empleado accediendo a su correspondencia y menos fundamentar su despido en dicho monitoreo. (Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia del 5 de septiembre de 2017. (Aplicación no. 61496/08).

⁶¹ Así por ejemplo en la sentencia ya referida del Tribunal Constitucional Español -sentencia de fecha 7 de octubre de 2013- dicho Tribunal sostuvo: “Nuestra doctrina ha establecido también ciertas matizaciones en cuanto al alcance de la protección del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 CE. Hemos tenido ocasión de precisar que el ámbito de cobertura de este derecho fundamental viene determinado por la existencia en el caso de una **expectativa razonable de privacidad o confidencialidad**. En concreto, hemos afirmado que un «criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no **pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública** (SSTEDH de 25 de septiembre de 2001, P.G. y J.H. c. Reino Unido, § 57, y de 28 de enero de 2003, Peck c. Reino Unido, § 58)» (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5). Asimismo hemos de tener en cuenta que, conforme a nuestra reiterada doctrina, «el derecho a la intimidad no es absoluto –como no lo es ningún derecho fundamental–, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea proporcionado» (STC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 5; o SSTC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10)” (negritas no hacen parte del texto original).

⁶² En esa dirección resulta relevante la clasificación de la información explicada por la Corte, entre muchas otras, en la sentencia C-602 de 2016.

de trabajo. De acuerdo con ello, para determinar si es posible amparar el derecho a la intimidad frente a la divulgación de mensajes contenidos en una conversación virtual desarrollada en un grupo conformado en *WhatsApp*, deberán valorarse y ponderarse, en cada caso, los factores que han quedado referidos.

Así por ejemplo, la posibilidad de oponerse a la circulación de las informaciones o mensajes será mayor cuando (i) se produce en un espacio virtual con medidas especiales de protección frente a la injerencia o conocimiento de terceros; (ii) se remiten a un grupo conformado por un número reducido de personas vinculadas por un propósito relevante solo para ellas; y (iii) pueden calificarse como privadas o reservadas. La expectativa de privacidad se incrementaría además, si (iv) los participantes han previsto una advertencia específica para impedir la divulgación de los contenidos de la conversación virtual.

A su vez la facultad de controlar la divulgación de la información podría debilitarse cuando (i) el espacio virtual en el que circula la información no tiene especiales medidas para evitar que la información sea conocida por parte de terceros; (ii) se trata de un grupo conformado por un número significativo de personas; (iii) la información tiene carácter semiprivado o tiene relevancia pública; y (iv) los participantes han autorizado expresa o tácitamente -a través, por ejemplo, de un contrato laboral o del reglamento interno de trabajo- la posibilidad de que la información circule.

Con apoyo en las consideraciones presentadas, procede la Corte a analizar el presente caso.

F. CASO CONCRETO

62. De acuerdo con lo expuesto en los antecedentes de esta providencia y con la evidencia probatoria que obra en el expediente, es posible resumir los hechos relevantes así: (i) Marco Antonio está vinculado laboralmente con la empresa Nutresa a través de un contrato a término fijo; (iii) el 20 de agosto de 2016, le fue iniciado un proceso disciplinario por el envío de unas notas de voz a un grupo de *WhatsApp* denominado “*Distribuciones Cúcuta*” en las cuales, presuntamente incitaba a los ayudantes de distribuciones a incumplir con las obligaciones propias del cargo; (iv) culminado el proceso disciplinario, el 15 de septiembre de 2016, Nutresa le entregó una comunicación mediante la cual le imponía una sanción consistente en la suspensión de actividades laborales durante 5 días; (v) Marco Antonio interpuso recurso contra dicha decisión, quedando en firme el 24 de septiembre de 2016; (vi) el grupo “*Distribuciones Cúcuta*” fue creado por el Coordinador de Logística, reemplazado luego por otro trabajador que ocupa el mismo cargo y quien es el actual administrador del grupo⁶³; (vii) dicho grupo ha tenido por objeto principal ser un canal de comunicación ágil y eficaz para

