



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL DEBER DE BUENA FE ANTE LAS MEDIDAS DE CONTROL EN EL USO DE LA COMPUTADORA Y DEL CORREO ELECTRÓNICO

Luz Pacheco-Zerga

Lima, agosto de 2008

FACULTAD DE DERECHO

Pacheco, 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.



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

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

EL DEBER DE BUENA FE ANTE LAS MEDIDAS DE CONTROL EN EL USO DE LA COMPUTADORA Y DEL CORREO ELECTRÓNICO¹

Sumilla:

1. El derecho a la intimidad y el deber de buena fe en las relaciones laborales.....	2
2. El consentimiento del trabajador.....	4
3. El uso indebido de la computadora.....	6
4. El uso indebido del correo electrónico y el secreto de las comunicaciones.....	7
BIBLIOGRAFÍA.....	13

La legítima utilización de medios informáticos, así como de grabadoras, vídeos, personal de vigilancia, etc. para llevar a cabo medidas de control y vigilancia, ha sido objeto de abundante literatura jurídica², que pone de manifiesto, por un lado, “la «normalización» del control informático de la prestación”³ y, por otra, la disparidad de criterios para fijar los límites del poder fiscalizador del empresario. Estos límites se mueven entre dos extremos: el de quienes niegan esa potestad empresarial en nombre del respeto a la intimidad y del secreto de las comunicaciones; y, el de quienes consideran que es un derecho legítimo del empresario por tratarse de instrumentos de trabajo. En el primer grupo se encuadra el Tribunal Constitucional del Perú por su pronunciamiento en el Exp. 1058-2004-AA/TC del 18 de agosto de 2004; mientras que en el segundo, el Tribunal Supremo español, que aplicando los criterios del respeto a los derechos fundamentales, en particular el de la intimidad, ha determinado en Casación para Unificación de Doctrina, que la computadora es un instrumento de trabajo cuya revisión, realizada siempre con respeto a la dignidad del

¹ Luz Pacheco Zerga. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesora Ordinaria e Investigadora de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Profesora Visitante del Master Oficial de Relaciones Laborales y del Programa de Doctorado en Derecho del Trabajo a través de la Jurisprudencia de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).

² Cfr. VV. AA., *Tecnología Informática y Privacidad de los Trabajadores*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003.

³ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, tirant lo blanch, 1990, 85.



trabajador, entra de lleno en los límites de fiscalización que le otorga el poder de dirección al empresario⁴, cerrando así una larga discusión sobre esta materia⁵.

La importancia de esta cuestión justifica volver sobre ella⁶, a fin de delimitar el alcance de los derechos fundamentales que se encuentran en juego, a la luz de este importante pronunciamiento de la Sala Social del Tribunal Supremo español, realizado en aplicación de criterios del Tribunal Constitucional de ese país, que tiene una doctrina semejante al nuestro en materia de dignidad, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que puede aportar nuevos matices para enfrentar el análisis del poder fiscalizador del empresario y del derecho a la intimidad del trabajador a la luz del deber de buena fe.

1. El derecho a la intimidad y el deber de buena fe en las relaciones laborales

El derecho a la intimidad se encuentra inseparablemente unido a la dignidad y, por tanto, a los derechos de la personalidad⁷. También se encuentra directamente relacionado con el secreto de las comunicaciones. En el Derecho peruano se deduce esta relación de la lectura concordada de los arts. 2.6 y 2.7 de la Constitución, así como de los arts. 5, 14, 15 y 16 del Código Civil, que tienen su correspondencia en los arts. 161 a 164 del Código Penal. Dignidad, intimidad y personalidad son realidades mutuamente interdependientes. Más aún: en el núcleo de la personalidad se distinguen tres esferas: la intimidad, la vida privada y la vida pública⁸. La intimidad no se opone a lo privado ni a lo público, pero se distingue de ambos. La vida privada y la pública son términos relativos el uno al otro: cada uno es definido en base al otro. En cambio, la intimidad es un término absoluto, que está al margen de la dialéctica público-privado. Más aún, ella es “la raíz de la posibilidad de las dos esferas y de su mutua dependencia”⁹.

Sin embargo, una de las carencias más importantes de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) es la poca consideración que tiene por éstos y por los demás

⁴ STS 26 septiembre 2007 (recurso 966/2006).

⁵ Un resumen de esta polémica a nivel jurisprudencial y académico se encuentra en SEMPERE NAVARRO, Antonio V. / SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002.

⁶ Realicé una primera aproximación a esta cuestión en “El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos: un estudio de derecho comparado”, *Laborem* n. 6 (2006): 19-56.

⁷ DESANTES GUANTER, José María / SORIA, Carlos, *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, Madrid, Asociación de la Prensa de Madrid, 1991, 107.

⁸ *Ibidem.*, 108.

