

La implementación de políticas empresariales de uso y fiscalización de las herramientas de trabajo de carácter tecnológico como mecanismo eficaz de suspensión de la expectativa de confidencialidad en la relación laboral

The implementation of business policies of use and control of technological work tools as an effective mechanism to suspend the expectation of confidentiality in the employment relationship*

Josselyn Estefanía Alva Cruz**

Resumen:

A partir de las consideraciones expuestas por el Tribunal Constitucional en atención a un caso en concreto, el presente artículo aborda la discusión sobre el límite de intervención que posee el empleador para interceptar y recaudar aquellas comunicaciones que se encuentran protegidas por el secreto al derecho de las comunicaciones de los trabajadores, estableciendo la posibilidad de implementar nuevos mecanismos de control que suspenden cualquier tipo de expectativa de confidencialidad.

Abstract:

Based on the considerations presented by the Constitutional Court in the light of a specific case, this article addresses the discussion about the limit of intervention that the employer has to intercept and collect those communications that are protected by the secrecy of the law of the Communications of workers, establishing the possibility of implementing new control mechanisms that suspend any kind of expectation of confidentiality.

* Este artículo ha sido revisado y aprobado por los Drs. Luis Hixson y Luis Miguel Romero.

** Alumna del Duodécimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú. Ex miembro de la Comisión de Publicaciones de la Revista de Derecho & Sociedad.

Palabras clave:

Derecho al secreto de las comunicaciones – Poder de dirección – Interceptar-Expectativa de confidencialidad – herramientas de trabajo – Regulación – Comando de mensajería instantánea – Poder de fiscalización

Keywords:

Right to secrecy of communications – Power of direction Interception – Expectation of confidentiality – Working tools – Regulation – Instant messaging command – Supervisory power

Sumario:

1. Introducción – 2. Antecedentes del caso en análisis – 3. La expectativa de confidencialidad como parte del contenido esencial del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones – 4. La expectativa de confidencialidad como parte del contenido esencial del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones – 5. El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores en relación a las facultades de dirección y fiscalización del empleador – 6. Bibliografía

1. Introducción

El presente artículo busca llevar a cabo un análisis exhaustivo con respecto a la forma en cómo se relacionan y despliegan su eficacia los derechos constitucionales de los trabajadores en torno al ejercicio de los poderes de dirección y fiscalización que ostenta el empleador en el marco de una relación laboral.

De este modo, en base al análisis de un caso concreto que ha sido materia de pronunciamiento definitivo por parte del Tribunal Constitucional, se busca dilucidar cuáles son los supuestos validos de regulación de los derechos a la intimidad y secreto de las comunicaciones que gozan los trabajadores en torno a los poderes de dirección y fiscalización que posee el empleador, sin que ello suponga una negación a su efectividad o el vacío completo de su contenido esencial.

2. Antecedentes del caso en análisis

Con fecha 03 de Marzo de 2010, la Sra. María Espinoza Chumo interpuso una demanda de amparo contra la empresa Telefónica Gestión de Servicios Compartidos Perú S.A.C. solicitando se deje sin efecto la carta notarial de despido de fecha 9 de febrero de 2010, debido a que se sustenta en acusaciones falsas respecto a la utilización indebida de bienes de la empresa e incumplimiento de las obligaciones laborales.

Sobre el particular, es preciso indicar que mediante carta de preaviso de despido de fecha 26 de enero de 2010, se le imputan como faltas graves la inobservancia del reglamento interno de trabajo, incumplimiento de obligaciones laborales y la utilización indebida de los bienes del empleador, toda vez que después de la investigación llevada a cabo se habría verificado que la Sra. Espinoza Chumo mantuvo conversaciones de carácter sexual con otro trabajador mediante el sistema de mensajería instantánea (Net Send- Chat virtual).

De este modo, en atención a la exigencia establecida en nuestra legislación con respecto a la comprobación objetiva de las faltas graves imputadas en un procedimiento de despido, la empleadora decide adjuntar a la referida carta copia legalizada de las comunicaciones cursadas entre la Sra. Espinoza Chumo y otro trabajador a fin de acreditar de forma fehaciente la comisión de las referidas faltas imputadas.

En relación a ello, mediante carta de descargos presentada por la Sra. Espinoza Chumo, se desmiente y niega rotundamente su participación y autoría de las comunicaciones de carácter sexual aludidas; por lo que, sostiene que la comisión de dichas faltas graves

no le resultan imputables como causas justas de despido. Asimismo, refiere que las comunicaciones que han sido obtenidas por la empleadora mediante la afectación de su derecho constitucional al secreto de las comunicaciones.

