



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

PODER DE DIRECCIÓN Y DERECHOS
FUNDAMENTALES DEL
TRABAJADOR: COMENTARIOS AL STC
EXP. N° 04224-2009-PA/TC

Luz Pacheco-Zerga

Lima, 2011

FACULTAD DE DERECHO



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

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

Poder de dirección y derechos fundamentales del trabajador¹

Comentario a la STC EXP. N.º 04224-2009-PA/TC

El aporte de la jurisprudencia constitucional al Derecho del Trabajo y, en particular, a la tutela de los derechos fundamentales ha sido indispensable para corregir algunas situaciones de abuso de la posición contractual del empleador, ya sea en la celebración, ejecución o extinción del contrato de trabajo. En esta oportunidad analizaremos la sentencia recaída en el Exp. N.º 0422-2009-PA/TC porque delimita con mayor precisión los alcances de tres derechos fundamentales del trabajador: el que corresponde al trabajo, a la defensa o debido proceso, y el del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados que utilice en el trabajo.

Para analizar la sentencia expondremos primero los hechos probados, luego la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) sobre el contenido constitucionalmente protegible de los mencionados derechos, para culminar con algunas conclusiones.

Es de advertir que tanto el Juzgado Civil como la Sala Superior consideraron que la sede constitucional no era la vía adecuada para dirimir la controversia por no contar con etapa probatoria, por lo que declararon infundada la demanda en primera instancia e improcedente, en la segunda. Sin embargo, el TC consideró que los documentos presentados eran suficientes para amparar la demanda y se pronunció en este sentido.

1. Relación de hechos

- a. El 9 de mayo de 2007 una trabajadora interpone demanda de amparo contra su empleadora, la Caja Municipal de Ahorro y Crédito Tacna S.A. (CMAC-Tacna), a fin que deje sin efecto el despido arbitrario del que fue objeto y, consecuentemente, sea respuesta en el cargo de Jefa encargada del Órgano de Control Institucional de la CMAC – Tacna.
- b. La relación laboral se inició el 1º de diciembre de 2004 y se extinguió el 18 de abril de 2007, en que fue despedida por la comisión de una pretendida falta grave flagrante. Antes de ocupar este puesto había sido Auxiliar de OCI, Asistente de OCI y Jefe (e) de OCI. La trabajadora laboró mediante contratos de trabajo modales, que fueron

¹ Luz Pacheco Zerga. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesora Ordinaria de Derecho del Trabajo de la Universidad de Piura. Profesora Visitante del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).



- renovados sucesivamente. La empleadora presentó como prueba el último contrato firmado, por incremento de actividad, en el que consta que se le contrató en el cargo de Asistente de OCI, encargada de la Jefatura de OCI del 1 de abril de 2007 al 30 de setiembre de 2007.
- c. El empleador decide el despido por la información recibida del Oficio N.º 157-2007-CDJE-PPAD-T, de fecha 17 de abril de 2007, emitido por el Procurador Público Anticorrupción de Tacna, quien le comunica que la demandante estaría haciendo mal uso de los bienes de la empresa –computadora y correo electrónico–, al haber cursado correos electrónicos desde su cuenta “hotmail.com”, durante el horario de trabajo para proporcionar información institucional y no personal a tercera persona (ex jefe de la OCI). Esos correos tenían fechas que iban desde el 19 de febrero hasta el 12 de abril de 2007.
 - d. El empleador consideró que la demandante había vulnerado el principio de confidencialidad, había dado mal uso a los bienes de la institución, abusó de su “encargatura” y actuó vulnerando los deberes de los auditores gubernamentales, en concreto, respaldar el cumplimiento de sus deberes con una vida privada moralmente íntegra y decorosa. Entiende que los correos electrónicos enviados habían dañado la honorabilidad del Presidente del Directorio y de la Gerencia.
 - e. Por su parte, la trabajadora argumentó en su defensa que el despido se sustentaba en hechos falsos porque los correos electrónicos eran fácilmente “adulterables”. Pero, en el recurso de apelación precisó que los correos habrían sido obtenidos con violación del secreto de las comunicaciones, por lo que carecerían de validez probatoria. Además, alegó que el despido se produjo sin la observancia del debido procedimiento, es decir, sin otorgarle el plazo para realizar sus descargos.