⁹ GONZÁLEZ GAITANO, Roberto, *El deber de respeto a la intimidad*, Pamplona, EUNSA, 1990, 44.

derechos del trabajador en la relación laboral, puesto que no los menciona¹⁰. No obstante, estos derechos pueden deducirse contrario sensu de algunos de sus preceptos, pero es deseable que en el futuro se contemple este aspecto esencial de la relación jurídico-laboral¹¹. Tampoco existen referencias al deber del empresario de tratar al trabajador con la consideración que merecen su dignidad y su intimidad, así como el deber de ambas partes de someter sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe¹².

Este vacío normativo de la LPCL es subsanado por el art. 23 de la Constitución –“ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”–, que impide que la relación laboral se convierta en un feudo, donde la subordinación convierta al trabajador en un ciudadano de segunda categoría. Y es el deber de buena fe que informa el contrato de trabajo el que, como principio hermenéutico imprescindible, evita que la subordinación del trabajador se confunda con el servilismo y el poder de dirección del empresario, con una facultad omnicompreensiva. Por eso, es lamentable que la LPCL sólo se refiera a este deber como si fuera exclusivo del trabajador (art. 25 a) cuando en realidad se trata de un principio constitutivo del mundo del Derecho. Por eso, en el caso concreto de las medidas de control y vigilancia, la aplicación de este principio impide que el empresario incursione en el ámbito de la intimidad del trabajador, por no ser ésta comunicable más que por la libre determinación del titular. Y, permite que intervenga, sin que supongan una intromisión ilegítima, en los aspectos de la vida privada del trabajador que tengan repercusión en la vida de la empresa, así como en el control de los instrumentos de trabajo que le entregue para el desempeño de sus obligaciones.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que las nuevas tecnologías han potenciado la capacidad de control del empresario. Sin embargo, el 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 asumidas¹³. 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

¹⁰ Resulta significativo el cambio de denominación de esta norma, que de haber sido una de Fomento del Empleo (Dec. Leg. 728) con una cuidada exposición de motivos, haya sido reducida la una de “Productividad y Competitividad”.

¹¹ El art. 48 del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo corrige esta deficiencia.

¹² “El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo a lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”. (art. 168 CC). No es posible abordar en estas páginas, con detalle, la función de este principio en la relación laboral, un estudio en profundidad puede consultarse en PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2007, PACHECO ZERGA, Luz, “Respeto a la dignidad humana y deber de buena fe,” *Análisis Laboral*, no. 354 (2006).

¹³ Sobre la dimensión laboral del Derecho Informático, ver SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 65 y la bibliografía citada a pie de página.



relaciones con los compañeros de trabajo, de la propia actividad sindical y de las comunicaciones”¹⁴.

Por otro lado, el derecho a la intimidad, como cualquier otro derecho subjetivo, no constituye una realidad predeterminada, perfectamente delimitada por las normas, sino una “teoría de la justicia, que alimenta un continuo proceso de positivación jurídica”, reflejado, a su vez, “en un paralelo esfuerzo de delimitación de derechos”¹⁵. No podemos concebir el derecho a la intimidad como un derecho subjetivo encapsulado en una norma, que lo presenta como propiamente jurídico¹⁶. Esta concepción, además de promover el conflicto, no responde a la realidad porque lo íntimo no puede establecerse en base a un texto legal o supra legal, sino por el dinamismo que se sigue a la aplicación de los principios jurídicos que, “prestos a confluir con otros y matizarse mutuamente en una dosificación” adecuada, van “delimitando una solución ajustada”¹⁷. En consecuencia, en cualquier aspecto de la relación contractual, el deber de respetar la intimidad obliga al empresario y debe servir de punto de referencia para delimitar el deber de obediencia del trabajador y el ejercicio regular del poder de dirección del empresario (art. 9 LPCL).

La buena fe que ha de informar el cumplimiento de las obligaciones que se asumen al celebrar un contrato de trabajo, no impide que el empresario pueda establecer las medidas de control y vigilancia que crea oportunas para verificar el cumplimiento de los deberes del trabajador, pero precisamente ese deber de buena fe exige que, en la adopción y aplicación de esas medidas, el empresario guarde la consideración debida a la dignidad humana del trabajador.

El deber de buena fe es la expresión en el ámbito obligacional, de una de las consecuencias éticas, jurídicamente exigibles, del respeto debido a la dignidad humana. Por tanto, las medidas de control y vigilancia, sean informáticas o no, han de ser evaluadas teniendo en consideración si el trabajador que sea objeto de ellas, es tratado como un sujeto o como un objeto y, a la vez, si en la imposición de esas medidas, el empresario actúa con veracidad y lealtad, es decir, sin quebrar el clima de confianza mutua que ha de impregnar la relación laboral. Como criterio general puede afirmarse que el interés empresarial merece tutela y protección, de acuerdo al art. 59 de la Constitución¹⁸, pero las medidas de control que pueda ejercer para obtener los objetivos institucionales, han de ser las indispensables y

¹⁴ 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.

