**FACULTAD DE DERECHO**

# Análisis constitucional sobre la fiscalización del correo electrónico institucional por parte del empleador

Tesis para optar el Título de
Abogado

**Magdalena Rosalinda Núñez Palacios**

**Asesor(es):**
**Dr. Luis Fernando Castillo Córdova**

**Piura, diciembre de 2022**

NOMBRE DEL TRABAJO

TESIS revisada 8 noviembre 2022.docx

AUTOR

Magdalena Nuñez

RECUENTO DE PALABRAS

17231 Words

RECUENTO DE CARACTERES

93542 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

54 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

141.5KB

FECHA DE ENTREGA

Nov 8, 2022 5:36 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Nov 8, 2022 5:50 PM GMT-5

## 6% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base d

- 6% Base de datos de Internet
- 0% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de Crossref
- Base de datos de contenido publicado de Crossr
- 2% Base de datos de trabajos entregados

## Excluir del Reporte de Similitud

- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 20 palabras)
- Bloques de texto excluidos manualmente

**Aprobación**

La tesis titulada “Análisis constitucional sobre la fiscalización del correo electrónico institucional por parte del empleador”, presentada por la bachiller Magdalena Rosalinda Núñez Palacios en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de Tesis Dr. Luis Fernando Castillo Córdova.

Director de Tesis

UNIVERSITAS • STUDIORUM • PIURENSIS

**Dedicatoria**

Al ser de luz que llena mi vida de felicidad, amor y paz.

A una de las personas más importantes en mi vida.

A mi pequeña Lúa.

Algo hice bien, para merecerte.

UNIVERSITAS • STUDIORUM • PIURENSIS

**Resumen**

El presente trabajo tiene como objetivo brindar una posible solución a la problemática surgida en el auge del trabajo virtual, esto es, el aparente conflicto entre el derecho a la libertad de empresa, en su manifestación de poder de dirección del empleador, y los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador, que podría surgir en aquellas situaciones en las que el empleador hace uso de sus facultades de fiscalización para supervisar y controlar las actuaciones de su trabajador a través de la revisión del correo electrónico institucional del mismo.

Para ello, en la investigación se plantea examinar conceptos jurídicos relevantes para comprender y dar solución a la problemática, así como, analizar el contenido constitucional de los derechos fundamentales mencionados, y finalmente ofrecer una solución a partir de la aplicación de metodologías de interpretación *iusfundamental*. Cabe precisar que, la solución a la problemática se aborda desde la aplicación de un caso concreto, según el cual, un empleador fiscalizó el correo institucional de su trabajador para corroborar que este incurrió en una infracción y proceder con su despido; ello, a fin de que sea posible comprender mejor la problemática planteada y su solución.

UNIVERSITAS • STUDIORUM • PIURENSIS

**Tabla de contenido**

**Introducción** ..... **11**

**Capítulo 1 Planteamiento del problema y conceptos a tener en cuenta para su solución** ..... **13**

1.1 Descripción del problema jurídico ..... 13

1.2 Un punto de partida conceptual: Los derechos fundamentales ..... 14

1.3 Sobre la supuesta existencia de conflictos entre derechos fundamentales ..... 18

**Capítulo 2 Sobre el contenido constitucional de los derechos fundamentales involucrados en la problemática planteada** ..... **25**

2.1 Contenido constitucional del derecho a la intimidad ..... 25

2.2 Contenido constitucional del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones ..... 30

2.2.1 ¿El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones es un derecho distinto al derecho a la intimidad? ..... 30

2.2.2 Sobre el contenido constitucional al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones ..... 31

2.3 Contenido constitucional del derecho a la libertad de empresa ..... 33

2.3.1 La fiscalización del correo electrónico institucional del empleador como manifestación de su derecho fundamental a la libertad de empresa ..... 33

2.3.2 Sobre el contenido constitucional del derecho a la libertad de empresa ..... 33

**Capítulo 3 Sobre la solución al supuesto conflicto entre el derecho a la libertad de empresa en su manifestación de poder de dirección del empleador y los derechos a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador** ..... **37**

3.1 Sobre la sentencia del Tribunal Constitucional recaída al EXP. N° 00943-2016-PA/TC, como caso materia de análisis ..... 37

3.2 Propuesta de solución desde la teoría conflictivista de derechos fundamentales ..... 43

3.3 Propuesta de solución desde la teoría armonizadora de derechos fundamentales ..... 46

3.4 Toma de postura sobre la solución al problema planteado ..... 51

**Conclusiones** ..... **53**

**Lista de referencias** ..... **55**

UNIVERSITAS • STUDIORUM • PIURENSIS

## Introducción

La presente investigación tiene por finalidad ofrecer una posible solución a la problemática existente en torno al aparente conflicto entre el derecho a la libertad de empresa, en su manifestación de poder de dirección del empleador, y los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador, el cual podría surgir en aquellas situaciones en las que el empleador hace uso de sus facultades de fiscalización para supervisar y controlar las actuaciones de su trabajador a través de la revisión del correo electrónico institucional del mismo.

Actualmente, debido al auge del trabajo virtual, resulta necesario ofrecer soluciones jurídicas a las problemáticas que podrían presentarse por el uso de herramientas electrónicas, como es el correo electrónico institucional. Si bien es cierto, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano se ha analizado en diversas oportunidades la problemática del aparente conflicto de derechos planteada en el presente trabajo; sin embargo, en la mayoría de casos, algunos magistrados han emitido pronunciamientos singulares que proponen alternativas distintas a la solución recogida en las sentencias, razón por la cual sigue abierto el debate sobre cuál es la solución más justa en estos casos.

Siendo así, se advierte la necesidad de realizar un análisis constitucional sobre la fiscalización del correo electrónico institucional por parte del empleador y a partir de ello determinar si tal actuación constituye, siempre y en todo caso, una afectación a los derechos fundamentales de sus trabajadores. Por ello, este trabajo de investigación, además de ofrecer una solución jurídica, buscará servir de pauta para los distintos operadores jurídicos que a futuro se encuentren en una situación como la descrita anteriormente.

Para alcanzar dicho propósito, el presente trabajo se ha dividido en tres capítulos. El primero de ellos tiene por finalidad plantear la problemática existente en torno a la fiscalización del correo electrónico institucional por parte del empleador y determinar cuáles son las cuestiones jurídicas que surgen al respecto, y a las que se intentará dar respuesta con la investigación. Asimismo, este primer capítulo incluye un breve análisis de los conceptos y figuras jurídicas que se emplearán a lo largo del trabajo, tales como las referidas a derechos fundamentales, dignidad humana, contenido constitucional de los derechos fundamentales, metodologías de interpretación *iusfundamental*, entre otros; a fin de que desde un inicio sea posible comprender con claridad la propuesta de solución que irá desarrollándose a lo largo de la investigación.

Posteriormente, en el segundo capítulo del trabajo se analizará cada uno de los derechos fundamentales involucrados en la problemática y se delimitará el contenido

constitucional de cada uno de estos. Cabe señalar que, en este capítulo solo se realizará un análisis en abstracto, pues, la tarea de delimitar el contenido constitucional de los derechos será concretada en el tercer y último capítulo a través del análisis de un caso concreto.

Por su parte, el tercer y último capítulo del trabajo tiene por objeto analizar un caso concreto en el que el empleador fiscaliza el correo institucional de su trabajador para comprobar que este incurrió en una infracción y que, por ello, se le aplicó la sanción de despido; así, en este capítulo se planteará la solución a la problemática de ese caso desde dos metodologías de interpretación *iusfundamenta*l, la metodología conflictivista y la metodología armonizadora, para finalmente concluir cuál de las dos metodologías ofrece la solución más adecuada al caso.

## Capítulo 1

## Planteamiento del problema y conceptos a tener en cuenta para su solución

### 1.1 Descripción del problema jurídico

El gran avance de la tecnología en los últimos años ha permitido que, actualmente, contemos con diversas herramientas digitales que facilitan la realización del trabajo individual y en equipo. Además de ello, la creciente tendencia al desarrollo del teletrabajo a partir de la pandemia de COVID 19 ha traído consigo un mayor uso de medios digitales. Uno de estos, quizás el más usado hoy en día en el ámbito laboral, es el correo electrónico.

El diccionario panhispánico del español jurídico define al correo electrónico como aquel "servicio de la sociedad de la información que permite enviar y recibir mensajes con posibilidad de adjuntar todo tipo de contenidos digitales desde un ordenador o dispositivo móvil conectado a internet"[1]. Por las ventajas y beneficios que ofrece, el correo electrónico se ha convertido en el medio de comunicación interna y externa por excelencia de las empresas e instituciones, tanto públicas como privadas. No es novedad que incluso la mayoría de empresas contrate un servicio de correo institucional con la finalidad de que empleadores y trabajadores se encuentren conectados a un mismo sistema y, así, puedan comunicarse y realizar sus labores de la mejor manera posible.

Si bien es cierto los beneficios del uso del correo electrónico en el ámbito laboral pueden ser innumerables, también lo es que este, como toda herramienta digital, presenta riesgos que podrían dar lugar a situaciones en las que los derechos fundamentales de los usuarios podrían ser vulnerados. Por ello, es necesario identificar aquellas situaciones y brindar una protección jurídica adecuada a los derechos fundamentales que podrían verse afectados, a fin de evitar o cesar cualquier vulneración que se presente en este ámbito.

Así, una situación de riesgo que podría dar lugar a una verdadera vulneración de los derechos fundamentales, la encontramos en el momento en el que el empleador hace uso de sus facultades para supervisar y controlar las actuaciones de sus trabajadores a través de su correo electrónico institucional. Ello debido a que, bajo el pretexto de ejercer correctamente el poder de dirección que posee el empleador, podría afectarse, entre otros, el derecho a la intimidad de los empleados.

Cabe recordar que, para el desarrollo de las actividades propias del servicio a cargo del trabajador, el empleador tiene el deber de otorgarle los equipos y las herramientas necesarias para el desarrollo óptimo de la actividad laboral, entre ellas se encuentran los servicios de

---

[1] Real Academia Española: Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ). Disponible en: https://dpej.rae.es/lema/correo-electr%C3%B3nico

mensajería o correos electrónicos que, como ya hemos mencionado, muchas empresas contratan como dominios propios de la entidad.

Esta obligación del empleador permite que nos planteemos diversas preguntas sobre las facultades que este posee sobre el correo electrónico institucional que ha proporcionado a su trabajador. Algunas de las cuestiones que se intentarán responder en el presente trabajo son las siguientes: ¿nuestro ordenamiento jurídico permite al empleador revisar el correo electrónico asignado al trabajador en el marco de sus facultades de control y supervisión?; ¿el uso indebido del correo electrónico institucional que se ha descubierto en dicha revisión puede generar sanción al trabajador?; y, en ese caso, ¿puede utilizarse como medio de prueba para sancionar al trabajador la información encontrada por el empleador en el correo electrónico?

Tales preguntas son relevantes y requieren de una respuesta desde el punto de vista del derecho constitucional, pues, se encuentran relacionadas a dos derechos fundamentales de manera especial; por un lado, al derecho a la libertad de empresa del empleador, en su manifestación de poder de dirección y, de otro, el derecho a la intimidad y el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador usuario del correo electrónico institucional. Por ello, este primer capítulo tiene por objeto plantear algunas definiciones que, posteriormente, en un segundo capítulo, nos permitan brindar un análisis del contenido constitucional de cada uno de los derechos mencionados y que, a su vez, permitan que en el tercer capítulo demos respuesta a las preguntas descritas en el párrafo anterior, ello a la luz de algunos casos tomados de la jurisprudencia peruana.

## 1.2 Un punto de partida conceptual: Los derechos fundamentales

Como hemos señalado, esta situación que se presenta en la relación entre empleador y trabajador está vinculada a los derechos fundamentales de ambas partes. Por ello, antes de intentar dar respuesta a las cuestiones planteadas anteriormente, resulta necesario que partamos de un acercamiento conceptual a lo que será el objeto de estudio de esta investigación. Para ello, en primer lugar, ofreceremos una definición de derechos fundamentales. Cabe señalar que hemos adoptado esta definición porque a diferencia de otras existentes en la doctrina, esta ha sido elaborada por el autor desde la naturaleza humana y el valor de la persona, aspecto que tomaremos en cuenta al dar respuesta a las preguntas planteadas. En otras palabras, en esta investigación hemos adoptado este concepto por ser uno de tipo material, esto es, que se construye a partir de lo que la persona es y vale.