2. Doctrina del Tribunal Constitucional

El Tribunal admite el recurso de agravio constitucional presentado por la demandante y no sólo se pronuncia sobre los hechos que son materia de la controversia, sino que aprovecha la ocasión para ratificar algunos criterios que había expuesto en anteriores oportunidades y precisar mejor otros. Analizaremos cada uno de ellos por separado.

a. Derecho al trabajo

En diversas sentencias el TC² ha insistido en la necesidad de que los contratos sujetos a modalidad, regulados en el Título II de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) cumplan con los requisitos establecido en el art. 72 para su validez. Según esta disposición dichos contratos “deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral”.

² Cfr., entre otras, las de los expedientes N° 04220-2007-PA/TC, N° 04157-2009-PA/TC, N°. 03213-2010-PA-TC y N° 00283-2011-PA/TC.

En el caso materia de esta sentencia, la empresa no sólo convino en la existencia de la relación laboral, sino que confirmó lo expresado por la trabajadora sobre la sucesivas firmas de contratos sujetos a modalidad, al presentar el último firmado por incremento de actividad³.

El Tribunal pudo comprobar al revisar este documento, que se había omitido “consignar la causa objetiva de contratación, requisito formal esencial de la contratación temporal, solamente se ha consignado el cargo para el que se contrata a la demandante y a continuación se ha expresado que por diferentes operaciones que viene realizando la CAJA MUNICIPAL se requiere contratar los servicios de un ASISTENTE debido al incremento de labores en el Área del Órgano de Control Institucional”⁴.

La consecuencia lógica a la que arriba el TC es que “al no haberse consignado la causa objetiva de contratación, el contrato modal de trabajo de la demandante ha sido desnaturalizado, por haberse producido el supuesto previsto en el inciso d) del artículo 77º del Decreto Supremo N° 003-97-TR, debiendo ser considerado, entonces como uno sujeto a plazo indeterminado, según el cual la demandante *solamente podía ser despedida por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral*”⁵.

De este modo, se reafirma que el contenido constitucionalmente protegible del derecho al trabajo en el caso de los contratos sujetos a modalidad exige que la causa objetiva que justifica la contratación temporal y no permanente de los servicios de un trabajador se encuentre adecuadamente tipificada. La razón estriba en que el derecho al trabajo puede verse lesionado no sólo cuando existe un despido lesivo a la dignidad humana, sino cuando se contrata en forma temporal a quien, por la naturaleza permanente de los servicios que va a prestar, debería estarlo en forma indefinida. Así se concluye de la regulación que ha hecho de la contratación laboral y de las causas de despido la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), ya que la Constitución encargó al legislador regular la protección adecuada contra los despidos arbitrarios⁶. En la norma de desarrollo de este derecho, el legislador ha optado como forma *ordinaria* de contratación, la realizada a plazo indefinido y como *extraordinaria*, la sujeta a plazo determinado. Así se puede concluir de la lectura del art. 4^{o7} y de las disposiciones concordantes: mientras el contrato a plazo indefinido

³ Cfr. 1.b *ut supra*

⁴ F.j. 4.

⁵ F.j. 5. Las cursivas no son del original.

⁶ La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.(CP, art. 27).

⁷ “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece.

También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna”. (art. 4)



no exige forma especial (puede ser verbal o escrito) ni de causa que lo justifique, el contrato a plazo determinado debe cumplir, para su validez en cuanto a la temporalidad, con los requisitos y los plazos establecidos en la misma ley para las diferentes modalidades. Y entre los requisitos, se encuentra la consignación de la causa objetiva que justifica la contratación temporal y no la indefinida. El que el mencionado artículo 4° establezca que el contrato individual de trabajo puede ser celebrado “libremente” por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad, no enerva el carácter excepcional del segundo tipo de contrato. En consecuencia, en este caso y en otros similares, la extinción del contrato no se produce al vencimiento pactado, sino por una causa justa relacionada con la conducta o capacidad del trabajador.