¹⁵ OLLERO, Andrés, "La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal," *Pensamiento y Cultura*, no. 3 (2000): 160.

¹⁶ Cfr. *Ibidem.*: 161.

¹⁷ *Ibidem.*: 162.

¹⁸ “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”.

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 efectos¹⁹.

Para identificar mejor si se ha respetado la dignidad del trabajador, el primer punto que corresponde analizar es si se ha contado o no con su consentimiento para esas medidas de control. En segundo lugar, la proporcionalidad de esas medidas cuando estén en relación con el espacio de intimidad al que tiene derecho el trabajador. A la vez, las respuestas sólo pueden formularse en base a supuestos reales de control, como han sido los que fueron objeto de las sentencias que han dado pie a esta investigación.

2. El consentimiento del trabajador

El trabajador, al celebrar el contrato, conoce y acepta que corresponde al empleador dirigir la actividad productiva (art. 9 LPCL) y controlar la utilización que realice de los bienes entregados para cumplir sus obligaciones, así como su rendimiento, ya que de comprobarse la utilización indebida de esos bienes o la disminución deliberada y reiterada del rendimiento, puede ser despedido justificadamente (art. 25 b) y c) LPCL). Por tanto, existe un consentimiento tácito a este poder de vigilancia y control. Estos controles, como bien ha hecho notar la jurisprudencia constitucional española, “serán lícitos mientras no produzcan resultados inconstitucionales”²⁰. Con términos similares el Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que la validez de esas medidas se determina por la limitación al poder fiscalizador y sancionador que la misma Constitución ha establecido²¹.

Sin embargo, cuando la medida de vigilancia recae sobre la utilización de un bien de propiedad de la empresa entregado para el cumplimiento de las obligaciones asumidas, como puede ser una computadora, en principio, esa utilización no se encuadra dentro de la intimidad personal del trabajador, sino dentro de su vida profesional. Sin embargo, la misma condición humana lleva, como hemos afirmado anteriormente, a que en su actividad se

¹⁹ STC 98/2000 (RTC 2000, 98) Ver el comentario a esta sentencia que realiza del REY GUANTER, Salvador, "Sentencia 98/2000, de 10 de abril. Los límites del control por el empresario en el centro de trabajo mediante mecanismos auditivos" en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, ed. Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Madrid: Civitas, 2000), Vol. XVIII: 192-199.

²⁰ STC 186/2000 (RTC 2000, 186).

²¹ Cfr. Sentencia del Expediente No 1058-2004-AA/TC, f.j. 20. Cfr. los comentarios realizados por DEL RÍO TIMANÁ, Dalia, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, no. 47: CXXXV a CLVI, MARGARAY BRIGNOLE, Carlos Eduardo, "La transparencia del trabajador y la posible afectación de su privacidad," *Diálogo con la Jurisprudencia*, no. 76 (2005): 89-95.



reconozca un espacio de privacidad e intimidad. Por tanto, si bien es cierto en la actividad laboral el trabajador ha de utilizar los instrumentos y el tiempo de labor para las tareas que le han sido asignadas, es necesario delimitar los espacios y momentos en que se proyecta esa intimidad, a fin de respetar la dignidad humana, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad²².

Partiendo de estas premisas, las medidas de vigilancia han de realizarse con métodos y parámetros claros, que deben ser conocidos por el trabajador, a fin de no sorprenderlo con un control oculto que sería contrario al deber de buena fe, precisamente porque es contrario al trato que merece la dignidad humana. Ese tipo de control sólo se justificaría si existiesen fundadas sospechas de la conducta fraudulenta del trabajador y se presentase como el único método idóneo para confirmar la culpabilidad del trabajador. Corresponderá a la jurisdicción laboral determinar en última instancia, la proporcionalidad de la medida empleada, que si confirma la sospecha, acreditaría que quien habría faltado al deber de buena fe habría sido el trabajador y no el empresario, que se vería obligado a recurrir a ese método para defenderse de una conducta fraudulenta²³.

Sólo en casos extremos, cuando existen fundadas sospechas de la utilización irregular de ese instrumento, así como de la dificultad para realizar esa revisión si estuviese presente el trabajador, la doctrina judicial española ha reconocido la eficacia probatoria del testimonio de un tercero imparcial, como es un notario²⁴. La negativa del trabajador a la instalación de un programa informático de control, si no está avalada por la lesión a la dignidad o a un derecho fundamental, es irrelevante, ya que supondría un límite irrazonable al poder de control del empresario. De aquí que el que la jurisprudencia española reconoce la legitimidad de instalar un programa “espía” en la computadora de un trabajador que no tenía clave

