

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA**  
**ESCUELA DE POST GRADO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**




**NECESIDAD DE REGULAR EN EL DECRETO LEGISLATIVO 728, LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL, EL DERECHO AL SECRETO Y A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS FRENTE A LA FACULTAD FISCALIZADORA DEL EMPLEADOR, PARA EVITAR DESPIDOS ARBITRARIOS A PARTIR DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, AÑOS 2009-2013**

**Tesis presentada por el Bachiller:**  
**EDWAR STIP YABAR OLARTE**  
**Para optar el Grado Académico de:**  
**MAGISTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**AREQUIPA - PERÚ**

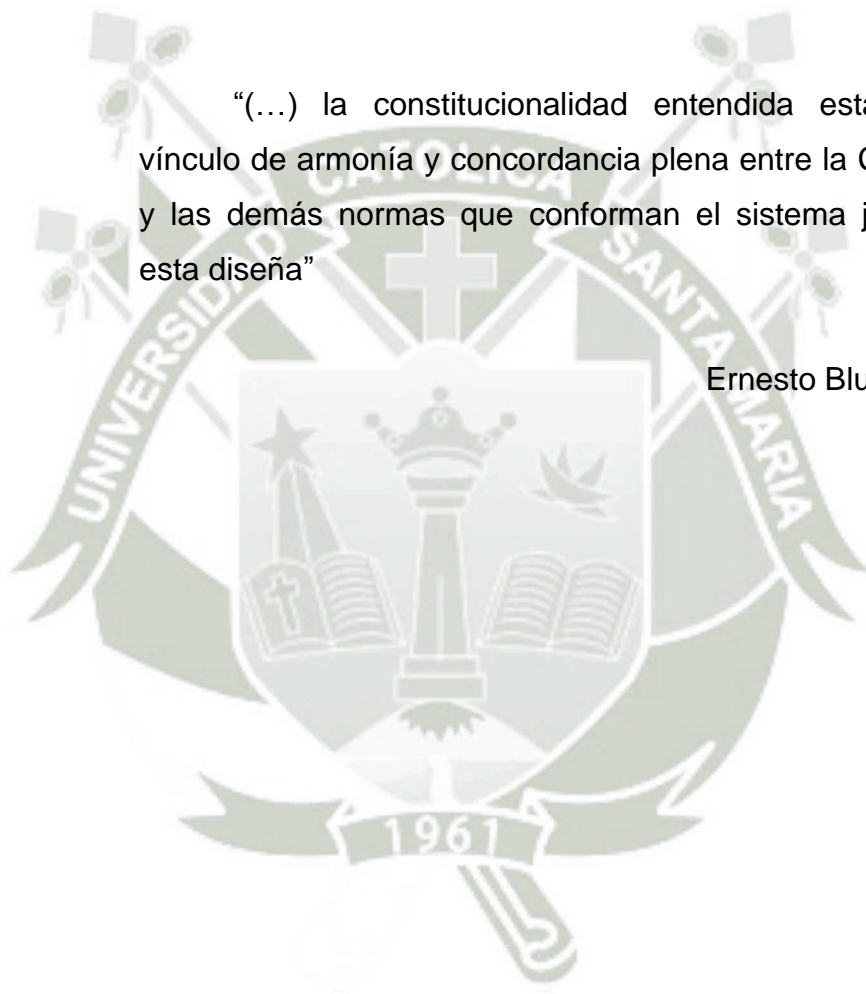
**2015**



La presente investigación se logró gracias al apoyo de mis padres, ejemplo de honestidad y superación constante.. motores de mi vida.

“(…) la constitucionalidad entendida esta como el vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que esta diseña”

Ernesto Blume Fortini



## INDICE GENERAL

RESUMEN.....	6
ABSTRACT.....	7
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
DECRETO LEGISLATIVO 728.....	10
TÍTULO I.....	10
LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL.....	10
A) Naturaleza jurídica.....	12
B) Principios Fundamentales.....	12
1. Principio protectorio.....	12
2. Principio de irrenunciabilidad de los derechos.....	13
3. Principio de continuidad de la relación laboral.....	13
4. Principio de primacía de la realidad.....	14
5. Principio de buena fe.....	14
6. Principio de equidad.....	14
7. Principio de gratuidad.....	14
8. Principio de razonabilidad.....	14
I.1. Relaciones Laborales entre Trabajadores y Empleadores.....	15
I.1.1. Contrato de Trabajo.....	15
A) Elementos.....	16
B) Caracteres.....	17
C) Suspensión del Contrato de trabajo.....	17
C.1) Causas de Suspensión.....	18
D) Extinción del Contrato de trabajo.....	18
D.1) Causas Justas de Despido.....	19
I.1.2. Relación Laboral.....	23
I.2. Estabilidad Laboral.....	25
I.3. Despido.....	27
I.3.1. Despido Arbitrario.....	29
I.3.2. Despido Nulo.....	31
TÍTULO II.....	32
LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL.....	32
II.1. El grado de intromisión del empleador.....	33
II.1.2. El buen uso de las herramientas laborales.....	35
TITULO III.....	39
III.1. El derecho a la intimidad.....	39
III.2. El Derecho al secreto y la inviolabilidad de comunicaciones.....	39
TÍTULO IV.....	42
JURISPRUDENCIA.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
IV.1 JURISPRUDENCIA PERUANA.....	42
1.- STC recaída en el EXP. N.° 03599-2010-PA/TC.....	42
2.- STC recaída en el EXP. N.° 00114-2011-PA/TC.....	45
3.- STC recaída en el EXP. N.° 04224-2009-PA/TC.....	47
IV.2 JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.....	52
CAPITULO II - TÍTULO ÚNICO.....	57

RESULTADOS.....	57
CONCLUSIONES.....	67
SUGERENCIAS .....	68
PROYECTO DE LEY.....	69
BIBLIOGRAFÍA .....	70
ANEXO I - PROYECTO DE INVESTIGACIÓN.....	72



## RESUMEN

La Ley de Productividad y Competitividad laboral ha permitido el establecimiento de mejores condiciones laborales para los trabajadores; sin embargo, a medida que el tiempo avanza las leyes no pueden mantenerse estáticas.

El poder de fiscalización que tiene el empleador al supervisar la labor del trabajador se puede desarrollar libremente, claro que éste no podría afectar derechos fundamentales del trabajador; en el caso de que un trabajador utilice un medio técnico o informático de la empresa para tener conversaciones privadas, genera un conflicto de derechos, en este caso se encuentra la facultad fiscalizadora del empleador frente al Derecho del secreto de las comunicaciones, he aquí donde se tiene un problema de investigación.

La presente investigación presencia casos en los cuales se verifica que el empleador a través de su facultad fiscalizadora, interviene comunicaciones privadas del trabajador vulnerando de esta manera un derecho fundamental, y además de ello se puede comprobar en dichos casos el despido de los trabajadores; estos casos generan la preocupación de establecer si la Ley de Productividad y Competitividad Laboral puede garantizar la protección adecuada al trabajador.

Los casos analizados proponen una solución ante el conflicto entre la facultad fiscalizadora del empleador y la vulneración del derecho del secreto de las comunicaciones, esta solución plantearía la necesidad de regular la protección de las comunicaciones privadas de los trabajadores y así de esta forma evitar los despidos arbitrarios.

## ABSTRACT

The Law of Productivity and Competitiveness labor has allowed the establishment of better working conditions for workers; however as time progresses laws can not remain static.

The power control for the employer to monitor the work of the worker can develop freely, clear that this would not affect fundamental rights of workers; in the case of a worker using a technical or computer through the company to have private conversations, creates a conflict of rights in this case is the supervisory authority of the employer against the right of privacy of communications, here is where you have a research problem.

This research present cases in which an employer is verified through its supervisory authority intervenes private communications worker thus violating a fundamental right, and it also is apparent in such cases the dismissal of workers; These cases raise the concern to establish whether the Law of Productivity and Competitiveness can ensure adequate worker protection.

The cases analyzed propose a solution to the conflict between the supervisory authority of the employer and the infringement of the right of privacy of communications, this solution would raise the need to regulate the protection of private communications workers and so thus avoid layoffs arbitrary.

## INTRODUCCIÓN

La relación de subordinación que tiene el empleador con el trabajador permite que el primero de los nombrados pueda fiscalizar en cualquier momento la labor del trabajador; sin embargo, debemos de tener en cuenta que este poder fiscalizador no se puede exceder, o en su caso, transgredir derechos del trabajador.

En el presente informe se encuentra el esquema de problematización que la investigación va a seguir, el problema que se tiene es el conflicto entre la facultad fiscalizadora del empleador y el Derecho al secreto y la inviolabilidad de comunicaciones privadas, y que el exceso de esta facultad justifique los despidos arbitrarios, dicho esto nuestro problema sería la necesidad de regular en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral el derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas frente a la facultad fiscalizadora del empleador.

Para fundamentar una posible solución al problema, el presente informe en el Primer Capítulo desarrolla de manera específica cada variable e indicador que surgen del problema de investigación, en este caso se necesita profundizar en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en este punto se precisa aspectos como el contrato de trabajo, la estabilidad laboral que son instituciones que nos ayudan a analizar nuestras unidades de estudio; la facultad de fiscalización del empleador (Libertad de empresa), este punto se desarrolla a raíz de la necesidad de establecer que límites o dónde fundamenta su derecho; el despido, es necesario desarrollar esta institución dado que las unidades de estudio van a demostrar la existencia del exceso de la facultad fiscalizadora del empleador frente al derecho al secreto e inviolabilidad de comunicaciones privadas, este último derecho se desarrolla dentro de dicho Capítulo porque se debe de establecer donde nace este derecho fundamental.

La recopilación y análisis de las unidades de estudio nos permiten comprobar los objetivos de la investigación, en este caso el desarrollo de nuestros Resultados se encuentran en el Segundo Capítulo, a partir de las diferentes sentencias del Tribunal Constitucional que sacan a relucir las variables independientes y dependientes de la investigación, lo cual permite comprobar la existencia de la vulneración del Derecho al secreto de las comunicaciones de los trabajadores que enfatiza el exceso en el poder de fiscalización del empleador ocasionando despidos arbitrarios.



## **CAPITULO I**

### **DECRETO LEGISLATIVO 728**

“Regulación del Decreto Legislativo N° 728 respecto del derecho al secreto e inviolabilidad de comunicaciones del trabajador”

### **TÍTULO I**

#### **LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL**

Antes de iniciar el presente capítulo debemos de mencionar un concepto general de lo que se entiende por el derecho del trabajo, este derecho a diferencia de otras ramas del derecho, lo que busca es “proteger los derechos del trabajador frente al empleador<sup>1</sup>. El derecho del trabajo tiene cuatro partes bien diferenciadas; la primera es el derecho individual del trabajo y el derecho colectivo del trabajo – estas dos partes constituyen su contenido esencial-; asimismo estas dos partes se suman el derecho internacional del trabajo y el derecho procesal del trabajo, hasta aquí entendemos que el derecho individual del trabajo en el Perú se materializa a través de la Ley de Productividad y Competitividad laboral, el cual se ocupa de las relaciones de los sujetos individualmente considerados, esto significa la regulación

---

<sup>1</sup> OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, 1996, Buenos Aires, p. 321.

de los derechos del trabajador y por otro del empleador, claro no olvidamos las leyes que regulan el ámbito de aplicación de los trabajadores de la administración pública; sin embargo, para el caso en particular nos centraremos en la Ley de Productividad y Competitividad laboral.

El Derecho al trabajo parte del artículo 22 de la Constitución actual que establece "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona". Otra perspectiva sería el artículo 42 de la Constitución de 1979 en la que se inspira la norma vigente, el cual establecía lo siguiente: "(...) El trabajo es un derecho y un deber social. Corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil y que los protejan contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones (...)".

De acuerdo con Víctor García Toma las normas constitucionales pueden ser declarativas, operativas o autoaplicativas, o normas programáticas o de principio. Las primeras "son aquellas que resumen su contenido en la manifestación de una mera proclama a pesar de carecer de contenido jurídico, sirven como pautas interpretativas. Las normas operativas o autoaplicativas las conceptúa el indicado autor como aquellas, que funcionan per se, es decir se bastan a sí mismas. Se trata de preceptos autosuficientes y directamente aplicables; por ende, no requieren ni exigen la dación de normas reglamentarias para alcanzar eficacia"<sup>2</sup>. En cuanto a las normas programáticas o de principio, García Toma manifiesta que "... se encuentran atadas, para alcanzar plena eficacia a la existencia futura de determinados niveles de desarrollo socioeconómico, así como a la dación de una legislación reglamentaria. Es el caso de muchos derechos de carácter social (vivienda, seguridad social, etc.). Son, per se, imperfectas o incompletas"<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> GARCÍA TOMA, Víctor. TEORIA DEL ESTADO Y DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Adrus, Lima, 2010, p. 624

<sup>3</sup> Ibídem.

## A) Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de la Ley de Productividad y Competitividad aprobada por el decreto Legislativo N° 728, se concentra en cuatro objetivos<sup>4</sup>, el primero es fomentar el crecimiento de los trabajadores en un entorno laboral, el segundo objetivo conducir la actividad de baja productividad hacia actividades de mayor actividad, el tercer objetivo es garantizar los derechos laborales de los trabajadores –vale decir que garantiza los derechos constitucionales del trabajador- frente a un despido arbitrario, y por último el cuarto objetivo es equilibrar y consolidar las normas de contratación laboral así como los beneficios; según el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo<sup>5</sup> la presente Ley se concentra en regular las relaciones entre trabajadores individuales y empleadores.

Desde nuestra perspectiva la Ley de Productividad y Competitividad constituye todo el conjunto de principios y normas jurídicas que protegen los derechos del trabajador frente al empleador, es necesario precisar que no se regula la conducta del trabajador, sino por el contrario protege actuaciones que puedan vulnerar su libre desarrollo, esto quiere decir que la Ley de Productividad y Competitividad tiene su naturaleza jurídica en el trabajo humano libre y personal, la relación de dependencia caracterizada por la subordinación y la remuneración como contraprestación.

## B) Principios Fundamentales

Dentro de la legislación laboral privada, se tiene diversos principios que se caracterizan por la protección del trabajador; dentro de los diversos principios laborales desarrollaremos los principios de más relevancia, estos son:

**1. Principio protectorio.** Tiene como finalidad proteger la dignidad del trabajador en su condición de persona humana. Consiste en distintas técnicas dirigidas a

---

<sup>4</sup> RENDON VÁSQUEZ, Jorge. Derecho del Trabajo- Teoría General I, GRIJLEY, Segunda Edición, 2007, p. 7.

<sup>5</sup> "Portal del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo" [en línea]. Consulta: 05 de octubre de 2013.  
<<http://www.trabajo.gob.pe/index.php>>

equilibrar las diferencias preexistentes entre trabajador y empleador<sup>6</sup>, este principio se manifiesta en tres reglas:

**a) In dubio pro operario:** Es una directiva dirigida al juez (o al intérprete) para el caso de existir una duda razonable en la interpretación de una norma, esta regla no es aplicable en los casos de valoración de pruebas en un litigio judicial, en el momento de fallar el juez debe tener la plena convicción de la razón de quien resulte vencedor en el pleito.

**b) Regla de la aplicación de la norma más favorable:** Así como en el caso anterior la duda recaía en la interpretación de una norma, aquí se presentan dos o más normas aplicables a una misma situación jurídica; en tal caso, el juez debe, necesariamente, inclinarse por aquella que resulte más favorable al trabajador, aunque sea de jerarquía inferior.

**c) Regla de la condición más beneficiosa:** Esta dispone que cuando una situación anterior es más beneficiosa para el trabajador se la debe respetar: la modificación debe ser para ampliar y no para disminuir derechos.

**2. Principio de irrenunciabilidad de los derechos:** La renuncia puede ser definida como “el abandono voluntario de un derecho mediante un acto jurídico unilateral”<sup>7</sup>. El derecho del trabajo considera que cuando el trabajador renuncia a un derecho, lo hace por falta de capacidad de negociación o por ignorancia, forzado por la desigualdad jurídico-económica existente con el empleador.

**3. Principio de continuidad de la relación laboral:** En caso de duda entre la continuidad o no del contrato de trabajo, debe resolverse en favor de la existencia de un contrato por tiempo indeterminado<sup>8</sup>. El contrato de trabajo tiene vocación de permanencia, esto otorga seguridad y tranquilidad al trabajador y se vincula con el

<sup>6</sup> ARÉVALO VELA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo, Lima, editorial GRIJLEY, 2008, p. 111.

<sup>7</sup> Op. Cit. p. 127.

<sup>8</sup> RENDON VÁSQUEZ, Jorge. Derecho del Trabajo- Teoría General I, GRIJLEY, Segunda Edición, 2007, p. 103.

concepto de estabilidad, es decir, la expectativa de conservar su empleo mientras cumpla adecuadamente con las obligaciones contractuales.

**4. Principio de primacía de la realidad:** Este principio otorga prioridad a los hechos, es decir, a lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad, sobre las formas o apariencias o lo que las partes han convenido: el contrato de trabajo es un “contrato-realidad”<sup>9</sup>. En caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos suscritos por las partes debe darse preferencia a los hechos.