Según Castillo Córdova, los derechos fundamentales son “un conjunto de bienes humanos debidos a la persona por ser lo que es y valer lo que vale, y cuyo goce o adquisición

le permite alcanzar grados de realización en la medida que con ellos logra satisfacer necesidades y exigencias humanas que son esenciales en tanto brotan de su naturaleza o esencia"[2].

De manera preliminar, se puede afirmar que este concepto se aplica perfectamente tanto al derecho a la libertad de empresa como al derecho a la intimidad, pues, ambos son bienes humanos en la medida que satisfacen necesidades o exigencias que surgen de la naturaleza humana y, al ser adquiridos, traen consigo un grado de realización en la persona humana titular de tales derechos. Sobre esto, nos detendremos con mayor profundidad en el segundo capítulo, ya será allí donde analizaremos cuál es la necesidad humana que intenta satisfacer y de qué manera su adquisición genera grados de realización en la persona.

Aún con ello, conviene preguntarse si este concepto se ajusta a lo establecido en el ordenamiento jurídico peruano y si se aplica a los derechos fundamentales objeto de estudio conforme han sido reconocidos en nuestra constitución.

Al respecto, se puede afirmar que la Constitución Política de 1993 recoge un conjunto de derechos fundamentales en su Título I denominado "de la persona y de la sociedad", el cual se encuentra dividido en tres capítulos. Así, el Capítulo I se denomina "derechos fundamentales de la persona", el Capítulo II recibe el nombre "de los derechos sociales y económicos" y el Capítulo III "de los derechos políticos y de los deberes". Además, reconoce de manera expresa algunos derechos en otros de sus Títulos, como ocurre, por ejemplo, con el derecho a la libertad de empresa recogido en el artículo 59 que, como veremos más adelante, ha sido reconocido en el Título III de la Constitución, el cual hace referencia al régimen económico del Estado peruano.

El hecho de que se hayan recogido derechos en distintos capítulos y títulos de la Constitución, permite cuestionar si en el caso peruano se diferencia entre derechos fundamentales (los del Capítulo I) y otros que no lo son (los de los Capítulo II y III y los reconocidos en otros Títulos del texto constitucional). En otras palabras, podría pensarse que existen diversos derechos reconocidos en nuestra Constitución, unos que son fundamentales y otros que no lo son, y que, por tanto, no a todos les sería aplicable la definición que aquí se ha propuesto[3], más aún si uno de los derechos involucrados en el objeto de la investigación, esto es, el derecho a la libertad de empresa, no forma parte del Capítulo I denominado "derechos fundamentales de la persona".

---

[2] Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, L. "La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho", en SOSA SACIO, J. (Coordinador), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 42.

[3] Ídem.

Al respecto, se debe mencionar con énfasis que la respuesta a la cuestión planteada es negativa. Pensar que se han recogido derechos que son fundamentales y otros que no lo son sólo porque así lo ha dicho el legislador constituyente, es un error. Desde el valor de la persona humana, corresponde tener en cuenta que, si de lo que se trata es de alcanzar la máxima realización posible de todas las personas, lo consecuente es que todos los bienes humanos sean debidos a estas, incluso los de naturaleza social y política y no sólo los del Capítulo I que reconoce derechos de naturaleza individual. En otros términos, lo relevante para hablar de derechos fundamentales es su esencia, esto es, que sean bienes humanos, independientemente de la denominación que el legislador constituyente haya establecido. Para llegar a tal conclusión, Castillo Córdova muestra algunas razones.

Primera, el hecho que no exista una clasificación de los derechos constitucionales, según su fundamentalidad, en fundamentales y no fundamentales porque incluso dentro de la lista de los supuestos derechos no–fundamentales se recogen derechos que han sido recogidos antes dentro del artículo 2 CP como derechos fundamentales; y por si quedara alguna duda sobre esto, se tiene lo dispuesto en el artículo 3 CP, cláusula de derechos implícitos o no enumerados.

Segunda, el constituyente peruano ha previsto unos mismos instrumentos de protección para todos los derechos reconocidos en la Constitución. En ella, además de las disposiciones que indican una misma eficacia de todos los derechos de la persona que ella recoge, esto es, el artículo 3 CP ya mencionado, también se encuentra el artículo 45 CP, el cual dispone que el poder emana del pueblo y debe ejercerse con respecto a la Constitución y, por tanto, con respeto a todos los derechos recogidos a lo largo de todas sus disposiciones.

En ese sentido, las disposiciones del Título V de la Constitución, que se denomina "De las garantías constitucionales", en las que se recogen tres garantías constitucionales (el hábeas corpus, el amparo y el hábeas data) y estos tres instrumentos de protección son igualmente eficaces y persiguen la misma finalidad. De este modo, se han previsto tres mecanismos de protección de los derechos constitucionales, pero no debido a que el objeto de protección tiene diversos grados de fundamentalidad de modo que haya unos derechos por encima de otros[4], sino a las especiales características del poder del cual emanan los actos agresores.

Por todo ello, sería un error pensar que sólo los artículos recogidos en el Capítulo I del Título I de la Constitución son derechos constitucionales fundamentales y el resto no. De ahí que aquellos derechos constitucionales reconocidos en otras disposiciones del texto

[4] Ibídem, p. 45.

constitucional son fundamentales en la medida que se ajustan al concepto que se ha ofrecido, esto es, serán derechos fundamentales en la medida que sean verdaderos bienes humanos debidos a la persona por ser lo que es y valer lo que vale. Así, serán fundamentales no solo los derechos del Capítulo I, sino también los del Capítulo II y los del Capítulo III.

Recordemos que los derechos fundamentales no son creación del legislador, ni tan siquiera del legislador constituyente, pues, el fundamento de su reconocimiento y exigibilidad se encuentra en la dignidad humana. Por ello, es posible afirmar que existe "una referencia anterior y superior al poder público que no puede ser otra distinta que la persona humana misma. No es difícil de argumentarlo. Si el Derecho y, por tanto, también la ley es una creación del hombre que se define (y legítima) según su finalidad; y que la finalidad del derecho es regular las relaciones humanas a fin de favorecer la convivencia humana y el pleno desarrollo de las personas en ella, entonces, no es difícil concluir que el derecho debe formularse siempre en atención y referencia de la persona humana"[5].

Es necesario tener en cuenta lo anterior para comprender que la exigencia del cumplimiento de un derecho fundamental no se puede reducir a lo que se ha establecido en la normativa nacional, ni a los pronunciamientos de determinados órganos jurisdiccionales; pues, habrá que mirar más allá y prestar atención a aquellas necesidades y exigencias que brotan de la naturaleza humana.

Cabe precisar que, si hubiéramos optado por una interpretación literal de la Constitución, la respuesta a la cuestión planteada hubiera sido positiva, esto es, que sí existen derechos fundamentales (los del Capítulo I) y otros no fundamentales (los reconocidos en otros capítulos y títulos). De haber sido así, esta investigación ya no tendría razón de ser, pues, bajo esa interpretación, el derecho a la libertad de empresa no sería un derecho fundamental, más bien se trataría de una realidad de menor valor que el derecho a la intimidad o al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones que sí serían derechos fundamentales. Esta situación permitiría afirmar que la problemática identificada se resolvería amparando al derecho de mayor valor y no habría lugar a un mayor análisis. Felizmente, como hemos visto, nuestro ordenamiento jurídico no asigna distintas importancias a realidades que esencialmente poseen el mismo valor y, por tanto, habrá que ir a principios jurídicos que están más allá de la mera literalidad normativa a fin de dar respuesta a la cuestión.

---

[5] Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, L. "El valor jurídico de la persona". En: *Revista galega de cooperación científica iberoamericana*, número 11, 2005 páginas 31-40.

En esa línea, cabe recordar que la persona humana tiene una dignidad (un valor) que consiste en ser un fin en sí misma, de ahí que no es posible considerarla como un medio. La persona humana, "existe como fin en sí mismo, no meramente como medio para el uso a discreción de esta o aquella voluntad, sino que tiene que ser considerado en todas sus acciones, tanto en las dirigidas a sí mismo como también en las dirigidas a otros seres racionales, siempre a la vez como fin. Pues bien, es este valor de la persona humana por lo que resulta siendo obligatorio favorecer que ella consiga el mayor número de bienes humanos el mayor número de veces, es decir, la dignidad de la persona humana"[6].

Cabe resaltar que, tales afirmaciones han sido recogidas por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, así, por ejemplo, dicho colegiado afirma que "los derechos fundamentales se derivan del principio-derecho de dignidad de la persona humana, según el cual la persona se concibe como un fin en sí mismo y no como instrumento o medio de la acción estatal"[7].

### 1.3 Sobre la supuesta existencia de conflictos entre derechos fundamentales

Una vez establecida la definición de derechos fundamentales conviene pasar a un punto estrechamente vinculado a esta, la posibilidad o no de que exista un conflicto entre un derecho fundamental y otro derecho fundamental. Tener claro esto permitirá más adelante (capítulo III del presente trabajo) ofrecer una solución a la problemática aquí planteada y someter a un riguroso análisis las soluciones que se han encontrado en la jurisprudencia peruana.

Si bien no es objeto de este trabajo profundizar en el estudio de las diversas teorías de interpretación de derechos fundamentales, ni analizar las distintas concepciones de persona humana y de derechos fundamentales que existen, Sin embargo, sí resulta necesario tener en cuenta que, existen dos teorías de interpretación de derechos fundamentales (al menos las más importantes y reconocidas), las cuales, nos limitaremos a explicar brevemente.

Aclarado esto, si como hemos dicho, los derechos fundamentales son bienes humanos debidos a la persona humana por ser lo que es y valer lo que vale, parece lógico preguntarse por el concepto de persona humana que se tiene en cuenta para plantear tal definición. Un concepto básico de lo que es la persona humana, lo ofrece el mismo Castillo Córdova al señalar que "la persona humana como la naturaleza humana es una realidad compleja que tiende a la perfección. Que es compleja significa que la naturaleza humana es una realidad

---

6 Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, L. "Los Derechos Humanos: la persona como inicio y fin del Derecho". *Foro jurídico: revista de derecho*, (7), 2007, 27-40.

7 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída al EXP. N.° 04903-2005-HC/TC, fundamento 7.

pluridimensional, es decir, que se manifiesta en ámbitos o dimensiones distintas y a la vez complementarias entre sí. Al menos cuatro son estas dimensiones: una dimensión material y otra espiritual, junto a una dimensión individual y a otra social"[8].

Como se ha estudiado en el apartado anterior, la persona humana y su dignidad son el fundamento a partir del cual se desprenden los derechos humanos. Se trata de una realidad unitaria y coherente cuya plena realización rechaza cualquier tipo de contradicción interna. Es decir, si los derechos del hombre son desprendimientos o manifestaciones de una realidad unitaria y coherente como lo es su naturaleza humana, entonces no puede haber manera que los derechos puedan ser contradictorios entre sí, al punto que puedan entrar en conflicto[9].

La persona humana, en cuanto tal, posee una naturaleza y consecuentes exigencias que lejos de oponerse entre sí, se configuran de tal modo que terminan por constituir una determinada y verdadera unidad. Sobre esto, acierta Serna cuando escribe que "si los derechos humanos son el modo histórico de concretar ciertas exigencias que garanticen al hombre una vida digna, parece que su determinación guarda relación con el modo de ser propio del hombre. Ahora bien, dicho modo de ser, que postula unos medios concretos sin los cuales la autorrealización y la felicidad se tornan muy difíciles o imposibles, no comporta exigencias contradictorias o enfrentadas, porque el ser humano es básicamente una unidad"[10] .

Al ser la naturaleza humana una unidad, y los derechos fundamentales en cuanto tales se predican de la persona humana, entonces no hay modo de que tales derechos sean contradictorios entre sí, o que supongan contenidos incompatibles entre sí. Contrario a ello, si tales derechos son efectivamente derechos de la persona humana, la única manera que tienen de existir es de manera armónica y conjunta entre unos y otros.

De esta manera los derechos existen y deben ser ejercitados, "desde la cima que constituye la persona humana, sujeto de todos los derechos, en la cual no hay contradicción, pues todos sus derechos no sólo no pueden oponerse entre sí, sino que tienen sentido en cuanto operan en orden a la realización y perfección humana"[11].

Si los derechos humanos son realidades esencialmente no contradictorias entre sí, entonces la primera de las conclusiones a las que se debe arribar es que los llamados

---

8 Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, L. "Los Derechos Humanos…", Op. cit., p. 30.