²² “Un empleado que pasa frente al ordenador la mayor parte del día probablemente acabe conservando en el mismo algunos documentos ajenos a su prestación e servicios, o imprima alguna vez un texto particular. Pero si es tal el caudal de documentos personales archivados que entorpece el funcionamiento del ordenador, o es tal la magnitud de las impresiones que agota el «tonner», entonces es cuando se produce un abuso plenamente encuadrable en la trasgresión de la buena fe contractual y procede, consecuentemente su sanción. Pero estos son casos extremos que nuestro sentido común resuelve sin dificultad. La cuestión se complica en la estricta delimitación entre lo que es un uso extralaboral racional y lo que pasa a constituir un abuso, en aquellos supuestos en los que no está tan claro”. SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 103. Similar criterio se encuentra en la Sentencia del Exp. 1058/2004-AA/TC, f.j. 17.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional Español (STCE) 186/2000, de 10 de julio. Ver el comentario realizado por MONTOYA MELGAR, Alfredo, "Sentencia 185/2000, de 10 de julio. Control del trabajador desleal y alcance del derecho a éste a la intimidad" en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, ed. Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Madrid: Civitas, 2000), 315-318.

²⁴ Se admitió la presencia del notario, para que certificara cómo un técnico informático grababa en un CD el contenido de la computadora, el cual, junto con un segundo CD y la CPU fueron retirados en su presencia. El notario procedió al traslado de este material a la Notaría, para su ulterior precinto y posterior presentación como medios de prueba en el juicio. Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) Galicia de 30 mayo 2003 (AS 2003\3128). La licitud de esta práctica ha sido confirmada indirectamente por la STS 26 septiembre 2007 (recurso 966(2006)).

personal de acceso y estaba conectado a la red de la empresa, pero que se había negado a la instalación de filtros para el acceso a Internet²⁵.

Si el empresario comprueba que el trabajador ha utilizado la computadora para fines personales, el control que está facultado a realizar debe llegar “a lo que la verificación de la infracción exige”²⁶. Esto implica que, en algunos casos sea necesario leer el íntegro del archivo o documento, que puede tener un contenido extralaboral perjudicial a los legítimos intereses empresariales.

Por otro lado, no existen dudas de la improcedencia de una medida de control que vulnere derechos fundamentales. En estos casos, el consentimiento del trabajador será irrelevante para determinar la licitud o proporcionalidad de la medida impuesta por el empresario²⁷, ya que por ser ilícita no tendrá valor judicial (art. 2.10 de la Constitución del Perú. En España se advierte una regulación similar en los arts. 90 de la Ley Procesal Laboral {LPL} y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial {LOPJ}).

3. El uso indebido de la computadora

El empleo de la informática en la actividad empresarial presenta, junto con importantes progresos, nuevas perturbaciones en los espacios de intimidad del trabajador²⁸. En el caso concreto de la computadora, entregada al trabajador como instrumento de trabajo, no debe perderse de vista que el titular de ese bien es el empresario. Por tanto, para comprobar el uso adecuado de un instrumento de producción no son exigibles los mismos requisitos que han sido establecidos en el Derecho comparado para revisar las taquillas o de los efectos personales del trabajador (ET, art. 18), puesto que son supuestos distintos²⁹.

A la vez, teniendo en cuenta que es en la empresa donde el trabajador pasa la mayor parte de su jornada, resulta relativamente frecuente que utilice en ocasiones, ese instrumento de trabajo para asuntos personales y/o para comunicarse a través del correo electrónico con

²⁵ El Auto del TSE de 30 abril 2004 (JUR 2004\149766) al declarar la improcedencia del recurso de casación dejó firme la sentencia de suplicación que había declarado la legalidad de las medidas de control, así como el despido de un trabajador, que utilizó indebidamente la computadora, según se pudo comprobar de los datos obtenidos de un programa “espía”, instalado en la máquina, sin su consentimiento, al negarse a que pusieran filtros de acceso a Internet a páginas pornográficas.

²⁶ Cfr. SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 105.

²⁷ MARÍN ALONSO, Inmaculada, *El poder empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005, 217-218.

²⁸ Un estudio, basado fundamentalmente en las disposiciones del Estatuto italiano, pero aplicables a la realidad peruana se encuentra en GAETA, Lorenzo, “La dignidad del trabajador y las “perturbaciones” de la innovación” en *Autoridad y democracia en la empresa*, ed. Joaquín Aparicio Tovar y Antonio Baylos Grau (Madrid: Trotta, 1992), 63-76.

²⁹ Cfr. STS 26 septiembre 2007 (recurso 966/2006).



personas o por cuestiones ajenas al trabajo y/o para visitar páginas de Internet, que no se relacionan con la labor que tiene encomendada. En principio, ante cualquiera de estos supuestos nos encontraríamos frente a un incumplimiento contractual, que debería ser sancionado en forma proporcional a su gravedad³⁰. Sin embargo, deberá tenerse en cuenta que “por nimiedades”, como sería tener unos archivos personales o imprimir algunas hojas de contenido extralaboral, “no pueden proceder medidas trascendentales”³¹. En consecuencia, la conducta del trabajador se debe evaluar teniendo en cuenta su culpabilidad, medida en términos de dolo o negligencia inexcusable; el perjuicio que ocasione, sea moral³² 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 ordenador³³.