**5. Principio de buena fe:** Es un principio y un deber de conducta recíproco de las partes que si bien no es específico del derecho del trabajo, adquiere esencial relevancia, ya que el contrato no sólo contiene prestaciones de carácter patrimonial, sino también deberes de conducta. Las partes están obligadas a obrar de buena fe<sup>10</sup>, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y un buen trabajador.

**6. Principio de equidad:** Puede definírsela como la justicia del caso concreto. Resulta de trascendental importancia cuando la aplicación de una norma a un caso determinado produce una situación desvaliosa o no querida por el propio legislador<sup>11</sup>.

**7. Principio de gratuidad:** Es el principio que garantiza el acceso gratuito de los trabajadores a la justicia para reclamar por sus derechos; se materializa en la eximición a los trabajadores del pago de la tasa de justicia. Se trata de evitar que los trabajadores resignen sus derechos por falta de recursos económicos<sup>12</sup>.

**8. Principio de razonabilidad:** Es un principio general del derecho que opera como filtro en la aplicación de interpretaciones “disvaliosas” de una norma o de

---

<sup>9</sup> Op. Cit. p. 132

<sup>10</sup> APARICIO VALDEZ, Luis. “Análisis Laboral”, enero 2000, Vol. XXIV, N° 271, p. 34-35.

<sup>11</sup> Ibídem, p. 35-36.

<sup>12</sup> APARICIO VALDEZ, Luis. “Análisis Laboral”, febrero 2000, Vol. XXIV, N° 272, p. 29

determinadas situaciones. Se trata de un accionar conforme a la razón y a determinadas pautas de conducta que resultan lógicas y habituales<sup>13</sup>.

## **I.1. Relaciones Laborales entre Trabajadores y Empleadores:**

### **I.1.1. Contrato de Trabajo.**

Para el autor Antonio de Juan, la materialización del contrato de trabajo cualquiera sea su forma y denominación, será siempre que una “persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de otra y bajo la dependencia de ésta, durante un periodo determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración”<sup>14</sup>. Se debe tener en cuenta que las cláusulas del contrato, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales, y los usos y costumbres.

En la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por el Decreto Legislativo N° 728, se tiene en el Título primero el desarrollo del Contrato de Trabajo, en los ocho capítulos se establece todo lo referido al contrato de trabajo, entre estas instituciones están los elementos, causas de extinción, suspensión y demás caracteres del contrato de trabajo.

En el Primer Capítulo del Título I de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral se tiene la presunción del contrato de trabajo, los servicios de naturaleza laboral, la definición de remuneración y la subordinación. En el artículo 4° se establece que “[e]n toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”, en dicho artículo se puede extraer que los elementos del contrato de trabajo son la prestación de servicios personales, la remuneración y la subordinación. Si bien se tiene que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no define en estricto lo que constituye un contrato de trabajo, este puede tomar su definición a través de sus elementos

---

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> APARICIO VALDEZ, Luis. “Análisis Laboral”, junio 2000, Vol. XXIV, N° 276, p. 8.

**A) Elementos:**

Para Bertha Xiomara Ortega<sup>15</sup> los elementos del contrato de trabajo, consisten en los siguientes elementos:

- 1) Existe un acuerdo de voluntades para que cada parte cumpla sus obligaciones;
- 2) Se trata de un servicio personal;
- 3) El trabajador se obliga a poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo;
- 4) El empleador asume el compromiso del pago de una retribución;
- 5) El trabajo se pone a disposición de la empresa de otro, y el empresario lo organiza, lo aprovecha y asume los riesgos del negocio.

En la Ley de Productividad y Competitividad Laboral se tiene en el artículo 5°, 6° y 9° los elementos del contrato de trabajo; el artículo 5° establece que “[l]os servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa sólo por el trabajador como persona natural (...)”, a través de este artículo se tiene la prestación de servicios laborales; en el artículo 6° se tiene la definición de remuneración “[c]onstituye remuneración para todo efecto legal el integro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga siempre que sean de su libre disposición (...)”, ahora bien, en dicho artículo la remuneración se define como el pago a cambio de la prestación del servicio, haciendo un análisis la prestación personal de servicios no se dará a cambio de nada porque en ese caso estaríamos en los tiempos donde existía la esclavitud. Por último, se tiene el artículo 9°, artículo que establece “[p]or la subordinación el trabajador presta sus servicios bajo la dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas y sancionar disciplinariamente dentro de los límites de la razonabilidad cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador (...)”, el mencionado artículo establece la relación de dependencia que tiene el trabajador con el empleador, relación que constituye la subordinación.

---

<sup>15</sup>Citada en: Óp. Cit, p. 9.

## **B) Caracteres**

El contrato de trabajo para el autor Puntriano Rosas<sup>16</sup> tiene los siguientes caracteres:

- 1) Consensual: se perfecciona por el mero consentimiento de las partes.
- 2) Personal: es personalísimo respecto del trabajador y se sustenta en las características personales del contrato.
- 3) Carácter dependiente del trabajo: existe una subordinación técnica, jurídica y económica entre el trabajador y el empleador.
- 4) De tracto sucesivo: se desarrolla por medio de prestaciones repetidas en el tiempo; es un contrato de ejecución continuada.
- 5) No formal: hay libertad de formas ya que no se exigen formas determinadas para su celebración.
- 6) Oneroso: tiene contenido patrimonial, el contrato se presume oneroso y el pago de la remuneración es una obligación esencial del empleador.
- 7) Bilateral y sinalagmático: existe reciprocidad en las posiciones jurídicas, los derechos y obligaciones del trabajador se corresponden con los del empleador y viceversa.
- 8) Conmutativo: existe equivalencia en las prestaciones.

Extrayendo el contenido de los caracteres del contrato de trabajo, a diferencia de un contrato propiamente, el primero de los nombrados responden a sus elementos, vale decir, se traduce en la prestación personal de servicios, la remuneración y la subordinación.

## **C) Suspensión del Contrato de trabajo**

Según el artículo 11° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral se entiende por suspensión como “(...) el cese temporal de la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectiva, sin que desaparezca el vínculo laboral”, dicho artículo también señala

---

<sup>16</sup> Ibídem, p. 9.

la suspensión imperfecta la que se constituye “(...) cuando el empleador debe abonar remuneración sin contraprestación efectiva de labores”.

### **C.1) Causas de Suspensión**

Son causas de suspensión del contrato de trabajo conforme establece el artículo 12 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral:

1. La invalidez temporal;
2. La enfermedad y el accidente comprobados;
3. La maternidad durante el descanso pre y postnatal;
4. El descanso vacacional;
5. La licencia para desempeñar cargo cívico y para cumplir con el Servicio Militar Obligatorio;
6. El permiso y la licencia para el desempeño de cargos sindicales;
7. La sanción disciplinaria;
8. El ejercicio del derecho de huelga;
9. La detención del trabajador, salvo el caso de condena privativa de la libertad;
10. La inhabilitación administrativa o judicial por periodo no superior a tres meses;
11. El permiso o licencia concedidos por el empleador;
12. En caso fortuito y la fuerza mayor;
13. Otros establecidos por una norma expresa.

### **D) Extinción del Contrato de trabajo**

Para el autor Abanto Revilla la extinción del contrato de trabajo se rige bajo dos principios esenciales: “el primero es que las vacaciones no son compensables en dinero, a excepción de los casos de extinción del contrato de trabajo, el trabajador tiene derecho a percibir una indemnización por vacaciones proporcionales.

En caso de extinción del vínculo laboral, el trabajador percibe una indemnización porque no podrá gozar de las vacaciones; el resarcimiento consiste en un monto equivalente a las vacaciones que le hubieran correspondido según la

fracción del año trabajado (...)”<sup>17</sup>. Las causales de la extinción del contrato de trabajo se encuentran plenamente tipificadas en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral las cuales son según el artículo 16°:

- a) El fallecimiento del trabajador o del empleador, si es persona natural;
- b) La renuncia o retiro voluntario del trabajador;
- c) La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad;
- d) El mutuo disenso entre trabajador y empleador;
- e) La invalidez absoluta permanente;
- f) La jubilación;
- g) El despido, en los casos y forma permitidos por la ley;
- h) La terminación de la relación laboral por causa objetiva en los casos y forma permitidos por la presente ley.

## **D.1) Causas Justas de Despido**

### **D.1.1) Atribuibles a la capacidad del trabajador**

Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador según lo previsto por el artículo 23° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral los siguientes:

- a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas.
- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares;
- c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

---

<sup>17</sup> Autor: ABANTO REVILLA, Cesar. DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA “Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial”, GACETA JURÍDICA, Número 85, Lima, octubre 2005, p. 40.

### **D.1.2) Atribuibles a la conducta del trabajador**

Son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador según lo previsto por el artículo 24° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral las siguientes:

- a) La comisión de falta grave;
- b) La condena penal por delito doloso;
- c) La inhabilitación del trabajador.

Pasemos a desarrollar en que consiste cada una de las causas de despido relacionadas a la conducta del trabajador;

#### **A) Faltas graves**

Conforme se encuentra previsto en el artículo 25° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, constituyen falta grave la infracción de los deberes esenciales del trabajador, estas faltas son las siguientes:

a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad.

La reiterada paralización intempestiva de labores debe ser verificada fehacientemente con el concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o en su defecto de la Policía o de la Fiscalía si fuere el caso, quienes están obligadas, bajo responsabilidad a prestar el apoyo necesario para la constatación de estos hechos, debiendo individualizarse en el acta respectiva a los trabajadores que incurran en esta falta;

b) La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción, verificada fehacientemente con el

concurso de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, quien podrá solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa;

c) La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor;

d) El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja; y la competencia desleal;

e) La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad. La autoridad policial prestará su concurso para coadyuvar en la verificación de tales hechos; la negativa del trabajador a someterse a la prueba correspondiente se considerará como reconocimiento de dicho estado, lo que se hará constar en el atestado policial respectivo;

f) Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él, cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral. Los actos de extrema violencia tales como toma de rehenes o de locales podrán adicionalmente ser denunciados ante la autoridad judicial competente;

g) El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de esta;

h) El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendario, o más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso, la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones.

Estas faltas graves como refiere el autor Gonzales Hunt no sólo deben de ser imputadas, sino deben de ser “susceptibles de ser probadas con medios fehacientes u objetivos, de lo contrario la imputación de una falta grave quedaría sin fundamento alguno”<sup>18</sup>, un ejemplo claro de la imputación de una falta grave donde se tiene que la prueba es obtenida de manera ilícita es el caso de la STC N° 04224-2009-PA/TC, pues si bien la empresa demandada señala que ha comprobado la falta grave cometida por la trabajadora, la comprobación de dichas faltas no son a través de pruebas válidas, sino por el contrario estas pruebas son ilícitas y además de ello vulneran el derecho fundamental del secreto y la inviolabilidad de comunicaciones, dicho esto reincidimos en que el empleador debe de probar la falta grave cometida.

## **B) Despido por la comisión de delito doloso**

Según establece el artículo 27° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, “[e]l despido por la comisión de delito doloso a que se refiere el inciso b) del Artículo 24 se producirá al quedar firme la sentencia condenatoria y conocer de tal hecho el empleador, salvo que este haya conocido del hecho punible antes de contratar al trabajador”.

---

<sup>18</sup> Citado en: DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA, Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Editorial GACETA JURÍDICA, Tomo 147, Lima, diciembre 2010, p. 67.

## C) La inhabilitación del trabajador

La inhabilitación que justifica el despido es aquella impuesta al trabajador por autoridad judicial o administrativa para el ejercicio de la actividad que desempeñe en el centro de trabajo, si lo es por un periodo de tres meses o más.

Los ítems desarrollados en el presente Capítulo nos permite conocer el aspecto doctrinario de las diferentes instituciones jurídicas y permiten ver el marco regulatorio del contrato de trabajo, haciendo un énfasis en la extinción del contrato de trabajo.

Antes de comenzar la siguiente figura jurídica cabe señalar que el desarrollo del contrato de trabajo trae consigo la concepción de relación laboral, dicho esto se debe de tomar en cuenta que puede existir un contrato de trabajo sin relación de trabajo, esta circunstancia sucede cuando el trabajador estipula en un contrato de trabajo que comenzará a prestar tareas para el empleador en fecha futura.

### I.1.2. Relación Laboral

Se entiende por relación laboral “cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de esta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le de origen. Sin perjuicio del contrato de trabajo, la relación de trabajo es la prestación efectiva de las tareas, las que pueden consistir en la ejecución de obras, actos o servicios”<sup>19</sup>

Cuando nos remitimos a definir específicamente qué relación existe entre los trabajadores y empleadores, lo conceptuamos de la siguiente manera ambas partes -trabajador y empleador- generan recíprocamente derechos y obligaciones; vale decir, por parte del trabajador lo principal de sus deberes es poner su capacidad de trabajo –prestación personal- a disposición del empleador, y la obligación de éste es recibir ese trabajo y remunerarlo, en consecuencia a partir

---

<sup>19</sup> CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. Tomo III, vigésima edición. Heliasta, Buenos Aires, 1981, p. 60.

de esta relación se tienen diferentes derechos y obligaciones, es aquí donde se encuentra la subordinación<sup>20</sup>.

De lo antecedido anteriormente establecemos en general la relación entre trabajador y empleador, es a partir de esa idea que se originaron diversos conceptos como prestación personal de servicios la misma que se encuentra sujeta a una remuneración y la subordinación, para algunos autores como Javier Arévalo Vela la prestación personal de servicios, la remuneración y subordinación son caracteres o elementos que presumen la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado o indefinido<sup>21</sup>. La Ley de Productividad y Competitividad aprobada por el Decreto Legislativo N° 728 regula los contratos de trabajo a plazo indeterminado o contratos de trabajo sujetos a modalidad, aclaremos que para la Ley el primer contrato puede celebrarse en forma verbal o escrita; por otro lado, el segundo contrato se encuentra sujeto a los requisitos señalados en dicha Ley; desde este punto podemos determinar de que el contrato de trabajo establece los diferentes términos y condiciones acordados por las partes intervinientes – trabajador y empleador-, no obstante dichos términos y condiciones no pueden ser contradictorios o vulnerables a la Ley de Productividad y Competitividad.

El presente ítem ha desarrollado puntos como la prestación personal de servicios, la remuneración, la subordinación y por último el contrato de trabajo, con dichos puntos lo que se pretende es llegar hasta la variable dependiente de la presente investigación, esto quiero decir cuando hablamos de la relación laboral nos remitimos a tres elementos esenciales que como ya mencionamos son la prestación personal de servicios, la remuneración y la subordinación, estos mismos elementos se materializan en el contrato de trabajo, ahora el elemento que se conecta con nuestra variable dependiente es la subordinación porque a través de ésta el empleador cumple con su función fiscalizadora, en consecuencia

---

<sup>20</sup> ART. 9.- ALCANCES DE LA SUBORDINACION

“Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las ordenes necesarias para la ejecución de las mismas (...)”

<sup>21</sup> ARÉVALO VELA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo, Lima, GRIJLEY Editora Jurídica, 2008, p.17.

conforme señala el artículo 9° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral D. Leg. N° 728 “(...) *el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador*”; esta facultad fiscalizadora con la que cuenta el empleador cabe señalar está limitada por los derechos del trabajador, si bien se encuentra establecido en la Ley que el empleador dentro de la relación laboral, donde el trabajador se encuentra subordinado a él, éste puede a discreción dictar normas u órdenes necesarias para que en caso de incumplimiento del buen servicio de la prestación personal, el trabajador sea sancionado; así como esta facultad puede sancionar, también se encuentra sujeta a la razonabilidad entre los derechos del trabajador y la sanción impuesta, y señalemos que los límites de razonabilidad del empleador al momento de aplicar una sanción deben de remitirse a los derechos fundamentales del trabajador, porque en caso de exceso en el ejercicio de su facultad fiscalizadora se estaría vulnerando derechos fundamentales del trabajador, y haciendo un paréntesis en caso de exceso de la facultad fiscalizadora del empleador la Ley de Productividad y Competitividad Laboral D. Leg. N° 728 no regularía ningún supuesto que prevea la vulneración de derechos fundamentales del trabajador.

## **I.2. Estabilidad Laboral**

La estabilidad laboral constituye “el derecho del trabajador a mantener la relación de trabajo por todo el tiempo convenido, sea el plazo determinado o indeterminado. La llamada protección contra el despido es una de las medidas adoptadas por las legislaciones para evitar el despido arbitrario del trabajador”<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. Tomo III, vigésima edición. Heliasta, Buenos Aires, 1981, p. 30.

Para el jurista Plá Rodríguez la estabilidad laboral constituye más que un escudo protector, un “escudo reparador del principio de continuidad de la relación laboral”<sup>23</sup>.

El contrato de trabajo ya sea indeterminado o sujeto a modalidad lo que busca es la estabilidad en el empleo y la permanencia de la relación laboral, no obstante, no se excluye la posibilidad de la estabilidad aún en aquellos contratos a plazo fijo o eventuales, la que en todo caso garantizaría al trabajador la efectividad en su empleo por el tiempo de duración del contrato<sup>24</sup>, si bien es cierto un país donde la estabilidad laboral se encuentra dentro del marco de la Ley, se puede decir que es un país donde existe el crecimiento económico.