9 Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, L. "¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?". En: *Cuestiones Constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, (12), 2005, p. 99-119.

10 Cfr. SERNA BERMÚDEZ, P. "Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información". En: *Humana Iura 4*, Pamplona, 1994, p. 230.

11 Cfr. SERNA, P. y TOLLER, F. *La interpretación de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires 2000, p. 92.

"conflictos" entre derechos fundamentales no existen o, en todo caso, son sólo aparentes[12]. Ningún derecho fundamental que realmente sea tal puede tener un contenido constitucional que exija y legitime una conducta que sea contradictoria con el contenido de otro derecho también fundamental.

Pese a todo lo expuesto, no podemos obviar que a nivel doctrinal no existe un consenso sobre lo que aquí se ha explicado, diversos autores atribuyen significados distintos a las expresiones "persona humana" y "derechos fundamentales". Por ello, conviene recordar que hay autores (por ejemplo, Alexy, Bernal Pulido, entre otros) que sí conciben a los derechos fundamentales como realidades que pueden entrar en conflicto y, a partir de esa concepción ofrecen un método de interpretación *iusfundamental* y una solución al supuesto conflicto existente que no se puede concebir desde una interpretación armónica o no conflictivista.

**a) Metodología conflictivista de la interpretación de derechos fundamentales**

La metodología conflictivista propone definir los derechos fundamentales como mandatos de optimización, y a partir de ahí asumir que el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental puede entrar en contradicción con el contenido esencial o constitucional de otro derecho fundamental. De tal modo que el contenido constitucional de un derecho fundamental daría derecho a algo que está prohibido desde el contenido constitucional de otro derecho fundamental. Por tanto, esta metodología propone admitir como real el conflicto entre los contenidos constitucionales de los derechos fundamentales[13].

En palabras de Alexy, los derechos fundamentales o principios "son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas"[14].

Desde tal punto de vista, la solución del conflicto existente solamente puede provenir de hacer prevalecer un contenido constitucional y de sacrificar el otro contenido constitucional con el que entre en conflicto. En esa línea, para Alexy "Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran

---

[12] Cfr. DE DOMINGO, T. *¿Conflictos entre derechos fundamentales?* Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2001, p. 357.

[13] Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, L. "De la Persona y de la sociedad", en AA.VV., *Constitución Política del Perú*, Décimo tercera Edición oficial, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima 2019, ps. 29-39.

[14] Cfr. ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª edición, tr. Carlos Bernal Pulido, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 67.

en colisión —tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido— uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro”[15].

De modo que para esta metodología iusfundamental, la pregunta relevante que ha de responder el intérprete constitucional es cuál derecho fundamental pesa más y cual se ha de sacrificar en un caso concreto. Para ello, utiliza herramientas metodológicas como el principio de proporcionalidad, el cual opera a través de sus tres juicios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto[16].

Esta herramienta se aplicará en la medida que, amparada en el contenido constitucional de un derecho fundamental, restringe el contenido constitucional del derecho fundamental con el que entra en conflicto. Para quien aplique esta metodología una medida de restricción como esa será válida y el derecho que la ampara será el que prevalecerá, cuando se compruebe que es una medida idónea, necesaria y ponderada. En otras palabras, a través de esta herramienta se podrá determinar qué derecho fundamental pesa más cuando ha entrado en conflicto con otro aplicando la ponderación de principios.

Así, en palabras de Bernal Pulido, “La ponderación representa el mecanismo para resolver esta incompatibilidad entre normas prima facie (…) la ponderación es únicamente una estructura por medio de la cual no se establece una relación absoluta, sino una relación de precedencia condicionada» entre los principios, a la luz de las circunstancias del caso, a fin de determinar el sentido de la decisión judicial”[17].

**b) Metodología no conflictivista o armonizadora de interpretación de derechos fundamentales**

Por su parte, la metodología iusfundamental armonizadora parte de sostener que el contenido constitucional de un derecho fundamental no puede entrar en conflicto con el contenido constitucional de otro derecho fundamental. Si, como aquí se ha recordado, los derechos fundamentales son bienes humanos debidos, no es posible que entren en conflicto real, desde el ser, naturaleza o esencia humana es una unidad ontológica, por lo que no podrá serle debido algo y su contrario a la vez[18].

Asimismo, para sostener la inexistencia de conflictos entre derechos sirve también el principio de unidad de la Constitución, el cual reclama tenerla como una realidad esencialmente homogénea, que ha de ser interpretada buscando la unidad y evitando la

---

[15] Ibídem, p. 89.

[16] Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, L. “De la Persona y de la sociedad”, en AA.VV., *Constitución Política del Perú*, Décimo tercera Edición oficial, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima 2019, ps. 29-39.

[17] BERNAL PULIDO, C. “La racionalidad de la ponderación”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, mayo-agosto (2006), págs. 51-75.

[18] Ibídem, p. 37.

contradicción. Esto quiere decir que cuando interpretemos las disposiciones de la Constitución a la luz de este principio, se hará "evitando cuidadosamente toda interpretación del derecho fundamental que pudiera convertirlo en contradictorio con otras normas constitucionales o que pudiera vaciar otros mandatos de la Constitución"[19].

Por tanto, cuando haya que resolver un problema que verse sobre derechos fundamentales, el intérprete no deberá dar razones para sostener qué derecho pesa más y cuál debe ser sacrificado, sino que deberá determinar cuál de los dos derechos fundamentales involucrados ha sido ejercido razonablemente en su contenido constitucional y cuál de ellos pretendió hacer un ejercicio extralimitado.

En ese sentido, en cada caso concreto, se determinará cuál es el alcance razonable de los derechos involucrados y, luego, establecer cuál de las pretensiones forma parte verdaderamente del contenido constitucional del derecho fundamental invocado. Para ello, se hará uso de los principios de interpretación constitucional tales como: principio de unidad de la Constitución y de normatividad de la Constitución, principio de interpretación teleológica y principio de interpretación de concordancia práctica[20].

Por lo expuesto a lo largo de este capítulo no resulta difícil concluir que la metodología más coherente con los conceptos que hemos acogido y con la manera en que concebimos a la persona humana, es la metodología armonizadora o no conflictivista de derechos fundamentales. Ello, en tanto, para la metodología armonizadora los derechos fundamentales no entran realmente en conflicto en su contenido constitucional, puesto que, la persona humana es una radical unidad en su esencia y de ahí que no puedan existir bienes humanos contradictorios entre sí.

Por ello, en el capítulo siguiente estudiaremos el contenido constitucional de los derechos fundamentales a la libertad de empresa y a la intimidad siguiendo la metodología armonizadora; y posteriormente, en el capítulo tercero, se presentará una propuesta de solución a las cuestiones planteadas que también intentará seguir dicha metodología.

Finalmente, y antes de pasar al siguiente capítulo, es necesario tener en cuenta una definición muy vinculada a la metodología armonizadora de interpretación de derechos fundamentales, que ya se ha mencionado y que no es otra que la de "contenido constitucional de los derechos fundamentales". Al respecto, cabe mencionar, que sobre la garantía del contenido constitucional se ha dicho:

---

[19] Cfr. MARTINEZ-PUJALTE, A. "Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales". En: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 32, Valencia, 2000, p. 128.

[20] Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, L. "*De la Persona y* …, Op. cit., p. 37.

> "que todo derecho fundamental cuenta con un contenido determinable el mismo que vincula al Poder público en general y al Legislador en particular. Definida de esta manera la garantía, no puede generar más que un inmediato y pleno acuerdo, más aún cuando así lo exige el principio de normatividad de la Constitución, por el cual todas las disposiciones contenidas en el texto constitucional no son simples declaraciones retóricas o enunciados de principios sin vinculación ni materialización ninguna, sino que son disposiciones que deben obligar real y efectivamente a sus destinatarios. (…)"[21].

Tal definición es importante, en tanto, para determinar qué derecho se ejerce correctamente en el supuesto de la problemática planteada, será necesario analizar el contenido constitucional de cada uno de los derechos involucrados, que conforme al texto citado previamente, se trata de una realidad delimitable y que sirve de parámetro para identificar a qué se obligan realmente cada uno de los destinatarios de las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales, incluidos, los titulares de los mismos y los poderes públicos que se encargan de resolver cuestiones relacionadas a estos.

[21] Cfr. CASTILLO, *L.* "Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales. En: *Revista de Derecho*, 3 (3), 2002, pp. 25-53.

UNIVERSITAS • STUDIORUM • PIURENSIS

## Capítulo 2

## Sobre el contenido constitucional de los derechos fundamentales involucrados en la problemática planteada

### 2.1 Contenido constitucional del derecho a la intimidad

Antes de analizar el contenido constitucional del derecho a la intimidad, es necesario precisar que no es posible definir de manera general y abstracta, ni de manera acabada y válida para siempre el contenido constitucional de un derecho fundamental. Sin embargo, como bien afirma Castillo Córdova, pese a ello, sí es posible plantear algunos criterios generales de definición o determinación del contenido constitucional de un derecho. En ese sentido, el propósito de este apartado es aplicar algunas pautas generales de determinación del contenido constitucional del derecho fundamental a la intimidad. Así también, a lo largo del presente capítulo se hará lo mismo con el resto de derechos fundamentales involucrados en la problemática planteada, esto es, con el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y el derecho a la libertad de empresa.

La primera pauta para determinar el contenido constitucional del derecho fundamental a la intimidad está dirigida a precisar lo que significa el contenido constitucional de este derecho[22]. Para ello, cabe recordar que todo derecho fundamental significa y vale su contenido, el cual estará conformado por todas las facultades de acción que ese derecho depara a su titular (lo que se conoce como dimensión subjetiva de los derechos fundamentales), y por todas las obligaciones de acción a las que debe comprometerse el poder político con la finalidad de conseguir la vigencia plena y real del derecho mismo (lo que se conoce como dimensión objetiva de los derechos fundamentales)[23]. En ese sentido el contenido constitucional de un derecho fundamental, en este caso del derecho fundamental a la intimidad, se define en función del texto constitucional y se caracteriza, como todos los derechos fundamentales, por ser limitado, ilimitable y delimitable[24].

---

[22] Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, L. "Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales. En: *Actualidad Jurídica*, tomo 139, pp. 144-149.

[23] Ídem.

[24] Ídem. Como explica el autor, que sea limitado significa que todo derecho fundamental tiene sus propios límites, límites inmanentes o internos, los cuales definen el contenido esencial del derecho y por lo que ese derecho es identificable como tal derecho; que sea ilimitable significa que ni el legislador ni nadie puede desconocer esas fronteras inmanentes o internas, esas fronteras vinculan de modo fuerte al poder quien no puede transgredirlas restringiendo, limitando o sacrificando el contenido constitucional del derecho fundamental que se trate; y, que sea delimitable significa que el legislador, el órgano ejecutivo y el órgano judicial van perfilando con sus normas, actos y sentencias el contenido constitucional del derecho fundamental en cada caso concreto; la labor del poder político –en todo caso– es ir perfilando y sacando a la luz esos contornos o fronteras internas e inmanentes del contenido de los derechos fundamentales.

Así, para determinar el significado del derecho fundamental a la intimidad, este debe empezar a delimitarse desde el mismo texto constitucional. Por ello, una segunda pauta interpretativa para la determinación del contenido constitucional de un derecho fundamental consiste en partir de lo que dice la Constitución sobre este derecho. Para el presente caso, habrá que preguntarse, en primer lugar, qué dice la Constitución peruana sobre el derecho fundamental a la intimidad, y para resolver tal cuestión será necesario acudir a la norma concreta que recoge el derecho fundamental cuyo contenido se pretende delimitar.

Conforme a ello, cabe precisar que, sobre el derecho fundamental a la intimidad, nuestra Constitución señala en el primer párrafo del numeral 7 de su artículo 2 que, toda persona tiene derecho "al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias".

Sin embargo; acudir al texto constitucional no significa simplemente detenerse en el concreto dispositivo que recoge el derecho, sino que también exige acudir igualmente a aquellos otros dispositivos constitucionales que están directamente relacionados con el derecho cuyo contenido se intenta determinar, conforme al principio de unidad constitucional. En ese sentido, uno de los derechos fuertemente vinculados al derecho a la intimidad y que se encuentra reconocido en la Constitución Política, es el derecho al honor, el cual se encuentra reconocido en el mismo numeral 7 de su artículo 2; y otro, el derecho a la inviolabilidad de comunicaciones, el cual desarrollaremos más adelante.

