



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL CONTROL DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS EN EL CENTRO DE TRABAJO: CRITERIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Luz Pacheco-Zerga

Lima, abril de 2017

FACULTAD DE DERECHO



Esta obra está bajo una licencia
[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

El control de los medios informáticos en el centro de trabajo: criterios del Tribunal Constitucional

Hasta la fecha el Congreso de la República no ha aprobado ninguno de los anteproyectos de ley presentados para regular el uso de los medios informáticos proporcionados por el empleador al trabajador para el cumplimiento de sus obligaciones laborales. Un tema candente pues regula una cuestión en la que, aparentemente, colisionan los derechos fundamentales del trabajador a la intimidad y al secreto de las comunicaciones con el poder de fiscalización y control del empresario. Sin embargo, esta aparente colisión se desdibuja en la medida, en que se reconoce que ningún derecho es ilimitado y que, por la celebración del contrato de trabajo, los derechos de las partes se modalizan por las obligaciones asumidas, para lograr su ajuste social. De allí que, hasta la fecha, sea necesario delimitar el legítimo ejercicio de los derechos a la luz del deber de buena fe, que lleva a cumplir con lo pactado de acuerdo a la común intención de las partes, así como por los criterios del Tribunal Constitucional en esta materia.

Actualmente los empleadores públicos y privados, amparados en su poder de dirección, que les permite sancionar y fiscalizar a sus trabajadores, adoptan medidas de control y prevención del uso inadecuado del internet, correo electrónico, mensajería instantánea, la revisión periódica de los correos electrónicos enviados y recibidos por el trabajador; la instalación de programas de captura periódica de imágenes de la pantalla de la computadora, e, incluso, el establecimiento de alertas informáticas que se activan por el eventual uso de ciertas palabras previamente determinadas, lo cual ha traído consigo que, en algunos casos se violen los derechos de los trabajadores y, que en otros, que éstos se opongan a la legítima facultad de fiscalización y sanción del empleador.

Es innegable que la informática ofrece en la actividad empresarial, junto con importantes progresos, nuevas perturbaciones en los espacios de intimidad del trabajador¹. La innovación tecnológica ha generalizado la asignación de una computadora y otros medios informáticos para realizar el trabajo con más eficacia y prontitud. A la vez, teniendo en cuenta que es en la empresa donde el trabajador pasa la mayor parte de su jornada, resulta relativamente frecuente que los utilice, en ocasiones, para algunos asuntos personales.

La adecuada regulación jurídica contribuiría a que se fortalezca el deber de buena fe de ambas partes tanto para el correcto uso de los medios informáticos como para la necesaria comprensión del empleador ante el hecho innegable que la mayoría de trabajadores pasa más horas en su centro de labores que en su hogar. Una norma específica sobre esta importante

¹ Un estudio, basado fundamentalmente en las disposiciones del Estatuto italiano, hace más de dos décadas, pero que siguen siendo actuales, se encuentra en GAETA, Lorenzo, "La dignidad del trabajador y las "perturbaciones" de la innovación," en *Autoridad y democracia en la empresa*, ed. Joaquín Aparicio Tovar y Antonio Baylos Grau (Madrid: Trotta, 1992), 63-76.



cuestión puede lograr garantizar el uso adecuado y eficiente de estos medios por parte del trabajador; tutelar los derechos constitucionales del trabajador referidos a la intimidad y el secreto de las comunicaciones; establecer condiciones y límites en el ejercicio de las facultades de control, fiscalización y sanción sobre dichos medios por parte del empleador. Además, delimitaría mejor los alcances de la buena fe laboral y conseguiría prevenir conflictos laborales.

Para lograrlo es necesario que las medidas de control y vigilancia traten al trabajador como un sujeto y no como un objeto. A la vez, en la imposición de esas medidas, el empleador deberá actuar con veracidad y lealtad, es decir, sin quebrar el clima de confianza mutua que ha de impregnar la relación laboral. Como criterio general puede afirmarse que el interés empresarial merece tutela y protección, de acuerdo al art. 59 de la Constitución², pero las medidas de control que pueda ejercer han de ser las indispensables y estrictamente necesarias, de tal forma que si existen otras posibilidades de satisfacer ese interés que sean menos agresivas y afectantes a la dignidad y a la intimidad del trabajador, tendrá que emplear éstas en detrimento de las que aparentemente sean más efectivas, pero desproporcionadas para estos efectos³.

Para poder analizar debidamente los criterios vertidos hasta la fecha por el Tribunal Constitucional parece necesario analizar previamente el contenido del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral, así como la repercusión que tiene la titularidad de los medios informáticos en la facultad de fiscalización del empleador.