De aquí, que el despido, sólo sería procedente si se acreditase 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”³⁴, es un principio que debe ser matizado.

4. El uso indebido del correo electrónico y el secreto de las comunicaciones

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 personales³⁵. 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 rigorista³⁶. 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)

³⁰ Esta falta se encuentra tipificada en el art. 25 c) de la LPCL, cuando se refiere a la utilización indebida de los bienes del empleador. La doctrina académica española entiende que “...el uso autorizado de ordenadores para asuntos propios no plantea ningún problema, {pero} el no autorizado genera responsabilidades de los trabajadores”. MONTROYA MELGAR, Alfredo; GALIANA MORENO, Jesús M.; SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 6ª rev. y puesta al día ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005, 146.

³¹ Cfr. SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 24.

³² Utilizo esta palabra en su acepción genérica, incluyendo en ella, por ejemplo, las ofensas o los actos discriminatorios.

³³ Cfr. SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 78-79.

³⁴ *Ibidem.*, 24.

³⁵ Cfr. el estudio estadístico citado por *Ibidem.*, 73.

³⁶ “Treinta segunda bastan para enviar tres mensajes de correo electrónico, con lo que el argumento de la disminución de rendimiento perdería fuerza”. *Ibidem.*, 78.

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 contractual³⁷.

Antes de la Sentencia de Casación para la Unificación de Doctrina de la Sala Social del Tribunal Supremo español de fecha 26 septiembre 2007 (recurso 966/2006), un sector de la doctrina laboral española entendía que el correo electrónico tendría una absoluta protección del secreto de las comunicaciones reconocida en el art. 18.3 CE, aún cuando se utilizase un canal de propiedad del empresario³⁸. Similar postura se advierte en un sector de la doctrina peruana³⁹, –aunque es criticada por otra⁴⁰–, a la luz de la interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado del art. 2.10 CP en el Expediente 1058-2004-AA/TC.

El secreto de las comunicaciones es un derecho diferente al de la intimidad⁴¹ 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 privada⁴². La duda que se plantea es 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. Tanto en el Perú como en España, el derecho a la intimidad personal y familiar consagrada en las Constituciones de ambos países guarda un estrecho parentesco con el secreto de las comunicaciones y, en especial, con el de las postales, telegráficas y telefónicas, cuya interceptación significa “una grave injerencia”⁴³. La protección constitucional al secreto de las comunicaciones “se presenta como una garantía formal, que protege la reserva o privacidad de la comunicación, sea cual sea el contenido de la misma”⁴⁴. Por tanto, se garantiza tanto la libertad de comunicación como “la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas”⁴⁵.

Estos derechos fundamentales y libertades públicas, tienen espacio en la relación jurídico-laboral, dentro de las reglas de la buena fe y de las obligaciones asumidas por las

³⁷ Cfr. la doctrina jurisprudencial recogida por *Ibidem.*, 76-77.

³⁸ Cfr. MARÍN ALONSO, *El poder empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, 131 y ss, SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 81 y ss.

³⁹ Cfr. DEL RÍO TIMANÁ: CXLIV, MARGARAY BRIGNOLE, “La transparencia del trabajador y la posible afectación de su privacidad,” 94.

⁴⁰ Cfr. VV. AA., “Jurisprudencia Laboral,” *Análisis Laboral* (2004): 33.

⁴¹ Ver la detallada fundamentación que realiza al respecto MARÍN ALONSO, *El poder empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, 115-125.

⁴² Cfr. DESANTES GUANTER, *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, 111-112.

⁴³ Sentencias del TCE 85/1994 y 36/1996 (RTC 1994, 85 y 1996, 36).

⁴⁴ MERCADER UGUINA, Jesús R., “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?,” *Relaciones Laborales*, no. I (2001): 677.

⁴⁵ STCE 114/1984 (RTC 1984/114).



partes. Por tanto, si la empresa proporciona a los trabajadores el correo electrónico únicamente para fines laborales y advierte del posible control sobre su contenido⁴⁶, el trabajador que lo emplee para fines personales, está renunciando al secreto de esa comunicación en relación al empresario, pero no frente a terceros⁴⁷. En consecuencia, el control que realice el empresario en estos casos, no vulneraría ‘una expectativa razonable de intimidad’ en los términos que establecen las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (caso Halford) y 3 de abril de 2007 (caso Copland)⁴⁸.

Las facultades empresariales para controlar el uso del correo electrónico no han sido reglamentadas por la legislación vigente, pero deben ser interpretadas de acuerdo “a la correspondiente doctrina del TC sobre modulación de derechos fundamentales y poderes empresariales en el contrato de trabajo”⁴⁹. Lamentablemente, en el Perú sólo existe una sentencia que se haya pronunciado sobre este tema: la que resolvió la acción de amparo de un trabajador de Serpost S.A., por utilización indebida del correo electrónico que, aunque afirme lo contrario, vacía de contenido la potestad de control y, lo que es más grave, desvirtúa las exigencias del deber de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones laborales⁵⁰. Esta sentencia contiene varias afirmaciones carentes del debido sustento jurídico, que justifica un análisis detallado.