Para García Belaunde los derechos económicos – sociales establecidos en la Constitución de 1993, son discutibles ya que según dicho autor la Constitución de 1993 no establece de manera explícita la estabilidad laboral, lo cual fue duramente criticado; sin embargo, como refiere dicho autor, esto no es tan grave ya que la estabilidad laboral se la da el sistema económico y no las leyes<sup>25</sup>, no obstante cuando se creó la Ley de Productividad y Competitividad Laboral – aprobada por D. Leg. N° 728-, el reconocimiento de la estabilidad laboral<sup>26</sup> se estableció claramente.

Se puede entender por estabilidad laboral como señala Puntriano Rosas en sentido estricto, es la situación que se constituye como la preservación del puesto laboral<sup>27</sup>, vale decir la estabilidad laboral garantiza al trabajador la permanencia en su puesto laboral salvo que por causas justificadas no pudiera continuar, si bien señalamos anteriormente que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral,

---

<sup>23</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 72.

<sup>24</sup> DE BUEN, Néstor. Derecho del Trabajo, Porrúa Editora, México, 1986, pág. 56 y 57.

<sup>25</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo. La Constitución Peruana de 1993, Lima, Grijley Editora Jurídica, 1994, p. 22.

<sup>26</sup> ART. 79°.- Derechos y beneficios de los contratados

“Los trabajadores contratados conforme al presente título tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por ley, pacto o costumbre tuvieren los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminado, del respectivo centro de trabajo y a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el periodo de prueba”

<sup>27</sup> Citado en: El Derecho laboral y Previsional en la Constitución. Gaceta Jurídica, 2009, p. 27.

contempla la protección de la estabilidad laboral del trabajador, cabe recalcar que este mismo derecho se encuentra condicionado a que el trabajador supere el periodo de prueba, dicho esto podemos remitirnos a la situación en la cual el empleador quiebra esta estabilidad laboral sin causa justa o probable, en síntesis lo que se pretende con la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es evitar los despidos arbitrarios.

### **I.3. Despido**

Anteriormente se desarrolló las causas de extinción del contrato de trabajo teniendo presente que una causal es el despido. Para Cabanellas el despido se define como “una forma de extinción del contrato de trabajo que surge de la voluntad de alguna de las partes y puede fundarse en una justa causa o disponerse sin expresar la misma”<sup>28</sup>.

En el artículo 27° de la Constitución de 1993 se establece lo siguiente “*La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*”, por el citado artículo como refiere el jurista Gustavo Quispe Chávez<sup>29</sup> en sentido estricto la Constitución de 1993 no señala explícitamente qué quiere decir “adecuada protección contra el despido”; sin embargo, lo que prevé el texto constitucional en cuestión es un derecho constitucional de configuración legal, esto quiere decir que cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, estas satisfagan un criterio mínimo de proporcionalidad o en su caso sean adecuadas para la protección del trabajador. Antes de finalizar con el análisis del artículo 27° de la Constitución de 1993, debemos señalar que dicho texto constitucional no sólo protege el ámbito del ordenamiento del sector privado –D. Leg. N°728- sino se refiere a la protección de todo el ámbito de ordenamiento jurídico privado o público.

---

<sup>28</sup> CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. Tomo III, vigésima edición. Heliasta, Buenos Aires, 1981, p. 98.

<sup>29</sup> *Ibíd*em, p. 166 y ss.

Para Bobadilla Sáenz<sup>30</sup> el despido consiste en el cese del vínculo laboral, el cual es instado por el empleador, en este concepto debemos aclarar que no se refiere específicamente al despido arbitrario o al despido nulo. El despido arbitrario es aquel cese del vínculo laboral en el cual el empleador no media una causa justificada o ésta no se puede comprobar en un juicio, por otro lado el despido nulo es aquel cese de vínculo por causales taxativas, principalmente las referidas a resguardar los derechos constitucionales y a la no discriminación.

En la Sentencia recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC, que fue criticada por la forma de interpretación del Tribunal Constitucional, donde establece “que el derecho al trabajo previsto en la Constitución, no puede tolerar que la reparación al despido arbitrario o injustificado sea exclusivamente la indemnización”, pese a que la propia Constitución en su artículo 27 delega a la ley la forma en que debe repararse tal daño. Constituye una interpretación exagerada sostener que el legislador debió otorgar, inevitablemente, la facultad al trabajador de escoger la vía reparatoria de su despido. Ni la legislación comparada y menos los convenios internacionales como el Protocolo del San Salvador, lo exigen. En consecuencia, el Tribunal se ha excedido por cuanto ha resuelto en contravención del mandato que le impone la Cuarta Disposición Final de la Constitución, según la cual las normas relativas a los derechos que la Carta reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el Protocolo de San Salvador, ratificado por el Perú, adicional a dicha Convención. Como consecuencia de lo anterior, el segundo error consiste en que el Tribunal Constitucional considera que la indemnización por despido arbitrario o injustificado establecida por la ley no constituye una "adecuada" protección contra el despido, cuando el Convenio No 158 de la OIT y el Protocolo de San Salvador, cuyo contenido obligatoriamente debe ser observado para interpretar las normas de nuestra Constitución, establecen como idóneas cualquiera de las formas tradicionales de reparación del daño: la restitución o reposición, la indemnización o cualquier otra forma prevista libremente por cada legislación nacional. Además la

---

<sup>30</sup> Citado en: Dialogo con la jurisprudencia, Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial, Gaceta Jurídica, Tomo 121, Lima, julio 2009, p. 256.

mayoría absoluta de las legislaciones del mundo igualmente contempla la indemnización como una fórmula adecuada de reparar un despido injustificado o arbitrario.

Un tercer error en el que incurre el Tribunal Constitucional consiste en otorgar al trabajador la opción de elegir la reparación cuando legalmente no ha sido prevista, salvo en el caso del despido nulo. Aquí el Tribunal en el fondo lo que ha hecho es legislar, cuando no tiene facultad para ello.

Un cuarto error en el que incurre el Tribunal, y no por ello menos importante consiste en aplicar indebidamente la Cuarta Disposición Final de la Constitución cuando esta ordena al Tribunal Constitucional interpretar las normas relativas a los derechos conforme a los tratados internacionales, entre ellos el Protocolo de San Salvador

Los fundamentos expuestos de la Sentencia del Tribunal Constitucional genera confusión con respecto a la diferencia entre el despido arbitrario, despido nulo y el despido injustificado.

Para el desarrollo de la presente investigación tocaremos los dos despidos trascendentales en nuestra legislación laboral privada.

### **I.3.1. Despido Arbitrario**

El término "arbitrario" según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española<sup>31</sup>, significa " que depende del arbitrio", "que procede con arbitrariedad", y el término "arbitrio" significa "facultad que tiene el hombre de adoptar una resolución con preferencia a otra". Es cierto que en su tercera acepción el mismo término significa "voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho"

---

<sup>31</sup> DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Vigésima segunda edición, Lima, 2009, p 131

Según el segundo párrafo del artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral se establece que el “Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente”; en atención a dicho artículo, podemos analizar el caso de la STC N° 04224-2009-PA/TC, donde se media una causa justificada para proceder con el despido de una trabajadora, cabe hacer un paréntesis dentro de este ítem, si bien el empleador en dicho caso alegó una causa justificada que era desproporcional a la medida adecuada ya que esta causa vulnera un derecho constitucional por cuanto no era razonable ni proporcional, se tiene de la mencionada sentencia que la trabajadora mantenía conversaciones de contenido sexual con otro trabajador de la empresa demandada, además se debe de tener en cuenta que aunque las conversaciones sean a través de medios técnicos proporcionados por la empresa, el contenido de estos medios no son absolutamente de su propiedad, dicho esto la empresa no puede excederse en verificar el contenido de todas las conversaciones de los trabajadores ya que este hecho vulnera el derecho a la intimidad y el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. El empleador al igual que cualquier otra persona debe de respetar lo dispuesto por la Constitución.

En el caso de la STC N° 04224-2009-PA/TC, lo que busca la empresa es la imputación de las faltas graves a la trabajadora; sin embargo, como establece el Tribunal Constitucional, el empleador aunque cuente con el poder de fiscalización este se limita cuando se ve la vulneración de derechos fundamentales, ahora bien en dicho caso procede el despido arbitrario, dado que la imputación de la falta grave no ha contado con una prueba válida, ya que el exceso de fiscalización del empleador ha hecho que este transgreda el derecho de las comunicaciones privadas entre trabajadores por más que haya sido en horas de trabajo pues determinadas conversaciones tienen el carácter personalísimo y se respaldan en el derecho de intimidad personal y familiar.

### I.3.2. Despido Nulo

Del artículo 29° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se tiene las causas que generan que sea nulo el despido, las cuales son:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25;
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir.

Como señala Abanto Revilla el “despido arbitrario constituye el cese del vínculo laboral sin que obedezca una causa justa contemplada por la ley, por otro lado el despido nulo es aquel que procede bajo alguna causal establecida en el artículo 29° de la Constitución”<sup>32</sup>, por otra parte con el despido arbitrario se tiene el pago de una indemnización, en caso de que se tenga el despido nulo procede la reincorporación del trabajador en su centro laboral.

---

<sup>32</sup> Autor: ABANTO REVILLA, Cesar. DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA “Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial”, GACETA JURÍDICA, Número 85, Lima, octubre 2005, p. 41.

## TÍTULO II

### LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL – FACULTAD FISCALIZADORA

Según León Vásquez<sup>33</sup> cuando una persona jurídica invoca sus derechos fundamentales dentro de los muchos que este puede tener, uno de los más importantes es el derecho a la libertad de empresa, derecho constitucional que encontramos en el artículo 59° de la Constitución. El establecimiento de la Libertad de empresa, significa en resumida cuenta el libre ejercicio de una persona jurídica, vale decir al igual que una persona humana a que pueda desarrollarse libremente sin restricción alguna.

Según Francisco Fernández Segado, la Constitución de 1993 establece que la libertad de empresa permite que el Estado ejerza su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo humano entre otros, asimismo el mencionado autor refiere que el derecho de libertad de empresa permite la organización de producción, vale decir, permite que la producción de bienes y servicios sean prestados por empresas.

La libertad de empresa como norma constitucional, es una norma superior; siendo que, como explica Rubio Correa<sup>34</sup>, la Jerarquía de normas es la "regla según la cual hay normas superiores y normas inferiores en rango, de tal manera que las superiores condicionan tanto la forma de emisión de las normas (pues dicen quién las debe dictar y cómo), como su contenido (dado que hay jerarquía, las normas inferiores deben respetar los mandatos de los superiores)."

---

<sup>33</sup> Citado en: *Dialogo con la jurisprudencia, Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial*, Gaceta Jurídica, Tomo 110, Lima, noviembre 2007, p. 41.

<sup>34</sup> Rubio Correa, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 17

El derecho de libertad de empresa permite que la empresa se desarrolle y ejerza su autonomía dentro de este derecho, se debe de tener en cuenta la facultad fiscalizadora que tiene la empresa, de velar por el perfecto equilibrio en la producción de bienes y servicios, y haciendo un análisis más adelante la presente investigación desplegará diferentes ejemplos de cómo se materializa la facultad fiscalizadora de la empresa a través del derecho de libertad de empresa.

Para la doctrina española el contenido esencial de la libertad de empresa radica fundamentalmente en “la libertad del ejercicio, lo que implica la libertad de organización, contratación e inversión”<sup>35</sup>, es necesario precisar que aunque la libertad de empresa es un derecho constitucional reconocido, el debate es que este derecho se encuentra por debajo de los derechos fundamentales de la persona, cuando se realiza la ponderación de derechos constitucionales es necesario observar dónde se funda su contenido esencial, un claro ejemplo es en el caso del Derecho al secreto de comunicaciones, su contenido esencial se funda en la dignidad humana, por otra parte la libertad de empresa, su contenido esencial se funda en la libertad de ejercicio de la empresa.

## **II.1. El grado de intromisión del empleador**

Como bien se tiene, el empleador puede fiscalizar la labor del trabajador, pero hasta qué grado es permisible a fin de que no transgreda derechos fundamentales. Ahora bien, en el caso de la STC N° 04224-2009-PA/TC, en su fundamento jurídico 16 se tiene “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, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna

---

<sup>35</sup> Citado en: ALEXIS, R. Teoría de los derechos fundamentales, Editorial tradicional España, Madrid, 1993; p. 157.

forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo”<sup>36</sup>, aunque las herramientas laborales constituyan propiedad de la empresa, no se puede absolutamente aseverar que por ejemplo si la empresa proporciona medios técnicos informáticos –correos electrónicos institucionales- los mensajes que estos contengan sean de propiedad íntegra de la empresa, ya que se dejaría en forma desproporcionada los atributos de la persona, porque es inherente a la persona sus comunicaciones privadas.

Ahora bien, si el control que ejerce la empresa llega al extremo de ser invisible para poder captar todo lo realizado por el trabajador, se debe de tener en cuenta que el grado de intromisión del empleador puede ser abusivo y transgredir derechos del trabajador. Aunque su política sea fiscal, cada movimiento o mecanismo es necesario que sea proporcional. Sin embargo, debemos de tomar en cuenta que la facultad fiscalizadora del empleador como bien señala Mesina Montero debe de estar “supeditada a que el control de la actuación del trabajador sea íntegramente de aspectos laborales, caso contrario el empleador estaría cometiendo un ilícito penal”<sup>37</sup>.

### **II.1.1. El conocimiento y aceptación de monitoreo de comunicaciones**

El trabajador debe tener pleno conocimiento de que es monitoreado a fin de que pueda proteger su intimidad, cuidando sus expresiones y conductas para no exponer situaciones personales íntimas. Tengamos presente que el consentimiento que otorgue el trabajador para que su actuación laboral sea vigilada, no implica que éste renuncie a sus derechos fundamentales o cualquier derecho que la ley le asigne, sino por el contrario, el trabajador de esta forma permita que el empleador compruebe su efectivo labor; sin embargo, a ningún trabajador le gustaría renunciar a su derecho de intimidad, aunque el trabajador tenga subordinación hacia su empleador esto no implica la renuncia de sus derechos, muy por el contrario como cualquier otra persona se le

---

<sup>36</sup> En: [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe). STC recaída en el EXP. N.º 04224-2009-PA/TC, fundamento jurídico 16.

<sup>37</sup> Citado en: DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA, Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Editorial GACETA JURÍDICA, Tomo 150, Lima, marzo 2011, p. 55.

atribuye los mismos derechos, lo que significa en síntesis que una persona no puede renunciar al derecho de intimidad. Si la empresa quiere eficacia en su actividad comercial, es necesario prevenir que este mismo intervenga de manera exagerada a sus trabajadores, lo que debe de buscar la empresa es proporcionar calidad laboral, que en definición significa dar confortabilidad al trabajador para que este sienta tranquilidad, y no presión desmesurada. Dicho esto último no quiere decir como bien señala Mesina Montero que la “(...) facultad de fiscalización del empleador no puede constituirse como pasiva y casi imperceptible”<sup>38</sup>, sino solamente debe de respetar los derechos de los trabajadores.

### **II.1.2. El buen uso de las herramientas laborales**

En la Sentencia del Tribunal Constitucional español recaída en el recurso de Amparo núm. 874-2002, en su fundamento jurídico establece que los medios técnicos o soportes técnicos como por ejemplo “[e]l correo electrónico es una herramienta de productividad que el Grupo pone a disposición de sus empleados, para el desarrollo de las funciones que les tiene encomendadas. Los usos ajenos a estos fines son por tanto considerados inapropiados y en el límite podrían configurar falta laboral”<sup>39</sup>, el empleador cuenta la disponibilidad de las herramientas laborales, estas herramientas pueden ser computadoras, teléfonos, celulares y otros artefactos de similar naturaleza que permitan la efectiva circulación de la actividad laboral, esto quiere decir, se le otorga al trabajador una computadora para que este pueda comunicarse a través de la red con sus demás compañeros o con la cartera de clientes de la empresa; sin embargo, tengamos en cuenta que las herramientas constituyen propiedad íntegra de la empresa, no obstante el contenido con las que puedan contar dichas herramientas pueden ser diversos ya sean por ejemplo correos electrónicos, comunicaciones telefónicas, entre otras, esto último no quiere decir que el empleador es propietario de tales comunicaciones o correos electrónicos, estos elementos constituyen comunicaciones efectuadas por el

---

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> En: <http://www.tribunalconstitucional.es>, Sentencia recaída en el recurso N° 874-2002, antecedente c).

trabajador, no es necesario que tengan un carácter íntegramente laboral pueda darse el caso de que las comunicaciones sean privadas.

### **A) El uso de correos electrónicos en el ámbito laboral**

El autor Jorge Luis Acevedo Mercado<sup>40</sup>, señala que el fallo de la STC Exp. N° 03427-2012-PA/TC del Tribunal Constitucional después de que el Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Sunat (Sinaut) interpusiera una demanda de amparo contra la Sunat, requiriendo el cese inmediato de la vulneración de su derecho a la libertad sindical. De esta forma, solicitaba que la institución se abstuviera de sancionar a sus afiliados por el uso del correo electrónico institucional con fines sindicales.