1. Derecho a la intimidad y al secreto en las comunicaciones en el ámbito laboral

Hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre esta cuestión en más de una oportunidad⁴. Lo primero que se debe tener en cuenta es que el derecho a la intimidad se encuentra

² “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

³ Así lo ha declarado desde hace más de una década el Tribunal Constitucional español, ver por todas, la sentencia 98/2000 (RTC 2000, 98) y el comentario a esta sentencia que realiza del REY GUANTER, Salvador, "Sentencia 98/2000, de 10 de abril. Los límites del control por el empresario en el centro de trabajo mediante mecanismos auditivos," en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, ed. Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Madrid: Civitas, 2000), 192-199. Vol. XVIII:

⁴ Remito a lo expresado en PACHECO ZERGA, Luz, "La proporcionalidad del despido: la razonabilidad de una sanción," *Gaceta Constitucional*, no. 52 (2012): 137-143, PACHECO ZERGA, Luz, "Poder de fiscalización del empleador y derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador," *Soluciones Laborales*, no. 45 (2011): 41-48. y PACHECO ZERGA, Luz, "El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos: un estudio de derecho comparado," *Laborem*, no. 6 (2006): 19-56.

reconocido en la Constitución⁵ y que es un concepto metajurídico, que proviene de la Antropología Filosófica y la Ética⁶. Lo íntimo se establece en relación a lo privado y a lo público, teniendo en cuenta los factores sociales e históricos que intervienen en su delimitación.

La intimidad es una de las notas que caracteriza a la persona⁷ y la constituye en un quién. Es el factor de diferenciación con los demás seres vivos y con otros individuos de la misma especie⁸. También se define como “la zona espiritual reservada de una persona”⁹. La intimidad, por su carácter personalísimo, sólo debería predicarse de las personas físicas. Sin embargo, la jurisprudencia nacional y la del Derecho comparado han reconocido en algunos casos el derecho a la intimidad de las personas jurídicas¹⁰.

La intimidad es el ámbito de la vida que se sitúa por completo en la interioridad de la persona, fuera del alcance de los demás y, en consecuencia, es ajena a toda exteriorización y relación y por ser una nota que caracteriza al ser humano está íntimamente ligada al respeto

⁵ Art. 2. Toda persona tiene derecho a: (...) 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

⁶ Es una de las notas que caracteriza a la persona y la constituye en un *quién*. Cfr. GONZÁLEZ GAITANO, Roberto, *El deber de respeto a la intimidad* (Pamplona: EUNSA, 1990) 15-45.. Es el factor de diferenciación con los demás seres vivos y con otros individuos de la misma especie. Se sitúa en el núcleo oculto de cada persona, donde se fraguan las decisiones más propias e intransferibles”. MARTÍ GARCÍA, Miguel-Ángel, *La intimidad*, 5a ed. (Madrid: EIUNSA, 2001) 20.

⁷ Las otras son: el dominio de sí, la libertad (manifestada en la comunicación de la intimidad a través del cuerpo, del lenguaje y la acción), la capacidad de amar (el ser humano es efusivo: tiende a compartir lo que es y tiene) y la naturaleza dialógica (la persona no se cumple en solitario: alcanza su plenitud dándose a otro: Si no hay un otro, la persona quedaría frustrada). Cfr. YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier, *Fundamentos de antropología. Un ideal de la excelencia humana*, 6a ed. (Pamplona: EUNSA, 2003) 60 y ss.,

⁸ El ser humano tiene intimidad porque realiza acciones inmanentes. Inmanente es lo que se guarda y queda en el interior. Los seres inanimados no tienen “un dentro”, los vivientes, sí. La jerarquía en los diversos grados de vida se establece por el distinto grado de inmanencia de las acciones. Los animales realizan operaciones más inmanentes que las plantas, y el hombre realiza operaciones más inmanentes que los animales. Pero sólo el hombre es titular de una intimidad, porque sólo él es capaz de un conocimiento y querer intelectuales, que “por ser inmateriales, no son medibles orgánicamente: son «interiores». Sólo los conoce quien los posee, y sólo se comunican mediante el lenguaje, o a través de la conducta, pues nadie puede leer los pensamientos de otro”. Ibid., 62., Por estas razones se ha podido afirmar que “la peculiar inmanencia humana es la intimidad de un ser que tiene conciencia de su intimidad”. GONZÁLEZ GAITANO, *El deber de respeto a la intimidad* 29.

⁹ “La intimidad se sitúa, pues, en el núcleo oculto de cada persona, donde se fraguan las decisiones más propias e intransferibles”. MARTÍ GARCÍA, *La intimidad* 20.

¹⁰ El Tribunal Constitucional del Perú (TCP) en la sentencia que recayó sobre el Expediente N.º 0004-2004-AI/TC (f.j. 34 y ss.) ha confirmado la doctrina propuesta en la sentencia del Expediente N.º 1219-2003-HD/TC (f.j. 9) según la cual, “el secreto bancario forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, y su titular es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras”. En similar sentido se pronunció en el Exp. 00009-2014-PI/TC, sobre este pronunciamiento, remito a lo comentado en PACHECO ZERGA, Luz, “¿Derecho a la intimidad o privacidad empresarial?”, *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, no. 101 (2016): 33-37. El Tribunal Constitucional Español (TCE) mantiene una postura similar, ver GARCÍA GARCÍA, Clemente, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional* (Murcia: Universidad de Murcia, 2003) 118-121.,



a la persona y a su dignidad. A la vez, es posible compartir la intimidad, pero libremente¹¹, de allí que su violación sea tipificada como un delito en el Código Penal (CP)¹². Consecuentemente, el poder de fiscalización no puede ser omnicomprensivo ni las medidas de control y vigilancia pueden invadir la intimidad del trabajador, por no ser ésta comunicable más que por la libre determinación del titular. Pero sí es factible que intervenga, sin que esto suponga una intromisión ilegítima, en los aspectos de la vida privada del trabajador, inclusive del ámbito familiar, que tengan repercusión en la marcha de la empresa.