Sumado a ello, el principio de unidad "(...) prohíbe una interpretación aislada de cada derecho fundamental –y de la norma constitucional en que se reconoce– que lo convierta en contradictorio con otras normas constitucionales o que vacíe de contenido a éstas últimas"[25]. Por ello, si se desea determinar el contenido constitucional del derecho fundamental a la intimidad, también será necesario acudir a las disposiciones que reconocen otros derechos fundamentales o bienes fundamentales que, de interpretarse de manera aislada, podrían resultar contradictorios al contenido constitucional del derecho fundamental a la intimidad. Esto se hará respecto a los derechos que forman parte de la problemática planteada, pero no en este apartado, sino en los siguientes, en tanto, también se les aplicarán algunas pautas de determinación de su contenido constitucional.

Asimismo, también forma parte de este contenido, las interpretaciones que el Tribunal Constitucional peruano realice de los artículos de la Constitución. Así, en el caso concreto del derecho a la intimidad, el Tribunal señala que "el derecho a la intimidad debemos precisar que

---

[25] Cfr. MARTINEZ–PUJALTE, A. "La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales". En: *Cuadernos y Debates*, N° 65, CEC, Madrid 1997, p. 68.

este presenta dos ámbitos de defensa bastante marcados. El primero de ellos se vincula con la defensa de la intimidad personal, la cual implica el aislamiento de la intromisión de terceros de todos aquellos aspectos de la persona que forman parte de su desarrollo interno, entendido como el desarrollo de su personalidad física y espiritual que se encuentra reservada para sí misma, entre los que hallamos el desarrollo de los procesos de pensamiento y opinión, de la salud física y emocional, de la sexualidad humana (en todas sus expresiones), entre otros aspectos que únicamente son de interés de la persona. En tal sentido, la concepción de intimidad humana se entiende que resulta personalísima, subjetiva, psicológica, pero también cultural y temporal, pues cada ser humano entiende de manera particular qué es aquello que para sí resulta íntimo en un espacio y tiempo histórico. (…)"[26].

Así también, en relación al deber de fiscalización del empleador y el derecho a la intimidad del trabajador, señala que "En este sentido, se debe tomar en consideración que el empleador, como parte de su poder de dirección, reconocido en el artículo 9 del Decreto Supremo 003-97-TR, puede optar por los mecanismos que estime necesarios para la supervisión de la prestación laboral (poder fiscalizador), siempre que ello no vulnere los derechos de los trabajadores, lo que en el presente caso no se ha acreditado"[27].

Además de ello, debemos recalcar que acudir al texto constitucional también significa acudir a la norma internacional vinculante para el Perú. Por ello, para determinar el contenido constitucional del derecho fundamental a la intimidad, también será necesario acudir a lo dispuesto en la norma internacional vinculante para el Perú y la jurisprudencia de los Tribunales internacionales que han interpretado y aplicado esa norma internacional respecto a este derecho, conforme a lo ha dispuesto el constituyente peruano en la IV Disposición final y transitoria de la Constitución[28].

En el caso de las normas convencionales sobre el derecho a la intimidad, se identifica que la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 establece en el numeral 2 de su artículo 11 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"; mientras que en el numeral 3 del mismo artículo se precisa que: "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques". Así, el artículo 11 de la citada Convención no se refiere únicamente a la protección de la

---

[26] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída al EXP. N° 01839-2012-PHD/TC, fundamento 12.

[27] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída al EXP. N° 02208-2017-PA/TC, fundamento 16.

[28] Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución Política del Perú de 1993:
"Cuarta. - Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

honra y de la dignidad, como podría pensarse de la sola lectura de la denominación que recibe el artículo en la misma Convención, sino que va más allá, y también reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar.

En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido relevantes pronunciamientos sobre el derecho fundamental a la intimidad o, en palabras de la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre el derecho a la vida privada. Así, la Corte Interamericana ha analizado este derecho en relación a otros derechos o bienes jurídicos, tales como, la inviolabilidad del domicilio, la inviolabilidad de las comunicaciones, y la sexualidad[29]. Aquí no se pretende estudiar todos y cada uno de los pronunciamientos de la Corte, pero sí conviene traer a colación aquellos que se encuentran vinculados a la problemática planteada.

Así, la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre casos en los que el tema central era la relación entre la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas. En uno de ellos, en el caso Escher y otros Vs. Brasil, la Corte señaló que:

> "El artículo 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla. De ese modo, el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones. En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación.
>
> La fluidez informativa que existe hoy en día coloca al derecho a la vida privada de las personas en una situación de mayor riesgo debido a las nuevas herramientas tecnológicas y su utilización cada vez más frecuente. Este progreso, en especial cuando se trata de interceptaciones y grabaciones telefónicas, no significa que las

[29] Cfr. ZELADA C. y BERTONI E., "Apuntes sobre la vida privada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: *Forseti Revista de Derecho*, Número 1, 2013.

personas deban quedar en una situación de vulnerabilidad frente al Estado o a los particulares. De allí que el Estado debe asumir un compromiso, aún mayor, con el fin de adecuar a los tiempos actuales las fórmulas tradicionales de protección del derecho a la vida privada"[30] (Énfasis añadido)

Consecuentemente, forma parte del derecho fundamental a la intimidad, tanto lo establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos, como aquello que la Corte Interamericana ha interpretado sobre dicho derecho. Sobre esto último, cabe precisar que, si bien la jurisprudencia de la Corte Interamericana está referida concretamente a las comunicaciones telefónicas, la interpretación realizada también podría trasladarse al intercambio de comunicaciones vía correo electrónico.

Luego de ello, una tercera pauta para determinar el contenido constitucional del derecho fundamental a la intimidad consiste en acudir a la finalidad o naturaleza del derecho mismo, en otras palabras, aquello por lo cual el derecho es lo que es y no otro distinto; esto en la medida que el contenido constitucional del derecho brota de la esencia misma del derecho que viene representado por el bien humano que le da sostén. Por tanto, para el caso objeto de análisis, debemos preguntarnos cuál es la finalidad por la que se ha reconocido constitucionalmente el derecho a la intimidad y, con ello, preguntarnos por el bien humano que se intenta proteger con este derecho; además, esta pauta es útil para determinar que pretensiones o facultades caen dentro del contenido constitucional del derecho a la intimidad.

Así, el derecho a la intimidad, como todo verdadero derecho fundamental, es un bien humano que satisface la necesidad o exigencia de la naturaleza humana de "la existencia de un espacio en el cual se pueda volcar y manifestar su singularidad como individuo único e irrepetible que es, singularidad conformadora de aquellos extremos más personales de su propia vida"[31]. En esa misma línea, ese espacio es decidido y gobernado por la propia persona, no sólo para darle el contenido que libremente quiera disponerle, sino también –y especialmente- para decidir compartirlo o no y con qué alcance[32]. Por ello, frente a esa necesidad humana esencial, aparece como bien humano la consecución de un ámbito propio e íntimo en el cual la persona humana pueda estar a solas consigo misma, un espacio alejado de la mirada y del interés de los demás.

Finalmente, una cuarta y última pauta es delimitar el contenido constitucional de un derecho fundamental siempre en función de las circunstancias del caso concreto. Como ya se

---

[30] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Escher y otros Vs. Brasil, supra nota 11, párrafos 114 y 115.

[31] Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, L. "La interpretación iusfundamental…", Op. cit., p. 111.

[32] Ídem.

ha señalado, el contenido constitucional de un derecho no puede ser formulado de manera abstracta y de una vez para siempre; por tanto, dicho contenido solo termina de definirse en función de las circunstancias del caso concreto. Dado que en este apartado no analizaremos un caso en concreto, no es posible aplicar esta última pauta; sin embargo, habrá oportunidad de hacerlo respecto de un caso en el tercer capítulo de este trabajo.

## 2.2 Contenido constitucional del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones

### 2.2.1 *¿El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones es un derecho distinto al derecho a la intimidad?*

Antes de dar algunos alcances sobre el contenido constitucional de derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, resulta necesario responder a una cuestión previa sobre la distinción entre dicho derecho y el derecho a la intimidad. Ello resulta relevante en la medida que podamos identificar si nos encontramos ante dos derechos fundamentales distintos y, por tanto, con un contenido constitucional distinto; o si se trata propiamente de una manifestación del derecho a la intimidad.

Para atender dicha cuestión será necesario preguntarnos por la finalidad de cada uno de estos derechos, esto es, por bien jurídico que buscan proteger. Si el contenido del derecho fundamental a la intimidad protege un bien jurídico distinto al que protege el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, entonces, nos encontraremos ante dos derechos fundamentales diferentes con contenido constitucional diferente. En caso contrario, esto es, que ambos derechos protejan el mismo bien jurídico, entonces la consecuencia será que no estaremos ante dos derechos fundamentales diferentes, sino ante un derecho fundamental y una manifestación de este.

Respecto al derecho a la intimidad, ya hemos dicho que es un bien humano que satisface la necesidad o exigencia de la naturaleza humana de la existencia de un espacio en el cual se pueda volcar y manifestar su singularidad como individuo único e irrepetible que es, singularidad conformadora de aquellos extremos más personales de su propia vida. Respecto al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, cabe mencionar, que es un bien humano que satisface la necesidad humana de transmitir mensajes a personas determinadas a través de cualquier medio, sin que exista una intromisión o interceptación por parte de terceros en dicho proceso de transmisión[33].

[33] Cfr. APARICIO ALDANA, K. "Derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos: el uso del correo electrónico en el ámbito laboral. Análisis de la STC. EXP. N° 05532-2014-PA/TC, de 22 de febrero de 2017". En: *Revista LABOREM*, Número 24, 2021, p. 341 a 366.

En ese sentido, como señala Aparicio Aldana, sí existe una diferencia entre el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad. Así, el primero cuida mantener en reserva lo comunicado, incluso después de agotado el proceso de transmisión (mensajes recibidos y guardados por el destinatario) y al margen de su contenido (afecte o no a la esfera íntima o personal), ya que su finalidad es el respeto del ámbito personal o reservado de todo ser humano. De esta manera, el derecho al secreto de las comunicaciones se predica de todo lo comunicado, pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado, propio del derecho a la intimidad. De ahí que, aunque no se vulnere el derecho al secreto de las comunicaciones, porque quien ha divulgado la información es el propio receptor del mensaje o porque los interlocutores no utilicen un canal cerrado de comunicación, sí sea posible la vulneración del derecho a la intimidad[34].

En esa misma línea, Pacheco Zerga señala que el secreto de las comunicaciones es un derecho 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. Sin embargo, la autora se plantea la duda de si este derecho es aplicable en la relación laboral como si el empresario fuera un tercero, que actúa como agente intrusivo en la intimidad de la comunicación realizada a través de una cuenta de correo electrónico facilitada por la empresa para fines laborales[35]. Cabe precisar, que dicha duda buscará ser resuelta en el siguiente capítulo.

Conforme a ello, es posible concluir que estamos ante dos derechos fundamentales distintos, en tanto, satisfacen necesidades humanas distintas y garantizan la consecución de bienes jurídicos distintos. Así, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones no se puede reducir a una mera manifestación del derecho a la intimidad. Por tanto, corresponde ahora que analicemos el contenido constitucional de este derecho.

### 2.2.2 *Sobre el contenido constitucional al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones*

A fin de determinar el contenido constitucional del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, corresponde aplicar las mismas pautas de determinación que se aplicaron en el apartado anterior respecto del derecho a la intimidad. Así, en primer lugar, es necesario acudir al texto de la Constitución para identificar qué ha señalado el constituyente peruano sobre este derecho. El numeral 10 del artículo 2 de la Constitución Política señala que toda

---

[34] Ídem.

[35] Cfr. PACHECO ZERGA, L. "El deber de buena fe ante las medidas de control en el uso de la computadora y del correo electrónico". En: *Jus constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, (8), 2008, pp. 169-184.

persona tiene derecho "al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados". Asimismo, dicho artículo agrega: "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. (…)"

En cuanto a las interpretaciones que ha realizado el Tribunal Constitucional sobre este derecho, resulta necesario resaltar algunos pronunciamientos al respecto. Así, señala que "(…) 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. (...)"[36].

Ya en concreto, con relación al derecho a la libertad de empresa del empleador, también ha interpretado que, "En efecto, conforme lo establece el artículo 2°, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo"[37].