A la vez, es necesario analizar la frase que hemos copiado en cursiva de la sentencia que estamos analizando, según la cual si el contrato es a plazo indefinido, el trabajador sólo puede ser despedido “*por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral*”. Sin embargo, esta frase no puede ser interpretada fuera del contexto de la actual Constitución. Por eso, es necesario recordar que el TC inició en la década de los noventa, una doctrina de reposición en el empleo para los trabajadores que habían sido despedidos en base a despidos “arbitrarios”, que constituían un abuso del derecho pero que no podían ser calificados como nulos en la vía ordinaria laboral, porque la relación de despidos nulos del art. 29 de la LPCL es taxativa⁸. En esta línea argumental, la sentencia recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC (Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica y FETRATEL contra Telefónica del Perú) dio un nuevo impulso a la postura del Tribunal y se consolidó con las sentencias del 13 de marzo de 2003⁹ y 28 de noviembre de 2005¹⁰, que declaró inconstitucional parte del art. 34 de la LPCL. Esta jurisprudencia tuvo como efecto principal poner fin a las prácticas de interpretación abusiva de la facultad discrecional del empresario para extinguir el contrato, por esconder tras el silencio sobre el móvil del despido, uno contrario al orden constitucional ya sea por negar el diálogo y el derecho de defensa ante un supuesto incumplimiento contractual, o por haber fraguado pruebas falsas. La doctrina académica ha resaltado que “el despido de efectos restitutorios y no puramente resarcitorios constituye, evidentemente, una figura excepcional, reservada únicamente a las hipótesis de arbitrariedad extrema en el uso del poder disciplinario y no a cualquier incumplimiento de las reglas que de fondo y forma que rigen su ejercicio”¹¹. Lo contrario podría conducir a “vaciar de contenido la legítima

⁸ En esa década el Tribunal empezó a ordenar la reposición en el empleo por violación del procedimiento disciplinario, que calificó como una afectación tanto el derecho al debido proceso como al de defensa. Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, “El derecho al trabajo y el despido arbitrario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,” *Diálogo con la Jurisprudencia*, no. 49 (2002): 32-33. Es oportuno recordar que el derecho al debido proceso está encuadrado en la Constitución dentro de la función jurisdiccional (art. 139.3), pero el TC optó por una interpretación extensiva a otros supuestos en los que puede producirse una indefensión ante una acusación que vulnera algún derecho fundamental, como sería en este caso, el del trabajo.

⁹ Exp. N° 976-2001-AA/TC (Eusebio Llano contra Telefónica del Perú).

¹⁰ Exp. N° 0206-2005-PA/TC (Antonio Baylón contra EPS EMAPA Huacho).

¹¹ SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO, “La protección de los derechos laborales en la Constitución peruana de 1993 ”en *II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad*

opción del legislador de considerar el pago de una indemnización como la reparación aplicable al despido arbitrario con carácter general”¹². El contenido constitucionalmente protegible del derecho al trabajo no es el previsto en la Constitución de 1979¹³, aunque a los magistrados del Tribunal Constitucional les pudiera parecer más adecuado, sino el que se encuentra en el art. 27 de la actual carta magna, lo cual exige, por respeto a la dignidad de la persona del trabajador, reservar el efecto resarcitorio sólo a los despidos incausados o fraudulentos pues ambos niegan la posibilidad de diálogo y de defensa a los trabajadores ante la violación de un derecho fundamental.