Las nuevas tecnologías han potenciado la capacidad de control del empresario, pero el contar con mayores recursos, no le faculta a desconocer el espacio de privacidad que ha de tener el trabajador, que -como hemos afirmado en otras oportunidades- no puede reducirse a los momentos particulares en que se aísla para atender a necesidades fisiológicas, ni al espacio físico indispensable para conservar y proteger sus bienes personales, sino que se extiende también a salvaguardar la “intimidad de sus relaciones con los compañeros de trabajo, de la propia actividad sindical y de las comunicaciones”¹³.

Directamente relacionado con este derecho fundamental se encuentra el del secreto de las comunicaciones¹⁴, que es “diferente al de la intimidad pero constituye, junto con la inviolabilidad del domicilio y la limitación legal del uso de la informática, los guardianes de la intimidad y, en su caso, de la vida privada. Tanto en el Perú como en España, el derecho a la intimidad personal y familiar consagrada en las Constituciones de ambos países guarda un estrecho parentesco con el secreto de las comunicaciones y, en especial, con el de las postales, telegráficas y telefónicas, cuya interceptación, significa una grave injerencia. La protección constitucional al secreto de las comunicaciones se presenta como una garantía formal, que protege la reserva o privacidad de la comunicación, sea cual sea el contenido de la misma. Por consiguiente, se garantiza tanto la libertad de comunicación como la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas”¹⁵. Su violación constituye un delito tipificado en los artículos 161 al 164 del Código Penal.

¹¹ Código Civil, art. 14: “La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.”

¹² Arts. 154 a 158.

¹³ GOÑI SEIN, José Luis, *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial* (Madrid: Civitas, 1988) 23.

¹⁴ Art. 2. Toda persona tiene derecho a: (...) 10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

¹⁵ PACHECO ZERGA, "Poder de fiscalización del empleador y derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador," 43.

Ambos derechos exigen que su titular conozca en forma fehaciente que los instrumentos informáticos que le han sido entregados para su labor deben ser empleados únicamente para fines profesionales y que otorgue su consentimiento. Y, cuando se le comunica que el buzón electrónico, los teléfonos y cualquier otro sistema de mensajería facilitado por el empleador se le entregan para uso exclusivo de sus labores y que serán objeto de fiscalización para comprobar el cumplimiento de esta obligación, si luego los emplea para comunicaciones personales está empleando voluntariamente un canal público, incompatible con la privacidad y el secreto de las comunicaciones. En estos casos no podrá, como bien lo ha señalado desde hace años la jurisprudencia nacional y extranjera, así como la doctrina científica, oponerse a la fiscalización ni a la sanción que pudiera corresponder según la gravedad del uso indebido de esos instrumentos de trabajo. Corresponderá al empleador probar que comunicó al trabajador estas políticas y para ello deberá acreditar la recepción correspondiente.

2. La titularidad de los medios informáticos del centro de trabajo

Los medios informáticos en el centro de trabajo se pueden definir como los instrumentos o herramientas provistos por el empleador al trabajador para el correcto y eficaz desempeño de sus labores. Entre estos medios están: la computadora, el teléfono fijo o móvil, el acceso a los servicios de internet, intranet, extranet, correos electrónicos, redes sociales, páginas o portales web, mensajería instantánea, redes y cualquier otro medio análogo.

Se debe tener en cuenta que la propiedad de los medios informáticos no conlleva, de por sí, la propiedad del contenido de las comunicaciones, pero sí permite al empleador controlar su correcto uso. Sin embargo, esas medidas no son *a priori* legítimas: deben respetar el mínimo de privacidad e intimidad propia de la condición humana, lo cual exige informar previamente al trabajador de esas limitaciones en el uso y luego, emplear aquellas medidas que sean adecuadas para ese fin.

La correcta actuación del empleador en esta materia entronca directamente con el respeto a la dignidad e intimidad del trabajador, por lo que será necesario establecer en cada caso, si la medida empresarial ha sido proporcional, es decir, que cumple con los tres requisitos o condiciones establecidos por la jurisprudencia constitucional: ser una medida capaz de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más adecuada para conseguir ese propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si es ponderada o equilibrada, por ajustarse al ejercicio legítimo de los derechos constitucionales (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Partiendo de estas premisas se puede concluir que las medidas de vigilancia han de realizarse con métodos y parámetros claros, que deben ser conocidos por el trabajador, a fin



de no sorprenderlo con un control oculto que sería contrario al deber de buena fe, precisamente porque es contrario al trato que merece la dignidad humana. No obstante, consideramos que, en caso que no hayan sido comunicadas las políticas laborales al respecto, el uso personal no puede ser desproporcionado, pues iría contra el deber de buena fe laboral y de la diligencia con que se debe actuar en las horas de trabajo. A su vez, el empleador no puede abusar de su poder de fiscalización invadiendo espacios de intimidad no relacionados con la conducta laboral. También deberá guardar reserva respecto a los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. En ningún caso sería lícito que difunda información que afecte la intimidad personal y familiar del trabajador.