Por otro lado, mediante Auto de fecha emitido por el Octavo (8°) Juzgado Constitucional de Lima se declaró improcedente la demanda en tanto se reconoce que el amparo no es la vía idónea para dilucidar la presente controversia, la cual requiere necesariamente de actividad probatoria que permita verificar la veracidad de las comunicaciones efectuadas.

De este modo, se interpone recurso de apelación contra la referida sentencia, el mismo que es resuelto por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que confirma la sentencia de primera instancia.

En vista de ello, se interpone recurso agravio constitucional contra la sentencia de vista emitida por la Sala Superior, el mismo que es resuelto por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia de fecha 10 de enero de 2012 recaída en el Expediente N° 0599-2010-PA/TC que declara fundada la demanda de amparo y ordena la reposición de la demandante en la empresa Telefónica Gestión de Servicios Compartidos Perú S.A.C.

3. La expectativa de confidencialidad como parte del contenido esencial del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones

Conforme a lo establecido en uno de los votos singulares de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el caso en mención, podemos reconocer que se hace alusión a la **expectativa de confidencialidad** como parte del contenido esencial del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones de la Sra. Espinoza Chumo; razón por la cual, se sostiene que el hecho que haya interceptado y manipulado los bienes del empleador para obtener sus comunicaciones sí supone una vulneración del referido derecho constitucional en el marco de una relación laboral.

Ahora bien, en relación a ello es preciso señalar que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones se encuentra reconocido en el inciso 10) del artículo 2° de la constitución que dispone que las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandato motivado del juez, con las garantías previstas en la ley.

Asimismo, el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones se encuentra reconocido en el artículo 12° de la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación.

De modo similar, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 11.2 establece que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

En este sentido, se entiende que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones protege cualquier tipo de comunicación o proceso comunicativo realizado a través de medio técnico con independencia del carácter privado, reservado o íntimo del contenido o mensaje inserto en la comunicación.

En efecto, conforme lo señala Javier Jiménez Campo¹, el concepto de secreto de las comunicaciones responde a un supuesto general que determina *per se* que toda comunicación es secreta sin tener en consideración si el ámbito de su contenido es personal, íntimo o reservado.

1 Javier Campos Jiménez, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, (Madrid: Editorial Trotta, 1999)

Dicha definición también es compartida por Belda Perez Pedrero², quien sostiene que el referido derecho debe ser entendido como la libertad de relacionarse con otra u otras personas distantes a través de cualquier medio tecnológico destinado a tal efecto, sin que ello trascienda el contenido del proceso comunicativo.

De este modo, Claudia Irujo Paredes³ sostiene que este derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones resulta ser una manifestación más directa y precisa del derecho a la intimidad, la cual comprende a la facultad que tiene toda persona de comunicarse libremente con sus semejantes contando para ello con la garantía de que el contenido de sus mensajes no será vulnerado ni conocido por personas ajenas a las receptoras.

En ese sentido, podemos advertir que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones tiene un contenido explícito que tiene que ver directamente con la garantía propia de la confidencialidad que poseen las comunicaciones cursadas entre los sujetos que participan del proceso comunicativo, y un contenido implícito que se encuentra relacionado con el derecho a la intimidad que poseen los mismos sujetos, el cual garantiza que no exista ningún tipo de intervención irregular a la esfera personal en la cual se encuentran los hábitos, las relaciones personales, y demás de contenido estrictamente personal.

De este modo, cuando nos referimos a la confidencialidad de las comunicaciones en relación al derecho de la intimidad, estamos haciendo referencia a estos dos marcos conceptuales sobre los cuales se edifica el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones.

En relación a ello, es preciso señalar que dicha definición también ha sido adoptada por el Tribunal constitucional en reiterados pronunciamientos en los que ha establecido que el contenido esencial del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones comprende a la comunicación misma, sin importar su contenido y su vinculación con el ámbito de lo personal, íntimo o reservado. De modo tal, que el carácter de confidencial o reservado de dichas comunicaciones no se encuentra relacionado con respecto al contenido privado o íntimo de las mismas, sino simplemente al carácter de personal que estas poseen solo por el hecho de ser parte de un proceso comunicativo que relaciona solo a dos interlocutores, resultando completamente ajeno al resto.

Así, resulta evidente que dicho derecho se verá vulnerado cuando existe una intervención o interferencia en el proceso de comunicativo por parte de terceros ajenos, sin ser relevante dilucidar si el mensaje de dicha comunicación pertenece o no al ámbito de la intimidad personal o familiar del afectado; en tanto bastará que dicha injerencia sea hecho por un tercero ajeno para que exista una intervención lesiva del mismo derecho.