⁶³ Sobre la persona que creó el grupo “*Distribuciones Cúcuta*” hay consenso entre las partes, pues el actor lo reconoce en los hechos de la demanda, Nutresa lo informa en su respuesta y SINALTRAINAL, a través de Marco Antonio Jauregui López informó que el grupo de *WhatsApp* “*Distribuciones Cúcuta*” fue creado por Jaime Gelvez, Coordinador de Logística del distrito de Cúcuta, con autorización de todos los trabajadores del área de logística y de algunos jefes “de manejo y confianza de la empresa Nutresa” quien también hacen parte del mismo.

informar al equipo de trabajo sobre asuntos relevantes que puedan suceder durante la semana y que se relacionen con la labor desarrollada por las personas de distribución⁶⁴; y (viii) el grupo “*Distribuciones Cúcuta*” está conformado actualmente por un número plural de personas -quince (15)- entre los que se encuentran el auxiliar de operaciones logísticas y el coordinador de operaciones logísticas⁶⁵, como representantes de los empleados.

63. El asunto del que se ocupa la Corte según la delimitación que del problema jurídico se hizo anteriormente, impone establecer si Nutresa violó el derecho a la intimidad de Marco Antonio por haber accedido a la circulación de las notas de audio que circularon en el grupo de *WhatsApp* denominado “*Distribuciones Cúcuta*”.

64. Como se ha dejado dicho, el derecho a la intimidad ampara el derecho a evitar la intromisión de terceros en diferentes ámbitos de actuación del individuo. Este derecho no es absoluto y, en esa medida, no impide que el propio sujeto en desarrollo del principio de libertad permita el acceso a información o esferas que en principio solo a él conciernen, ni neutraliza la posibilidad de restricciones fijadas por orden de autoridad competente. Es en ese sentido que la jurisprudencia ha precisado que “*dependiendo del nivel en que el individuo cede parte de su interioridad hacia el conocimiento público, se presentan distintos grados de intimidad*”⁶⁶. Para determinar el grado de protección la jurisprudencia ha considerado pertinente considerar la naturaleza de la información así como el tipo de espacios en los que actúan las personas (ver *supra*, numeral 44).

65. En los grupos creados en *WhatsApp*, no obstante que desde el principio y debido a la encriptación de los mensajes se activa en una medida significativa cierta expectativa de privacidad, ella puede reducir o aumentar dependiendo del tipo de vínculo que exista entre sus integrantes así como los fines del grupo. En esa dirección, si por ejemplo los miembros del *chat* son familiares cercanos, el grado de protección de la intimidad tiende a incrementarse (por ejemplo, un *chat* compuesto exclusivamente por padres e hijos o por la pareja) al paso que si los vínculos no son tan estrechos, la intensidad de la expectativa de privacidad podría atenuarse. A su vez, cuando se trata de *chats* con numerosos participantes sin vínculos de amistad, el control a la divulgación se limita.

66. En el caso particular, la Sala encuentra que las notas de voz fueron enviadas por el actor (i) a un grupo de *WhatsApp*; (ii) conformado por un número plural de

⁶⁴ Respecto al objeto del grupo SINALTRAINAL, a través de Marco Antonio Jauregui López informó que era para “*tocar temas pertinentes sobre las rutas de entrega, información que llegase de la empresa, información de interés nacional, social como se tocó en muchas ocasiones, temas hasta personales, era para poder interactuar como equipo de trabajo y amigos, en ese grupo existían trabajadores de la organización sindical y no sindicalizados, además de jefes de manejo y confianza*” (Cuaderno principal, fl. 92).

⁶⁵ Jon Jairo Toloza Díaz, coordinador de operaciones logísticas y administrador del grupo de *WhatsApp* denominado “*Distribuciones Cúcuta*” aclaró que en la actualidad, el grupo está integrado por 9 ayudantes de ventas, el auxiliar de operaciones logísticas y el coordinador de operaciones logísticas, quien es el jefe inmediato de los ayudantes. Aseguró que al momento de los hechos la gran mayoría de los ayudantes hacían parte del grupo. (Cuaderno principal, fl. 24).

⁶⁶ Sentencia T-787 de 2004, reiterada en T-634 de 2013.

personas, todos compañeros de trabajo; y (iii) creado por un representante del empleador para tratar asuntos laborales. Estos hechos cuya ocurrencia no fue puesta en duda por ninguna de las partes, permiten a la Corte concluir que en el caso bajo examen no se vulneró el derecho a la intimidad, por las razones que se expresan a continuación.