Ahora el Sindicato señala que sus miembros han venido utilizando el correo electrónico institucional para fines sindicales con pleno conocimiento de la Sunat. No obstante, la entidad estatal en cuestión indicó al sindicato, mediante carta, que el referido correo electrónico “es una herramienta de trabajo que debe utilizarse para actividades relacionadas con el cumplimiento de las funciones asignadas”. La demanda en cuestión fue rechazada preliminarmente por las instancias previas, al indicar que el amparo no constituye una vía idónea para conocimiento de causas que requieran estación probatoria. El Tribunal Constitucional, en cambio, ha resuelto admitir a trámite la demanda, sin pronunciarse sobre el asunto de fondo. Concluye, eso sí, que la vía de amparo es la competente para determinar si se produjo o no una vulneración al derecho a la libertad sindical de los miembros del grupo recurrente. Sobre la cuestión de fondo que en el caso de autos sería el uso del correo electrónico institucional para fines sindicales, no existe todavía una regulación legal específica. Además, tanto el Colegiado supremo como el Poder Judicial no tienen una posición consolidada al respecto.

---

<sup>40</sup> Citado en: GACETA CONSTITUCIONAL, Jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces. Editorial GACETA JURÍDICA, Tomo 72, Lima, diciembre 2013, p. 171-172.

Como afirma el autor Jorge Luis Acevedo Mercado, el Tribunal Constitucional ha resuelto casos en conflicto por la utilización del correo electrónico con fines extralaborales deslizando la posibilidad de que, a partir del poder de dirección empresarial, se puede determinar que el correo electrónico institucional solo puede ser utilizado para fines laborales, salvo autorización expresa del empleador. En las STC Exp. 03599-2010-PA/TC y Exp. 00114F2011-PA/TC los magistrados Urviola Hani, Álvarez Miranda y Eto Cruz, en sus respectivos votos, concluyen que el correo electrónico proporcionado por el empleador es una herramienta que debe ser utilizada exclusivamente para fines laborales; sin embargo, las comentadas jurisprudencias no cuentan con los elementos adicionales del presente caso. Esto es, si el derecho a la libertad sindical comprende el uso de correos electrónicos institucionales y si las herramientas de trabajo que brinda una entidad pública a sus trabajadores pueden ser utilizadas para fines diferentes a los del interés público.

Como más adelante estudiaremos la Sentencia del Tribunal Constitucional español recaído en el recurso de amparo núm. 874-2002, caso que tuvo una similar naturaleza y a través de una sentencia establece que "mediante convención colectiva sectorial, se ha concluído que no puede privarse de modo absoluto el uso del correo electrónico institucional a las organizaciones sindicales". No obstante, "se establece que el poder de dirección del empleador lo faculta para establecer límites a dicho uso, tales como medidas de vigilancia y control, con grados de intensidad o rigidez variables"; en el expuesto debemos de observar que no se puede privar del derecho de sindicalización ya que es un derecho fundamental. Ahora bien, cuando se discute la difusión de los derechos sindicales netamente se transgrede el contenido esencial del derecho sindical.

Por otra parte debemos de tener en cuenta que limitar el uso del correo electrónico como el caso expuesto anteriormente, puede generar un conflicto con derechos fundamentales como en este caso con el derecho de sindicalización, tengamos en cuenta que el uso indiscriminado del correo

electrónico conlleva a que el trabajador pueda incumplir con el normal desarrollo de su labor.

En síntesis, aunque las herramientas laborales sean del empleador esto no quiere decir que el contenido que tengan estas, sean íntegramente de propiedad del empleador, anteriormente explicamos a que nos referíamos con herramientas laborales, debemos aclarar que para la presente investigación es necesario precisar que el empleador no puede fiscalizar cada mensaje, llamada o acto que realice el trabajador ya que este sería privado de sus derechos fundamentales.



## TÍTULO III

### EL DERECHO AL SECRETO Y LA INVOLABILIDAD DE COMUNICACIONES

#### III.1. El derecho a la intimidad

Antes de iniciar conviene precisar a qué se entiende por el derecho de intimidad. Para la doctrina, el derecho a la intimidad consiste en aquel “derecho que goza una persona a través de su libertad individual para poder gozar de la privacidad de sus actos”<sup>41</sup>; el derecho de intimidad constituye un derecho fundamental que tiene una persona de mantener en reserva su vida personal, cabe señalar hasta este punto que el Derecho al secreto de comunicaciones muchas veces es ligado al Derecho de intimidad<sup>42</sup>, si bien el jurista García Belaunde señala que “el derecho al secreto e inviolabilidad de comunicaciones forma parte del derecho de intimidad”<sup>43</sup>, pero a nuestro criterio el contenido esencial de estos dos derechos son distintos. Debe quedar establecido que cualquier persona goza del derecho a la intimidad.

#### III.2. El Derecho al secreto y la inviolabilidad de comunicaciones

En el artículo 2° inciso 10 de la Constitución, se encuentra señalado el Derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados; muchos juristas constitucionales al desarrollar el derecho al secreto de las comunicaciones son del criterio que este derecho constitucional no va ligado al derecho de intimidad y mucho menos son términos equivalentes; sin embargo, otra parte señala que el derecho al secreto de comunicaciones va ligado al derecho de intimidad; a nuestro criterio el derecho al secreto de comunicaciones está relacionado con diversos derechos constitucionales.

---

<sup>41</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis. Habeas Corpus, amparo y habeas data, Lima, Ara editores, 2004, p. 318.

<sup>42</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José María. “El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional”. Madrid: Civitas, 1993, p. 128.

<sup>43</sup> Citado en: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. LA CONSTITUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL “Sentencias vinculadas con los artículos de la Constitución”, Lima- Perú. Gaceta Jurídica, edición 2006

Para Abad Yupanqui el derecho al secreto de comunicaciones tiene como bien constitucionalmente protegido “el derecho de los titulares a mantener el carácter reservado de una información privada o lo que es lo mismo, a que ningún tercero pueda intervenir en el proceso de comunicación y conocer de la idea, pensamiento o noticia transmitida”<sup>44</sup>, en ese sentido cuándo estaríamos ante la vulneración de este derecho. Un ejemplo cotidiano son las interceptaciones de teléfonos celulares. Diversas sentencias del Tribunal Constitucional peruano como la STC N° 2863-2002- AA/ TC, que en su tercer fundamento jurídico señala “(...) el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene eficacia *erga omnes*, es decir garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean éstos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación”<sup>45</sup>, analizando el fundamento jurídico del Tribunal Constitucional, podemos apreciar que el texto constitucional tiene un carácter formal de protección a las comunicaciones y documentos que son calificados como personales, íntimos o reservados. Ahora bien, con respecto a las interceptaciones de comunicaciones, éstas siguen siendo carentes de una adecuada jurisprudencia. Asimismo, toquemos el ámbito de protección que tiene las comunicaciones en un centro laboral, aunque se realicen en horas de trabajo y bajo instrumentos o medios que pertenezcan al centro de trabajo, esas comunicaciones siguen teniendo una calidad de privadas o reservadas, salvo casos distintos, que más adelante en el desarrollo del análisis de unidades de estudio lo expondremos a fondo.

Un ejemplo resaltante del derecho al secreto e inviolabilidad de comunicaciones es el caso de los petroaudios, la difusión del audio que se tuvo entre el ejecutivo de Petro Perú y un ex Ministro trajo consigo diversas opiniones, en su caso se habló de que la difusión del audio respondía al derecho constitucional de la libre expresión de los medios, asimismo se habla de audios que no es de carácter

---

<sup>44</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel B. EL DERECHO DEL SECRETO DE COMUNICACIONES, Revista Jurídica “Suplemento de análisis legal de EL PERUANO” N°493, AÑO 2014, p. 4.

<sup>45</sup> Portal del Tribunal Constitucional, Búsqueda de Jurisprudencia [en línea], Consulta: 30 de diciembre del 2013

< [http://www.tc.gob.pe/tc\\_jurisprudencia\\_ant.php](http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php) >

privado o íntimo, sino algo que incumbe el interés público; conforme se tiene en la STC N° 655-2010-PHC/TC en su fundamento jurídico N° 20 señala “[p]ues bien, en el presente caso se advierte que las conversaciones telefónicas del beneficiario que sirven de fundamento al auto de apertura que se cuestiona, no fueron interceptadas por agentes del Estado, por lo que la injerencia arbitraria en su vida privada no le es imputable al juez demandado, ni al fiscal que interpuso la denuncia. En este sentido, debe destacarse que las conversaciones telefónicas del beneficiario no constituían información pública, por lo que su divulgación a través de los medios de prensa sin la autorización del beneficiario se tornó inconstitucional. Por esta razón, este Tribunal considera que el Estado debe investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de la violación del derecho a la vida privada del beneficiario, consistente en la interceptación y divulgación de sus conversaciones telefónicas, así como la entrega de las conversaciones telefónicas a los medios de comunicación. Asimismo, debe precisarse que la divulgación de las grabaciones telefónicas requiere de la autorización de sus interlocutores para que se legitima”<sup>46</sup>; en el caso en concreto, la comunicación no era de carácter íntimo o reservado, sino que arañaba el interés público, este caso será expuesto con mayor amplitud en el Marco Teórico de la presente investigación.

---

<sup>46</sup>Portal del Tribunal Constitucional, Búsqueda de Jurisprudencia [en línea], Consulta: 30 de diciembre del 2013  
< [http://www.tc.gob.pe/tc\\_jurisprudencia\\_ant.php](http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php) >

## TÍTULO IV

### LEGISLACIÓN COMPARADA

#### IV.1 JURISPRUDENCIA NACIONAL

Para la presente investigación se realizó la búsqueda de diferentes sentencias del Tribunal Constitucional Peruano entre los años 2009 - 2013, en las que la facultad fiscalizadora del empleador vulnera el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, de las cuales se obtuvo tres donde se aprecian las variables de la investigación, las mismas que se obtuvieron de la página web del Tribunal Constitucional; dentro del estudio y análisis de las sentencias demostraremos los objetivos e hipótesis de la presente investigación.

##### **1.- STC recaída en el EXP. N.º 03599-2010-PA/TC**

En la presente sentencia del Tribunal Constitucional se tiene que en fecha 3 de marzo de 2010, la recurrente María Espinoza Chumo interpone demanda de amparo contra la empresa Telefónica Gestión de Servicios Compartidos S.A.C., solicitando que se deje sin efecto la Carta Notarial de despido de fecha 9 de febrero de 2010, argumentando que se sustenta en imputaciones falsas respecto a la utilización indebida de bienes de la empresa, pues los mensajes de carácter “personal” extraídos del sistema Net Send (chat virtual) interceptados por la empresa, no son de su autoría, además de haberse obtenido con afectación del derecho al secreto de las comunicaciones, la presente sentencia fue declarada fundada.

##### **Análisis del caso.-**

Básicamente en diferentes votos expuestos por los magistrados del Tribunal Constitucional se tiene tres fundamentos esenciales.

“[e]n buena cuenta, este derecho prohíbe que las comunicaciones y documentos privados sean incautados, interceptados o intervenidos, salvo que exista una resolución judicial debidamente motivada que lo autorice. Asimismo, garantiza que el contenido de las comunicaciones y documentos no sea difundido o revelado, así como la identidad de los participantes en el proceso de comunicación. Lo que se prohíbe es toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, específicamente, en sus comunicaciones, independientemente de su contenido”<sup>47</sup>.

A partir de este fundamento el Magistrado refiere que el uso de los medios electrónicos y telefónicos que tienen los trabajadores para comunicarse dentro o fuera de la empresa, claro que estos medios electrónicos que constituirán herramientas laborales las cuales serían propiedad de la empresa, -hecho que no está en discusión-, sin embargo debemos de tener en cuenta que el contenido que se tienen en los medios electrónicos y telefónicos son comunicaciones realizadas por los trabajadores, si bien es cierto no siempre están comunicaciones serán estrictamente laborales pueden ser también privadas, haciendo una reflexión el reglamento o estatuto interno del centro laboral tendrá sus restricciones con respecto a la utilización de los medios electrónicos y telefónicos.

Respecto a si constituye prueba válida para el despido la intervención de las comunicaciones de los medios electrónicos, este fundamento se rebate fácilmente con el inciso 10) del artículo 2º de la Constitución protege el secreto y la inviolabilidad de la comunicación en todas sus formas o medios, como son el telefónico, el telegráfico o el informático, es decir, aquella comunicación que se mantiene a través de un determinado medio o soporte técnico, asimismo para el levantamiento de las comunicaciones es necesario que esta sea por mandato

---

<sup>47</sup>En: [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe). STC recaída en el EXP. N.º 03599-2010-PA/TC, fundamento 3 del voto del magistrado Calle Hayen.

judicial debidamente motivada, no como el caso en autos que esta constituye una prueba válida por parte del empleador para que la trabajadora sea despedida.

“(…) para determinar si el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones también protege el correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea que es proporcionado por el empleador a sus trabajadores, resulta pertinente destacar que en la dogmática existen dos posiciones sobre la naturaleza jurídica de estos medios técnicos de comunicación.

La primera postura considera que el correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea, al ser proporcionadas por el empleador, son herramientas de trabajo que pueden ser supervisadas, intervenidas, interceptadas y registradas por el empleador, sin la existencia de una resolución judicial debidamente motivada que lo autorice.

En cambio, la segunda postura considera que el correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea proporcionados por el empleador son medios de comunicación incluidos dentro del ámbito de protección del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Reseñadas estas posturas, considero que tanto el correo electrónico como el comando o programa de mensajería instantánea que proporciona el empleador a sus trabajadores, son formas de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentran protegidas por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones”<sup>48</sup>

Se entiende por estos fundamentos que el poder fiscalizador del empleador aunque este constituye una facultad por la cual el empleador supervisa y sanciona al trabajador este no puede excederse, vale decir para el caso de autos el

---

<sup>48</sup>En: [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe). STC recaída en el EXP. N.° 03599-2010-PA/TC, fundamento 4 y 5 del voto del magistrado Calle Hayen

empleador no puede revisar indiscriminadamente el contenido de todas las comunicaciones de sus trabajadores, ni siquiera porque se fundamente en que los medios técnicos que este brinda a sus trabajadores son de su propiedad, dado que el contenido de lo que se encuentra en los medios técnicos constituyen comunicaciones privadas de los trabajadores valga la redundancia estas comunicaciones son protegidas por la propia Constitución.

En resumen se puede extraer del presente caso que el empleador la empresa Telefónica Gestión de Servicios Compartidos S.A.C ha tomado como medio de prueba las comunicaciones de carácter “personal” extraídos del sistema Net Send (chat virtual), esta prueba para el empleador sería válida para imputar a la trabajadora la inobservancia del Reglamento interno de trabajo asimismo tampoco para iniciar un proceso disciplinario, cabe señalar que al igual que este caso muchas empresas empleadores que despiden a sus trabajadores bajo esta modalidad.

## **2.- STC recaída en el EXP. N.º 00114-2011-PA/TC**

Con fecha 8 de enero de 2010, el recurrente Roberto Nieves Albán interpone demanda de amparo contra la empresa Telefónica Centros de Cobro S.A.C., solicitando que cese la amenaza de despido de la que viene siendo objeto. Manifiesta que es Jefe de la Agencia Zonal de Piura y que la empresa emplazada lo viene hostilizando debido a que en el año 2009 le interpuso una demanda laboral de nulidad de contrato. Señala que lo viene presionando para que se desista de la demanda referida, así como para que firme una carta de renuncia a cambio de incentivos económicos; la presente sentencia es declarada fundada.

### **Análisis del caso.-**

El presente caso es idéntico al anteriormente expuesto dado que en los dos casos los trabajadores que fueron despedidos, mantenían conversaciones de contenido sexual, y los magistrados basaron sus fundamentos en los tres puntos

anteriormente expuestos, claro que el magistrado Mesía Ramírez, en su voto hace una interesante observación para el caso de autos, el mencionado magistrado refiere que:

“[L]os hechos descritos a decir de la Sociedad emplazada constituyen evidencia que (el demandante) no viene ejecutando sus labores dentro de los parámetros establecidos por la compañía y originan las siguientes faltas: inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo, incumplimiento de las obligaciones laborales y utilización indebida de los bienes del empleador”<sup>49</sup>

Para el mencionado magistrado este hecho tendría que ser probado de manera válida sin afectar derechos fundamentales del trabajador porque como bien se desarrolló en el Marco Teórico, el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones es un derecho fundamental que se le atribuye cada persona, ahora para el caso hablamos de un hecho que sería probado mediante la intervención de comunicaciones privadas entre trabajadores, en ese caso estamos ante la vulneración de un derecho fundamental, e inmediatamente nos remitimos a que la Constitución prevalece sobre cualquier norma.