En vista de ello, es preciso recalcar que el medio empleado para llevar a cabo la comunicación reviste el carácter de privado no por el hecho de ser propiedad de uno de los participantes de la comunicación sino por las características propias que posee dicho medio y las condiciones bajo las cuales es utilizado, de modo tal que solo en dicho supuesto se encontrara protegido bajo el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

Ello, resulta mucho más evidente si nos detenemos a pensar que la mayoría de medios de comunicación resultan ser siempre de carácter personal o privado; de modo tal, que se tiene cierto nivel de certeza sobre la confidencialidad de las comunicaciones o los mensajes que se intercambian, los cuales resultan ser únicamente vinculantes y conocidos por los participantes de la misma comunicación.

2 PEREZ PEDRERO, Belda "El derecho al secreto de las comunicaciones: algunos apuntes sobre su protección en las relaciones por correo electrónico". En: III Jornadas sobre Informática y Sociedad. Instituto de Informática Jurídica.

3 Claudia Irujo Paredes, "Ente la facultad de fiscalización, control del empleador y el derecho a la intimidad del trabajador". *Jurisprudencia Laboral*. Lima, 2000, N°83, volumen N° 2, pp.243- 255 pp.

Sin embargo, es preciso señalar que también se encuentran comprendidas dentro del ámbito de protección del referido derecho todas las comunicaciones que han generado el emisor con una expectativa de privacidad con respecto al mensaje enviado a su interlocutor; de modo tal que el carácter de privado y secreto se define en estos términos.

Este supuesto resulta mucho más coherente si nos ponemos a pensar que muchas veces se utilizan medios de comunicación que si bien se identifican con cierto grado de personal no son por completo de la propiedad de una sola persona, de modo tal que no pueden ser entendidos como propios o parte de la esfera privada, como ocurre con las herramientas de comunicación que son otorgados por el empleador a los trabajadores, como son el correo electrónico o el mismo teléfono celular. Si bien en dichos supuestos, podemos identificar que dichas herramientas de comunicación poseen cierto carácter personal de los trabajadores, estos no resultan ser de su propiedad o de su entera disponibilidad, por lo que no terminan siendo totalmente propios; sin embargo, las comunicaciones que se mantienen a través de los mismos sí resultan ser parte de su derecho a la intimidad y como consecuencia, protegidas por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

En consecuencia, en los mismos términos que establece el Tribunal Constitucional en el caso e mención, podemos reconocer que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones protege toda comunicación realizada en un proceso comunicativo realizado a través de un medio físico o técnico con el objetivo que sea remitida a una persona en particular o grupo de participantes determinados, de modo tal que se genere una expectativa de confidencialidad con respecto a dicha comunicación.

4. El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores en relación a las facultades de dirección y fiscalización del empleador

Conforme a lo expuesto anteriormente, si bien el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y el derecho a la intimidad poseen un reconocimiento constitucional, estos no resultan ser derechos absolutos, por lo que existe la posibilidad de llevar a cabo alguna forma de reglamentación válida en el marco de una relación laboral.

Sin embargo, dicha reglamentación no puede suponer en ningún caso el establecimiento de una limitación irregular a la eficacia que dichos derechos fundamentales poseen en nuestro ordenamiento, ya que ello significaría vaciarlos completamente de su contenido esencial y permitir su disposición irregular en cualquier supuesto en que medie cierto grado de necesidad o interés propio de una sola de las partes, como es el caso del empleador.

En torno a ello, conforme lo establece Hugo Illitch Velásquez⁴, es necesario mencionar que la eficacia de los derechos fundamentales supone que todo acto de naturaleza privada debe respetar el ejercicio regular de los derechos fundamentales, en tanto estos despliegan toda su eficacia sobre todos los ámbitos de la vida y por ende, se constituyen como parámetros de obligatoria observancia tanto el Estado como los particulares. Esta eficacia entre particulares, se encuentra expresamente reconocida en el artículo 38° de nuestra Constitución Política que establece que el deber de los sujetos de respetar y cumplir con las disposiciones recogidas en la referida norma constitucional, entre las cuales se encuentran los derechos fundamentales, como es el caso del derecho al secreto de las comunicaciones.

De este modo, dicho efecto erga omnes que poseen los derechos fundamentales, hace que cualquier acto que busque desconocerlos o limitarlos de forma arbitraria proveniente de un particular o cualquier otro sujeto de derecho privado resulte ser plenamente inconstitucional, y por ende, inválido en nuestro ordenamiento jurídico.

4 Hugo Velásquez Veliz. "Derechos fundamentales de los trabajadores, el poder de dirección del empleador y el uso del correo electrónico". *Gaceta Jurídica*. Lima, 2004, N°34, volumen N° 2, 73- 93.