67. El espacio virtual denominado “Distribuciones Cúcuta” fue creado a través del sistema de mensajería instantáneo de *WhatsApp*. El diseño de esta plataforma tecnológica restringe significativamente el conocimiento de las informaciones y expresiones que en él circulan por parte de personas no integradas al grupo virtual, tal y como ello quedó explicado anteriormente. Puede decirse que, comparativamente, este mecanismo resulta mucho más resistente a la intervención de terceros que otras formas virtuales de comunicación. Esto sugeriría, en principio, que los participantes del grupo “Distribuciones Cúcuta”, tenían una expectativa de privacidad, que exige juzgar la divulgación de la información con particular cautela.

68. No obstante lo anterior, la conformación del grupo así como el creador y administrador del mismo, indican que el espacio virtual creado en uso de la tecnología era un *chat* relativamente cerrado y puede considerarse –sin desconocer las diferencias– análogo a lo que la jurisprudencia constitucional ha considerado un espacio semiprivado. En efecto, se trataba de un grupo conformado por un número plural de compañeros de trabajo, entre los que se encuentran representantes del empleador en los términos del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo⁶⁷. En adición a ello, su propósito, conforme se desprende de su nombre –*Distribuciones Cúcuta*– y de los elementos aportados al proceso, consistía en enviar y recibir mensajes relacionados con el desarrollo de las diferentes actividades laborales y empresariales.

69. La naturaleza de este espacio permite afirmar, al menos *prima facie*, que la información que allí circulaba era semiprivada, de manera que de ella no se predicaban los límites que se adscriben a la privada o reservada. Ello no quiere decir, sin embargo, que pueda tratarse como información pública. Siendo ello así, la Corte encuentra que en este caso resulta posible aplicar una exigencia de circulación restringida que impone que la información solo pueda ser conocida por aquellos para quienes resulta relevante considerando la finalidad del grupo. Puede decirse en estos casos, en palabras de la Corte que “[l]a resistencia a su divulgación es reducida en tanto corresponde a materias que, a pesar de referirse al individuo, revisten una importancia clara y significativa para el cumplimiento de funciones o tareas asignadas a otras personas”⁶⁸.

⁶⁷ Prescribe dicha disposición: “Son representantes del patrono y como tales lo obligan frente a sus trabajadores además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas: a) Las que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del patrono; b) Los intermediarios”.

⁶⁸ C-602 de 2016.

70. Puede concluirse que la información producida en el grupo “*Distribuciones Cúcuta*” tenía la vocación de circular entre los participantes del mismo y, en atención a que entre ellos se encontraban también representantes de los empleadores, no existe objeción a que sobre esa base dichos representantes la transfirieran a sus representados. Planteado de otra forma, es claro que respecto de la información que circulaba -en atención a los integrantes, administradores y propósitos del *chat*- el accionante no podía esperar que se mantuviera al margen del conocimiento de los órganos de administración de la sociedad accionada. Puede decirse que cuando en su condición de trabajador e integrante del grupo “*Distribuciones Cúcuta*” (a) aceptó hacer parte del grupo creado, (b) interactuó en el mismo, (c) envió notas de voz alusivas a su trabajo -en las que expresaba desacuerdos con el empleador e insinuaba la manera en la que sus compañeros debían proceder en dicha situación- y (d) no manifestó en momento alguno su decisión de abandonarlo, reconoció la posibilidad de que la información circulara entre todos aquellos para los que resultaba relevante. A juicio de la Corte, cuando la información que circula en el medio virtual se encuentra directamente relacionada con las actividades laborales, la expectativa de privacidad en ese contexto específico tiende a reducirse.

71. No encuentra la Corte que el accionante pudiera confiar en que la información no circularía entre los órganos de administración y dirección de Nutresa. Ello supone que en este caso específico la existencia de una expectativa de privacidad en los términos que han quedado expuestos, resultaba reducida. Ni de la conformación del grupo, ni de su finalidad, ni de pauta o regla alguna para su funcionamiento, puede desprenderse dicha expectativa. Destaca la Corte que en este caso, de una parte, no se trataba de información íntima o sensible, ni que interesara –considerando la naturaleza de las actividades a las que se refería - solo al accionante y, de otra, era claro que Marco Antonio conocía que en el grupo participaban representantes del empleador.