Si el empresario ha comunicado al trabajador que la computadora sólo puede ser utilizada para asuntos laborales y éste la emplea para asuntos personales, lo hará a sabiendas que no podrá luego alegar invasión de la intimidad cuando se realice el registro correspondiente, respetando los límites antes reseñados. Asimismo, la negativa del trabajador a la instalación de un programa informático de control, si no está avalada por la lesión a la dignidad o a un derecho fundamental, es irrelevante, ya que supondría un límite irrazonable al poder de control del empresario. De aquí que el que el Tribunal Supremo español haya reconocido la legitimidad de instalar un programa “espía” en el ordenador de un trabajador, que no tenía clave personal de acceso y estaba conectado a la red de la empresa y que se había negado a la instalación de filtros para el acceso a Internet¹⁶.

Si el empresario comprueba que el trabajador ha utilizado la computadora para fines personales, el control que está facultado a realizar debe llegar “a lo que la verificación de la infracción exige”¹⁷. Lo cual implica que, en algunos casos, sea necesario leer el íntegro del archivo o documento, que puede tener un contenido extralaboral perjudicial a los legítimos intereses empresariales.

Cuestión más difícil de resolver es la que se refiere al uso indebido del correo electrónico, ya que es práctica sumamente generalizada emplear el correo electrónico que facilita la empresa, también para fines personales¹⁸. Esta práctica puede ser compatible con el deber de diligencia y de buena fe, cuando se califica ese uso con un criterio prudencial y no rigorista¹⁹. Evaluar la conducta del trabajador con criterio rigorista llevaría a afirmar el

¹⁶ El ATS de 30 abril 2004 (JUR 2004\149766) al declarar la improcedencia del recurso de casación dejó firme la sentencia de suplicación que había declarado la legalidad de las medidas de control, así como el despido de un trabajador, que utilizó indebidamente el ordenador, según se pudo comprobar de los datos obtenidos de un programa “espía”, instalado en la máquina, sin su consentimiento, al negarse a que pusieran filtros de acceso a Internet a páginas pornográficas.

¹⁷ SEMPERE NAVARRO, Antonio V. / SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales* (Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002) 105.

¹⁸ Cfr. el estudio estadístico citado por *ibid.*, 73.

¹⁹ “Treinta segunda bastan para enviar tres mensajes de correo electrónico, con lo que el argumento de la disminución de rendimiento perdería fuerza”. *Ibid.*, 78.

quebranto a la buena fe siempre que el trabajador haya utilizado (en tiempo y lugar de trabajo) el correo electrónico, facilitado por la empresa, para fines ajenos a la actividad laboral. Si se emplea, en cambio, un criterio prudencial, se tendrá en cuenta, además, la cantidad y el contenido de los mensajes enviados para calificar el incumplimiento contractual²⁰. Si de la lectura del mensaje se infiriera un perjuicio a los legítimos intereses del empresario, éste puede realizar una minuciosa revisión del texto, sin que por ello vulnere la intimidad del trabajador. En estos casos no sería suficiente identificar, por el título, que el contenido del mensaje es extralaboral, porque sólo en la medida en que se conozca el íntegro del mensaje, se podrá determinar la gravedad del uso indebido que se ha realizado del tiempo y de los instrumentos de trabajo²¹. Por tanto, no existen soluciones mágicas, sino la exigencia de dilucidar en cada caso concreto si se han respetado esos principios necesarios para la convivencia basada en el respeto y la confianza, que caracterizan la relación laboral y exige el cumplimiento eficiente de las obligaciones asumidas en el contrato de trabajo.

Por otro lado, existe una situación que se presenta con frecuencia: ¿qué ocurre cuando el trabajador emplea la computadora de la empresa para ver su correo personal durante la jornada de trabajo? En este caso el medio informático es de propiedad del empleador, pero la cuenta es personal ¿se configura la falta? ¿Puede el empleador verificar el contenido de esa cuenta? ¿Se puede concluir que ha renunciado al secreto de las comunicaciones? De acuerdo a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional no podría presumir esto, tal como veremos en el siguiente apartado. Más aún, lo correcto sería establecer que en ningún caso las facultades de control y fiscalización del empleador suponen la interceptación o acceso a los correos electrónicos, redes sociales y demás medios informáticos de comunicación de titularidad del trabajador, bajo responsabilidad administrativa, civil y/o penal según corresponda; salvo que exista autorización judicial.

Al ser el trabajador el titular de una cuenta, es el único que puede autorizar el desvelamiento de sus comunicaciones y sería conveniente que se estableciera un procedimiento sumarísimo ante el juez labora para el caso que el trabajador se negase a otorgar su consentimiento y el empleador tenga suficientes motivos para sospechar que esas comunicaciones encubren un incumplimiento laboral. Si para obtener la autorización judicial el empleador tuviese que seguir un trámite engorroso y lento se dañaría gravemente la disciplina y probablemente, no sería posible comprobar la posible falta.

²⁰ Cfr. la doctrina jurisprudencial recogida por *ibid.*, 76-77.

²¹ Para un sector de la doctrina no sería legítima este control empresarial cuando “a través de la identificación del tema o título del mensaje puede derivarse que tiene carácter personal no es necesario acceder a su contenido, puesto que el interés empresarial queda ya satisfecho identificando la naturaleza extraproductiva del correo”. LUQUE PARRA, Manuel; MARTÍNEZ FONS, Daniel, "La determinación de la prestación de servicios," en *Tratado práctico de Derecho del trabajo y Seguridad Social*, ed. Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia (Dirección y Coordinación) (Cizur Menor: Aranzadi, 2002), 705.