Cabe señalar que, como se ha explicado, existe una fuerte vinculación entre el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y el derecho a la intimidad. Por ello, estos derechos cuentan con reconocimiento internacional en la misma norma convencional, esto es, en el ya citado artículo 11 de la Convención Americana. Así, respecto al derecho de inviolabilidad de las comunicaciones, recordamos que dicho artículo señala que "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio <u>o en su correspondencia</u>, ni de ataques ilegales a su honra o reputación" (subrayado agregado).

---

[36] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída al EXP. N° 0422-2009-PA/TC, fundamento 16.
[37] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída al EXP. N° 1058-2004-AA/TC, fundamento 18.

Asimismo, en el apartado anterior se ha hecho mención de los pronunciamientos de la Corte Interamericana en relación a ambos derechos.

Así, cabe recordar que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos pone más atención en las exigencias que debe cumplir la ley que regula los casos en los que se puede levantar el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones: a) la injerencia debe estar fundada en ley; b) la regulación legal debe ser precisa e indicar reglas claras y detalladas sobre la materia; así debe señalar las circunstancias en que procede la injerencia, las personas autorizadas para solicitarla, ordenarla y llevarla a cabo; el procedimiento a seguir y otros aspectos.

Respecto a la última pauta, esto es, a la delimitación del contenido constitucional en función de las circunstancias del caso concreto, cabe recordar que el propósito de este apartado es realizar una aproximación al contenido constitucional sin tener en cuenta tales circunstancias concretas, pues, esto último se concretará en el siguiente capítulo a partir del análisis de un caso concreto.

## 2.3 Contenido constitucional del derecho a la libertad de empresa

### 2.3.1 *La fiscalización del correo electrónico institucional del empleador como manifestación de su derecho fundamental a la libertad de empresa*

Cabe señalar que, en el marco de la problemática planteada, hasta el momento nos hemos referido a derechos fundamentales vinculados a la pretensión del trabajador que podría verse afectado ante una posible supervisión del empleador en su correo electrónico institucional, esto es, al derecho a la intimidad y al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Por ello, corresponde que ahora analicemos el derecho fundamental que podría amparar la pretensión del empleador de fiscalizar dicho correo electrónico.

En ese sentido, si bien es cierto no existe propiamente un derecho fundamental de fiscalización del correo electrónico institucional, sí lo es que esta actuación resulta ser una manifestación de un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, esto es, del derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 59 de la Constitución Política.

### 2.3.2 *Sobre el contenido constitucional del derecho a la libertad de empresa*

Tal como se ha hecho con los derechos anteriores, también aplicaremos las pautas de determinación del contenido constitucional al derecho a la libertad de empresa. Así, el artículo 59 de la Constitución Política señala que: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria (…)”; sin embargo, no señala más al respecto, por lo que resulta más relevante aún, acudir a la interpretación que de este derecho ha realizado el supremo intérprete de la Constitución.

El Tribunal Constitucional señala que el interés empresarial merece tutela y protección, de acuerdo al artículo 59 de la Constitución, pero hace hincapié en que "si bien el empleador goza de las facultades de organizar, fiscalizar y sancionar, de ser el caso, si el trabajador incumple sus obligaciones; esto no quiere decir que se vean limitados los derechos constitucionales de los trabajadores, como lo establece el artículo 23, tercer párrafo, de la Constitución; y tampoco significa que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse[38].

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en relación a este derecho fundamental ha señalado que "la expresión 'empresa' alude a una actividad económica organizada para los fines de la producción o el cambio de bienes y servicios y entre sus elementos constitutivos se considera a la organización y la dirección, a los cuales se suman los bienes, el capital y el trabajo" [39] .Sumado a ello, el Tribunal señala que, el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades: En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado, tema que será materia de un mayor análisis infra. En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros. En tercer lugar, está la libertad de competencia. En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno"[40]. En ese sentido, corresponde considerar que la facultad de fiscalización que posee el empleador se ampara en la libertad de organización que forma parte del contenido de la libertad de empresa.

Por otro lado, en relación al derecho a libertad de empresa en su manifestación de poder de dirección del empleador, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que "(…) no significa que el empleador carezca de medios adecuados para fiscalizar la labor del trabajador y la eficiencia de las responsabilidades que al mismo se le encomienda; pero es un hecho que la implementación de tales medios no puede hacerse en forma contraria a los derechos de la persona, sino de manera razonable, de modo tal que permita satisfacer los fines

---

[38] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída al EXP. N° 1058-2004-PA/TC, fundamento 16.
[39] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída al EXP. N° 0018-2003-AI/TC, fundamento 2.
[40] Ibídem.

de toda relación laboral sin perjudicar los ámbitos propios de autodeterminación que en todo momento deben quedar sujetos a lo establecido en la norma fundamental"[41].

Sumado a ello, la Corte Suprema ha señalado en el fundamento Décimo octavo de La Casación Nº 14614-2016, Lima, que: "En el caso concreto la demandada ha regulado en los artículos 44° y 45° del Reglamento Interno de Trabajo el uso de las nuevas tecnologías puestas a disposición de los trabajadores; sin embargo, tomando en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional antes expuesta, constituye un exceso que Nestlé Perú S.A. -empleador- señale que es propietaria de las cuentas de correo electrónico (e-mails) y su contenido, así como de los programas, página web e información, además que se encuentra facultada a revisar su contenido. Admitir como válida la posibilidad de que el empleador ingrese a las cuentas e-mail de sus trabajadores, contenidas en los artículos 44° y 45° del Reglamento Interno de Trabajo de la demandada significa colisionar con las normas constitucionales denunciadas, como lo han determinado adecuadamente las instancias de mérito". Ello, en tanto, no es posible que el empleador revise las cuentas de correo electrónico personal de sus trabajadores, aunque estos las hayan utilizado en los medios que aquel les proporcionó.

Cabe precisar que, en el ámbito del derecho internacional, si bien existen referencias al derecho a la libertad de empresa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, no las hay desde su manifestación de fiscalización; por lo que, a efectos de este trabajo, no resulta necesario traer a colación normas de derecho convencional o jurisprudencia de las Corte Interamericana al respecto.

Por ello, resulta conveniente tener en cuenta algunas ideas relacionadas a la finalidad de este derecho fundamental. En primer lugar, conforme lo señala Illitch Velásquez, 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 productico y rentable de acuerdo a los objetivos empresariales planteados[42].

En esa misma línea, el citado autor señala que el 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

---

[41] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída al EXP N° 1058-2004-PA/TC, fundamento 23.

[42] Cfr. VELÁZQUEZ VELIZ, H. "Derechos fundamentales de los trabajadores, el poder de dirección del empleador y el uso del correo electrónico". En: *Gaceta Jurídica*. Lima, 2004, N°34, volumen N° 2, 73- 93.

y especificación de las prestaciones laborales, la adaptación de la organización de trabajo a los requerimientos del mercado, estableciendo medios de control y sanciones laborales[43].

Por su parte, sobre el poder de fiscalización del empleador, Pacheco Zerga afirma que es necesario que las medidas de control y vigilancia traten al trabajador como un sujeto y no como un objeto. Asimismo, 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. En ese sentido, la autora señala que como criterio general puede afirmarse que el interés empresarial merece tutela y protección, de acuerdo al artículo 59 de la Constitución, 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 efectos[44].

Asimismo, Pacheco Zerga señala que, 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 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[45].

Conforme a lo expuesto, somos de la idea de que el contenido constitucional de los derechos fundamentales involucrados en la problemática podría amparar las pretensiones en juego; sin embargo, solo a partir de las circunstancias concretas será posible determinar cuál de estos derechos se ejerce correctamente dentro de los límites de su contenido. Por ello, el tercer capítulo de este trabajo estará destinado a analizar uno de los casos de la jurisprudencia peruana a la luz de lo que aquí se ha mencionado y concretando el análisis de acuerdo a las circunstancias que se presentaron en cada uno de ello. Asimismo, se intentará brindar una solución a partir de una interpretación armónica de estos derechos fundamentales y se realizará una crítica a la solución que en su momento dieron los órganos jurisdiccionales sobre la problemática planteada, en concreto a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano.

---

43 Ídem.

44 Cfr. PACHECO ZERGA, L. “El control de los medios informáticos en el centro de trabajo: criterios del Tribunal Constitucional”. En: *Gaceta constitucional*, (112), abril de 2017, pp. 43-57.

45 Ídem.

## Capítulo 3

## Sobre la solución al supuesto conflicto entre el derecho a la libertad de empresa en su manifestación de poder de dirección del empleador y los derechos a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador

### 3.1 Sobre la sentencia del Tribunal Constitucional recaída al EXP. N° 00943-2016-PA/TC, como caso materia de análisis

Una vez realizado el estudio del contenido constitucional de los derechos fundamentales involucrados en la problemática planteada, corresponde ofrecer una propuesta de solución a la misma. Para ello, analizaremos la sentencia del Tribunal Constitucional recaída al EXP. N° 00943-2016-PA/TC, la cual nos permitirá hacer alusión a aspectos relevantes sobre el aparente conflicto entre el derecho a la libertad de empresa del empleador, en su manifestación de poder de dirección del empleador, y el derecho a la intimidad y al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador; de tal manera que, luego de ello, sea posible ofrecer dos alternativas de solución a un caso concreto, una desde la perspectiva de la teoría conflictivista de derechos y, otra, desde la perspectiva de la teoría armonizadora, a fin de identificar cuál de ellas ofrece una mejor y más coherente solución.

Respecto a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída al EXP. N° 00943-2016-PA/TC, cabe precisar que esta versa sobre la demanda de amparo interpuesta por don Marco Antonio Paucarcaja Mercado contra la resolución expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que declaró improcedente su demanda contra Emapa Huaral S.A., a fin de que se deje sin efecto el despido del que fue objeto y que, en consecuencia, se le reponga en el cargo de técnico en catastro comercial que desempeñaba.

En dicho caso, el demandante alega la vulneración de su derecho constitucional al trabajo, al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, a la intimidad personal, a la presunción de inocencia y al debido proceso; puesto que, refiere haber trabajado en diversos cargos dentro de la empresa demandada desde el 7 de febrero de 2014 hasta el 21 de octubre de 2014, fecha en la que se le notificó su carta de despido. Asimismo, el demandante señaló que, el 14 de octubre de 2014, le fue notificado el inicio de un procedimiento sancionador disciplinario en su contra por supuestamente haber incumplido con sus funciones por: i) haber manipulado sin autorización información de carácter reservado de la empresa; y, ii) no haber entregado un cargo relacionado a cuentas pendientes por rendir dentro del plazo establecido.

El demandante sostuvo que ha sido despedido arbitrariamente, debido a que se le ha imputado falsamente la comisión de una falta (haber manipulado información reservada sin autorización) y no entregar un cargo relacionado con cuentas pendientes por rendir dentro del

plazo. Sobre la primera imputación, que es la que nos interesa para el presente análisis, el demandante señaló que esta se basó en una intervención de una conversación privada en una red social (Facebook).

Cabe precisar que, la referida demanda de amparo fue declarada improcedente por el voto en mayoría simple de los magistrados del Pleno del Tribunal Constitucional, sobre la base de aspectos procesales respecto de la aplicación de los incisos 1 y 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional. Sin embargo, se dejó constancia de que el magistrado Eloy Espinosa-Saldaña Barrera presentó la ponencia del EXP. 00943-2016-PA/TC que declaraba fundada la demanda, la misma que obtuvo tres votos favorables y cuatro en contra, por lo que no llegó a ser sentencia. Pese a ello, dicha ponencia desarrolló algunos aspectos relevantes respecto a la facultad de fiscalización del empleador de los correos electrónicos institucionales y de las redes sociales de sus trabajadores, que corresponde tener en cuenta.

Antes de ello, es necesario precisar que, como bien señala Reyna Vargas, se trata de una sentencia estructurada de manera "confusa", pues, cuenta con cuatro votos a favor de la improcedencia y tres a favor de la fundabilidad; de ahí que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, como ente colegiado, está realmente conformado por los cuatro "votos singulares" (que en la sentencia tienen el rótulo de "fundamentos de voto"). En estos votos no se analiza en absoluto lo relacionado con la fiscalización de correos electrónicos y redes sociales por parte del empleador, de modo que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre tales asuntos[46].