“En efecto, en la carta de preaviso de 19 de enero de 2010, el empleador comunica al demandante que: (...) pese a tener pleno conocimiento de las disposiciones contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo, **más aun teniendo en cuenta que usted ostenta el cargo Jefe de Agencia**, la empresa ha verificado con gran sorpresa y luego de una exhaustiva investigación que desde el mes de setiembre de 2009 a la fecha [enero 2010] usted ha hecho uso inadecuado del terminal de cómputo asignado, (...) utilizando el sistema Net Send. Asimismo, se ha verificado que usted ha hecho uso indebido del RPM \*200087 asociado a la línea 969900526, el mismo que le fuera entregado a su persona (...)” (énfasis agregado).

---

<sup>49</sup> En: [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe). STC recaída en el EXP. N.º 00114-2011-PA/TC, fundamento jurídico 9.

Al demandante se le imputa: (a) la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo, (b) el incumplimiento de sus obligaciones laborales y (c) la utilización indebida de los bienes del empleador; supuestos que se encuentran previstos como falta grave y, por tanto, como justificante del despido, en los incisos a) y c) del artículo 25º del Decreto Legislativo 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR. A tenor de la carta de preaviso y de los hechos que se encuentran acreditados por el empleador, es indiscutible y objetivo concluir, por ende, que el demandante incurrió en falta grave, lo que ha justificado su despido”<sup>50</sup>

En síntesis aunque los hechos descritos por la empresa emplazada han sido probadas la obtención de estas pruebas vulneran derechos fundamentales, cabe señalar que para que procede el despido es necesario probar la falta atribuida al trabajador, sin embargo el probar este hecho no amerita que el poder fiscalizador con el que cuenta el empleador pueda vulnerar derechos constitucionales para conseguir probar la falta cometida por el trabajador.

### **3.- STC recaída en el EXP. N.º 04224-2009-PA/TC**

Con fecha 9 de mayo de 2007, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito Tacna S.A. (CMAC-Tacna), solicitando que se deje sin efecto el despido arbitrario de que fue objeto y, en consecuencia, se ordene la reposición en el cargo que venía desempeñando como Jefa encargada del Órgano de Control Institucional de la CMAC – Tacna. Manifiesta que prestó servicios como Auxiliar de OCI, Asistente de OCI y Jefe (e) de OCI, desde el 1 de diciembre de 2004 hasta el 18 de abril de 2007, fecha en que fue despedida de su centro de labores por la presunta comisión de falta grave, consistente en la comunicación, a través de correos electrónicos con un ex trabajador, de información confidencial de la institución y dañando la honorabilidad del Presidente del Directorio y de la Gerencia. Refiere que el despido se sustenta

---

<sup>50</sup> En: [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe). STC recaída en el EXP. N.º 00114-2011-PA/TC, fundamento jurídico 3.

en hechos falsos, toda vez que los correos electrónicos carecen de validez probatoria y son fácilmente adulterables, y que se produjo sin la observancia del debido procedimiento, es decir, sin otorgarle el plazo para realizar sus descargos; la presente demanda fue declarada fundada.

### **Análisis del caso.-**

Conforme se aprecia en su fundamento jurídico 13:

“[p]or otro lado, si bien se ha acreditado la vulneración del derecho de defensa y con ello se restituye el derecho al trabajo de la actora, en tanto los correos electrónicos fueron usados como sustento para despedirla, es de suma importancia conocer 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. Al respecto, la Constitución en el artículo 2.10) establece que toda persona tiene el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, y precisa que “(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”<sup>51</sup>.

El presente fundamento nos remite íntegramente a que aunque los medios técnicos o soportes informáticos sean de la empresa no se puede excluir que el contenido de estos medios constituyen información que puede tener un carácter personalísimo, en consecuencia el trabajador al igual que cualquier persona tiene el derecho a la intimidad, derecho al secreto, y el derecho a la inviolabilidad de comunicaciones, ya que estos derechos son atribuidos de innatamente a toda persona.

---

<sup>51</sup> En: [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe). STC recaída en el EXP. N.º 04224-2009-PA/TC, fundamento jurídico 13.

El colegiado hace un énfasis con el fundamento jurídico 16 que señala:

“[e]s 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, 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. En tal sentido, 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). En tal sentido, en el presente caso, si se trataba de 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”<sup>52</sup>.

Lo que pretende este Colegiado es incidir en el hecho de que si el empleador quiere de manera justa despedir al trabajador este primero debe de iniciar correctamente un procedimiento que lo conlleve a probar la falta atribuida, como en anteriores casos ya se analizó el hecho de probar la falta no quiere decir que la obtención de la prueba se totalmente válida más aún cuando el empleador vulnera los derechos fundamentales del trabajador, la presente investigación tiene como objetivo general determinar si la ley de productividad y competitividad laboral, regula el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas

---

<sup>52</sup> En: [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe). STC recaída en el EXP. N.º 04224-2009-PA/TC, fundamento jurídico 16.

de manera proporcional frente a la facultad de fiscalización del empleador, si bien es cierto la ley laboral le faculta a través del artículo 9° al empleador un poder fiscalizador y sancionador este no es en detrimento de derechos fundamentales, en el caso en particular la prueba en que se demuestra la falta cometida por la trabajadora vulnera sus derechos fundamentales, esto quiere decir que aunque la empresa empleadora tenga el poder de fiscalización esta no puede investigar indiscriminadamente el contenido de las comunicaciones, documentos y otros instrumentos de sus trabajadores, solo porque se encuentra investido por una facultad inherente a la subordinación que tiene el trabajador, haciendo un énfasis la subordinación no implica que el trabajador se someta bajo condiciones que vulneren derechos constitucionales, es sino por el contrario el estado al cual se tiene una dependencia con el empleador.

De igual manera, debemos también hacer mención a la **STC EXP. N° 0158-2004-AA/TC**, con el cual el Tribunal Constitucional abordó la problemática del uso del correo electrónico en el centro de trabajo, conocido como el **CASO SERPOST**. En dicha oportunidad, un trabajador fue despedido por enviar correos electrónicos con contenido pornográfico a un compañero de trabajo y desde la cuenta de correo provista por la institución. A juicio del empleador, ello era contrario a la buena fe laboral por significar una utilización indebida de los recursos públicos dentro del horario de trabajo.

El Tribunal Constitucional sentenció que, en el caso concreto, *“el despido del trabajador violó el debido proceso porque contenía una imputación defectuosa de la falta y porque constituía una sanción desproporcionada e irrazonable para los hechos cometidos”*<sup>53</sup>.

Por otro lado, al hacer referencia a las diversas sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas con el despido arbitrario, tenemos que hacer mención

---

<sup>53</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Correo electrónico: entre la facultad de fiscalización, control del empleador y el derecho a la intimidad del trabajador”. En: Diálogo con la Jurisprudencia. N° 83, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2005

a la Sentencia del *Caso de Rosalía Huatuco*<sup>54</sup>, a manera de actualidad jurídica, puesto que el mismo establece cinco precedentes vinculantes referidos al despido de los trabajadores de entidades públicas sujetas a régimen laboral privado.

El **primer precedente vinculante** está contenido en el Fundamento 18 de la sentencia y establece que si un trabajador de entidad pública sujeta al régimen laboral privado es despedido sin causa justa y acredita la desnaturalización de sus contratos temporales (por ejemplo: contratos modales regulados en el Decreto Legislativo 728, o contratos CAS regulados por el Decreto Legislativo 1057) o de sus contratos civiles (es decir locación de servicios, servicios no personales, servicios por terceros, etc), no podrá ser repuesto, porque para ello se requiere que hubiera ingresado mediante concurso público a una plaza vacante y presupestada bajo contratación a plazo indeterminado.

El **segundo precedente vinculante** está contenido en el Fundamento 20 de la sentencia y establece que los funcionarios que contrataron fraudulentamente a un trabajador público que demuestra la desnaturalización de su contrato temporal o civil deben ser sancionados administrativamente por responsabilidad funcional, y si se produjeron daños económicos a la entidad incurren también en responsabilidad civil.

El **tercer precedente vinculante** está contenido en el Fundamento 21 de la sentencia y establece que las mencionadas reglas son de aplicación inmediata a partir de la publicación de la sentencia en el diario oficial El Peruano (lo cual debe producirse en los próximos días), inclusive a los procesos de amparo en trámite. Eso significa que los jueces constitucionales están obligados a aplicar estos precedentes vinculantes no sólo a los procesos de amparo que se inicien con posterioridad a la publicación de la sentencia en el diario oficial El Peruano sino a todo proceso de amparo que esté actualmente en trámite, lo cual determina que

---

<sup>54</sup> STC Exp. 05057-2013-PA/TC

miles de procesos vigentes sobre reposición de trabajadores públicos por desnaturalización de contrato serán desestimados por la judicatura constitucional. El **cuarto precedente vinculante** está contenido en el Fundamento 22 de la sentencia y establece que en todos los procesos de amparo vigentes sobre reposición, que por aplicación de estas reglas sean declaradas improcedentes, el juez constitucional deberá reconducir el proceso a la judicatura laboral para que el demandante solicite indemnización por despido, no pudiendo ser rechazada por extemporaneidad.

El **quinto y último precedente vinculante** está contenido en el Fundamento 23 de la sentencia y establece que los procesos de reposición de trabajadores públicos por desnaturalización de contratos que se inicien con posterioridad a la publicación de la sentencia Huatuco en el diario oficial El Peruano y sean desestimados aplicando estos precedentes no serán reconducidos a la justicia laboral, lo cual significa que el trabajador despedido no podrá acogerse a la indemnización por despido en caso se rechace su pedido de reposición.

En síntesis, a partir de la publicación de la sentencia del caso Rosalía Huatuco en el diario oficial El Peruano miles de procesos de amparo en trámite a la fecha sobre reposición laboral de servidores públicos de la actividad privada, que se sustenten en la desnaturalización de contratos temporales o civiles, serán desestimados por la justicia constitucional y reconducidos a la justicia laboral para que el demandante solicite si lo desea una indemnización por despido, y los nuevos procesos de reposición por esa misma materia y fundamentación serán simplemente denegados sin derivarlos a la justicia laboral.

## IV.2 JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Para la presente investigación se realizó la búsqueda de sentencias de los Tribunales Internacionales, en este caso tomaremos como referencia la Sentencia del Tribunal Español, ya que la facilidad del idioma nos permitirá tener un análisis comparativo cuasi equitativo. Asimismo, también haremos mención a diferentes

casos relacionados con el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, a nivel europeo como es el caso Copland vs. Reino Unido, y a nivel interamericano el caso Escher y otros vs. Brasil<sup>55</sup>.

El caso español, el cual es un ejemplo claro del abuso de la fiscalización del empleador, se verifica con la Sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 874-2002<sup>56</sup>, recurso interpuesto por la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de las comisiones obreras contra el BBVA. A rasgos directos los hechos se vierten sobre el manejo del correo electrónico laboral tanto de manera interna como de manera externa, el problema se tuvo cuando la Federación de trabajadores utilizó como medios de comunicación de información sindical los correos electrónicos laborales, esto quiere decir que la empresa BBVA fundamentaba que en horas laborales y a través de medios o instrumentos que pertenecen a la empresa pueden ser utilizados solo para uso laboral, por cuanto ellos en toda su potestad se encuentran en el derecho de fiscalizar el envío de los correos electrónicos. Desde la perspectiva de este caso, se puede corroborar la demostración de la hipótesis de la presente investigación, ya que la mencionada sentencia hace un freno a la facultad fiscalizadora del empleador, pues básicamente busca la restitución de los derechos constitucionales vulnerados.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de España hace una referencia a la importancia que tiene la comunicación mantenida durante horas laborales bajo los siguientes puntos:

“La comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa. En ese sentido, sin perjuicio del examen particular de las circunstancias específicas de cada caso, no es posible estimar por defecto que la recepción de mensajes en la dirección informática del trabajador en horario de trabajo produzca dicha perturbación. Llegar a esa conclusión permitiría también, por ejemplo, excluir la recepción de

---

<sup>55</sup> MATOS ZEGARRA, Mauricio. “El control de las comunicaciones electrónicas por parte del empleador” Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis. Lima. 2015.

<sup>56</sup> Portal del Tribunal Constitucional de España, Búsqueda de Jurisprudencia Constitucional [en línea], Consulta: 31 de diciembre del 2013.  
< <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es>>

correo ordinario del sindicato en el puesto de trabajo y, llevado al extremo el planteamiento de hipótesis posibles, podría situar a la empresa en un espacio incomunicado. Por lo demás, nada impide la lectura de los mensajes al finalizar la jornada o en las pausas existentes.

b) Tratándose del empleo de un medio de comunicación electrónico, creado como herramienta de la producción, no podrá perjudicarse el uso específico empresarial preordenado para el mismo, ni pretenderse que deba prevalecer el interés de uso sindical, debiendo emplearse el instrumento de comunicación, por el contrario, de manera que permita armonizar su manejo por el sindicato y la consecución del objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto. A tal efecto, resultaría constitucionalmente lícito que la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluyera en términos absolutos.

c) Finalmente, no teniendo fundamento el derecho en una carga empresarial expresamente prescrita en el Ordenamiento, la utilización del instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes.

Respetados todos esos límites, reglas y condiciones de uso, el empleo de instrumentos preexistentes y eficientes para la comunicación sindical resulta amparada por el art. 28.1 CE<sup>57</sup>.

Si bien el Tribunal Constitucional falla a favor de la protección del derecho a la comunicación de los trabajadores, este reconoce que el reglamento interno de las empresas debe de poner en conocimiento cuales son las reglas de la utilización de las herramientas laborales, esto equivale a que el trabajador tenga conocimiento

---

<sup>57</sup> En: <http://www.tribunalconstitucional.es>, Sentencia recaída en el recurso N° 874-2002, puntos a, b y c del fundamento jurídico 8.

de la forma de la utilización de los medios técnicos o soportes técnicos, conforme señala el catedrático Cándido Paz Ares, la libertad de empresa permite “asegurar a los individuos una esfera de actuación libre de injerencias estatales”<sup>58</sup>, como en España, en el Perú no solamente la libertad de empresa se contiene esencialmente en la actividad económica del Estado, es más con la referencia del libre ejercicio del desarrollo de la empresa, lo cual implica que tenga un reglamento interno que permita que sus actividades laborales sean eficaces, productivas y demás. Ahora dicho esto no implica que la libertad de empresa faculte a la empresa a políticas que sobrepasen derechos fundamentales.

Con los fundamentos precedidos se tiene que el Tribunal Considera que la empresa vulnera el derecho fundamental de la libertad sindical al prohibir que los trabajadores se comuniquen a través de los correos electrónicos de la empresa.

Ahora bien, respecto de los demás casos que mencionamos al inicio del Título, se tiene por ejemplo el caso Copland vs. Reino Unido en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) resolvió la demanda que Lynette Copland presentó contra el Reino Unido, alegando en virtud de los artículos 8 y 13 del Convenio de Protección de Derechos y Libertades Fundamentales de 1999 el seguimiento, que el “College” en el que trabajaba, realizaba de las llamadas telefónicas, correo electrónico y uso de Internet a los que tenía acceso a través de los medios que el propio “College” le proporcionaba.

El TEDH resolvió que la recogida y almacenamiento de información personal relativa a las llamadas telefónicas, comercio electrónico y navegación por internet de la demandante “sin su conocimiento”, constituye una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada y su correspondencia en el sentido del artículo 8 del Convenio de Derechos y Libertades Fundamentales de 1999, con lo cual dicho Tribunal extiende el concepto de medios de comunicación y, por tanto, el ámbito

---

<sup>58</sup> Citado en: ALEXIS, R. Teoría de los derechos fundamentales, Editorial tradicional España, Madrid, 1993; p. 155-156.

de protección del 18.3 CE, no solo a los mensajes en curso y no abiertos, sino a todos los mensajes y a los datos de tráfico.

Por otro lado, respecto del caso Escher y otros vs. Brasil, se tiene que en Mayo de 1999, la Policía Militar solicitó al poder judicial autorización para interceptar las líneas telefónicas de organizaciones vinculadas al Movimiento de Trabajadores Rurales Sin Tierra (MST). La autorización se dio de manera inmediata, sin ninguna fundamentación jurídica y sin la debida notificación al Ministerio Público. Durante 49 días las llamadas telefónicas fueron grabadas. La falta de argumentación legal para permitir las interceptaciones demuestran la clara intención de criminalizar a los miembros de esta organización.

Adicionalmente, las autoridades hicieron una edición tendenciosa de las grabaciones y distribuyeron el material a diversos medios de comunicación. El contenido editado de las grabaciones daba a entender erróneamente que los integrantes del MST planeaban un atentado a una funcionaria pública y al foro de Loanda. Las grabaciones fueron presentadas en diversos medios de comunicación y alcanzaron gran repercusión al ser transmitidas en el principal noticiero televisivo del país.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió sentencia condenatoria contra el Estado de Brasil por las interceptaciones telefónicas realizadas ilegalmente al Movimiento de Trabajadores Rurales Sin Tierra –MST- y realizadas con la participación activa de funcionarios judiciales.

La Corte consideró que el Estado brasileño violó el derecho a la vida privada, al honor y a la reputación de las víctimas, reconocido en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El derecho a la libertad de asociación, reconocido en el artículo 16, también fue violado, en perjuicio de los integrantes del MST que sufrieron el espionaje. Por fin, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25, también fueron violados.