Para finalizar este apartado, vamos a tratar de dos cuestiones: el carácter público del acceso a Internet y si la consulta de páginas pornográficas o el envío de material de este tipo por medios informáticos es un agravante de la falta laboral. La jurisprudencia y la doctrina de derecho comparado califican Internet como un lugar público. La expresión “navegar por Internet” manifiesta que la red ofrece vías virtuales por las cuales transitar en busca de información, entretenimiento, etc. Por tanto, el control empresarial sobre el itinerario virtual del trabajador, se corresponde con el que hacen los detectives privados, que siguen a un trabajador que transita por la ciudad o el campo, cuando existe fundada sospecha de un incumplimiento en la utilización del tiempo de trabajo. En consecuencia, entendemos que así como no es necesario el consentimiento del trabajador para la contratación de detectives privados, tampoco es exigible para conocer las direcciones de Internet que ha consultado durante la jornada de trabajo: éste es un riesgo que toda persona asume al consultar Internet y, más si se realiza en horas de trabajo y con una computadora u otro medio informático de propiedad de la empresa.

Si bien es cierto que la doctrina laboral ha resaltado que al reconstruir el historial de acceso a páginas visitadas por un trabajador se pueden “desvelar numerosos datos correspondientes al estricto ámbito de la intimidad del trabajador”²². No obstante, resulta difícil calificar esa verificación como una violación a la intimidad, tanto por el carácter público de Internet, como porque siempre es posible deducir aspectos íntimos de la conducta de una persona y esa tarea deductiva no puede considerarse una intromisión ilegítima en la intimidad. Para que se configure la lesión a la intimidad tendría que haber una intromisión directa en ese ámbito personalísimo. De aquí que en los conflictos por uso indebido de Internet, resueltos en sede judicial española, se haya admitido desde hace años la reconstrucción del historial de páginas visitadas, como prueba válida para calificar la procedencia de un despido²³.

Respecto a la segunda cuestión, la legislación vigente sólo considera delito la pornografía exhibida frente a menores o la pornografía infantil (art. 183 CP). Sin embargo, la Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual, N° 27942 tipifica en el artículo cuarto el hostigamiento sexual ambiental²⁴ y en el séptimo establece la obligación del empleador de “mantener en el centro de trabajo condiciones de respeto entre los trabajadores”.

²² SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales* 97 y las referencias bibliográficas que se citan.

²³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 octubre 1998 (RJ 1998/3780). No obstante, parte de la doctrina considera que puede ser calificado como un atentado a la intimidad, ver *ibid.*, 99-102 y la doctrina académica allí citada.

²⁴ 4.2 El hostigamiento sexual ambiental consiste en la conducta física o verbal reiterada de carácter sexual o sexista de una o más personas hacia otras con prescindencia de jerarquía, estamento, grado, cargo, función, nivel remunerativo o análogo, creando un clima de intimidación, humillación u hostilidad.

Se dice que la pornografía es difícil de definir, pero muy fácil de reconocer. Un estudio de la Carnegie Mellon de hace algunos años sobre pornografía en Internet aportaba los datos de que el “98,9% de los consumidores on-line de pornografía son varones. Y hay algún indicio de que del restante 1,1% muchas son mujeres pagadas para tomar parte en los chat rooms y en los boletines para que los clientes se sientan más a gusto”²⁵. Los sujetos de las películas o imágenes pornográficas incluyen elementos y temas sistemáticamente ofensivos y degradantes para las mujeres, que suelen ser presentadas explícita o implícitamente como esclavas sexuales²⁶. Se puede concluir entonces que la dignidad humana de algunas personas es sistemáticamente violentada en la pornografía.

La erradicación del acoso sexual laboral, que tantos pronunciamientos ha merecido de los Poderes Públicos a nivel nacional e internacional, difícilmente podrá lograrse en una empresa que tolere con indiferencia, la difusión de la pornografía. En consecuencia, a la vista de la cosificación de la persona –y mayoritariamente de la mujer–, que caracteriza a la pornografía, parece laudable que, en aras a contribuir al mayor respeto de la dignidad humana y a la desaparición de la lacra del acoso sexual, se considere como un agravante del incumplimiento contractual, el utilizar los bienes del empresario para promover la pornografía. Y, como un agravante cualificado que en una comunicación de este tipo se haga referencia a alguna persona vinculada al trabajador por el contrato de trabajo.

3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en estas cuestiones

El Exp. 1058-2004-AA/TC fue el primero en darle oportunidad al Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre el derecho a la intimidad en relación con el correo electrónico. El demandante de amparo alegó que había sido despedido arbitrariamente, impidiéndole ejercer su derecho de defensa porque su empleador había revisado una cuenta personal de correo electrónico, - Lotus Notes-, que había utilizado desde la computadora que le había facilitado para el trabajo²⁷. El Tribunal hizo hincapié en que “podría pensarse que la infracción de procedimiento reside principalmente en el hecho de haberse efectuado acopio de supuestos elementos probatorios y haber colocado al recurrente en una condición desventajosa para defenderse”, pero a juicio del Tribunal lo realmente importante era “que la controversia planteada permite considerar un hecho de suma trascendencia: el de saber si

²⁵ ELMER-DEWITT, P. "On a Screen Near You: Cyberporn", *Time*, 3 julio 1995, 38, citado por NUBIOLA, Jaime, "La marea negra de la pornografía," *ACEPRENSA*, no. 121 (2003).