En primer lugar, califica la correspondencia que se emite o recibe a través del correo electrónico facilitado por la empresa para fines laborales, como de carácter absolutamente privado. Entiende el TC que el empleo de los instrumentos de comunicación por los trabajadores incluye “determinados elementos de autodeterminación personal”, que están referidos a derechos fundamentales (f.j. 17). Sin negar la evidencia de esta afirmación, no podemos absolutizarla, al punto de exigir en el ámbito laboral, lo que no es exigible en ninguna otra rama del Ordenamiento: la autorización judicial en todos los casos en que se pretenda conocer el contenido de la correspondencia. El análisis de las disposiciones de la Constitución y del Código Civil y Penal que tratan sobre el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones impone realizar dos precisiones: a) que la correspondencia a la que se refieren esas normas, es la estrictamente privada, que no ha sido objeto de ninguna cesión jurídica, por consentimiento del titular; b) que la intervención del juez es, en todos los casos, supletoria, es decir, cuando no existe pacto o consentimiento para develar el secreto de esas comunicaciones. Por tanto, estos supuestos deben ser matizados en la relación laboral, porque al ser el trabajador un ciudadano con iguales derechos a los demás, tiene la potestad de

⁴⁶ Las experiencias en el Derecho comparado se pueden revisar en MERCADER UGUINA, "Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?," 680-681.

⁴⁷ STSJ Cataluña 14 noviembre 2000 (AS 2000/3444). Esta es la línea jurisprudencial mayoritaria en los Tribunales Superiores de Justicia en España.

⁴⁸ Cfr. STS 26 septiembre 2007 (recurso 966/2006).

⁴⁹ SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 89.

⁵⁰ Sentencia recaída en el Expediente 1058-2004-AA/TC.

otorgar su consentimiento para que se revise la correspondencia que envíe o reciba en una cuenta de correo electrónico facilitada por la empresa para fines productivos⁵¹: esa cesión no es contraria a la dignidad ni al contenido esencial de los derechos constitucionales. El trabajador al recibir la cuenta de correo electrónico de la empresa, adquiere la obligación cualificada de utilizar ese bien para cumplir con la prestación laboral (art. 25 c) LPCL). En consecuencia, la intervención del juez se encuentra plenamente justificada sólo cuando falta el consentimiento expreso del trabajador a ser sometido a la fiscalización del buzón que le ha sido facilitado por la empresa⁵².

En la sentencia del TC bajo comentario, la inclusión expresa de este deber en el Reglamento Interno de Trabajo (art. 110) constituía para el empleador la expresión cabal del conocimiento que el trabajador tenía de esta medida de control y, por tanto, de las sanciones que podía recibir en caso de incumplirlo. Sin embargo, a juicio del TC no fue suficiente para considerar otorgado el consentimiento para esa fiscalización y ha declarado la necesidad de iniciar un proceso judicial para poder acceder a esa correspondencia. Por tanto, no se admite un consentimiento tácito, de allí que sea aconsejable que el trabajador firme un documento en el que exprese su consentimiento a que el empresario conozca y revise la correspondencia que emita o reciba por medio de la cuenta de correo electrónico que le ha sido facilitada para su labor. Podría también emitir esa declaración utilizando el buzón electrónico asignado por la empresa, en comunicación dirigida al Jefe de Relaciones Industriales o de Personal. Lo importante es que pueda demostrarse, en forma indubitable, el consentimiento realizado previamente para ese control y fiscalización.

En cambio, solicitar el consentimiento del trabajador para que el empresario revise y controle la cuenta de correo personal que pudiera tener en Internet, equivaldría a solicitar la renuncia genérica, en términos que afectan la dignidad del trabajador, del derecho fundamental a la intimidad y al secreto a las comunicaciones reconocido en la CP. Al no ser esa cuenta de correo un bien entregado por el empleador para fines laborales, no puede ser objeto del contrato de trabajo ni de medidas de control o vigilancia. En estos casos, el trabajador puede lícitamente oponer resistencia a la vigilancia empresarial, que tendrá que solicitar autorización judicial para poder acceder a esa correspondencia, tal como establece la normativa constitucional y legal antes mencionada⁵³.

⁵¹ El art. 16 del CC establece que “la correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario”.

⁵² Criterio similar se puede utilizar para controlar los documentos que se reciban en una casilla o buzón físico de la empresa.

⁵³ El Dec. Leg. 910 tiene una omisión, que debería ser corregida prontamente, al no haber calificado como falta de tercer grado, pasible de la máxima multa, la conducta empresarial que vulnere la dignidad y los derechos constitucionales del trabajador.