## **CAPITULO II**

### **NECESIDAD DE REGULAR EN EL DECRETO LEGISLATIVO 728, LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL, EL DERECHO AL SECRETO Y A LA INVIOLEBILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS DEL TRABAJADOR, FRENTE A LA FACULTAD FISCALIZADORA DEL EMPLEADOR**

#### **TÍTULO ÚNICO**

#### **RESULTADOS**

En este capítulo se presentan los resultados obtenidos: a) de la revisión de los antecedentes; b) del análisis obtenido a través de las encuestas. El objetivo central de este capítulo es analizar en forma resumida tanto los antecedentes como los resultados de la encuesta de campo. Para las encuestas de campo se ha estudiado un universo de 40 personas, entre Magistrados y Jueces especializados de la Corte Superior de Justicia del Cusco. Los resultados de las presentes encuestas se presentan en forma de tablas y gráficas procesadas con un programa Excel. Como resultado de este capítulo, se han obtenido las conclusiones expuestas en el presente trabajo.

Las tablas han sido elaboradas con base en los datos obtenidos de las encuestas aplicadas a los profesionales de la Corte Superior de Justicia del Cusco. Los datos obtenidos con las encuestas han sido procesados en una base de datos, mediante el programa Excel, y analizadas estadísticamente tomando en cuenta las variables consideradas en el perfil del proyecto.

En este caso las columnas comprenden el porcentaje de las respuestas obtenidas a través de las encuestas, y las filas representan el número de respuestas obtenidas con las encuestas.

Las gráficas han sido elaboradas tomando en cuenta los datos obtenidos en las tablas respectivas y responden al objetivo de conocer la opinión de los encuestados respecto al tema de investigación. Las gráficas han sido elaboradas empleando un programa Excel y mediante el análisis o representación de los datos en gráficos circulares.

Es así, que en base a los análisis de las encuestas realizadas se ha encontrado que hay un porcentaje elevado de opiniones de Jueces que consideran que hay una vulneración de los derechos de los trabajadores.

OBJETIVO.- Determinar el nivel de conocimiento entre los Magistrados de la Corte Superior de Justicia del Cusco, acerca del Decreto Legislativo N° 728.

**TABLA N° 01**

FRECUENCIA DE RESPUESTAS OBTENIDAS EN TORNO AL DECRETO  
LEGISLATIVO 728

Aplicación	%
No	79.49
Si	20.51

\*FUENTE: elaboración propia

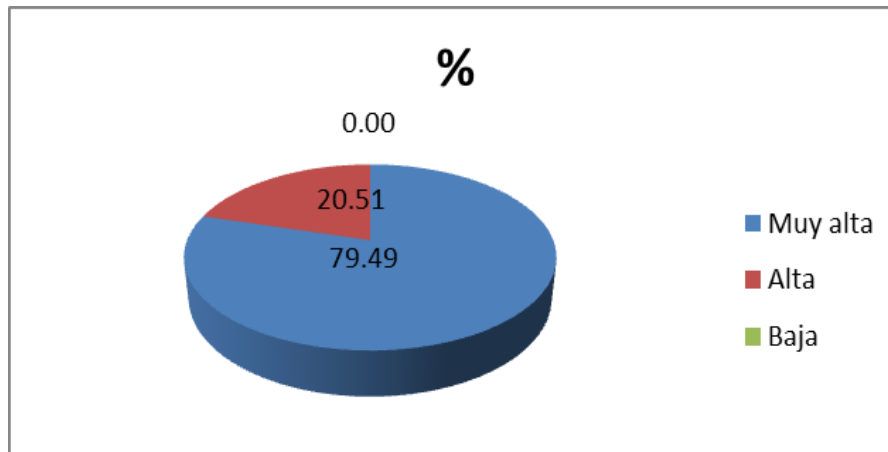
En la presente tabla se aprecia que del 100% de Magistrados encuestados, se tiene que el 79.49% opina que el Decreto Legislativo 728 no regula el Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas del trabajador, mientras que un 20.51% estaría en desacuerdo; motivo por el cual habría un abuso de la facultad de fiscalización del empleador.

**COMENTARIO:**

Como se observa, con base en los datos obtenidos sólo hay un porcentaje del 20% que manifiesta tener conocimiento sobre el Decreto Legislativo 728. Esto indica que el Decreto legislativo no es tomado en cuenta como un principio jurídico fundamental.

**GRÁFICA N° 01**

RESPUESTAS EN PORCENTAJE OBTENIDAS POR LAS ENCUESTAS A  
MAGISTRADOS



\*FUENTE: elaboración propia

**COMENTARIO:**

En la gráfica que antecede, se puede observar que la mayoría de los Magistrados considera que el Decreto Legislativo 728, no regula el Derecho al Secreto e inviolabilidad de comunicaciones, esta gráfica constituye una evidencia real de una transgresión a un derecho fundamental de los trabajadores, a través de un exceso en el uso de los derechos de fiscalización del empleador.

**OBJETIVO.-** Determinar si hay efectivamente existe vulneración del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores a través de la facultad fiscalizadora por parte de los empleadores.

**TABLA Nº 02**

FRECUENCIA DE RESPUESTAS EN TORNO AL CONOCIMIENTO SOBRE LA VULNERACIÓN AL DERECHO POR PARTE DE LOS EMPEALDORES

<b>Aplicación</b>	<b>%</b>
Totalmente	68.49
Medianamente	24.66
No opina	6.85

\*FUENTE: elaboración propia

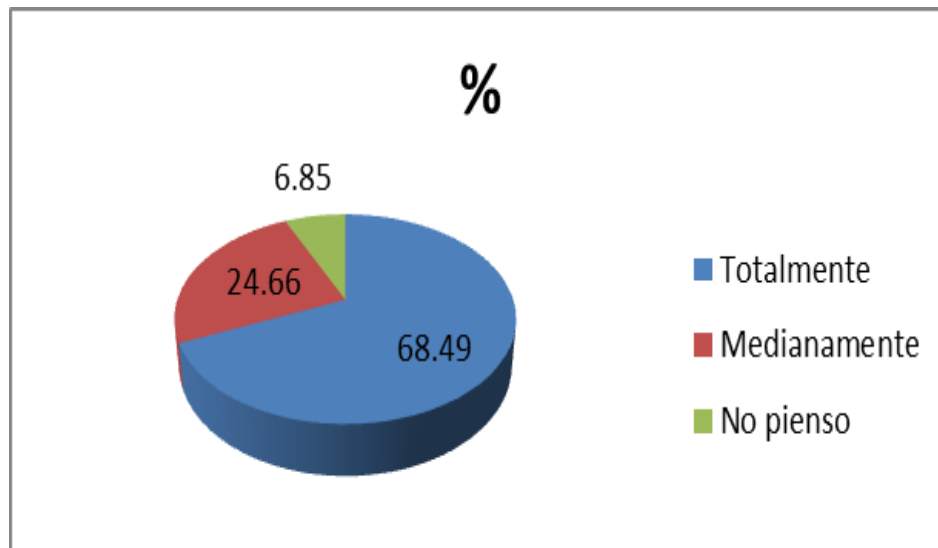
En la presente tabla se aprecia que del 100% de magistrados encuestados, se tiene que el 68.49% opina que la facultad fiscalizadora del empleador vulnera el Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas del trabajador, mientras que un 24.66% opina que sólo medianamente se daría tal situación, ante un 6.85% que no opina al respecto.

**COMENTARIO:**

Cabe precisar, que a pesar que los Magistrados encuestados expresan que hay una vulneración de los derechos de los trabajadores (secreto a las comunicaciones privadas), no se considera esto como una falta grave frente a los derechos establecidos por el Decreto Legislativo 728. Además el 6.85% manifiesta no tener ningún conocimiento al respecto.

**GRÁFICA N° 02**

RESPUESTAS EN PORCENTAJE OBTENIDAS POR LAS ENCUESTAS A  
MAGISTRADOS



\*FUENTE: elaboración propia

**COMENTARIO:**

En el presente cuadro se observa que al igual que en el caso anterior, la mayoría de los Magistrados opina que la facultad fiscalizadora vulnera el Derecho al secreto e inviolabilidad de comunicaciones del trabajador. Este aspecto puede estar en relación con la falta de una normatividad legal que ampare en forma efectiva al trabajador, motivo por el cual el empleador puede vulnerar los derechos de los trabajadores sin aparentemente quebrantar la ley vigente, lo que constituye evidentemente un vacío legal que no puede ser superado por el trabajador.

**OBJETIVO.-** Determinar si el Decreto Legislativo 728, vulnera el Derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas del trabajador frente a la facultad fiscalizadora del empleador.

**TABLA Nº 03**

FRECUENCIA DE RESPUESTAS FRENTE A LA VULNERACIÓN DE LOS  
DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

<b>Vulneración</b>	<b>%</b>
No opina	6.85
Medianamente	24.66
Totalmente	68.49

\*FUENTE: elaboración propia

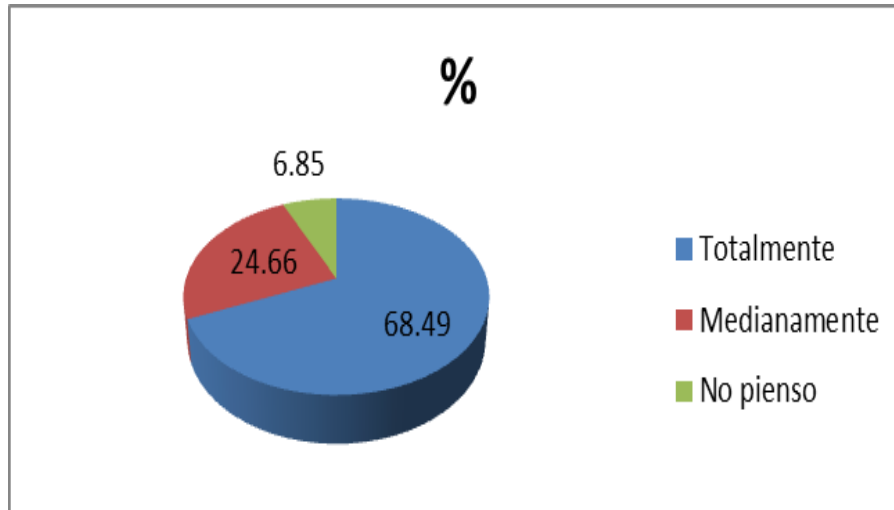
En la presente tabla se aprecia que del 100% de magistrados encuestados, se tiene que el 68.49% opina que el Decreto Legislativo 728 vulnera el Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas del trabajador, mientras que el 24.66% opina que dicha figura sólo se daría medianamente, ante un 6.85% que no tiene una opinión al respecto.

**COMENTARIO:**

Frente al objetivo planteado se observa que el 68% de encuestados, considera que efectivamente se vulnera el derecho de los trabajadores, pero a pesar de este conocimiento, el Decreto Legislativo 728 no es tomado en cuenta como herramienta fundamental en la preservación del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

**GRÁFICA N° 03**

RESPUESTAS EN PORCENTAJE OBTENIDAS POR LAS ENCUESTAS A  
MAGISTRADOS



\*FUENTE: elaboración propia

**COMENTARIO:**

La gran mayoría opina que el Decreto Legislativo 728 no garantiza el Derecho al secreto del trabajador. Este punto refuerza lo expresado en la gráfica N° 03, por cuanto en opinión de los encuestados el Decreto Legislativo 728 vulnera un derecho fundamental de los trabajadores. Sin embargo, hay un porcentaje que no tiene una opinión al respecto, lo que puede interpretarse como un desconocimiento de los Magistrados frente a un derecho fundamental de los trabajadores.

**OBJETIVO.-** Determinar si la vulneración del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones es causal de despido arbitrario.

**TABLA Nº 04**

FRECUENCIA DE RESPUESTAS EN TORNO A SI LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES ES CAUSAL DE DESPIDO ARBITRARIO

<b>Opinión</b>	<b>%</b>
No opina	6.85
Medianamente	24.66
Totalmente	68.49

\*FUENTE: elaboración propia

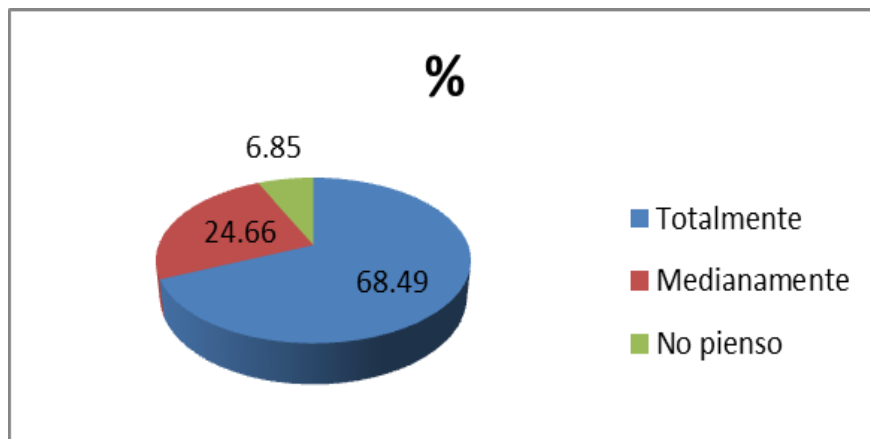
En la presente tabla se aprecia que del 100% de magistrados encuestados, se tiene que el 68.49% opina que la vulneración del Derecho al secreto de las comunicaciones privadas frente a la facultad fiscalizadora del empleador y termina siendo causal de despido arbitrario, mientras que el 24.66% opina que dicha figura sólo se daría medianamente, ante un 6.85% que no tiene una opinión al respecto.

**COMENTARIO:**

De acuerdo a los resultados obtenidos se observa que la vulneración de los derechos de los trabajadores es considerada como causal de despido arbitrario y un 6% de los encuestados manifiesta no tener conocimiento al respecto, lo que hace más evidente la necesidad de fortalecer el Decreto Legislativo 728.

**GRÁFICA N° 04**

RESPUESTAS EN PORCENTAJE OBTENIDAS POR LAS ENCUESTAS A  
MAGISTRADOS



\*FUENTE: elaboración propia

**COMENTARIO:**

Es de resaltar, que la mayoría de los encuestados considera que la no regulación del Derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador, genera el despido arbitrario por parte del empleador. Este aspecto es fundamental en el desarrollo del presente trabajo, por cuanto pone en evidencia que ante el desconocimiento de la legislación vigente y/o la existencia de vacíos legales puede crearse una figura arbitraria de despido arbitrario como un mecanismo de autoprotección del empleador sin que exista una causa real. En este sentido se pone en evidencia la necesidad de llenar estos vacíos de información como una forma de complementar la legislación vigente.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** De la recopilación de las unidades de estudio se tiene un exceso por parte del poder fiscalizador del empleador, un caso evidente es el de la STC recaída en el EXP. N.º 03599-2010-PA/TC, donde el empleador se excede al exhibir como prueba una conversación de naturaleza sexual que mantuvieron sus trabajadores, ésta presente conclusión verifica el exceso del poder fiscalizador del empleador.

**SEGUNDA.-** Con respecto a la vulneración del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas del trabajador, se ha cotejado en las diferentes unidades de estudio que efectivamente existe la vulneración al derecho fundamental de los trabajadores y que esta vulneración se produce a consecuencia del exceso del poder fiscalizador del empleador.

**TERCERA.-** Los despidos arbitrarios que se verifican en las unidades de estudios demuestran que el empleador al tratar de probar una falta grave comete un exceso, lo cual genera que se vulnere el derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas de los trabajadores.

**CUARTA.-** Los medios técnicos o soportes informáticos como correos electrónicos, chat y otros de similar naturaleza, no pueden ser fiscalizados indiscriminadamente, si bien durante el análisis de las unidades de estudio se observó que el empleador realizaba la fiscalización de correos electrónicos que contenían conversaciones privadas, el contenido de estas conversaciones se caracterizan por ser de índole personal, lo cual implica que es un derecho fundamental que tiene el trabajador a mantener en secreto su comunicación ya que es de carácter íntimo.

## SUGERENCIAS

**PRIMERA.-** Ante el exceso del poder fiscalizador del empleador, lo que se propone es regular dicho exceso con la propuesta de una norma a fin de determinar los límites del poder fiscalizador del empleador frente a la vulneración del derecho del trabajador de sus comunicaciones privadas.

**SEGUNDA.-** Existiendo una clara vulneración al derecho fundamental de los trabajadores, y que esta vulneración se produce a consecuencia del exceso del poder fiscalizador del empleador, se sugiere un proyecto de ley a fin de dilucidar los límites de cada derecho, tanto del empleador como del trabajador.

**TERCERA.-** Como consecuencia de dicha regulación, se reducirán ostensiblemente los casos de despidos arbitrarios teniendo como causal la vulneración del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

**CUARTA.-** Respecto de los medios informáticos, se sugiere que en dicho proyecto de ley se determine que el uso de los mismos, sean usados de manera proporcional y racional, en concordancia con las diferentes disposiciones legales que existan respecto de los reglamentos internos de trabajo.