72. Ahora bien, no puede afirmarse que toda la información producida en un espacio virtual como el señalado pueda ser objeto de circulación. En efecto, es posible -por ejemplo- que una parte de ella pueda ser calificada como sensible, absolutamente irrelevante para los fines del grupo correspondiente, lo que podría sugerir la existencia de límites a su divulgación. Sin embargo, no es ello lo que ocurre en este caso si se tiene en cuenta que los mensajes enviados por el accionante se encontraban directamente relacionados con la actividad de Nutresa y, en esa dirección, no era irrelevante su conocimiento por parte de los empleadores o las instancias de control de la sociedad accionada. Al margen de la validez del trámite del proceso disciplinario o de la sanción impuesta –asunto que podrá plantear el accionante ante la jurisdicción ordinaria- lo cierto es que la divulgación del mensaje -entre sujetos para los cuales era evidentemente relevante- no implicó la infracción del derecho a la intimidad.

73. Teniendo en cuenta las características del grupo, el actor debía ser consciente que al enviar dichos audios, de una parte, limitaba la capacidad de controlar su divulgación y, como consecuencia de ello debía asumir, de otra, que

dicha información fuera conocida por su empleador -como en efecto sucedió- puesto que el grupo tenía entre sus creadores e integrantes a personas que lo representaban.

74. En suma, la Sala confirmará parcialmente la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2016, por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con función de Conocimiento de Cúcuta, que a su vez, confirmó la providencia del 10 de noviembre de 2016, dictada por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Adolescencia con Funciones de Control de Garantías, en el sentido de declarar improcedente la acción de tutela respecto de los derechos relacionados con el ejercicio de la actividad sindical, el cumplimiento de las garantías procesales en el proceso disciplinario y el debido proceso, por existir mecanismos judiciales ordinarios. Y se revocará y negará el amparo del derecho fundamental por las razones expuestas en esta providencia.

G. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

75. Marco Antonio Jauregui López está vinculado laboralmente con Nutresa S.A.S. a través de un contrato a término fijo; además es el secretario de la organización sindical SINALTRAINAL. El 20 de agosto de 2016, Nutresa le inició un proceso disciplinario por el envío de unas notas de voz a un grupo de *WhatsApp* denominado “*Distribuciones Cúcuta*”, relacionadas con el desarrollo de las actividades de los ayudantes. Culminado el proceso disciplinario, el 15 de septiembre de 2016, Nutresa le entregó una comunicación mediante la cual le impuso al actor una sanción consistente en la suspensión de actividades laborales durante 5 días. El accionante interpuso recursos contra dicha decisión, la que finalmente quedó en firme el 24 de septiembre de 2016.

Inconforme con la decisión, el 27 de octubre de 2016, el actor interpuso acción de tutela solicitando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, intimidación personal, libertad sindical, libertad de expresión, entre otros. Como consecuencia de ello pidió al juez de tutela que le ordene a Nutresa, retirar la sanción impuesta y pagar las acreencias laborales dejadas de percibir por el actor, los intereses moratorios e indexar dichas sumas.

76. La Corte estimó que atendiendo el texto que define el alcance de las competencias de la jurisdicción laboral, que los asuntos relativos a la validez del proceso disciplinario así como la tipificación del comportamiento del accionante en los tipos disciplinarios o si el comportamiento juzgado por Nutresa está comprendido por la libertad sindical, son materias que pueden discutirse al amparo de las reglas del Código Procesal del Trabajo. En adición a ello, las cuestiones relacionadas con la regularidad del proceso disciplinario propuesto por el accionante, planteaba la necesidad de abordar disputas que envuelven valoraciones fácticas complejas que requieren, en principio, el desarrollo de una actividad probatoria especial propia de la jurisdicción ordinaria.