En resumen, entendemos que el TC ha declarado la necesidad de iniciar un procedimiento judicial para verificar el contenido de las comunicaciones que se emitan o reciban por medio del correo electrónico que ha sido facilitado por el empresario, sólo cuando no se cuente con la aceptación expresa del trabajador o cuando se trate de una cuenta personal del trabajador, que no ha sido objeto del contrato de trabajo. Lo contrario equivaldría a negar la capacidad jurídica de los trabajadores para ceder lícitamente espacios de privacidad y, a la vez, la imposición de una carga excesivamente onerosa para verificar la utilización indebida de un bien entregado para fines previamente acordado por las partes. No se podría en este caso argumentar la violación de un derecho fundamental porque el pacto laboral implica la cesión de un espacio de privacidad que no afecta la dignidad humana, ya que el trabajador no renuncia a su intimidad ni al secreto de sus comunicaciones in genere, sino únicamente ante el empresario y para la correspondencia recibida o emitida en la cuenta de correo electrónica entregada para fines laborales.

Por otro lado, el TC confunde dos incumplimientos laborales: el del acoso sexual con el del empleo indebido de los bienes de propiedad del empresario. En el f.j. 14 de esta sentencia se afirma que la denuncia tendría que haber sido realizada por “el supuesto agraviado” por el envío de los correos y no por el trabajador que había empezado a utilizar la computadora en la que constaban dichos mensajes. Sin embargo, no se trata de un supuesto de acoso sexual laboral, que es el que justificaría que sea el receptor del correo quien denuncie el hecho, sino de la comprobación del uso indebido y de la defraudación de la confianza depositada en un Jefe de Auditoría que había empleado el instrumento de trabajo para fines extralaborales. Por otro lado, el Tribunal invade el campo de la legalidad ordinaria al evaluar la proporcionalidad de las sanciones previstas en el Reglamento Interno de la empresa y entender que aplicar la sanción del despido por la utilización indebida del correo electrónico, “tergiversa el alcance del debido proceso” en sus aspectos formales y sustantivos (f.j. 8). El debido proceso no ha sido vulnerado pues la empresa cumplió con comunicar la falta y tipificarla, así como sancionarla, de acuerdo a su normativa interna, aunque al Tribunal, ignoramos por qué motivos, parece querer “menguar responsabilidades”⁵⁴.

De acuerdo al art. 108 del Reglamento Interno de Serpost S.A. la sanción se aplica teniendo en cuenta la gravedad de la falta y los antecedentes del trabajador. La sentencia bajo comentario no aporta elementos suficientes para evaluar los antecedentes del trabajador, pero resulta una falta cualificada, de especial gravedad, que sea precisamente el Jefe de la Auditoría Interna de la empresa, es decir, la persona en quien confía la organización empresarial para verificar la correcta utilización de sus bienes, quien los utilice no sólo para fines ajenos a la organización, sino para enviar correos, que la jurisprudencia española ha calificado como “ofensivos”, para el respeto debido a la dignidad humana⁵⁵. Considerar

⁵⁴ VV. AA., "Jurisprudencia Laboral," 32.

⁵⁵ Cfr. SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 99-102.

“absolutamente desproporcionado e irrazonable” aplicar la sanción de despido evidencia únicamente la distinta valoración axiológica de los miembros del TC, respecto a la Sala Laboral, pero en modo alguno, una mejor interpretación teleológica de las disposiciones de la Constitución y de las normas y principios que rigen la relación laboral.

Tampoco se puede silenciar que el TC entiende que se vulneró el debido proceso porque el empleador no comunicó al trabajador en la carta de despido, todas las pruebas con las que contaba sobre la falta cometida (f.j. 10). Esta obligación no se encuentra ni en la Constitución ni en las normas procesales laborales. Por tanto, presentar un medio de prueba con la contestación de la demanda, no sólo no es contrario al deber de buena fe, sino que constituye el legítimo ejercicio de los derechos laborales, en consonancia con el Ordenamiento vigente (art. 21.4 Ley Procesal de Trabajo). La obligación legal del empresario consiste en tipificar adecuadamente la falta y no en presentar los medios de prueba, mientras que para el Juez será la de velar para que no se vulnere el derecho de defensa de la parte débil de la relación laboral. Por otro lado, no puede negarse que la computadora que debió ser sometida a control y verificación notarial fue la del trabajador despedido, lo cual pudo haberse realizado en su presencia o ante la de un notario, para que diese fe pública de su contenido.

Finalmente, tal como lo ha puesto de manifiesto la Sala Social del Tribunal Supremo Español, en la sentencia en Casación que estamos comentando, la tolerancia del empresario en el uso de la computadora y el correo electrónico genera una expectativa de confidencialidad en su uso, que no puede “convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio” (sic). Queda, pues en evidencia una vez más, que es el deber de buena fe el que ayuda a delimitar el contenido obligacional de las prestaciones debidas por las partes en conflicto.