Sin perjuicio de ello, esto es, que el Tribunal Constitucional haya declarado improcedente la demanda por diversas consideraciones procesales y no haya abordado en su pronunciamiento el asunto de la fiscalización de correos electrónicos y redes sociales; se realizará un breve análisis de la ponencia del magistrado Espinosa-Saldaña, la cual sí

[46] REYNA VARGAS, D. "¿Puede el empleador fiscalizar redes sociales? TC no ha fijado criterio alguno". En: *La Ley*. Disponible en: https://laley.pe/art/10157/puede-el-empleador-fiscalizar-redes-sociales-tc-no-ha-fijado-criterio-alguno. En esa misma línea, el autor señala que, en este caso no se observó lo previsto por el artículo 46 del Reglamento normativo del Tribunal Constitucional (según el cual, cuando la ponencia es derrotada por ser mayoritaria una posición contraria, corresponde derivar el expediente a un magistrado distinto para redactar el nuevo proyecto, que será posteriormente sometido a votación) y se publicó la ponencia derrotada con el rótulo de "sentencia" y los votos concurrentes con la posición minoritaria como "fundamentos de voto". En el fondo, pese a cómo fueron etiquetadas, estas tres posturas configuran "votos singulares". Por su parte, la postura mayoritaria, que sí constituye pronunciamiento del Tribunal Constitucional, se encuentra en cuatro "votos singulares", que deberían conformar "sentencia" y "fundamentos de voto". Así, para Reyna, la rotulación indebida de las posiciones de cada magistrado puede parecer un asunto baladí, pero en realidad reviste de gran importancia por la trascendencia de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en el marco de lo dispuesto en artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Es por ello que determinar cuál ha sido la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional adquiere gran relevancia, ya que dicha interpretación será vinculante para todos los órganos jurisdiccionales.

desarrolla, aunque brevemente, tal asunto. Luego de ello, y a partir de dicho análisis, se ofrecerán las posibles soluciones desde las metodologías de interpretación *iusfundamental* antes mencionadas, la conflictivista y la armonizadora.

Así, la ponencia elaborada por el magistrado Espinosa-Saldaña señala que, "la evolución de las tecnologías de la información y comunicación ha generado un gran impacto en las relaciones laborales, lo cual exige que este Tribunal deba realizar un análisis en torno a dos cuestiones a la luz de estos importantes cambios: i) los límites al uso extralaboral de los medios informáticos de propiedad de la empresa por parte de los trabajadores; y, ii) la legitimidad de los controles empresariales y de vigilancia de dicho uso frente a los nuevos avances tecnológicos"[47].

En atención a ello, en la ponencia se precisa que una de las manifestaciones de dicha evolución tecnológica se encuentra en la utilización masiva del correo electrónico como medio de comunicación en la empresa y, por lo tanto, como instrumento de trabajo; de ahí, que un uso abusivo del correo electrónico institucional puede generar diversos perjuicios al empleador, los cuales van desde el tiempo que el trabajador no dedica a la prestación efectiva de trabajo o la distracción que genera en sus compañeros mediante el envío de mensajes de contenido extralaboral, hasta situaciones más graves, como la transmisión de informaciones confidenciales relativas a empleados, clientes o proveedores a terceros ajenos a la empresa, entre otras[48].

Asimismo, la ponencia reconoce que el Tribunal se ha pronunciado sobre el correo electrónico institucional en la sentencia recaída en el EXP. N° 3599-2010-PA/TC, sin llegar la sentencia en mayoría a un consenso sobre los límites de la facultad de fiscalización del empleador en estos casos; sin embargo, resalta que una aplicación de la actual línea jurisprudencial[49] seguida por este Tribunal conllevaría a que el empleador no cuente con la posibilidad de controlar el contenido de las comunicaciones del correo electrónico

---

[47] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída al EXP. N° 00943-2016-PA/TC, fundamento 20.

[48] Ídem.

[49] El Tribunal Constitucional se ha pronunciado anteriormente sobre la fiscalización de correos electrónicos por parte del empleador. En la sentencia recaída al EXP. N° 1058-2004-AA/TC), estableció que se requiere de orden judicial para acceder a los correos electrónicos del trabajador, ya que, si bien el empleador ostenta poderes de fiscalización, la relación laboral no puede limitar el ejercicio de derechos constitucionales, incluyendo la intimidad y el secreto de las comunicaciones. Este criterio fue ratificado en las sentencias de los EXP. N° 04224-2009-PA/TC, N° 03599-2010-PA/TC y N° 00114-2011-PA/TC. Así, en el fundamento 7 de la sentencia recaída al EXP. N° 03599-2010-PA/TC se señala que "En buena cuenta, el poder fiscalizador o disciplinario no faculta al empleador acceder o interceptar el contenido de los mensajes del correo electrónico o de las conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea que brinda a sus trabajadores, pues como se precisó en la STC 01058-2004-AA/TC, la única forma de acreditar que el trabajador utiliza su correo electrónico para fines opuestos a los impuestos por sus obligaciones laborales, es iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la impone, para estos casos, la propia Constitución". (Subrayado agregado)

institucional, esto es, no tendría posibilidad alguna de poder monitorear si es que existe alguna filtración de información confidencial que pueda generar grandes perjuicios a la empresa[50].

En ese sentido, y a fin de variar la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal, la ponencia menciona que resulta de gran importancia revisar los diversos pronunciamientos a nivel internacional que han analizado los alcances de la vigilancia del empleador frente a ese instrumento de trabajo.

Así, se citó la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), Barbulescu vs Rumania (EXP. 61496/08), de fecha 5 de septiembre de 2017, el cual versa sobre una cuenta de Yahoo Messenger creada a petición de la empresa, con el fin de recibir y responder preguntas de los clientes. Dicha sentencia estableció que constituye una vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones el vigilar los mensajes enviados por un trabajador mediante medios propios de la empresa y acceder al contenido de los mismos, si es que el trabajador no había sido previamente informado de esta posibilidad, incluso si existían normas en la empresa que prohibían su utilización con fines personales[51].

En esa línea, se menciona que la Gran Sala del TEDH ha establecido los siguientes criterios para determinar si es que el empleador puede o no monitorear las comunicaciones de sus trabajadores:

- El trabajador debe haber sido informado con claridad y con carácter previo de las medidas de control que pueden utilizarse, y del alcance de las mismas, y no únicamente de la posibilidad de que el empresario puede emplear medidas de vigilancia.
- El empleador debe prestar atención y valorar la proporcionalidad de su actuación, estimando qué grado de intromisión comporta la medida en la vida personal y familiar del empleado, debiendo optar por aquella actuación menos intrusiva.
- El empleador debe poder acreditar la existencia de motivos concretos previos al control que justifiquen la necesidad y procedencia de tal medida.
- La medida debe llevarse a cabo de forma previa al inicio del procedimiento disciplinario por parte del empresario, no siendo posible iniciar tal procedimiento y posteriormente determinar los hechos que lo puedan justificar.[52]

---

[50] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída al EXP. N° 00943-2016-PA/TC, fundamento 22.
[51] Ibídem, fundamento 24.
[52] Ibídem, fundamento 25.

Sumado a ello, la ponencia cita al Tribunal Constitucional español, el cual ha reconocido el acceso empresarial a los correos del trabajador si es que se logra superar el juicio de proporcionalidad, conforme a lo dispuesto en la sentencia TC 170/2013, siempre y cuando se trate de una medida ponderada y equilibrada que cumpla con determinados criterios:

- El control empresarial ha de realizarse con garantías (por ej.: a través de la intervención de perito informático y notario).
- El contenido de los mensajes no ha reflejar aspectos específicos de la vida personal y familiar del trabajador, sino únicamente información relativa a la actividad empresarial, cuya remisión a terceros implique una transgresión de la buena fe contractual.
- De tal forma que, atendida la naturaleza de la infracción investigada y su relevancia para la entidad, no pueda apreciarse que la acción empresarial de fiscalización haya resultado desmedida respecto a la afectación sufrida por la privacidad del trabajador."[53]

En ese sentido, la jurisprudencia española se encuentra en la línea de lo establecido recientemente por el TEDH, por lo que, según lo señalado en la ponencia, no es posible sostener una prohibición absoluta del empleador para fiscalizar el contenido de las conversaciones del trabajador, si es que utiliza un medio tecnológico otorgado por la empresa como es el correo electrónico institucional.

A partir de ello, en la ponencia se indica que el Tribunal Constitucional peruano debe reconocer la facultad del empleador de fiscalizar e intervenir en el correo electrónico institucional si es que previamente ha comunicado al trabajador tanto de la posibilidad de la monitorización de sus comunicaciones a través de este medio, así como de las condiciones de uso permitido por la empresa. Asimismo, que el Tribunal Constitucional peruano también debe precisar que dicha intervención debe respetar ciertos criterios, los cuales se encuentran relacionados con el respeto del principio de proporcionalidad entre el fin que se persigue lograr con dicha intervención y la intensidad de la eventual vulneración o amenaza de violación del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones[54].

Una vez realizado dicho análisis, la ponencia realiza el análisis del caso concreto. Al respecto señaló que, la conversación en la que se sustenta la falta imputada al trabajador, si bien se realizó a través de un equipo de cómputo de propiedad del empleador, esta se dio en

---

[53] Ibídem, fundamento 28.
[54] Ibídem, fundamento 29 y 30.

una red social como el Facebook que representa un medio de comunicación ajeno a la empresa demandada; por ello, debe tomarse en cuenta que los usuarios contratan un servicio específico con la empresa Facebook, de ahí que se trate de un servicio que se brinda independientemente del equipo que se utilice para conectarse a esta plataforma virtual[55].

En esa línea, la ponencia refiere que "no es posible sostener que el hecho que el empleador sea propietario del equipo utilizado para ingresar al Facebook, permita considerar que una red social merece un tratamiento similar al de un correo electrónico institucional o cualquier medio de comunicación que forma parte de la empresa o que es creado a pedido de la empresa y que debe utilizarse principalmente para fines laborales. Por lo tanto, al ser Facebook un medio de comunicación extremo a los instrumentos que brinda el empleador a su trabajador, debe considerarse que cualquier intervención en las conversaciones privadas representa una vulneración del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones"[56].

Además de ello, en la ponencia se observa que la empresa demandada buscó justificar el despido a través de un informe realizado por la asistente con la que el recurrente tuvo la conversación de Facebook, en el cual señala que durante el horario de refrigerio del día en el que se produjo la conversación por Facebook, el recurrente le confesó que ya contaba con las claves necesarias para ingresar al sistema de información reservada de la empresa. Y a partir de ello, concluye que este medio probatorio no demuestra que el accionante haya incurrido en la falta que se le imputa (acceder al sistema de información reservada de la empresa y haber manipulado dicha información sin autorización), sino únicamente que el recurrente conocía dichas claves[57].

Por tanto, según la ponencia, los medios probatorios no permiten concluir que se incurrió en la falta imputada, de ahí que se haya configurado una violación del debido proceso del trabajador, específicamente ante una falta de motivación interna del razonamiento utilizado para aplicar el despido[58]. Siendo así, la ponencia proponía declarar fundada la demanda y, en consecuencia, nulo el despido arbitrario del demandante.

Conforme a todo lo expuesto, dado que la ponencia no llegó a constituirse en sentencia (aunque pareciera que sí por la confusa estructura de la misma) y, en su lugar, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda por consideraciones procesales, se advierte que dicho colegiado realmente no abordó el asunto de la fiscalización de correos electrónicos

---

55 Ibídem, fundamento 32.
56 Ibídem, fundamento 33.
57 Ibídem, fundamento 34.
58 Ibídem, fundamento 35.

y redes sociales en la sentencia. Por ello, no es posible afirmar que el Tribunal Constitucional haya cambiado su criterio interpretativo respecto a este asunto.

Así, si bien cabe tener en cuenta esta sentencia como advertencia de que podría producirse un cambio de criterio en próximos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, lo cierto es que la ponencia no puede considerarse para la interpretación y aplicación de las leyes y reglamentos que realicen los jueces; al menos no, desde la aplicación de lo dispuesto por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En consecuencia, al momento de ofrecer las posibles soluciones al caso desde las metodologías conflictivista y armonizadora, el criterio de la ponencia no formará parte del contenido constitucional de los derechos fundamentales involucrados que tiene como fuente las interpretaciones que realiza el Tribunal Constitucional, pero sí será de gran importancia, en tanto, ofrece algunas luces para plantear una propuesta de mejor solución a este tipo de casos.