Consecuentemente, cuando en la sentencia se afirma que un trabajador contratado a plazo indefinido “sólo puede ser despedido por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral” (sic) no se pretende afirmar que ésta deba estar *debidamente comprobada*, ya que esta exigencia es la contenida en el art. 48 de la Constitución de 1979, pero no en la actualmente vigente. Es suficiente, más bien, con que el empleador la invoque porque ésta exista y que el despido se aplique proporcionalmente a la falta cometida, aunque luego por defectos no esenciales de forma o de fondo no pudiera probarse en juicio¹⁴, así se desprende de una interpretación unitaria y teleológica del Ordenamiento, que podemos ver reafirmada en una reciente sentencia, en la que el TC afirma, con mayor precisión que “el trabajador no puede ser despedido sin expresión de una causa objetiva relativa a su capacidad o a su conducta laboral”¹⁵.

Finalmente, resulta indispensable corregir la incoherencia jurídica que existe en nuestro medio al desconocer la validez de un despido realizado en fraude o abuso de ley en sede constitucional, pero reconocerle eficacia en la vía ordinaria, por mandato del mismo TC. Efectivamente, mediante el Exp. 0206-2005/PA/TC se estableció el precedente vinculante de sólo reconocer el efecto resarcitorio en la vía del amparo, pero no cuando fuera necesaria la actuación de pruebas, que exigía resolver el conflicto en el proceso ordinario laboral. Por tanto, se vulnera así un principio jurídico básico para la seguridad jurídica y la confianza en la magistratura: *ubi eadem ratio ibi idem ius*¹⁶, ya que en los casos en que efectivamente existe el abuso del derecho, pero se requiere la actuación de pruebas, aún cuando el trabajador pruebe su derecho no podría ejercitarlo, por impedirlo el mismo Tribunal Constitucional, cuando lo coherente es que aplicando los criterios de este Tribunal, el Poder Judicial pueda

Social. Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional, ed. Alfonso de los Heros Pérez Albela y Manuel Alonso Reyna Camino (Arequipa: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, 2006), 100.

¹² Ibid.

¹³ : “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada” (art. 48).

¹⁴ Cfr. Exp. N° 01486-2010-PA-TC

¹⁵ Exp. N° 00283-2011-PA/TC, f.j. 9.

¹⁶ Sobre esta cuestión remito a lo expresado en PACHECO ZERGA, Luz, "Las vías procedimentales para la protección del derecho al trabajo y los derechos conexos "en *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, ed. Susana Castañeda Osu (Directora) (Lima: Grijley, 2010), 761-788.



desconocer la validez jurídica de los actos que impliquen un abuso del derecho, como sería en el caso de los despidos incausados y fraudulentos.

b. Derecho de defensa

Hemos afirmado en el acápite anterior que aún cuando el derecho de defensa pertenece al ámbito jurisdiccional, ha sido extendido a las relaciones entre privados desde hace más de una década¹⁷. Para nuestra doctrina constitucional, este derecho “se constituye como un derecho fundamental que conforma el ámbito del debido proceso, y es un presupuesto para reconocer la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento (STC 2846-2009-PA/TC, f.j. 7)”.

En el ámbito laboral se concreta en conceder al trabajador la oportunidad de presentar los descargos correspondientes cuando le es imputada la comisión de una falta grave, salvo que ésta sea flagrante¹⁸. En el caso materia de este comentario, el empleador tomó la decisión de despido luego de leer el informe enviado por el Procurador Público Anticorrupción de la localidad, de fecha 17 de abril de 2007, al que se adjuntaron una serie de correos electrónicos, que fueron cursados por la trabajadora entre el 19 de febrero y el 12 abril de ese año. Y lo hizo efectivo al día siguiente 18 de abril, sin mediar carta de preaviso de despido por considerar que se trataba de una falta grave flagrante.

El concepto de “falta grave flagrante” no ha sido definido por el TC, pero es evidente que emplea el mismo que la Corte Suprema. Ésta desde la Casación Nº 780-2005-Lima¹⁹ ha optado por la tercera de las acepciones que le reconoce el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, pues entiende que es la más acorde con lo dispuesto en el art. 31 de la LPCL²⁰. En consecuencia, define la falta flagrante como “la que se está ejecutando actualmente”, dejando fuera de su tipicidad las que se cometieron en el pasado, para asegurar que se cumpla con el procedimiento del despido normado en nuestra legislación.