En conclusión, la función de intérprete supremo de la Constitución, que corresponde al Tribunal Constitucional (art. 1 LO 28301) obliga a los Jueces y Tribunales del Poder Judicial a interpretar y aplicar las leyes y cualquier otra norma con rango de ley, conforme a la interpretación que realice ese Tribunal, bajo responsabilidad (Disposición Final Primera de la LO 28301). Por tanto, entendemos que la interpretación teleológica de esta sentencia con el resto del Ordenamiento nacional, así como con el Derecho comparado, exige iniciar un procedimiento judicial para conocer el contenido de la correspondencia emitida o recibida por un trabajador a través del correo electrónico facilitado por la empresa, sólo cuando éste



no haya otorgado su consentimiento expreso para esa fiscalización⁵⁶. Lo contrario llevaría a convertir en inoperante el poder de control del empresario o a permitir, bajo la apariencia de respeto a la dignidad, intimidad y secreto a las comunicaciones, lo que sería una banalización de los derechos fundamentales al viciar su contenido, calificando como derecho lo que no pasaría de ser una conducta netamente antijurídica⁵⁷.

La tecnología informática en las comunicaciones exige nuevas respuestas, que aún cuando puedan ser incluidas en un Código de Conducta empresarial, como se ha propuesto⁵⁸, tendrán siempre un margen de discrecionalidad, en el que si se tiene en cuenta el respeto debido a la dignidad humana, se evitará el abuso del derecho, tanto de parte del trabajador, como del empresario. Por eso, confiamos en que estas reflexiones contribuyan a delimitar mejor los límites del poder de vigilancia del empresario en las relaciones laborales, dentro del respeto exigido a su intimidad y al mutuo deber de actuar de buena fe, analizados a la luz de la jurisprudencia laboral de países con alto nivel de protección social, como es el España.

Chiclayo, 27 de agosto de 2008

BIBLIOGRAFÍA

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

DEL RÍO TIMANÁ, Dalia. *Revista Peruana de Jurisprudencia*, no. 47: CXXXV-CLVI.

DESANTES GUANTER, José María / SORIA, Carlos. *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, Madrid, Asociación de la Prensa de Madrid, 1991.

⁵⁶ Criterio similar es el que ha adoptado la más reciente doctrina académica española después de la STS 26 septiembre 2007 (recurso 966/2006). Cfr. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio; MERCADER UGUINA, Jesús R., "La prueba electrónica y el control de los medios informáticos de los trabajadores en la reciente doctrina del Tribunal Supremo," *Justicia Laboral*, no. 32 (2007).

⁵⁷ Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo, "Sentencia 6/1995, de 10 de enero. Poder del empresario y libertad de expresión del trabajador" en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, ed. Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Madrid: Civitas, 1995), Vol. XIII: 41-45.

⁵⁸ Cfr. MERCADER UGUINA, "Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?," 683.

- GAETA, Lorenzo. "La dignidad del trabajador y las "perturbaciones" de la innovación" en *Autoridad y democracia en la empresa*, editado por Joaquín Aparicio Tovar y Antonio Baylos Grau, 63-76. Madrid: Trotta, 1992.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio; MERCADER UGUINA, Jesús R. "La prueba electrónica y el control de los medios informáticos de los trabajadores en la reciente doctrina del Tribunal Supremo." *Justicia Laboral*, no. 32 (2007): {8}-{11}.
- GONZÁLEZ GAITANO, Roberto. *El deber de respeto a la intimidad*, Pamplona, EUNSA, 1990.
- GOÑI SEIN, José Luis. *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Madrid, Civitas, 1988.
- MARGARAY BRIGNOLE, Carlos Eduardo. "La transparencia del trabajador y la posible afectación de su privacidad." *Diálogo con la Jurisprudencia*, no. 76 (2005): 89-95.
- MARÍN ALONSO, Inmaculada. *El poder empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. "Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?" *Relaciones Laborales*, no. I (2001): 665-685.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. "Sentencia 6/1995, de 10 de enero. Poder del empresario y libertad de expresión del trabajador" en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, editado por Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar, Vol. XIII: 41-45. Madrid: Civitas, 1995.
- . "Sentencia 185/2000, de 10 de julio. Control del trabajador desleal y alcance del derecho a éste a la intimidad" en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, editado por Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar, Vol. XVIII: 315-318. Madrid: Civitas, 2000.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo; GALIANA MORENO, Jesús M.; SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; RÍOS SALMERÓN, Bartolomé. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. 6ª rev. y puesta al día ed, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005.
- OLLERO, Andrés. "La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal." *Pensamiento y Cultura*, no. 3 (2000): 157 - 166.



PACHECO ZERGA, Luz. *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2007.

———. "Respeto a la dignidad humana y deber de buena fe." *Análisis Laboral*, no. 354 (2006): 7-9.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, tirant lo blanch, 1990.

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

VV. AA. "Jurisprudencia Laboral." *Análisis Laboral* (2004): 28-34.

———. *Tecnología Informática y Privacidad de los Trabajadores*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003.