### 3.2 Propuesta de solución desde la teoría conflictivista de derechos fundamentales

Como hemos visto, el caso resuelto en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída al EXP. N° 00943-2016-PA/TC, si bien intentó proponer un cambio de criterio en la interpretación sobre la fiscalización de correos electrónicos institucionales; de los hechos del caso se advierte que este en realidad versa sobre la posibilidad de que el empleador fiscalice redes sociales, lo cual no forma parte del objeto de estudio de la presente tesis. Por tanto, a fin de ejemplificar la solución al caso desde las teorías de interpretación *iusfundamental*, será necesario tomar como referencia un caso hipotético, en el cual concurren todos los elementos mencionados sobre el caso analizado en la sentencia, con una única diferencia que, en lugar de las conversaciones de Facebook, el empleador haya fiscalizado el correo electrónico institucional del trabajador.

Siendo así, corresponde determinar si, desde la aplicación de la teoría conflictivista, es posible que el empleador fiscalice el correo electrónico institucional del trabajador y, a partir de ello, imputar una falta que justifique el despido del mismo.

Como hemos analizado en el primer capítulo del presente trabajo de investigación, la metodología conflictivista define a los derechos fundamentales como mandatos de optimización, y a partir de ahí asume que el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental puede entrar en contradicción con el contenido esencial o constitucional de otro derecho fundamental. Por eso el mecanismo que se utiliza a la luz de esta metodología para determinar cuál derecho fundamental pesa más y cual se ha de sacrificar en un caso concreto,

es el principio de proporcionalidad, el cual opera a través de sus tres juicios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

En aplicación de ello, corresponde aplicar el principio de proporcionalidad a la medida impuesta por el empleador en el caso hipotético, esto es, fiscalizar el correo electrónico institucional del trabajador y, a partir de ello, imputarle una falta que acarree su despido. Para tal fin, someteremos dicha medida a los tres juicios antes mencionados y, dependiendo del resultado, podremos concluir si esta debe prevalecer sacrificando el contenido constitucional del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador.

En primer lugar, respecto al juicio de idoneidad, cabe señalar que se debe analizar si la medida adoptada por el empleador persigue una finalidad válida y, por otro lado, si tiene la capacidad de conseguir dicha finalidad. Como señala el Tribunal Constitucional, son medidas "cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar"[59].

Así, en el caso hipotético, la finalidad que persigue el empleador con la imposición de la medida restrictiva es la de establecer si el trabajador ha accedido al sistema de información reservada de la empresa y si ha manipulado dicha información sin autorización y con ello determinar si se han afectado derechos de la empresa, así como, si el trabajador ha incurrido en una falta que justifique su despido.

En ese sentido, se advierte que en el presente caso la finalidad es válida en tanto existe un riesgo de que la información reservada de la empresa sea manipulada y, con ello, se genere una afectación al derecho a la libertad de empresa y el derecho a la intimidad de la empresa, así como los derechos de todos los involucrados en el contenido de dicha información. En otras palabras, la medida obedece a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos (derechos fundamentales).

Asimismo, la medida de fiscalizar el correo institucional del trabajador es una medida idónea porque tiene la capacidad de conseguir la finalidad, es decir, que si se fiscaliza el correo institucional del trabajador es posible identificar si existen comunicaciones que aludan al acceso al sistema de información reservada sin autorización y de la manipulación de la misma, más aún si existen indicios sobre la posibilidad de que ello se haya realizado por este medio (conviene recordar que en el caso examinado por el Tribunal Constitucional existe un informe que hace referencia a la conversación de Facebook que tuvo el recurrente con un

[59] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída al EXP. N° 1260–2002–AI/TC, fundamento 5.

asistente, que, de acuerdo al caso hipotético que se ha planteado, sería una conversación por correo electrónico institucional).

Por otro lado, respecto al juicio de necesidad, se debe analizar si no existe otra medida que tenga la capacidad de alcanzar la misma finalidad, y si existiera una o más, determinar si la medida adoptada es la menos restrictiva en comparación con las demás. Sobre este punto, cabe señalar que, debido a los indicios obtenidos por las declaraciones del asistente, es posible concluir que esta sí es una medida eficaz que existe para alcanzar la finalidad (la de fiscalizar el correo electrónico institucional del trabajador), pues, así se advertirá si realmente se realizaron conversaciones sobre el acceso al sistema y la manipulación de la información.

Sin embargo, considerando los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre este tema, pareciera que esta no es la única medida que podría adoptarse a fin de alcanzar el mismo fin. Así, conforme se ha señalado anteriormente, para el Tribunal Constitucional existe otra forma de acreditar que el trabajador utiliza su correo electrónico para fines opuestos a los impuestos por sus obligaciones laborales, la cual es iniciar una investigación de tipo judicial y que en ese marco se emita una resolución judicial debidamente motivada que autorice dicha intervención[60]. Cabe precisar que, este criterio se ha establecido para la fiscalización de correos electrónicos personales, mas no para los institucionales.

En ese sentido, no existe una medida tan o más eficaz y menos restrictiva que la que consiste en que el empleador fiscalice el correo institucional que este le ha proporcionado a su trabajador; razón por la cual, dicha medida resulta necesaria para alcanzar la finalidad antes mencionada, y por ello cumple el juicio de necesidad en que consiste el principio de razonabilidad

Siendo así, finalmente, corresponde realizar el juicio de ponderación o de proporcionalidad en sentido estricto, el cual exige que la medida guarde una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, esto es, que exista un equilibrio entre los beneficios y los costos de adoptar la medida. En palabras del Tribunal Constitucional peruano, “para que una injerencia a los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta deber ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental”[61], es decir, a mayor beneficio para un derecho fundamental, estará justificado un mayor sacrificio del otro derecho fundamental.

---

[60] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída al EXP. N° 03599-2010-PA/TC, fundamento 9.
[61] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída al EXP. N° 2235–2004–AA/TC, fundamento 6.

Conforme a ello, tenemos que la medida de fiscalizar el correo institucional del trabajador por parte del empleador, resulta proporcional por ponderada. Es posible hacer tal afirmación, en tanto, si bien dicha fiscalización podría afectar el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador (costo), esta afectación se encontraría justificada razonablemente, si lo que se obtiene es la certeza de saber que existen comunicaciones que aluden al acceso al sistema de información reservada sin autorización y de la manipulación de la misma, que afectaría a la empresa y a terceros, a fin de adoptar las medidas que correspondan para cesar tal actuación del trabajador (beneficio). Consecuentemente, existe una correspondencia entre el sacrificio de los derechos fundamentales del trabajador, y el beneficio para los derechos del empleador.

En consecuencia, en aplicación de la metodología conflictivista de derechos fundamentales y, en concreto, del test de proporcionalidad, se puede concluir que, asumida la existencia de un conflicto entre los derechos fundamentales del trabajador y los del empleador, estos pesan más, de modo que el sacrificio que le impone a los primeros está justificado por ser sacrificios idóneos, necesarios y ponderados. De modo que la fiscalización del correo electrónico institucional del trabajador por parte del empleador, para determinar si el trabajador accedió al sistema de información reservada de la empresa sin autorización y manipuló la misma (para así adoptar medidas que permitan cesar los daños y afectaciones producidas) tiene un peso o valor jurídico que alcanza para justifica la afectación al derecho de la intimidad y de la inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador.

### 3.3 Propuesta de solución desde la teoría armonizadora de derechos fundamentales

A continuación, se intentará ofrecer una solución al caso desde la metodología armonizadora de derechos fundamentales. Para ello, será útil lo desarrollado en el primer y segundo capítulo de este trabajo. Puesto que, como se ha indicado, la referida metodología sostiene que el contenido constitucional de un derecho fundamental no puede entrar en conflicto con el contenido constitucional de otro derecho fundamental, de manera que, para resolver el caso se deberá determinar cuál de los dos derechos fundamentales involucrados ha sido ejercido razonablemente en su contenido constitucional y cuál de ellos pretendió hacer un ejercicio extralimitado.

Así, tenemos que las partes del caso buscan amparar sus pretensiones sobre la base de determinados derechos fundamentales. Por un lado, para el empleador, la facultad de fiscalizar el correo institucional de sus trabadores forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa en su manifestación de poder de dirección. De otro, para el

trabajador, no es posible que el empleador realice tal acción porque ello significaría la afectación a su derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Al respecto, trasladaremos lo desarrollado en el segundo capítulo de este trabajo, en concreto, lo correspondiente a la delimitación del contenido constitucional del derecho a la libertad de empresa. En ese sentido, cabe recordar que el artículo 59 de la Constitución Política señala que: "El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria (…)".

Asimismo, también forma parte del contenido constitucional de este derecho, lo señalado por el supremo intérprete de la Constitución. Conforme a ello, el Tribunal Constitucional señala que el interés empresarial merece tutela y protección, de acuerdo al artículo 59 de la Constitución, pero hace hincapié en que "si bien el empleador goza de las facultades de organizar, fiscalizar y sancionar, de ser el caso, si el trabajador incumple sus obligaciones; esto no quiere decir que se vean limitados los derechos constitucionales de los trabajadores, como lo establece el artículo 23, tercer párrafo, de la Constitución; y tampoco significa que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse" [62].

Más en concreto, sobre el derecho a la libertad de empresa en su manifestación de poder de dirección del empleador, el Tribunal Constitucional ha interpretado que, se requiere de orden judicial para acceder a los correos electrónicos del trabajador, ya que, si bien el empleador ostenta poderes de fiscalización, la relación laboral no puede limitar el ejercicio de derechos constitucionales, incluyendo la intimidad y el secreto de las comunicaciones[63].

Sumado a ello, cabe mencionar que también es necesario analizar el contenido constitucional del derecho a la intimidad y al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, en relación al derecho a la libertad de empresa. Así, el Tribunal Constitucional ha dicho que 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 2°, 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

---

[62] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída al EXP. N° 1058-2004-PA/TC, fundamento 16.
[63] Ídem.

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”[64].

Conforme a ello, ahora corresponde terminar de delimitar el contenido constitucional del derecho a libertad de empresa en el caso concreto. En ese sentido, con lo dicho hasta aquí, el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre este derecho permite concluir que es necesario contar con una orden judicial para acceder a los correos electrónicos institucionales del trabajador; sin embargo, dadas las circunstancias del caso hipotético, es posible dar un paso adicional.

Antes de ello, es necesario indicar que para Pacheco Zerga, “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”[65].

Asimismo, dicha autora señala que, “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 personales. 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 rigorista. Evaluar la conducta del trabajador con criterio rigorista llevaría a afirmar el 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 contractual. 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”[66].

En ese sentido, a diferencia de lo que se menciona en la ponencia del EXP. N° 00943-2016-PA/TC antes analizada, es posible concluir que el criterio de interpretación del Tribunal Constitucional referido a la autorización judicial es únicamente aplicable a los casos en los que se intervienen cuentas o correos personales de los trabajadores, mas no, de sus correos institucionales.

---

[64] Ibídem, fundamento 17.

[65] Cfr. PACHECO ZERGA, L. “El control de los medios informáticos en el centro de trabajo: criterios del Tribunal Constitucional”. En: *Gaceta constitucional*, (112), abril de 2017, pp. 43-57.

[66] Ibídem.

Incluso, en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída al EXP. N° 03599-2010-PA/TC (que declara fundada la demanda de amparo por los fundamentos que se exponen en los votos que acompañan la sentencia) se señala: "Cuando se examina, entonces, el problema del uso de los recursos informáticos en el centro laboral (específicamente el e-mail laboral y el chat o mensajero interno), es preciso tener en cuenta, en primer lugar, que los medios utilizados por el trabajador para la comunicación son "bienes del empleador" y su otorgamiento a los trabajadores es con fines esencialmente laborales; por lo que el manejo de dichos bienes es, en principio, de interés del empleador, quedando facultado éste para ejercer el control sobre dichos medios. Dado que difícilmente puede generarse sobre medios que no son privados, sino laborales (en su origen y en su destino), una expectativa razonable de secreto o confidencialidad, el proceso comunicativo realizado a través del e-mail laboral y el chat o mensajero interno no puede considerarse, en principio, como una comunicación protegida por el derecho al secreto de las comunicaciones"[67].

Así aclarado este punto, se debe recordar que en el caso objeto de análisis en este capítulo, lo que se busca fiscalizar no es un correo personal del trabajador, sino un correo institucional otorgado por el empleador para el cumplimiento de deberes laborales. Conforme a ello, es posible buscar una solución partiendo del hecho de que, en este caso, el titular del correo electrónico no es el trabajador, sino la empresa.

En atención a ello, desde la perspectiva de la teoría armonizadora es posible interpretar que, el contenido constitucional del derecho a la libertad de empresa en su manifestación de poder de dirección permite el empleador realice acciones de fiscalización, esto es, que el empleador tiene la facultad de vigilar el adecuado cumplimiento de las obligaciones laborales de sus trabajadores.