77. La Sala consideró que el problema relativo a la obtención o divulgación de mensajes relacionados con el desarrollo de actividades laborales en una plataforma de mensajería instantánea, como lo es *WhatsApp*, justificaba su pronunciamiento en esta oportunidad. En efecto, de una parte, (i) tal cuestión remite a una disputa constitucional novedosa que plantea difíciles asuntos de interpretación de la Carta y que apoyan la procedencia de la acción de tutela, en particular para precisar la relevancia y el alcance del derecho a la intimidad en esa materia. Igualmente, de otra, (ii) no resulta claro que el proceso laboral constituya un medio judicial idóneo para debatir este particular problema, de manera que pueda desplazar a la jurisdicción constitucional en orden a pronunciarse sobre un asunto que, se insiste, tiene una relevancia significativa desde la perspectiva del derecho a la intimidad.

78. El presente caso imponía definir si Nutresa vulneró el derecho a la intimidad del accionante al obtener los mensajes de voz enviados por el actor al grupo de *WhatsApp* denominado “*Distribuciones Cúcuta*” y, con fundamento en ellos, iniciar una indagación de naturaleza disciplinaria por el posible incumplimiento de las obligaciones derivadas del reglamento interno de trabajo.

79. La Corte afirmó que no existió violación al derecho a la intimidad. Su decisión se fundamentó en las siguientes razones:

- (a) La Corte ha identificado el tipo de posiciones y relaciones vinculadas al derecho a la intimidad. Primero, confiere a su titular la facultad (permisión) de oponerse -cuando no existe justificación suficiente- (i) a la intromisión en la órbita que se ha reservado para sí o su familia; (ii) a la divulgación de los hechos privados; o (iii) a las restricciones a su libertad de tomar las decisiones acerca de asuntos que solo le conciernen a la persona. Segundo, que el referido derecho le impone a las autoridades y particulares el deber de abstenerse (prohibición) de ejecutar actos que impliquen (iv) la intromisión injustificada en dicha órbita, (v) la divulgación de los hechos privados o (vi) la restricción injustificada de la libertad de elegir en asuntos que solo le conciernen a la persona o a su familia. Finalmente, tercero, impone a las autoridades el deber (mandato) (vii) de adoptar las medidas normativas, judiciales y administrativas a efectos de asegurar el respeto de las dimensiones del derecho.
- (b) El derecho a la intimidad admite diferentes grados de realización y, precisamente por ello, puede ser objeto de restricciones de naturaleza diversa. A efectos de caracterizar y juzgar las restricciones del derecho a la intimidad, es necesario considerar la naturaleza de la información de cuya divulgación se trata, los límites que a la administración de datos personales se desprenden del derecho al habeas data y, adicionalmente, la prohibición de injerencias desproporcionadas en el ejercicio del derecho a la intimidad. Estos criterios se articulan con la clasificación que este Tribunal ha hecho de los diferentes espacios y contextos en los que se desenvuelve la vida de las personas.

- (c) La clasificación de los espacios (públicos, semipúblicos, privados y reservados) constituye un factor relevante para definir el alcance del derecho a la intimidad así como el grado de protección que del mismo se desprende frente a las intervenciones de terceros. Su importancia radica en la aptitud para identificar las diversas dimensiones físicas o virtuales en las que las personas se expresan o manifiestan y, a partir de allí, para precisar el grado de confidencialidad que pueden esperar respecto de su comportamiento.
- (d) El lugar de trabajo, es en principio un espacio semiprivado, y no goza del mismo nivel de protección que el domicilio, debido a que el grado de privacidad es menor en atención a que allí tienen lugar actuaciones con repercusiones sociales significativas. Según la jurisprudencia de la Corte, para establecer la violación del derecho a la intimidad es necesario considerar la expectativa que tiene el trabajador acerca de la confidencialidad de sus manifestaciones y, en ese sentido es necesario valorar, entre otras cosas, (i) si se trata de información íntima, sensible o que sólo le interesa a una persona en particular en atención al tipo de actividad que se desarrolle y (iii) si los empleados tienen o no conocimiento acerca del seguimiento de sus actividades.
- (e) La expectativa de privacidad es, entre otros, un criterio relevante para establecer si determinadas expresiones o manifestaciones de la vida de las personas se encuentran comprendidas por el ámbito de protección del derecho a la intimidad o si, por el contrario, pueden ser conocidas o interferidas por otros. Tal categoría impone definir, atendiendo diferentes factores contextuales, si quien alega la violación puede considerar válidamente que su actividad se encuentra resguardada de la interferencia de otros, por un lado, y si es o no posible concluir que dicha valoración es oponible a los terceros que pretenden acceder a la información o divulgarla, por otro. Este doble análisis exige considerar criterios subjetivos y objetivos a efectos de valorar, en cada caso, si quien solicita la protección en realidad podía suponer o confiar que las informaciones o contenidos no podrían circular.
- (f) La categoría referida puede emplearse para juzgar si la divulgación o revelación de mensajes contenidos en una conversación virtual, vulnera o no el derecho a la intimidad. En particular, la existencia de una expectativa de privacidad así como su alcance debe definirse tomando en consideración, entre otros factores, (i) el carácter más o menos abierto del sistema de mensajería bajo el cual se desarrolla la conversación; (ii) los integrantes y fines del grupo virtual; (iii) la clase de información de la que se trate⁶⁹ y si se encuentra o no protegida por regímenes especiales como aquel previsto, por ejemplo, en la Ley 1581 de 2012; (iv) la existencia de reglas o pautas que hayan fijado límites a la circulación de las expresiones o informaciones