¹⁷ Ver nota 8 *ut supra*.

¹⁸ “El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, *salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.* (...)” D.S. 003-97-TR, art. 31. Las cursivas no son del original.

¹⁹ Ver el texto y comentario en ÁVALOS JARA, Oxal Víctor, *Precedentes de observancia obligatoria y vinculantes en materia laboral*, ed. Joel Manuel Cáceres Paredes (Colaborador) (Lima: Ávalos Jara, Abogados & Asociados / Juristas Editores, 2010) 349-351.

²⁰ Descarta, en cambio, la primera de las acepciones por considerar que es más propia del ámbito penal y la segunda, porque daría tal margen de discrecionalidad al empleador para hacer la calificación que podría incurrir en el abuso del derecho.

Completa esta definición la Casación N° 780-2005-Lima, que precisa aún más este concepto al afirmar que “es aquella falta constatada por el empleador (o sus representantes) en el momento de su comisión por el trabajador”.

En esta ocasión el TC destaca que el despido se produce seis días después de conocida la falta (el último correo fue cursado el día 12 de abril y el despido se produce el día 18), con lo cual, “obviamente no se configuraba el elemento de flagrancia en la supuesta comisión de falta grave; por lo que el empleador tenía la obligación de cursar la carta de imputación de faltas a fin de que la demandante, en uso de su derecho de defensa, pudiese presentar los descargos”²¹.

c. Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados que se utilicen en el trabajo

Este es el aspecto más novedoso de los que integran el fallo constitucional porque es la segunda vez que el TC se pronuncia sobre el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y al uso de bienes informáticos de la empresa, en concreto de la computadora y del correo electrónico, pero lo hace con mayor detalle que en la primera oportunidad²².

A juicio del empleador, emitido en base al Oficio del Procurador, la trabajadora había realizado un uso indebido de dos bienes que le habían sido entregados para la realización de su trabajo: la computadora y el correo electrónico. Y, a este uso indebido, se añadía la gravedad del contenido de las comunicaciones que habían infringido el deber de confidencialidad y dañado la honorabilidad de algunos representantes de la empresa, infringiendo así gravemente las responsabilidades propias de su puesto.

El TC, por el contrario, no ampara la decisión empresarial y plantea, más bien, una cuestión fundamental como premisa para enjuiciar los hechos: determinar “si los medios informáticos empleados por el trabajador para cumplir sus funciones son considerados de dominio absoluto del empleador, más aún si fueron usados para remitir correos electrónicos, es decir como instrumentos de comunicación personal” (f.j. 13). En esta línea argumental concluye que “es necesario recordar que si bien 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 ésta pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos” (f.j. 16).

²¹ F.j.9. En similar sentido se pronuncia en el Exp. 04622-2009-PA/TC.

²² Cfr. Exp. N° 1058-2004-AA/TC del 18 de agosto de 2004. Para un mayor detalle de los alcances de este pronunciamiento remito a lo expuesto en PACHECO ZERGA, Luz, "El deber de buena fe ante las medidas de control en el uso de la computadora y del correo electrónico," *Jus&Constitucional* (2008): 169-184.



Efectivamente, si bien el interés empresarial merece tutela y protección, de acuerdo al art. 59 de la Constitución²³, las medidas de control que puede ejercer para obtener los objetivos institucionales, han de ser las indispensables y estrictamente necesarias cuando afecten los derechos constitucionales de los trabajadores. Como bien ha señalado la jurisprudencia y doctrina académica española, al elegir esas medidas de control y vigilancia, el empresario ha de elegir aquellas que sean “menos agresivas y afectantes” a la dignidad y a la intimidad del trabajador, aún cuando existan otras más efectivas, pero desproporcionadas para estos efectos²⁴. En similar sentido ha opinado nuestro TC al hacer 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 (STC 1058-2004-PA/TC)” (f.j. 16).