En efecto, en el marco de una relación laboral se despliegan tanto derechos específicos como inespecíficos de los trabajadores, los primeros se encuentran íntimamente relacionados con la misma relación laboral y por ende, se entienden que son una consecuencia directa del reconocimiento de la misma, como es el caso del derecho a la remuneración y los beneficios sociales reconocidos en nuestra legislación. En cambio, los derechos inespecíficos no se encuentran relacionados con la misma relación laboral ni son una consecuencia de la misma, sino que tiene que ver más con la propia existencia y relación de los sujetos en los distintos ámbitos de la vida, como es el caso del trabajo.

En ese mismo sentido, Valdes Dal- Ré⁵ sostiene que estos derechos inespecíficos laborales son aquellos que le vienen siendo atribuidos a los trabajadores por las normas imperativas no por su condición de tal, sino por su calidad de persona y que expresan en una relación laboral y se reivindican frente al empleador constantemente. De este modo, estos son propios de los trabajadores por su propia condición de ciudadanos y se encuentran inmersos en el marco de una relación laboral como consecuencia de su manifestación en todos los ámbitos de desarrollo de los mismos.

Así, debemos señalar que nuestra Constitución Política regula de forma precisa en el artículo 23° que "ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, no desconocer ni rebajar la dignidad del trabajador". De tal manera, dicho mandato constitucional busca regular de forma exacta los límites que posee el empleador en torno a los derechos fundamentales inespecíficos que poseen los trabajadores en el marco de una relación laboral.

Ahora bien, en torno al poder de dirección que ostenta el empleador en el desarrollo mismo de la relación laboral, debemos mencionar que este resulta ser una manifestación directa del derecho constitucional a la libertad de empresa, el cual se encuentra definido en nuestro ordenamiento jurídico como la facultad que tienen los sujetos para organizar, desarrollar y emprender los negocios económicos que considere pertinentes para su beneficio propio dentro del marco de la legalidad.

De esta manera, conforme señala Baldo Kresalja Rosello⁶, la empresa es definida como el centro final de las responsabilidades que el empresario está dispuesto a cubrir con su patrimonio o con el capital que ha podido reunir; de modo tal que el empresario es el poder ordenador, la mente creadora que funda la empresa sobre propiedad y la libertad económica. Dicho poder empresarial hace que sea del empleador el único encargo de organizar todo su capital humano a efectos que el negocio emprendido resulte ser productivo y eficaz, siendo el poder de dirección el que resulta ser imprescindible en estos casos.

En efecto, conforme lo señala Hugo Illitch Velásquez⁷ la libertad de empresa encuentra su principal manifestación en el ámbito laboral en lo que se ha denominado "el poder de dirección", el cual es definido generalmente como el mecanismo fundamental de adecuación de los recursos humanos a las necesidades de la empresa a efectos de hacer el negocio más productivo y rentable de acuerdo a los objetivos empresariales planteados.

Así, el mismo autor refiere que dicho poder de dirección permite y habilita al empleador a reglamentar, adecuar, modificar, complementar y regular las relaciones de trabajo, siendo sus principales manifestaciones la contratación de trabajadores, la ordenación y especificación de las prestaciones laborales, la adaptación de la organización de trabajo a los requerimientos del mercado, establecimiento medios de control y sanciones laborales.

5 Fernando Valdes Dal -Ré, "Los derechos fundamentales de la persona del trabajador". En : Derecho Laboral. Montevideo, octubre- diciembre, 2003. 69, 70.

6 Baldo Kresalja Roselló, *Los derechos intelectuales en el Perú*. (Lima: Duany & Kresalja Estudio de Abogados, 2009)

7 Hugo Velásquez Veliz. "Derechos fundamentales de los trabajadores, el poder de dirección del empleador y el uso del correo electrónico". *Gaceta Jurídica*. Lima, 2004, N°34, volumen N° 2, 73- 93.

De esta manera, resulta evidente que en ejercicio de su poder de dirección es el empleador quien establece las reglas y condiciones bajo las cuales se utilizan las herramientas de trabajo, como es el caso de las nuevas tecnologías de comunicaciones que están directamente relacionadas como los mecanismos de comunicación instantánea como puede ser el correo electrónico laboral o cualquier otro medio de mensajería con los mismos efectos.

Así, en torno a lo expuesto, Hugo Illitch Velásquez⁸ sostiene que dada la condición de medio de comunicación del correo electrónico laboral o cualquier tipo de mecanismo de mensajería instantánea, cualquier tipo de acercamiento del empleador en ejercicio de su poder de dirección resultaría ser una limitación del derecho a la intimidad o secreto de las comunicaciones de los trabajadores, en tanto resulta evidente que el contenido de sus comunicaciones poseen un carácter personal e íntimo, no debiéndose entender ello en términos del contenido sino de la comunicación misma en sí.