**QUINTA.-** Mediante el presente trabajo la hipótesis ha sido comprobada por cuanto se evidencia una vulneración de los derechos de los trabajadores respecto del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, y la justificación ha sido desarrollada desde el punto de vista de su relevancia científica, humana, social y jurídica, por lo tanto se propone un proyecto de ley como consecuencia al trabajo realizado.

## PROYECTO DE LEY

La presente investigación recomienda la regulación del secreto de las comunicaciones privadas del trabajador, puesto que dentro de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobada por el Decreto Legislativo no se observa ningún artículo que proteja las comunicaciones privadas del trabajador, por cuanto se propone el siguiente artículo:

### **“Artículo XX.- De las comunicaciones privadas del trabajador**

El empleador no podrá fiscalizar las comunicaciones privadas del trabajador, ni constituirán prueba para atribuirle causa de falta grave”.

El presente artículo se fundamenta en el inciso 10 del artículo 2° de la Constitución, pues si bien se tiene que ante la vulneración de derechos fundamentales el despido es nulo, se debe de tomar en cuenta que en las unidades de estudio que demuestran nuestra hipótesis, el empleador toma como prueba las conversaciones de los trabajador para atribuirle una falta grave, y conforme se expuso en el Marco Teórico, no se puede vulnerar un derecho fundamental y de esta vulneración generar una prueba.

Cabe precisar, que a la fecha del presente trabajo, la Comisión de Trabajo y Seguridad Social recomendó al Congreso, dos proyectos de ley (Proyecto de Ley N° 4308/2010-CR y Proyecto de Ley N° 4345/2010-PE), que regulan el uso de los medios informáticos en los centros de trabajo, en el cual se espera que se precise los términos “irracional” y “desproporcionado”, así como la sanción que se determine sea consecuencia de un procedimiento de investigación, respetando los derechos de los trabajadores.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ARÉVALO VELA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo, Lima, GRIJLEY Editora Jurídica, 2008.
2. ALEXIS, R. Teoría de los derechos fundamentales, Editorial tradicional España, Madrid, 1993; p. 155-156
3. BUNGE, Mario. La Investigación Científica. Ed. Ariel, Barcelona, 1969.
4. CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. Tomo III, vigésima edición. Heliasta, Buenos Aires, 1981
5. DE BUEN, Néstor. Derecho del Trabajo, Porrúa Editora, México, 1986.
6. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. La Constitución Peruana de 1993, Lima, Grijley Editora Jurídica, 1994.
7. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Vigésima segunda edición, Lima, 2009.
8. Dialogo con la jurisprudencia, Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial, Gaceta Jurídica, Tomo 121, Lima, julio 2009.
9. Dialogo con la jurisprudencia, Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial, Gaceta Jurídica, Tomo 110, Lima, noviembre 2007.
10. LANCAS BUSTAMANTE, Carlos; Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo. Fondo editorial de la PUCP, mayo 2007.

11. HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNANDEZ COLLADO, Carlos, y BATISTA LUCIO, Pilar; Metodología de investigación 4ta Edición, Mc Graw Hill.
12. LANDA ARROYO, Cesar; Dignidad de la persona humana - Cuestiones constitucionales, revista mexicana de derecho constitucional 2002, págs. 110-138.
13. LARREA DE ROSSI, Jorge; “El despido motivado en el uso irregular del e-mail laboral”, En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 133, Gaceta Jurídica, Lima, octubre del 2009.
14. MATOS ZEGARRA, Mauricio. “El control de las comunicaciones electrónicas por parte del empleador” Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis. Lima. 2015.
15. NEVES, Javier; Introducción al Derecho Laboral. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2004.
16. OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, 1996, Buenos Aires.
17. RAMOS SUYO, J.A. ELABORE SU TESIS EN DERECHO, Editorial San Marcos, Lima, 2004.
18. RAMOS NÚÑEZ, Carlos. COMO HACER LA TESIS EN DERECHO y no envejecer en el intento. Gaceta Jurídica Editores, Lima, junio, 2000.
19. RENDON VÁSQUEZ, Jorge. Derecho del Trabajo- Teoría General I, GRIJLEY, Segunda Edición, 2007
20. RUBIO CORREA, Marcial; ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

# ANEXO I

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA  
ESCUELA DE POST GRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



NECESIDAD DE REGULAR EN EL DECRETO LEGISLATIVO 728, LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL, EL DERECHO AL SECRETO Y A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS FRENTE A LA FACULTAD FISCALIZADORA DEL EMPLEADOR, PARA EVITAR DESPIDOS ARBITRARIOS A PARTIR DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, AÑOS 2009-2013

Proyecto de Tesis presentado por el  
Bachiller:

**EDWAR STIP YABAR OLARTE**

Para optar el Grado Académico de:

**MAGISTER EN DERECHO  
CONSTITUCIONAL**

**AREQUIPA - PERÚ**

**2014**

## I. PREÁMBULO.

De un tiempo a esta parte, y en base a la información existente en el Perú, sobre diferentes problemas relacionados con los derechos del trabajador y los derechos del empleador, surge un gran conflicto de derechos fundamentales, pues por un lado, tenemos el Derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, el cual favorece de cierta manera al trabajador (previsto en el art. 2 inciso 10 de la Constitución), y por otro lado, la facultad fiscalizadora del empleador que tiene su matriz en el derecho a la libertad de empresa (previsto en el art. 59 de la Constitución). Por ende, surge la pregunta ¿a qué derecho se debe preferir? Ante este panorama, la jurisprudencia y la doctrina no es nada específica, tanto a nivel nacional como internacional.

Elijo este tema, pues a diario se ve claramente cómo se infringen ciertos derechos de los trabajadores, lo cual me parece un abuso por parte de los empleadores. En los casos que tomo como referencia del Tribunal Constitucional, también existe cierto abuso por parte de los empleadores, pues el hecho de trabajar para ellos, no implica que se tenga que obviar derechos constitucionales, pues si bien se es trabajador no se deja de ser ciudadano y persona humana.

En el transcurso del desarrollo del tema, se tiene el caso de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito Tacna (Expediente N° 4224-2009-PA/TC) que concluye con el despido por parte del trabajador, porque una empleada (Jefe de OCI de la Caja Municipal de Tacna), intercambió información considerada “confidencial” con el ex – jefe de OCI de dicha entidad. Ahora bien, también puede asumirse la existencia de vacíos legales o la falta de definición de algunos conceptos, como por ejemplo irracional, desproporcionado, confidencial o personal.

De la revisión de la jurisprudencia nacional, se tiene diferentes sentencias del Tribunal Constitucional Peruano y Tribunales Constitucionales internacionales, en las cuales se prioriza el Derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y terminan reponiendo a los trabajadores en sus respectivos

puestos laborales. Con estos antecedentes, lo que busco es un proyecto de ley en el Perú que ponga freno al abuso por parte del empleador en contra de los trabajadores, y ayude a sentar las bases de cómo resolver estos casos a futuro.

Arequipa, Julio del 2014

## **II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO.**

### **1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

#### **1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN:**

NECESIDAD DE REGULAR EN EL DECRETO LEGISLATIVO 728, LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL, EL DERECHO AL SECRETO Y A LA INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS FRENTE A LA FACULTAD FISCALIZADORA DEL EMPLEADOR, PARA EVITAR DESPIDOS ARBITRARIOS A PARTIR DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, AÑOS 2009-2013

#### **1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA:**

##### **1.2.1. CAMPO, ÁREA Y LINEA DE INVESTIGACIÓN**

Campo: Ciencias Jurídicas  
Área: Derecho Constitucional  
Línea: Necesidad de regular en el Decreto Legislativo 728, Ley de productividad y competitividad laboral

**1.2.2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES**

<b>VARIABLE</b>	<b>INDICADORES</b>	<b>SUB INDICADORES</b>
<p><b>(Variable independiente)</b>  <b>LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL D.L. 728</b>                      (conjunto de principios y normas jurídicas que protegen los derechos del trabajador frente al empleador)</p>	<p>EXISTENCIA DE UN MARCO NORMATIVO QUE GARANTIZA LA INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES</p>	Antecedentes
		Marco jurídico
		Doctrina
	<p>NECESIDAD DE CONTAR CON UN MARCO NORMATIVO QUE GARANTIZE LA INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES</p>	Antecedentes
		Marco jurídico
		Doctrina
<p><b>Variable dependiente</b>  <b>FACULTAD FISCALIZADORA POR PARTE DEL EMPLEADOR</b>                      (libertad del ejercicio laboral, que implica la libertad de organización, contratación e inversión del empleador)</p>	<p>EXISTENCIA DE UN MARCO DOCTRINARIO QUE GARANTIZE LA FACULTAD FISCALIZADORA DEL EMPLEADOR</p>	Antecedentes
		Marco jurídico
		Doctrina
	<p>EXISTENCIA DE JURISPRUDENCIA QUE EVITA LA ARBITRARIEDAD EN LOS DESPIDOS</p>	Concepto
		Jurisprudencia
		Tratamiento constitucional
<p>EXISTENCIA DE UN MARCO JURÍDICO Y DOCTRINARIO QUE GARANTIZA LA ESTABILIDAD LABORAL</p>	Mejor conocimiento de los trabajadores de sus derechos y deberes	
	Mejores condiciones de trabajo	

### 1.2.3. INTERROGANTES:

1. ¿El contenido del Decreto Legislativo 728, Ley de productividad y competitividad laboral, permite una adecuada relación entre la facultad de fiscalización del empleador y el Derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas de los trabajadores?
2. ¿El contenido del Decreto Legislativo 728, Ley de productividad y competitividad laboral, garantiza el Derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas frente a la facultad fiscalizadora del empleador?
3. ¿El Derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas del trabajador, están plenamente garantizadas en la legislación actual?
4. ¿La adecuada reglamentación de la ley ayudaría a establecer una frontera entre el poder de fiscalización del empleador y el Derecho a la intimidad del trabajador?

### 1.2.4. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

**Tipo:** Documental.

**Nivel:** Descriptivo.

## 1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

**Relevancia científica:** el presente proyecto contribuirá a un mejor conocimiento y entendimiento de la legislación laboral actual en el marco de las relaciones laborales: empleador - trabajador.

**Relevancia humana:** el conocimiento adecuado de la legislación laboral actual permitirá mejorar las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores mejorando la calidad de las relaciones entre ambos niveles.

**Relevancia social:** la mejora en las relaciones laborales permitirá mejorar la calidad de vida de la sociedad en su conjunto.

**Relevancia jurídica:** las mejoras que puedan producirse con el presente proyecto y consiguientemente introducirse en la legislación laboral actual, permitirá a los trabajadores contar con un instrumento legal más adecuado para sus derechos.

**Relevancia contemporánea:** la ejecución del presente proyecto debe contribuir a mejorar la formulación de instrumentos legales tomando en cuenta los derechos y deberes tanto de empleadores como de los trabajadores.

## 2. MARCO CONCEPTUAL

### 2.1 LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL – DECRETO LEGISLATIVO 728.

La naturaleza jurídica de la Ley de Productividad y Competitividad aprobada por el decreto Legislativo N° 728, se concentra en cuatro objetivos<sup>59</sup>, el primero es fomentar el crecimiento de los trabajadores en un entorno laboral, el segundo objetivo conducir la actividad de baja productividad hacia actividades de mayor actividad, el tercer objetivo es garantizar los derechos laborales de los trabajadores –vale decir que garantiza los derechos constitucionales del trabajador- frente a un despido arbitrario, y por último el cuarto objetivo es equilibrar y consolidar las normas de contratación laboral así como los beneficios; según el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo<sup>60</sup> la presente Ley se concentra en regular las relaciones entre trabajadores individuales y empleadores.

#### 2.1.1. Relaciones Laborales entre Trabajadores y Empleadores:

Cuando nos remitimos a definir específicamente qué relación existe entre los trabajadores y empleadores, lo conceptuamos de la siguiente manera ambas partes - trabajador y empleador- generan recíprocamente derechos y obligaciones; vale decir por parte del trabajador el principal de sus deberes es poner su capacidad de trabajo – prestación personal- a disposición del empleador y la obligación de éste es recibir ese trabajo y remunerarlo, en consecuencia partir de esta relación se tienen diferentes derechos y obligaciones es aquí por ejemplo donde se encuentra la subordinación<sup>61</sup>.

De lo antecedido anteriormente establecimos en general la relación entre trabajador y empleador, es a partir de esa idea que se originaron diversos conceptos como prestación

<sup>59</sup> RENDON VÁSQUEZ, Jorge. Derecho del Trabajo- Teoría General I, GRIJLEY, Segunda Edición, 2007, p. 7.

<sup>60</sup> “Portal del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo” [en línea]. Consulta: 05 de octubre de 2013.  
<<http://www.trabajo.gob.pe/index.php>>

<sup>61</sup> **ART. 9.- ALCANCES DE LA SUBORDINACION**

“Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las ordenes necesarias para la ejecución de las mismas (...)”

personal de servicios, la misma que se encuentra sujeta a una remuneración y la subordinación, para algunos autores como Javier Arévalo Vela la prestación personal de servicios, la remuneración y subordinación son caracteres o elementos que presumen la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado o indefinido<sup>62</sup>. La Ley de Productividad y Competitividad aprobada por el Decreto Legislativo N° 728 regula los contratos de trabajo a plazo indeterminado o contratos de trabajo sujetos a modalidad, aclaremos que para la Ley el primer contrato puede celebrarse en forma verbal o escrita, por otro lado el segundo contrato se encuentra sujeto a los requisitos señalados en dicha Ley; desde este punto podemos determinar de que el contrato de trabajo establece los diferentes términos y condiciones acordados por las partes intervinientes –trabajador y empleador-, no obstante dichos términos y condiciones no pueden ser contradictorios o vulnerables a la Ley de Productividad y Competitividad.

El presente ítem ha desarrollado puntos como la prestación personal de servicios, la remuneración, la subordinación y por último el contrato de trabajo, con dichos puntos lo que se pretende es llegar hasta la variable dependiente de la presente investigación, esto quiero decir, cuando hablamos de la relación laboral nos remitimos a tres elementos esenciales que como ya mencionamos son la prestación personal de servicios, la remuneración y la subordinación, estos mismos elementos se materializan en el contrato de trabajo, ahora el elemento que se conecta con nuestra variable dependiente es la subordinación porque a través de esta el empleador cumple con su función fiscalizadora, en consecuencia conforme señala el artículo 9° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral D. Leg. N° 728 “(...) *el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador*”; esta facultad fiscalizadora con la que cuenta el empleador cabe señalar está limitada por los derechos del trabajador, si bien se encuentra establecido la Ley que el empleador dentro de la relación laboral donde el trabajador se encuentra subordinado a él, este puede a discreción dictar normas u órdenes necesarias para que en caso de incumplimiento del buen servicio de la prestación personal, el trabajador sea sancionado; así como esta facultad puede sancionar, también se encuentra sujeta a la razonabilidad entre los derechos del

---

<sup>62</sup> ARÉVALO VELA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo, Lima, GRIJLEY Editora Jurídica, 2008, p.17.

trabajador y la sanción impuesta, y señalemos que los límites de razonabilidad del empleador al momento de aplicar una sanción deben de remitirse a los derechos fundamentales del trabajador, porque en caso de exceso en el ejercicio de su facultad fiscalizadora se estaría vulnerando derechos fundamentales del trabajador, y haciendo un paréntesis en caso de exceso de la facultad fiscalizadora del empleador, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral D. Leg. N° 728 no regularía ningún supuesto que prevea la vulneración de derechos fundamentales del trabajador.

### 2.1.2. Estabilidad Laboral

El contrato de trabajo ya sea bajo indeterminado o sujeto a modalidad lo que busca es la estabilidad en el empleo y la permanencia de la relación laboral, no obstante no se excluye la posibilidad de la estabilidad aún en aquellos contratos a plazo fijo o eventuales, la que en todo caso garantizaría al trabajador la efectividad en su empleo por el tiempo de duración del contrato<sup>63</sup>, si bien es cierto un país donde la estabilidad laboral se encuentra dentro del marco de la Ley, se puede decir que es un país donde existe el crecimiento económico.

Para García Belaunde los derechos económicos – sociales establecidos en la Constitución de 1993, son discutibles ya que según dicho autor la Constitución de 1993 no establece de manera explícita la estabilidad laboral, lo cual fue duramente criticado; sin embargo, como refiere dicho autor esto no es tan grave ya que la estabilidad laboral te la da el sistema económico y no las leyes<sup>64</sup>, no obstante cuando se creó la Ley de Productividad y Competitividad Laboral – aprobada por D. Leg. N° 728-, el reconocimiento de la estabilidad laboral<sup>65</sup> se estableció claramente.

Se puede entender por estabilidad laboral, como señala Puntriano Rosas en sentido estricto, es la situación que se constituye como la preservación del puesto

---

<sup>63</sup> DE BUEN, Néstor. Derecho del Trabajo, Porrúa Editora, México, 1986, pág. 56 y 57.

<sup>64</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo. La Constitución Peruana de 1993, Lima, Grijley Editora Jurídica, 1994, p. 22.