Como hemos recalado en anteriores oportunidades es el deber de obrar de buena fe el que permite precisar la corrección o incorrección de una conducta, allí donde los parámetros legales no la han reglamentado. Y, en este caso existen dos indicios de la desproporcionalidad del control realizado por el empleador: la primera, es que los correos fueron cursados desde una cuenta de “hotmail.com” a otra del servidor “mibanco.com.pe”, es decir, entre cuentas personales y no utilizando una cuenta otorgada por el empleador; y, la segunda, que en el mencionado expediente no consta autorización alguna de las personas titulares de estas cuentas personales para su apertura y difusión.

En consecuencia, en lugar de analizar el contenido de los mensajes enviados, el Tribunal destaca que, tal como se presentan los hechos, aparentemente se han violado dos derechos fundamentales de la trabajadora:

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

²³ “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad servicios públicos e infraestructura”.

²⁴ STC Español 98/2000 (RTC 2000, 98) Se puede ver el comentario a esta sentencia que realizó del REY GUANTER, Salvador, "Sentencia 98/2000, de 10 de abril. Los límites del control por el empresario en el centro de trabajo mediante mecanismos auditivos "en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, ed. Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Madrid: Civitas, 2000), Vol. XVIII: 192-199.

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

Por tanto, como bien ha declarado el Tribunal Constitucional, al no existir ningún indicio de que la trabajadora y el receptor de sus mensajes electrónicos hubiesen accedido a que se abriese su correspondencia, para “determinar que el trabajador utilizó el correo electrónico en forma desproporcionada en horas de trabajo para fines distintos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución, otorgándole las garantías del caso” (f.j. 16).

De haber sido una cuenta de correo electrónico otorgada por la empresa, también hubiera sido necesario el consentimiento previo de la trabajadora para revisar el contenido de los mensajes que hubiese enviado, puesto que la relación laboral no puede ser un mecanismo de vulneración de la dignidad ni de los derechos fundamentales. De hecho, las nuevas tecnologías han potenciado la capacidad de control del empresario, pero la posibilidad de contar con mayores recursos, no le faculta a desconocer el espacio de privacidad que ha de tener el trabajador en el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas²⁵. El trabajador tiene derecho a un espacio de privacidad, 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”²⁶.

Paralelamente, el deber de buena fe obliga al trabajador a utilizar los medios que le brinda la empresa para los fines previstos. Su desempeño se debe evaluar teniendo en cuenta su culpabilidad, medida en términos de dolo o negligencia inexcusable; el perjuicio que ocasione, sea moral²⁷ o económico; el tiempo dedicado a realizar esas labores y la defraudación de la confianza depositada para el cumplimiento de las obligaciones encomendadas. En resumen, no puede medirse con el mismo rasero cualquier utilización indebida del ordenador²⁸. Por eso, el despido por mal uso de la computadora entendemos

²⁵ Sobre la dimensión laboral del Derecho Informático, ver SEMPERE NAVARRO, Antonio V. / SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales* (Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002) 65 y la bibliografía citada a pie de página.

²⁶ GOÑI SEIN, José Luis, *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial* (Madrid: Civitas, 1988) 23.,

²⁷ Utilizo esta palabra en su acepción genérica, incluyendo en ella, por ejemplo, las ofensas o los actos discriminatorios.

²⁸ Cfr. SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales* 78-79.



que sería procedente sólo si se acredita la relevancia o trascendencia que tiene ese uso indebido en proporción al tiempo de la jornada empleado, al perjuicio ocasionado, sea dentro de la empresa o frente a terceros y a la posible pérdida de confianza para trabajos futuros, por quebrantarse gravemente el deber de buena fe. Por tanto, considerar como “trasgresión de la buena fe contractual la mera utilización de medios de trabajo para fines extralaborales, especialmente si se llevan a cabo en tiempo y lugar de trabajo”²⁹, es un principio que debe ser matizado.