De este modo, a efectos de verificar la validez de la reglamentación o disposición en torno al uso o fiscalización de este tipo de herramientas de trabajo resulta necesario llevar a cabo un análisis sobre la proporcionalidad y razonabilidad de dicho grado de intervención o reglamentación, de modo tal que no termine vulnerando el contenido esencial de los derechos a la intimidad o secreto de las comunicaciones de los trabajadores.

En base a ello, consideramos que ninguna medida de fiscalización adoptada por el empleador configura per se un supuesto de vulneración del derecho a la intimidad o secreto de las comunicaciones de los trabajadores; ya que la recaudación o intervención de las herramientas de trabajo no resulta ser lesiva de ninguna expectativa de confidencialidad protegida por el derecho al secreto e inviolabilidad en los casos donde se ha debidamente informado a los trabajadores sobre las condiciones de uso y los mecanismos de fiscalización de las herramientas de trabajo, entre las cuales se encuentra el correo electrónico o cualquier otro mecanismo de mensajería instantánea.

En consecuencia, existiendo un conocimiento y consentimiento legítimo sobre la posibilidad de fiscalizar y revisar el contenido de dichas herramientas de trabajo por parte del empleador, su intervención o reglamentación no limita ni vulnera el contenido esencial de los referidos derechos constitucionales, sino simplemente regula su uso y las medidas de fiscalización que pueden adoptarse en ejercicio legítimo del poder de dirección y fiscalización del empleador, siendo ello una manifestación válida del derecho a la libertad de empresa.

Ahora bien, en relación al caso que es materia de análisis, es preciso señalar que la empleadora no llevó a cabo ningún tipo de comunicación sobre las políticas de uso y fiscalización del comando de mensajería instantánea, por lo que, las comunicaciones cursadas se presumían necesariamente confidenciales y personales sin ningún tipo de límite con respecto a su contenido.

De esta manera, resultaba lógico que se presumirá la existencia de cierta expectativa de privacidad o intimidad en el desarrollo de las mismas comunicaciones por parte de los trabajadores que se encontraban protegidas por el contenido esencial de los referidos derechos constitucionales.

Así, habiéndose acreditado que la empleadora no cumplió con llevar a cabo el procedimiento de intervención regulado en nuestra Constitución Política, resultaba evidente que la intervención de las comunicaciones que mantenía la trabajadora a través del comando de mensajería instantánea sí suponía una evidente vulneración del derecho a la intimidad y confidencialidad de las comunicaciones.

8 Hugo Velásquez Veliz. "Derechos fundamentales de los trabajadores...", 73- 93.

Sin embargo, consideramos que dicha situación hubiese sido completamente contraria si la empleadora hubiera establecido oportunamente políticas de uso y fiscalización de las herramientas de trabajo, como es el caso del comando de mensajería instantánea, en tanto ya no estaríamos ante un supuesto de expectativa de confidencialidad protegida por el derecho al secreto de las comunicaciones, sino simplemente ante medidas que reglamentación y fiscalización de las herramientas de trabajo emanadas del ejercicio legítimo del poder de dirección y fiscalización del empleador.

- I. La implementación de políticas de control y fiscalización de las herramientas de trabajo como mecanismo de suspensión de la expectativa de confidencialidad como parte del contenido esencial del derecho al secreto a las comunicaciones de los trabajadores.

En relación a ello, es preciso recalcar que en el marco de una relación laboral el empleador posee ciertas facultades que le son inherentes a su condición y que son reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico como manifestación directa del derecho a la libertad de empresa, las cuales pueden entrar en colisión con los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador en determinados supuestos, como es el caso de la materia de análisis por la referida Sentencia del Tribunal Constitucional.

En efecto, conforme lo establecido en el artículo 9 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral⁹, el empleador posee un poder de dirección que se encuentra directamente vinculado con la libertad de empresa contemplada en el artículo 59° de la Constitución, el cual conoce la libertad en la organización de su actividad empresarial en función a los objetivos organizacionales planteados.

Así, a través de su poder de dirección, el empleador está facultado a regular, reglamentar, modificar, reemplazar y extinguir las condiciones de trabajo que resulten pertinentes a efectos de garantizar la eficiencia y productividad de su negocio, siempre que se den dentro del marco de lo reconocido por nuestra legislación y sin que ello pueda significar la imposición de un límite al ejercicio regular de los derechos fundamentales de los trabajadores.