⁶⁹ En esa dirección resulta relevante la clasificación de la información explicada por la Corte, entre muchas otras, en la sentencia C-602 de 2016.

contenidas en el espacio virtual; y (v) la vigencia de obligaciones legales o contractuales de confidencialidad como las que pueden establecerse en contratos de trabajo. De acuerdo con ello, para determinar si es posible amparar el derecho a la intimidad frente a la divulgación de mensajes contenidos en una conversación virtual desarrollada en un grupo conformado en *WhatsApp*, deberán valorarse y ponderarse, en cada caso, los factores que han quedado referidos.

80. En especial la Sala constató que no se había violado el derecho a la intimidad dado que (i) la conformación del *chat* así como el creador y administrador del mismo, indican que el espacio virtual creado en uso de la tecnología puede considerarse análogo a lo que la jurisprudencia constitucional ha considerado un espacio semiprivado; (ii) la información que allí circulaba era, al menos *prima facie*, semiprivada, de manera que de ella no se predicaban los límites que se adscriben a la privada o reservada; (iii) la información producida en el grupo “*Distribuciones Cúcuta*” tenía la vocación de circular entre los participantes del mismo y, en atención a que entre ellos se encontraban también representantes de los empleadores, no existe objeción a que sobre esa base dichos representantes la transfirieran a sus representados, (iv) cuando en su condición de trabajador e integrante del grupo “*Distribuciones Cúcuta*” el accionante (a) aceptó hacer parte del grupo creado, (b) interactuó en el mismo, (c) envió notas de voz alusivas a su trabajo -en las que expresaba desacuerdos con el empleador e insinuaba la manera en la que sus compañeros debían proceder en dicha situación- y (d) no manifestó en momento alguno su decisión de abandonarlo, reconoció la posibilidad de que la información circulara entre todos aquellos para los que resultaba relevante; (v) el accionante no podía esperar que la información no circulara entre los órganos de administración y dirección de Nutresa, de manera que en este caso específico la existencia de una expectativa de privacidad en los términos que han quedado expuestos, no podía afirmarse. En síntesis ni de la conformación del grupo, ni de su finalidad, ni de pauta o regla alguna para su funcionamiento, puede desprenderse dicha expectativa: no se trataba de información íntima o sensible, ni que interesara -considerando la naturaleza de las actividades a las que se refería- solo al accionante y era claro que el accionante conocía que en el grupo participaban representantes del empleador.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2016, proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con función de Conocimiento de Cúcuta, que a su vez, confirmó la providencia del 10 de noviembre de 2016, dictada por el Juzgado Segundo Penal

Municipal de Adolescencia con Funciones de Control de Garantías, de Cúcuta, que declaró improcedente el amparo solicitado, respecto de los derechos relacionados con el ejercicio de la actividad sindical, el cumplimiento de las garantías procesales en el proceso disciplinario y el debido proceso, por existir mecanismos judiciales alternativos; y **NEGAR** el amparo solicitado respecto del derecho a la intimidad.

SEGUNDO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

ROCIO LOAIZA MILIAN
Secretaria General (E)