²⁶ Cfr. COWAN, G. y K.F. DUNN, K.F. "What Themes in Pornography Lead to Perceptions of the Degradation of Women?", *Journal of Sex Research*, 31 (1994), 11-21; LINZ, D. y MALAMUTH, N., *Pornography*, Sage, Newbury Park, CA, 1993, 4, citados por ibid. Desde entonces el consumo de pornografía se ha acrecentado. Ver las conclusiones de los estudios realizados en Estados Unidos por el Whitherspoon Institute, conjuntamente con el Institute for the Psychological Sciences y el Social Trends Institute, que han sido publicados recientemente en español gracias a James R. Stoner y Donna M. Hughes (ed.), *Los costes sociales de la pornografía*, Rialp, Madrid (2014), 317 págs.

²⁷ Remito a lo expresado en PACHECO ZERGA, "Poder de fiscalización del empleador y derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador," 41-48.



los medios informáticos de los que se vale un trabajador para realizar sus labores, pueden considerarse de dominio absoluto de la entidad o empresa para la que labora, o si, por el contrario, existe un campo de protección respecto de determinados aspectos en torno de los cuales no le está permitido al empleador incidir de manera irrazonable”²⁸.

Concluye el Tribunal Constitucional que el empleador por “la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos. En efecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2º, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal. Ello, de momento, supone que por la forma como se han recabado los mensajes que han sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo efecto jurídico, siendo, por tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado. Se trata, pues, en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio”²⁹.

En definitiva, confirmando la doctrina del derecho comparado, afirma que “aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado”³⁰.

En similar sentido se pronunció en el Exp. 0422-2009-PA/TC unos años después. En esta oportunidad el empleador, en base a un Oficio emitido por un Procurador, despidió a una trabajadora por uso indebido de dos bienes que le habían sido entregados para la realización de su trabajo: la computadora y el correo electrónico. Y, a este uso indebido, añadió la gravedad del contenido de las comunicaciones que consideraba habían infringido el deber de confidencialidad y dañado la honorabilidad de algunos representantes de la empresa, infringiendo así gravemente las responsabilidades propias de su puesto de Jefa de una agencia de la Caja Municipal de Tacna.

Sin embargo, existían dos indicios de la desproporcionalidad del control realizado por el empleador: la primera, es que los correos fueron cursados desde una cuenta de “hotmail.com” a otra del servidor “mibanco.com.pe”, es decir, entre cuentas personales y no utilizando una cuenta otorgada por el empleador; y, la segunda, que en el mencionado expediente no constaba autorización alguna de las personas titulares de estas cuentas personales para su apertura y difusión. En consecuencia, en lugar de analizar el contenido de los mensajes enviados, el Tribunal destaca que, tal como se presentan los hechos, aparentemente se habían violado dos derechos fundamentales de la trabajadora:

²⁸ Exp. 1058-2004-AA/TC, fundamento jurídico 16.

²⁹ Exp. 1058-2004-AA/TC, fundamento jurídico 22.

³⁰ Exp. 1058-2004-AA/TC, fundamento jurídico 17.

a) El previsto en el artículo 2.10) según el cual toda persona tiene el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados: “(l)as comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. (...)”.

b) Y el del artículo 2.7), que establece el derecho de toda persona a la intimidad personal y familiar.

En consecuencia, al no existir indicios de que la trabajadora y el receptor de sus mensajes electrónicos hubiesen accedido a que se abriese su correspondencia, para “determinar que el trabajador utilizó el correo electrónico en forma desproporcionada en horas de trabajo para fines distintos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución, otorgándole las garantías del caso”³¹. Y, especialmente importante es la decisión del Tribunal de considerar que ante la ausencia de consentimiento de los titulares de las cuentas de correo, la prueba obtenida es ilegal y constituye, más bien, un delito del empresario, del cual ha de responder penalmente³².

Ambas sentencias delimitaron el poder de fiscalización del empresario sobre las comunicaciones del trabajador que se encuentren en una cuenta de correo personal y que sean cursadas desde la computadora entregada como herramienta de trabajo. En los dos casos los empleadores investigaron las cuentas de correo electrónico personales de los trabajadores sin contar con la autorización de los titulares. Por esta razón los magistrados declararon que era necesaria una orden judicial para legitimar la actuación empresarial, tal como lo establece la Constitución³³.

Sin embargo, como hemos destacado en el anterior apartado, existe un vacío procedimental al respecto que debería ser corregido conjuntamente con las cuestiones sustantivas. No se puede perder de vista que las faltas laborales “se configuran por su comprobación objetiva en el procedimiento laboral, con prescindencia de las connotaciones

³¹ Exp. 0422-2009-PA/TC, fundamento jurídico 16.

³² “El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. La pena será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días-multa, cuando el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista. Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días-multa” (art. 154 del Código Penal).

“Si el agente es funcionario o servidor público y, en ejercicio del cargo, comete el hecho previsto en el artículo 154°, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 1, 2 y 4” (art. 155 Código Penal).