De la misma manera, el empleador posee una facultad de fiscalización con respecto a la prestación de servicios que se encuentran a cargo del trabajador, siendo esta un medio de efectivizar y complementar el poder de dirección, en tanto le permite verificar si la reglamentación establecida en torno a las condiciones de trabajo están siendo cumplidas conforme lo previsto.

Sin embargo, dichas facultades que ostenta el empleador no pueden ejercidas de forma irrestricta sino con observancia de los límites establecidos tanto a nivel legal como constitucional, contando como límite principal el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores y demás normas legales pertinentes.

De esta manera, a criterio de Jorge Larrea de Rossi¹⁰ el control de los medios informativos entregados al trabajador como herramientas de trabajo sí supone ser un comportamiento completamente válido y conforme a ley; contrario sensu, significaría desproteger al empleador y negarle la posibilidad de advertir y sancionar el uso indebido de los mismos.

Así, conforme refiere el mismo autor, si los trabajadores se encuentran debidamente informados sobre las prohibiciones, control y supervisión del uso de las herramientas de trabajo, su intervención y fiscalización no puede significar una vulneración a su derecho a la intimidad o secreto de las comunicaciones.

9 *"Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades de normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador."*

10 Jorge Larrea de Rossi. La legalidad del control del empleador sobre el correo electrónico asignado a sus trabajadores. En: Laborem N°07.

De esta forma, se entiende que solo en los casos en donde el empleador haya establecido mecanismos de control del correo electrónico de forma razonable y proporcional y sus trabajadores tengan conocimiento de sus políticas, regulaciones, controles, infracciones y sanciones vinculadas al uso de la misma herramienta de trabajo, no podría alegarse el desarrollo de ningún forma de expectativa razonable de confidencialidad como mecanismo de salvaguarda del derecho a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador.

En relación a ello, es preciso señalar que a nivel doctrinario se ha discutido sobre la posibilidad que tiene el empleador de interceptar o incautar conversaciones mantenidas por el trabajador mediante medios tecnológicos que han sido otorgados en el marco de una relación laboral, siendo esta una manifestación de sus propias facultades de dirección y fiscalización.

Al respecto, cierto sector de la doctrina considera que el correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea al ser proporcionados por el empleador son herramientas de trabajo que pueden ser supervisadas, intervenidas, interceptadas y registradas por el empleador sin necesidad que contar con ningún tipo de autorización judicial o consentimiento que los habilite para dichos efectos.

En sentido contrario, existe otro sector de la doctrina que reconoce que a pesar que el correo electrónico y el comando de mensajería instantánea se constituyan como herramientas de trabajo no pueden ser interceptadas, incautadas, intervenidas ni registradas de forma deliberada; en tanto son medios de comunicación que se encuentran incluidos dentro del ámbito de protección del derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones.

Sin embargo, a nivel de nuestra jurisprudencia nacional, existen diversos pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional¹¹ en los cuales se establece que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones comprende toda comunicación realizada a través de medios tecnológicos modernos o tradicionales siempre que el sujeto emisor haya enviado la comunicación a un destinatario determinado, de modo tal que protege la expectativa de confidencialidad por ambas partes.

Sin embargo, consideramos que el establecimiento de políticas de regulación y fiscalización del uso de las herramientas de trabajo sería una alternativa que habilita al empleador a interceptar las comunicaciones de los trabajadores a través de medios tecnológicos, en tanto suspende toda expectativa de confidencialidad con respecto a las comunicaciones que son remitidas por los trabajadores; de modo tal, que no se configura como un supuesto de vulneración del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

De este modo, en relación al caso que es materia de análisis, es preciso recalcar que el Tribunal Constitucional no ha negado la protección de las comunicaciones mantenidas por el trabajador a través de medios tecnológicos otorgados por el empleador; por el contrario, reconoce la implementación de políticas de uso y fiscalización de las herramientas de trabajo como salvedad que habilita válidamente al empleador a interceptar e incautar dichas comunicaciones, dejando de lado cualquier expectativa de confidencialidad.

En esos mismos términos, a nivel de jurisprudencia comparada, es preciso señalar que el Tribunal Supremo español en retirados pronunciamiento ha señalado que en dichos supuestos no existe vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones en el control del correo electrónico efectuado por una empresa.

11 Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional de fecha 18 de agosto de 2004 recaída en el Expediente N° 1058-2004-AA/TC, Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional de fecha 19 de julio de 2011 recaída en el Expediente N° 04224-2009-PA/TC y la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional de fecha 10 de enero de 2012 recaída en el Expediente N° 04224-2009-PA/TC.