En ese sentido, tenemos que, en tanto el correo electrónico utilizado por el trabajador no es uno personal, sino de la titularidad de la empresa a fin de ser utilizado para el cumplimiento de sus labores, se entiende que no corresponde que este sea usado para cursar comunicaciones de tipo personal que involucren una protección del derecho a la intimidad y al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Sin embargo, en línea con lo señalado por Pacheco Zerga, es una práctica sumamente generalizada emplear el correo electrónico que facilita la empresa, también para fines personales.

Siendo así, el hecho de que el correo electrónico institucional contenga comunicaciones de tipo personal, no convierte en titular del mismo al trabajador, aunque una

---

[67] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída al EXP. N° 03599-2010-PA/TC, Voto del Magistrado Eto Cruz, fundamento 14.

supervisión por parte del empleador de dicho correo podría terminar afectando su derecho a la intimidad y al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. En ese sentido, y para evitar tal afectación, corresponde aplicar la interpretación realizada en la ponencia de la sentencia del EXP. N° 00943-2016-PA/TC, que se ha emitido siguiendo jurisprudencia internacional y de derecho comparado (sentencias del TEDH y del Tribunal Constitucional español).

En consecuencia, como se señala en la ponencia, corresponde reconocer la facultad del empleador de fiscalizar e intervenir el correo electrónico institucional si es que previamente ha comunicado al trabajador tanto de la posibilidad de la monitorización de sus comunicaciones a través de este medio, así como de las condiciones de uso permitido por la empresa. Así también, en la misma línea de la ponencia antes referida, resulta necesario poner de manifiesto algunos criterios que podrán ser empleados para delimitar el contenido constitucional del derecho a la libertad de empresa en su manifestación de poder de dirección del empleador, es decir, criterios que permitan identificar cuándo nos encontramos ante un ejercicio razonable de dicha atribución. A manera de resumen, y tomando como referencia lo establecido por el TEDH, tales criterios serían los siguientes.

Primero, el trabajador debe haber sido informado previamente de las medidas de control que pueden utilizarse, así como del alcance de las mismas, y no únicamente de la posibilidad genérica de adoptar medidas de fiscalización por parte del empleador. Segundo, el empleador debe ejercer su facultad de fiscalización con razonabilidad, es decir, debe existir una relación causal y consiguiente correspondencia entre la causa que habilita a la intrusión y la finalidad que se pretende conseguir con ella. Para ello el empleador debe poder acreditar la existencia de motivos concretos previos al control, que justifiquen la necesidad y procedencia de la medida adoptada. Y tercero, la medida debe llevarse a cabo de forma previa al inicio del procedimiento disciplinario por parte del empresario, a fin de determinar los hechos que lo puedan justificar razonablemente.

Una interpretación tal, permite el ejercicio armónico de los derechos constitucionales involucrados en el presente caso, tanto del trabajador como del empleador. En consecuencia, desde la perspectiva armonizadora, es posible concluir que, si el empleador ha adoptado la medida de fiscalizar el correo electrónico institucional del trabajador de manera razonable, siguiendo al menos los tres criterios atrás presentados, la medida de fiscalización no vulnera el contenido constitucional del derecho a la intimidad y al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador.

### 3.4 Toma de postura sobre la solución al problema planteado

Conforme a todo lo expuesto en este capítulo, cabe señalar que se ha buscado ofrecer alternativas de solución a la problemática planteada desde las metodologías conflictivista y armonizadora de interpretación de derechos fundamentales.

Así, se observa que la aplicación de una y de otra metodología de derechos fundamentales (la conflictivista y la armonizadora) ha dado lugar a un mismo resultado, en ambos casos, el derecho a la libertad de empresa en su manifestación de poder de dirección, permite al empleador fiscalizar el correo institucional del trabajador. Sin embargo, que el resultado sea el mismo, no significa que la aplicación de una u otra metodología permita sostener una justificación con una misma corrección. En ese sentido, resulta necesario advertir que la justificación construida por el principio de proporcionalidad, la cual se construye para hacer prevalecer un derecho fundamental sobre otro, es decir, para justificar sacrificios al contenido constitucional de derechos fundamentales, es una justificación que no encaja, no por lo menos completamente, con el concepto de persona y con el concepto de derechos fundamentales que aquí se han planteado; por lo que en el presente trabajo se adopta la postura de aplicar la metodología armonizadora.

En efecto, la herramienta que utiliza la metodología conflictivista de interpretación de derechos fundamentales para resolver una problemática, esto es el principio de proporcionalidad, no parte de un sentido de justicia material, pues se centra en el contenido de los derechos solo desde aspectos formales y de utilidad o eficacia. De ahí que, en el presente caso, desde su aplicación se ha llegado a la solución a través de la evaluación meramente económica del sacrificio de un derecho fundamental. Así, bajo la lógica del principio de proporcionalidad se ha concluido que el derecho a la libertad de empresa pesa más que los derechos a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones, por lo que prevalece sobre el contenido de los derechos del trabajador, el cual debe ser sacrificado.

Contrario a ello, la metodología armonizadora de interpretación de derechos fundamentales permite delimitar el contenido constitucional de los derechos fundamentales de la mano de una serie de criterios y de la mano también de las circunstancias concretas. Esta delimitación se realiza a través de interpretaciones de justicia material que permiten llegar a una solución que, lejos de sostenerse en una visión utilitarista, concibe a los derechos en juego como exigencias de justicia y permite determinar con mayor claridad que derecho fundamental ha sido ejercido correctamente. Por ello, y aunque llegue a justificar la misma solución que la teoría conflictivista, la armonizadora resulta la mejor opción para dar solución a la problemática analizada en esta investigación, ya que, parte de la solución implica

delimitar el contenido del derecho fundamental, estableciendo criterios que garanticen el correcto ejercicio del mismo. De ahí que, desde la teoría armonizadora no sea posible justificar un beneficio que afecte o sacrifique el contenido de un derecho fundamental.

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

## Conclusiones

**Primera**. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado 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, puesto que, cualquier otra medida que no cumpla con este requerimiento constituye una afectación al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los trabajadores; sin embargo, este pronunciamiento está referido a la fiscalización de correos personales del trabajador, mas no a los institucionales.

**Segunda**. El Tribunal Constitucional peruano no se ha pronunciado, en concreto, sobre la facultad de fiscalización del empleador al correo institucional, esto es, correo electrónico que facilita la empresa al trabajador; pues, si bien existen pronunciamientos al respecto de algunos magistrados en diversos votos dirimentes o fundamentos de votos, estos no constituyen criterios vinculantes. Por ello, aunque la ponencia del EXP. N° 00943-2016-PA/TC afirme que corresponde al Tribunal realizar un cambio de criterio, lo cual no es correcto porque el criterio no versa sobre correos electrónicos institucionales (solo correos personales), se comparte la postura de que el Tribunal Constitucional, en cuanto tenga oportunidad, debe reconocer la facultad del empleador de fiscalizar e intervenir en el correo electrónico institucional si es que previamente ha comunicado al trabajador tanto de la posibilidad de la monitorización de sus comunicaciones a través de este medio, así como de las condiciones de uso permitido por la empresa.

**Tercera**. Asimismo, corresponde al Tribunal Constitucional peruano precisar que, dicha intervención debe respetar ciertos criterios que garanticen un ejercicio razonable de la facultad de fiscalizar el correo institucional del trabajador. En ese sentido, y tomando como referencia los pronunciamientos del TEDH, se proponen que los criterios que garanticen el ejercicio razonable de la facultad de fiscalizar sean los siguientes. Primero, el trabajador debe haber sido informado previamente de las medidas de control que pueden utilizarse, así como del alcance de las mismas; segundo, el empleador debe ejercer su facultad de fiscalización con razonabilidad, a partir de la existencia de motivos concretos previos al control, que justifiquen la necesidad y procedencia de la medida adoptada; y, tercero, la medida debe llevarse a cabo de forma previa al inicio del procedimiento disciplinario por parte del empresario, a fin de determinar los hechos que lo puedan justificar.

**Cuarta**. Para dar solución a la problemática que significa dos pretensiones contrarias, la del empleador que pretende indagar por el contenido de las comunicaciones del trabajador, y la pretensión de éste de que no se le fiscalice, es posible aplicar las metodologías de

interpretación de derechos fundamentales conflictivista y armonizadora para identificar cuál pretensión es la que debe ser amparada y cuál no. En el presente caso, la aplicación de una u otra teoría ha generado un mismo resultado, esto es, que el empleador tiene la facultad de fiscalizar el correo electrónico institucional del empleador, con la precisión de que, en el caso de la teoría armonizadora, dicha solución va acompañada de la exigencia del cumplimiento de determinados criterios que garantizan un razonable ejercicio de dicha facultad (los referidos en la conclusión precedente).

**Quinta**. Se debe tener en cuenta que, aunque la solución a la que se llegue es la misma desde una u otra metodología, se hace desde bases dogmáticas distintas y, por ello, desde una justificación también diferente. Así, desde la teoría conflictivista, se llega a la solución a través del sacrificio del contenido constitucional de un derecho fundamental para beneficio del contenido constitucional del otro derecho fundamental con el que ha entrado en conflicto. En cambio, desde la metodología armonizadora, es posible concluir que no hay impedimento para reconocer la facultad del empleador de fiscalizar e intervenir en el correo electrónico institucional si es que esta ha cumplido los criterios que permiten identificar un ejercicio razonable de la atribución de fiscalización por parte del empleador. En otras palabras, la metodología conflictivista permite sacrificar un derecho fundamental para que prevalezca otro, mientras que la teoría armonizadora vela por ejercicio razonable del derecho para impedir la afectación de otro.

## Lista de referencias


ALEXY, R. (2007). Teoría de los derechos fundamentales. *tr. Carlos Bernal Pulido, Segunda edición*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

APARICIO ALDANA, K. (22 de febrero de 2017). Derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos: el uso del correo electrónico en el ámbito laboral. Análisis de la STC. EXP. N° 05532-2014-PA/TC. *Revista LABOREM*.

BERNAL PULIDO, C. (mayo-agosto de 2006). La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional ISSN: 0211-5743* (77).

CASTILLO CÓRDOVA, L. (2002). Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho, 3*(3).

CASTILLO CÓRDOVA, L. (2005). ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? *Cuestiones Constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional* (12).

CASTILLO CÓRDOVA, L. (2005). El valor jurídico de la persona. *Revista galega de cooperación científica iberoamericana* (11).

CASTILLO CÓRDOVA, L. (2007). Los Derechos Humanos: la persona como inicio y fin del Derecho. *Foro jurídico: revista de derecho*(7).

CASTILLO CÓRDOVA, L. (2009). Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales. *Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces, tomo139*.

CASTILLO CÓRDOVA, L. (2009). La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho", en SOSA SACIO, J. (Coordinador), Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales. *Gaceta Jurídica*.

CASTILLO CÓRDOVA, L. (2019). De la Persona y de la sociedad. *AA.VV. Constitución Política del Perú, décimo tercera edición oficial, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*. Lima.

DE DOMINGO, T. (2001). ¿Conflictos entre derechos fundamentales? *Centro de Estudios Políticos Constitucionales*.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A. (1997). La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. *Cuadernos y Debates N° 65*, 68.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A. (2000). Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol N° 32*.

PACHECO ZERGA, L. (2008). El deber de buena fe ante las medidas de control en el uso de la computadora y del correo electrónico. *Jus constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (8), 169-184.

PACHECO ZERGA, L. (abril de 2017). El control de los medios informáticos en el centro de trabajo: criterios del Tribunal Constitucional. *Gaceta constitucional* (112), 43-57.

REYNA VARGAS, D. (s/f). *"¿Puede el empleador fiscalizar redes sociales? TC no ha fijado criterio alguno*. Obtenido de La Ley: https://laley.pe/art/10157/puede-el-empleador-fiscalizar-redes-sociales-tc-no-ha-fijado-criterio-alguno

SERNA BERMÚDEZ, P. (1994). Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información. *Humana Iura 4*. Pamplona.

SERNA, P., & TOLLER, F. (2000). La interpretación de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos. *La Ley*. Buenos Aires.

VELÁZQUEZ VELIZ, H. (2004). Derechos fundamentales de los trabajadores, el poder de dirección del empleador y el uso del correo electrónico. *Gaceta Jurídica*, *2*(34), 73-93.

ZELADA, C., & BERTONI, E. (2013). Apuntes sobre la vida privada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Forseti Revista de Derecho* (1).