³³ Para un comentario más detallado de estas sentencias remito a lo escrito en Luz PACHECO ZERGA, “La Proporcionalidad del Despido: La Razonabilidad De Una Sanción,” *Gaceta Constitucional*, no. 52 (2012): 137-43.



de carácter penal o civil que tales hechos pudieran revestir³⁴. Este es un principio común al Derecho del Trabajo, como puede apreciarse –por ejemplo- en el Estatuto de los Trabajadores de España, arts. 55 y siguientes. Y corresponde al juez laboral otorgar esta autorización si considera fundadas las razones expuestas por el empleador.

Finalmente, en el Exp. 00114-2011-PA/TC según Telefónica Centro de Cobros S.A.C., un trabajador había empleado el chat virtual que le había proporcionado como herramienta de trabajo, para realizar una serie de comunicaciones de carácter personal utilizando un lenguaje indecoroso con una trabajadora, que se encontraba bajo su subordinación. Por su parte el demandante no reconocía su participación en las conversaciones que se le imputaron (despido fraudulento), y por otro, sostenía que se había conculcado su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (despido nulo por inconstitucional). Con el voto concurrente de tres magistrados, aunque con diferentes fundamentos, el Tribunal amparó la pretensión y ordenó la reposición del demandante. En este expediente el empleador había interceptado las comunicaciones del comando de mensajería instantánea (Net Send) y los mensajes del celular que la empresa le entregó en su calidad de trabajador, pero “sin que exista una resolución judicial debidamente motivada que autorice dicha intervención”. (...) Consiguientemente, los magistrados argumentan que “las pruebas que justifican y sustentan su despido son pruebas prohibidas que no pueden ser utilizadas o valoradas por haberse obtenido inconstitucionalmente, razón por la cual procede estimar la demanda y ordenar la reposición del demandante³⁵”.

Se debe destacar que en este caso se asimilan, erróneamente, las exigencias de la Constitución referidas al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas y personales con aquellas que se intercambian en el centro de trabajo, durante las horas de labor y por un canal de comunicación facilitado por el empleador para cumplir con las obligaciones laborales, como se puede deducir de los votos singulares de los magistrados.

Por un lado, la sentencia reafirma el criterio sobre las comunicaciones efectuadas a través de un correo electrónico personal o de un chat o mensajero externo, que “aun cuando se hayan realizado desde la computadora del centro laboral, sí se encuentran protegidas por el derecho al secreto de las comunicaciones, pues sobre ellas sí existe una expectativa razonable de secreto o confidencialidad, dada su titularidad en la persona del trabajador, la clave personal que se maneja para acceder y su utilización para fines estrictamente personales. Sobre dichas comunicaciones no cabe pues, salvo con las previsiones establecidas en el artículo 2, inciso 10 de la Constitución, ninguna clase de interferencia o intervención por parte de terceros o del Estado³⁶”.

³⁴ Ley de Productividad y Competitividad Laboral, art. 26.

³⁵ Fundamento jurídico 10 del Voto del Magistrado Mesía Ramírez. En similar sentido opinó Calle Hayen.

³⁶ Fundamento jurídico 17 del Voto del Magistrado Eto Cruz.

Además, uno de los votos mayoritarios confirma la doctrina constitucional que indica que cuando el empleador informe adecuadamente a sus trabajadores sobre el uso estrictamente laboral que debe darle a los instrumentos tecnológicos que le entregue, entonces no se justifica que éste tenga expectativas “de secreto o confidencialidad sobre las comunicaciones efectuadas a través de los recursos informáticos de la empresa (específicamente del e-mail laboral y el chat o mensajero interno), dichas comunicaciones no se encontrarán protegidas por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas. En sentido contrario, cuando el empleador no comunique dichos recaudos, ni informe al trabajador acerca de la política empresarial de utilización de los recursos informáticos, de modo explícito, o cuando autorice expresamente el uso de dichos medios para fines personales y garantice un secreto de las comunicaciones, las referidas comunicaciones sí se encontrarán protegidas por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. En este último supuesto, será de aplicación la garantía contenida en el artículo 2, inciso 10 de la Constitución, que prescribe que dichas comunicaciones sólo pueden ser interferidas o abiertas con previa autorización judicial, considerando inválidos los documentos obtenidos con afectación de esta garantía; tal y como ya se precisó en el caso Rafael Francisco García Mendoza o caso Serpost (STC 1058-2004-AA/TC, fundamento 18)”³⁷.

Sin embargo, sorprende que mientras el magistrado Eto Cruz afirme que “no figura en el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa demandada (presentado al Tribunal Constitucional mediante escrito de fecha 10 de enero de 2011) ninguna alusión al uso de las tecnologías de la información por parte de los trabajadores, ni las formas de utilización de las mismas, ni la capacidad de fiscalización, ni menos aún las sanciones correspondientes por el uso indebido. Dicha ausencia de información previa, como se ha determinado en el fundamento 15 de esta sentencia, generó en el trabajador una expectativa de secreto o confidencialidad de las comunicaciones realizadas por el chat o mensajero interno de la empresa”³⁸. Mientras que el magistrado Urviola, en su voto singular, acredita haber comprobado exactamente lo contrario, puesto que señala que el demandante tenía el cargo Jefe de Agencia y que se había comprobado después una “exhaustiva investigación que desde el mes de setiembre de 2009 hasta enero de 2010 había hecho uso inadecuado del terminal de cómputo asignado, (...) utilizando el sistema Net Send. Y que también había hecho uso indebido del RPM *200087 asociado a la línea 969900526, el mismo que le fuera entregado”³⁹. Y precisa que “el artículo 3º del Reglamento Interno de Trabajo prevé que “es responsabilidad del Jefe inmediato (...) velar por el cumplimiento del Reglamento Interno de Trabajo, en concordancia con las políticas establecidas por la empresa”; el artículo 14º-f

³⁷ Fundamento jurídico 16 del Voto del Magistrado Eto Cruz.