En efecto, el Tribunal Supremo Español recaído en la sentencia de fecha 26 de setiembre de 2007 ha reconocido la posibilidad válida de fiscalizar el correo electrónico laboral bajo el cumplimiento de determinadas condiciones y parámetros, sin que ello signifique la configuración de algún supuesto de vulneración de los derechos fundamentales.

Del mismo modo, en la sentencia de fecha 7 de octubre de 2013, la Primera Sala del Tribunal Supremo determinó que el empleador sí puede ingresar al correo electrónico del trabajador sin consentimiento o autorización previa para controlar su uso adecuado, situación que no vulnera el secreto de las comunicaciones ni la intimidad del trabajador, en tanto esta se constituye como medio ha sido proporcionado por el empleado para el cumplimiento de sus funciones laborales.

Como se puede apreciar, dichos pronunciamientos contienen criterios de interpretación similares a los señalados en la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el presente caso; sin embargo, en dichos supuestos se lleva a cabo un análisis mucho más profundo sobre la contienda de derechos fundamentales en juego por parte del trabajador y el empleador, dando preponderancia a la necesidad que este último posee de ejercer control y vigilancia respecto de las herramientas informáticas que proporciona a sus trabajadores para el cumplimiento de sus funciones laborales.

De este modo, se comparte la salvedad que posee el empleador de interceptar válidamente las comunicaciones de los trabajadores cuando se hayan establecido políticas de uso y fiscalización de las herramientas de trabajo, mediante las cuales se haya informado anticipadamente al trabajador sobre la calidad de herramienta de trabajo que poseen los medios tecnológicos de uso, y su finalidad estrictamente destinada para la prestación de servicios.

Sin embargo, podemos advertir que si bien existe un desarrollo argumentativo parecido en ambos pronunciamientos, en nuestro caso el Tribunal Constitucional decidió darle una interpretación y ámbito de protección y garantía más amplia al contenido del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores, dejando de lado el análisis de la limitación en el ejercicio de las facultades de dirección y fiscalización que posee el empleador, y por ende, de su derecho a la libertad de empresa.

En base a ello, debemos señalar que compartimos el criterio utilizado por el Tribunal Constitucional en el presente caso en el extremo de la protección de la expectativa de confidencialidad como parte del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores a través de las herramientas de trabajo de carácter tecnológica y de comunicación instantánea, y su protección frente la intervención de las comunicaciones de forma irrestricta o arbitraria por parte del empleador en dichos casos.

En efecto, al ser el derecho al secreto de las comunicaciones un derecho fundamental del trabajador este debe ser garantizado en su contenido esencial en todos los escenarios en los cuales se encuentre involucrado, como es sucede con los casos en que el empleador buscar llevar a cabo una fiscalización y control constante con respecto al uso correcto de las herramientas de trabajo; sin embargo, ello no significa que dicho derecho pueda ser considerado como absoluto, sino que su regulación y articulación en relación a las facultades de empleador debe darse en términos de proporcionalidad y razonabilidad.

De esta manera, consideramos que de forma alternativa al procedimiento de interceptación e incautación de las comunicaciones regulada por nuestra Constitución Política, también pueden implementarse de forma válida y legítima otros mecanismos que permitan al empleador ejercer sus facultades de dirección y fiscalización en torno al uso de las herramientas de trabajo de carácter tecnología, entre las cuales se encuentra la implementación de políticas de organización y administración de los bienes de la empresa que pueden estar contenidas en las directivas o circulares normativas.

En ese sentido, consideramos que las políticas de fiscalización como medio que habilita la interceptación de comunicaciones sí resulta ser el mecanismo más idóneo y legítimo para el ejercicio de las facultades de dirección y fiscalización de las herramientas de trabajo de carácter tecnológico, en tanto su puesta a conocimiento a los trabajadores elimina cualquier forma de expectativa de confidencialidad sobre el carácter de las comunicaciones que son cursadas y sobre la finalidad estrictamente laboral para la cual se entrega dicha herramienta de trabajo.

De este modo, sostenemos que, este tipo de políticas empresariales resultan ser una justificación suficientemente válida y consecuente para determinar que en los casos en donde se implementen no existe la posibilidad del desarrollo de una expectativa de confidencialidad, y por ende, de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador.

Finalmente, es necesario indicar que consideramos que dicho mecanismo también resulta ser un mecanismo mucho más eficaz y célere a fin de hacer efectivo el ejercicio de las facultades de fiscalización y dirección del empleador, los cuales se verían imposibilitados en su ejercicio producto de la demora del procedimiento regulado por nuestra Constitución Política para estos casos.