Finalmente, se debe destacar que el Tribunal al tener indicios de la obtención de una prueba por medios ilícitos, en cumplimiento de lo ordenado por el art. 8º del Código Procesal Constitucional ordena en el fallo emitir copias certificadas de todo lo actuado y remitirlas al Fiscal Penal para los fines pertinentes, sin analizar el contenido de los ya citados mensajes electrónicos.

3. Conclusiones

Una vez más el TC ha resaltado la directa relación existente entre la causalidad efectiva y objetiva de la contratación sujeta a modalidad y la protección contra el despido arbitrario. En consecuencia, cuando se desnaturaliza el contrato por simulación de las verdaderas necesidades que justifican la contratación, la extinción del contrato no se produce al vencimiento pactado, sino por una causa justa relacionada con la conducta o capacidad del trabajador. Ésta última, si se realiza una interpretación teleológica del Ordenamiento, no es necesario que sea probada en el juicio, porque tal exigencia es propia de la Constitución de 1979 y no de la vigente. En consecuencia, si el despido arbitrario adolece de defectos de forma o de fondo de tipo legal, que no constituyan un fraude de ley o un abuso del derecho, el TC no debería amparar la demanda.

Esta sentencia también ha permitido delimitar el concepto de flagrancia aplicable en el ámbito laboral, a fin que no vaya en menoscabo del derecho de defensa y del debido proceso. Nuestra jurisprudencia constitucional y judicial entiende por falta flagrante, aquella constatada por el empleador (o sus representantes) en el momento de su comisión por el trabajador.

En tercer lugar, la jurisprudencia constitucional ha dejado claramente establecido el derecho de los trabajadores de mantener el secreto de las comunicaciones en las cuentas personales que emplee con instrumentos de trabajo y en horas de labor. Con este reconocimiento no se vacían de contenido las obligaciones laborales pero sí se respetan los espacios de intimidad del trabajador. En caso que hubiese indicios de un uso abusivo de

²⁹ Ibid. 24.

dichos instrumentos el empleador sólo podrá revisar esas cuentas con autorización del trabajador, que pueda probar en juicio. De lo contrario, tendrá que iniciar una acción judicial para develar su contenido. Y, especialmente importante es el hecho de que la ausencia de ese consentimiento convierte la prueba en ilegal y constituye, más bien, un delito del empresario, del cual ha de responder penalmente³⁰.

Finalmente, la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal es una oportunidad inmejorable para que los magistrados del Tribunal Constitucional y los del Poder Judicial unifiquen criterios en orden a la seguridad jurídica y orienten su labor jurisdiccional de acuerdo a los valores consagrados en la Constitución vigente y se logre, tanto en la vía ordinaria como en la del amparo, la protección que nuestra Carta Magna concede a los derechos fundamentales.

4. Bibliografía

ÁVALOS JARA, Oxal Víctor. *Precedentes de observancia obligatoria y vinculantes en materia laboral*. Editado por Joel Manuel Cáceres Paredes (Colaborador). Lima: Ávalos Jara, Abogados & Asociados / Juristas Editores, 2010.

BLANCAS BUSTAMENTE, Carlos. "El derecho al trabajo y el despido arbitrario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional." *Diálogo con la Jurisprudencia*, no. 49 (2002): 32-33.

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

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

³⁰ "El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. La pena será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días-multa, cuando el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista. Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días-multa" (art. 154 del Código Penal).

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



PACHECO ZERGA, Luz. "El deber de buena fe ante las medidas de control en el uso de la computadora y del correo electrónico." *Jus&Constitucional* (2008): 169-184.

———. "Las vías procedimentales para la protección del derecho al trabajo y los derechos conexos." en *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, editada por Susana Castañeda Osu (Directora), 761-788. Lima: Grijley, 2010.

SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO. "La protección de los derechos laborales en la Constitución peruana de 1993." en *II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional*, editada por Alfonso de los Heros Pérez Albela y Manuel Alonso Reyna Camino, 28-102. Arequipa: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, 2006.

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