³⁸ Fundamento jurídico 24 del Voto del Magistrado Eto Cruz.

³⁹ Fundamento jurídico 2 del Voto del Magistrado Urviola Hani.



y 14°-p establecen, respectivamente, como obligaciones del trabajador, “guardar el debido respeto y consideración a sus jefes y compañeros de trabajo, debiendo mantener con ellos relaciones armoniosas”; “cuidar y mantener en óptimas condiciones las instalaciones, muebles, equipos facilitados para el cumplimiento de sus funciones, no pudiendo darle distinto uso al señalado al momento de su asignación”. El artículo 16° señala que “el incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones contenidas en este Reglamento estará sujeto a la imposición de las medidas disciplinarias correspondientes a la gravedad del caso”⁴⁰.

A mayor abundamiento este mismo magistrado resalta que el artículo 18° c) del Reglamento Interno de Trabajo “considera que son prohibiciones para los trabajadores y objeto de sanciones disciplinarias *atender asuntos ajenos y/o particulares, dentro de la jornada laboral*. Por tanto, lo afirmado en el fundamento 24 del voto del magistrado Eto Cruz, no se condice con lo que se establece en el Reglamento Interno de Trabajo; en consecuencia, la supuesta “expectativa de secreto o confidencialidad de las comunicaciones realizadas por el chat o mensajero interno de la empresa”, en el presente caso, no es tal”⁴¹. A similar conclusión llega el magistrado Álvarez Miranda, por lo que puede concluirse que esta sentencia mantiene el criterio de las anteriores, pero hubo un error en su aplicación al caso concreto, ya que el empleador sí había advertido del uso que debería darle a los bienes de la empresa, por lo que no había violado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del trabajador.

4. Conclusiones

Se puede concluir, de las reflexiones contenidas en las páginas precedentes, lo siguiente:

- a. Sería conveniente que se regulara por ley los mecanismos de control de los medios informáticos en los centros de trabajo, a fin de prevenir conflictos y delimitar mejor los deberes y derechos de ambas partes en esta materia, de acuerdo a los criterios propuestos.
- b. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de autorización judicial para levantar el secreto de las comunicaciones se refiere a las cuentas o canales de comunicación personales del trabajador. En caso de no existir esa autorización, la prueba se considera ilícita y la conducta del empleador será susceptible de denuncia penal por presunto delito.
- c. No se genera expectativa de confidencialidad ni se vulnera el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia cuando el empleador puede acreditar la

⁴⁰ Fundamento jurídico 5 del Voto del Magistrado Urviola Hani. Énfasis agregado.

⁴¹ Fundamento jurídico 6 del Voto del Magistrado Urviola Hani.

advertencia clara al trabajador sobre el uso exclusivo -para asuntos laborales- de los medios tecnológicos que le hayan sido entregados para su trabajo.

5. Bibliografía

del REY GUANTER, Salvador. "Sentencia 98/2000, de 10 de abril. Los límites del control por el empresario en el centro de trabajo mediante mecanismos auditivos." en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, editado por Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar, Vol. XVIII: 192-199. Madrid: Civitas, 2000.

GAETA, Lorenzo. "La dignidad del trabajador y las "perturbaciones" de la innovación." en *Autoridad y democracia en la empresa*, editado por Joaquín Aparicio Tovar y Antonio Baylos Grau, 63-76. Madrid: Trotta, 1992.

GARCÍA GARCÍA, Clemente. *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Murcia: Universidad de Murcia, 2003.

GONZÁLEZ GAITANO, Roberto. *El deber de respeto a la intimidad*. Pamplona: EUNSA, 1990.

GOÑI SEIN, José Luis. *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*. Madrid: Civitas, 1988.

LUQUE PARRA, Manuel; MARTÍNEZ FONS, Daniel. "La determinación de la prestación de servicios." en *Tratado práctico de Derecho del trabajo y Seguridad Social*, editado por Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia (Dirección y Coordinación), 699-712. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.

MARTÍ GARCÍA, Miguel-Ángel. *La intimidad*. 5a ed. Madrid: EIUNSA, 2001.

NUBIOLA, Jaime. "La marea negra de la pornografía." *ACEPRENSA*, no. 121 (2003).

PACHECO ZERGA, Luz. "¿Derecho a la intimidad o privacidad empresarial?" *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, no. 101 (2016): 33-37.

———. "El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos: un estudio de derecho comparado." *Laborem*, no. 6 (2006): 19-56.

———. "La proporcionalidad del despido: la razonabilidad de una sanción." *Gaceta Constitucional*, no. 52 (2012): 137-143.

———. "Poder de fiscalización del empleador y derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador." *Soluciones Laborales*, no. 45 (2011): 41-48.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V. / SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002.

YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier. *Fundamentos de antropología. Un ideal de la excelencia humana*. 6a ed. Pamplona: EUNSA, 2003.