5. Conclusiones

En base a lo expuesto precedentemente, podemos reconocer que nuestro ordenamiento jurídico sí otorga una garantía especial de protección al derecho a la confidencialidad y secreto de las comunicaciones que alcanza también a la expectativa sobre la confidencialidad de las comunicaciones cursadas por parte de los interlocutores; gozando de una eficacia plena a nivel horizontal y vertical, siendo ello lo que resulta ser materia de análisis cuando nos referimos a su relación con el ejercicio del poder de reglamentación o fiscalización del empleador en el marco de una relación laboral.

De este modo, a efectos de llevar la intervención de las comunicaciones cursadas por los trabajadores a través de las herramientas de trabajo de carácter tecnológico, si bien el empleador cuenta con el mecanismo de intervención regulado por nuestra Constitución Política para dichos fines, también puede llevarlo a cabo válidamente a través de la implementación de políticas de uso y fiscalización de las herramientas de trabajo que suspendan la expectativa de confidencialidad, y por ende, cualquier supuesto de vulneración del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador.

Finalmente, es preciso recalcar que la implementación de dichas políticas empresariales para ser reconocidas legítimamente como expresión de las facultades de dirección y fiscalización del empleador deben ser establecidas y llevadas a cabo en términos de proporcionalidad y razonabilidad; de modo tal, que no pueden suponer una limitación irrestricta a ninguno de los derechos constitucionales de los trabajadores.

6. Bibliografía

Bernales Ballesteros, Enrique. 1996. *La Constitución de 1993: Análisis Comparado*. ICS, Lima

Cadillo Ángeles, Carlos. 2013. El Derecho de control del empleador sobre las herramientas informáticas. En: Info Capital Humano: <http://www.infocapitalhumano.pe/recursos-humanos/alerta-legal/el-derecho-de-control-del-empleador-sobre-las-herramientas-informaticas/>

García Birimisa, Eduardo. 2009. El ejercicio del poder de dirección y el uso del correo electrónico en el ámbito de trabajo. En: Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro Homenaje a Javier Neves Mujica. Lima: Grijley.

Irujo Paredes, Claudia. 2008. Límites al uso y fiscalización del correo electrónico otorgado por el empleador. En: Soluciones Laborales. Setiembre.

Larrea de Rossi, Jorge. 2007. La legalidad del control del empleador sobre el correo electrónico asignado a sus trabajadores. En: *Laborem* N° 07.

Mendoza Legoas, Luis. 2012. Uso del correo electrónico institucional para fines sindicales. Comentarios a la Casación N° 3939-2011-Tacna. En: *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 168.

Morales Godo, Juan. 2005. Derecho al honor, buena reputación, intimidad personal y familiar, voz e imagen. En: GUTIERREZ CAMACHO, Walter. La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Lima: Gaceta Jurídica.

Núñez Paz, Sandro. 2009. *El Correo Electrónico Laboral. Límites en su uso y control*. Lima, Fondo Editorial de la San Martín de Porres..

Osorio, Manuel. 1998. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.

Paseta Spihlmann, Eduardo. 2004. El uso del correo electrónico en el ámbito laboral: A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional. En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* N° 58.

Rubio Correa, Marcial. 1999. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I. Lima, Fondo Editorial de la PUCP.

Rubio De Medina, María Dolores. 2003. *El despido por utilización personal del correo electrónico*. Editorial Bosch S.A., Primera Edición, Barcelona.

Castro Trigos, Hamilton. 2008. "La intervención y control de las comunicaciones y documentos privados su relación con la ilicitud probatoria". Actualidad Jurídica. Lima, N°183, volumen N° 1, pp. 33 -37 pp.

Irujo Paredes, Claudia y Jorge Toyama Miyagusuku. 2000. "Ente la facultad de fiscalización, control del empleador y el derecho a la intimidad del trabajador". Jurisprudencia Laboral. Lima, N°83, volumen N° 2, pp. 243- 255 pp.

Belda Pérez-Pedrero, Enrique. 2001. "El derecho al secreto de las comunicaciones. Algunos apuntes sobre su protección en las relaciones por correo electrónico". Ponencia publicada en el volumen III Jornadas sobre informática y sociedad (JIS"2000). Universidad Pontificia Comillas. Facultad de Derecho. Instituto de Informática Jurídica. Madrid.

Valdes Dal -Ré, Fernando. 2003. "Los derechos fundamentales de la persona del trabajador". En : Derecho Laboral. Montevideo, octubre- diciembre, 69 pp - 70 pp.

Velasquez Veliz, Hugo. 2004. "Derechos fundamentales de los trabajadores, el poder de dirección del empleador y el uso del correo electrónico". Gaceta Jurídica. Lima, N° 34, volumen N° 2, pp. 73- 93 pp.