<sup>65</sup> **ART. 79°.- Derechos y beneficios de los contratados**

“Los trabajadores contratados conforme al presente título tienen derecho a percibir los mismo beneficios que por ley, pacto o costumbre tuvieron los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminado, del respectivo centro de trabajo y a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el periodo de prueba”

laboral<sup>66</sup>, vale decir la estabilidad laboral garantiza al trabajador la permanencia en su puesto laboral salvo que por causas justificadas no pudiera continuar, si bien señalamos anteriormente que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, contempla la protección de la estabilidad laboral del trabajador. Cabe recalcar que este mismo derecho se encuentra condicionado a que el trabajador supere el periodo de prueba, dicho esto podemos remitirnos a la situación en la cual el empleador quiebra esta estabilidad laboral sin causa justa o probable, en síntesis lo que se pretende con la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es evitar los despidos arbitrarios.

### 2.1.3. Despido Arbitrario

En el artículo 27° de la Constitución de 1993 se establece lo siguiente “*La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*”, por el citado artículo como refiere el jurista Gustavo Quispe Chávez<sup>67</sup> en sentido estricto la Constitución de 1993 no señala explícitamente que quiere decir “adecuada protección contra el despido”; sin embargo, lo que prevé el texto constitucional en cuestión es un derecho constitucional de configuración legal, esto quiere decir que cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, estas satisfagan un criterio mínimo de proporcionalidad o en su caso sean adecuadas para la protección del trabajador. Antes de finalizar con el análisis del artículo 27° de la Constitución de 1993, debemos señalar que dicho texto constitucional no solo protege en ámbito del ordenamiento del sector privado –D. Leg. N°728- sino se refiere a la protección de todo el ámbito de ordenamiento jurídico privado o público.

Para Bobadilla Sáenz<sup>68</sup> el despido consiste en el cese del vínculo laboral, el cual es instado por el empleador. En este concepto debemos aclarar que no se

---

<sup>66</sup> Citado en: El Derecho laboral y Previsional en la Constitución. Gaceta Jurídica, 2009, p. 27.

<sup>67</sup> *Ibíd*em, p. 166 y ss.

<sup>68</sup> Citado en: Dialogo con la jurisprudencia, Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial, Gaceta Jurídica, Tomo 121, Lima, julio 2009, p. 256.

refiere específicamente al despido arbitrario o al despido nulo. El despido arbitrario es aquel cese del vínculo laboral en el cual el empleador no media una causa justificada o esta no se puede comprobar en un juicio, por otro lado el despido nulo es aquel cese de vínculo por causales taxativas, principalmente las referidas a resguardar los derechos constitucionales y a la no discriminación.

La presente investigación va a profundizar casos como la STC N° 04224-2009-PA/TC, donde se media una causa justificada para proceder con el despido de una trabajadora, cabe hacer un paréntesis dentro de este ítem, si bien el empleador en dicho caso alegó una causa justificada que era desproporcional a la medida adecuada, ya que esta causa vulnera un derecho constitucional por cuanto no era razonable ni proporcional; dicho esto lo que se busca en el presente caso es evitar despidos arbitrarios que se contrapongan a derechos fundamentales.

## **2.2. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL – FACULTAD FISCALIZADORA**

Según León Vásquez<sup>69</sup> cuando una persona jurídica invoca sus derechos fundamentales dentro de los muchos que este puede tener, uno de los más importantes es el derecho a la libertad de empresa, derecho constitucional que encontramos en el artículo 59° de la Constitución Política del Estado, el establecimiento de la Libertad de empresa, significa en resumida cuenta el libre ejercicio de una persona jurídica, vale decir al igual que una persona humana puede desarrollarse libremente sin restricción alguna.

Francisco Fernández Segado comenta que en la Constitución Política del Estado de 1993, la libertad de empresa permite que el Estado ejerza su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo humano entre otros, asimismo el mencionado autor refiere que el derecho de libertad de empresa permite la

---

<sup>69</sup> Citado en: Dialogo con la jurisprudencia, Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial, Gaceta Jurídica, Tomo 110, Lima, noviembre 2007, p. 41.

organización de producción, vale decir permite que la producción de bienes y servicios sean prestados por empresas.

La libertad de empresa, como norma constitucional, es una norma superior; siendo que, como explica Rubio Correa<sup>70</sup>, la Jerarquía de normas es la "regla según la cual hay normas superiores y normas inferiores en rango, de tal manera que las superiores condicionan tanto la forma de emisión de las normas (pues dicen quien las debe dictar y como) como su contenido (dado que hay jerarquía, las normas inferiores deben respetar los mandatos de los superiores)."

El derecho de libertad de empresa permite que la empresa se desarrolle y ejerza su autonomía dentro de este derecho. Se debe de tener en cuenta la facultad fiscalizadora que tiene la empresa, de velar por el perfecto equilibrio en la producción de bienes y servicios, y haciendo un análisis más adelante la presente investigación desplegará diferentes ejemplos de cómo se materializa la facultad fiscalizadora de la empresa a través del derecho de libertad de empresa.

### **2.3. EL DERECHO AL SECRETO Y LA INVIOABILIDAD DE COMUNICACIONES**

En el artículo 2° inciso 10 de la Constitución Política del Estado, se encuentra señalado el derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados; muchos juristas constitucionales al desarrollar el Derecho al secreto de las comunicaciones algunos juristas son del criterio que este derecho constitucional no va ligado al derecho de intimidad y mucho menos son términos equivalentes; sin embargo, otra parte señala que el Derecho al secreto de comunicaciones va ligado al derecho de intimidad; a nuestro criterio el Derecho al secreto de comunicaciones está relacionado con diversos derechos constitucionales.

---

<sup>70</sup> Rubio Correa, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 17

Para el profesor Abad Yupanqui el Derecho al secreto de comunicaciones tiene como bien constitucionalmente protegido “el derecho de los titulares a mantener el carácter reservado de una información privada o lo que es lo mismo, a que ningún tercero pueda intervenir en el proceso de comunicación y conocer de la idea, pensamiento o noticia transmitida”<sup>71</sup>, en ese sentido cuándo estaríamos ante la vulneración de este derecho. Un ejemplo cotidiano son las interceptaciones de teléfonos celulares. Diversas sentencias del Tribunal Constitucional peruano como la STC N° 2863-2002- AA/ TC, que en su tercer fundamento jurídico señala “[...] el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene eficacia *erga omnes*, es decir garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean éstos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación”<sup>72</sup>, analizando el fundamento jurídico del Tribunal Constitucional podemos apreciar que el texto constitucional tiene un carácter formal de protección a las comunicaciones y documentos que son calificados como personales, íntimos o reservados. Ahora bien, con respecto a las interceptaciones de comunicaciones, estas siguen siendo carentes de una adecuada jurisprudencia, asimismo toquemos el ámbito de protección que tiene las comunicaciones en un centro laboral, aunque se realicen en horas de trabajo y bajo instrumentos o medios que pertenezcan a tu centro de trabajo, esas comunicaciones siguen teniendo la calidad de privadas o reservadas, salvo casos distintos, que más adelante en el desarrollo del análisis de unidades de estudio lo expondremos a fondo.

Un ejemplo resaltante del Derecho al secreto e inviolabilidad de comunicaciones es el caso de los petroaudios, la difusión del audio que se tuvo entre el ejecutivo de Petro Perú y un ex Ministro trajo consigo diversas opiniones, en su caso se habló de que la difusión del audio respondía al derecho constitucional de la libre expresión de los medios, asimismo se habla de audios que no se de carácter privado o íntimo sino algo que incumbe el interés público; conforme se tiene en la STC N° 655-2010-PHC/TC en su fundamento jurídico N° 20 señala “[p]ues bien, en el presente caso se advierte que las conversaciones telefónicas del beneficiario

---

<sup>71</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel B. EL DERECHO DEL SECRETO DE COMUNICACIONES, Revista Jurídica “Suplemento de análisis legal de EL PERUANO” N°493, AÑO 2014, p. 4.

<sup>72</sup> Portal del Tribunal Constitucional, Búsqueda de Jurisprudencia [en línea], Consulta: 30 de diciembre del 2013

< [http://www.tc.gob.pe/tc\\_jurisprudencia\\_ant.php](http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php) >

que sirven de fundamento al auto de apertura que se cuestiona no fueron interceptadas por agentes del Estado, por lo que la injerencia arbitraria en su vida privada no le es imputable al juez demandado, ni al fiscal que interpuso la denuncia. En este sentido debe destacarse que las conversaciones telefónicas del beneficiario no constituían información pública, por lo que su divulgación a través de los medios de prensa sin la autorización del beneficiario se tornó inconstitucional. Por esta razón este Tribunal considera que el Estado debe investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de la violación del derecho a la vida privada del beneficiario, consistente en la interceptación y divulgación de sus conversaciones telefónicas, así como la entrega de las conversaciones telefónicas a los medios de comunicación. Asimismo debe precisarse que la divulgación de las grabaciones telefónicas requiere de la autorización de sus interlocutores para que se legitima<sup>73</sup>, en el caso en concreto la comunicación no era de carácter íntimo o reservado arañaba el interés público, esta caso será expuesto con mayor amplitud en el Marco Teórico de la presente investigación.

#### 2.4. JURISPRUDENCIA COMPARADA

Para la presente investigación se realizó la búsqueda de sentencias de los Tribunales Internacionales, en este caso tomaremos como referencia las Sentencias del Tribunal Español, ya que la facilidad del idioma nos permitirá tener un análisis comparativo cuasi equitativo.

Un ejemplo claro del abuso de la fiscalización del empleador es el recurso de amparo núm. 874-2002<sup>74</sup>, recurso interpuesto por la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de las comisiones obreras contra el BBVA, a rasgos directos los hechos se vierten sobre el manejo del correo electrónico laboral tanto

---

<sup>73</sup>Portal del Tribunal Constitucional, Búsqueda de Jurisprudencia [en línea], Consulta: 30 de diciembre del 2013

< [http://www.tc.gob.pe/tc\\_jurisprudencia\\_ant.php](http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php) >

<sup>74</sup> Portal del Tribunal Constitucional de España, Búsqueda de Jurisprudencia Constitucional [en línea], Consulta: 31 de diciembre del 2013.

< <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es> >

de manera interna como de manera externa, el problema se tuvo cuando la Federación de trabajadores utilizó como medios de comunicación de información sindical los correos electrónicos laborales, esto quiere decir que la empresa BBVA fundamentaba que en horas laborales y a través de medios o instrumentos que pertenecen a la empresa, no pueden ser utilizados solo para uso laboral por cuanto ellos, en toda su potestad se encuentran en el derecho de fiscalizar el envío de los correos electrónicos. Desde la perspectiva de este caso nos puede corroborar la demostración de la Hipótesis de la presente investigación, ya que la mencionada sentencia hace un freno a la facultad fiscalizadora del empleador, pues básicamente busca la restitución de los derechos constitucionales vulnerados.

### **3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS.**

Al hacer la revisión de estudios de investigación en el sistema de biblioteca de la Universidad Católica Santa María, no se tienen estudios relacionados a la presente investigación o tenga similitud alguna. Sin embargo, de la biblioteca de la Escuela de Post Grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, se tiene la tesis “Análisis de la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza según el Tribunal Constitucional”, presentado por Sr. Carlos Ramiro Concha Valencia, para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa, guarda cierta relación con el presente trabajo, puesto que toca el tema de los despidos arbitrarios y sus fundamentos jurídicos de la estabilidad laboral.

### **4. OBJETIVOS.**

- 4.1. Determinar si el Decreto Legislativo 728, Ley de productividad y competitividad laboral, regula el Derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas del trabajador frente a la facultad de fiscalización del empleador.
- 4.2. Evaluar si la facultad fiscalizadora del empleador vulnera el Derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas del trabajador.

- 4.3. Establecer si el Decreto Legislativo 728, Ley de productividad y competitividad laboral, garantiza el Derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas del trabajador frente a la facultad fiscalizadora del empleador.
- 4.4. Comprobar la vulneración del Derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas del trabajador frente a la facultad fiscalizadora del empleador, vulneración que termina siendo causal de despido arbitrario.

## 5. HIPÓTESIS:

**DADO QUÉ**, el Decreto Legislativo 728, Ley de productividad y competitividad laboral, no permite una adecuada relación entre la facultad de fiscalización del empleador y el Derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas del trabajador. **ES PROBABLE QUE**, la aplicación del Decreto Legislativo genere un exceso en la facultad fiscalizadora del empleador ocasionando despidos arbitrarios.

## III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

### 1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE VERIFICACIÓN

#### 1.1 Precisar:

**Técnicas:** Para la recolección de datos se utilizará la Observación Documental, así como la encuesta.

**Instrumentos:** Documental y cuestionario.

## 1.2 Cuadro de Coherencias:

VARIABLE	INDICADORES	TECNICAS	INSTRUMENTOS
<b>(Variable independiente)</b> <b>LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL D.L. 728</b> (conjunto de principios y normas jurídicas que protegen los derechos del trabajador frente al empleador)	EXISTENCIA DE UN MARCO NORMATIVO QUE GARANTIZA LA INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES	Observación documental	Observación documental y la utilización de fichas de resumen (pues se revisará legislación comparada y doctrina respecto al tema materia de investigación)
	NECESIDAD DE CONTAR CON UN MARCO NORMATIVO QUE GARANTIZE LA INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES	Observación documental	Observación documental y la utilización de fichas de resumen (pues se revisará legislación comparada y doctrina respecto al tema materia de investigación)

<p><b>Variable dependiente</b></p> <p><b>FACULTAD FISCALIZADORA POR PARTE DEL EMPLEADOR</b></p> <p>(libertad del ejercicio laboral, que implica la libertad de organización, contratación e inversión del empleador)</p>	<p>EXISTENCIA DE UN MARCO DOCTRINARIO QUE GARANTIZE LA FACULTAD FISCALIZADORA DEL EMPLEADOR</p>	<p>Observación documental</p>
	<p>EXISTENCIA DE JURISPRUDENCIA QUE EVITA LA ARBITRARIEDAD EN LOS DESPIDOS</p>	
	<p>EXISTENCIA DE UN MARCO JURÍDICO Y DOCTRINARIO QUE GARANTIZA LA ESTABILIDAD LABORAL</p>	

**1.3 Prototipo de Instrumentos:**

**MODELO DE FICHA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL BIBLIOGRÁFICA N°**

**01**

**FICHA DE OBSERVACIÓN N°**

*Variable:*

**FACULTAD FISCALIZADORA POR PARTE DEL EMPLEADOR**

*Indicador:*

**DERECHO DE LIBERTAD DE EMPRESA**

*Sub Indicador:*

**ANTECEDENTES**

<b>SUB INDICADOR: Características</b>
<b>UNIDAD DE ESTUDIO: Legislación comparada</b>
<b>RESUMEN DEL SUB INDICADOR:</b>
<b>ANALISIS Y APRECIACIONES:</b>

**MODELO DE CUESTIONARIO N° 01**

¿Considera que el D.L. 728, Ley de productividad y Competitividad laboral, regula el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas del trabajador frente a la facultad de fiscalización del empleador?

Si ..... ( )      No ..... ( )      No sabe, No opina ..... ( )

¿La facultad fiscalizadora del empleador vulnera el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas del trabajador?

Si ..... ( )      No ..... ( )      No sabe, No opina ..... ( )

¿El D.L. 728, , Ley de productividad y Competitividad laboral, garantiza el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador frente a la facultad fiscalizadora del empleador

Si ..... ( )      No ..... ( )      No sabe, No opina ..... ( )

¿La vulneración del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas del trabajador frente a la facultad fiscalizadora del empleador termina siendo causal de despido arbitrario?

Si ..... ( )      No ..... ( )      No sabe, No opina ..... ( )

**2. Campo de Verificación.**

**2.1. Ubicación Espacial:** Tribunal Constitucional del Perú.

**2.2. Ubicación Temporal:** El tiempo de recolección de datos será durante el periodo de 2009- 2013.

### 2.3. Unidades de Estudio:

Se tiene la recolección de las diferentes sentencias del Tribunal Constitucional peruano en las que la facultad fiscalizadora del empleador vulnere el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en el total de 558 sentencias que se hicieron búsqueda, se tuvo siete (07) sentencias, de las cuales se tiene tres (03) donde se estiman las variables de la investigación; para el estudio de los casos haremos uso de los métodos de interpretación jurídica<sup>75</sup> e interpretación constitucional; dentro del estudio y análisis de las sentencias demostraremos los objetivos e hipótesis de la presente investigación.

La unidad de estudio está constituida por las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, en mérito de los procesos constitucionales EXP. N.º 03599-2010-PA/TC, EXP. N.º 04224-2009-PA/TC y EXP. N.º 00114-2011-PA/TC, relacionadas al Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas siendo causal de despido arbitrario, sentencias que se obtendrán de la página web del Tribunal Constitucional.

Asimismo se tiene como unidad de estudio las diferentes sentencias emitidas por los Tribunales Constitucionales Internacionales, relacionadas al Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas siendo causal de despido arbitrario, sentencias que se obtendrán de la página web de los correspondientes Tribunales Constitucionales.

### 2.4. Fuentes:

- Normatividad constitucional y legal nacional. Normatividad internacional. Constituciones de otros países y normas sobre Derechos Fundamentales (derecho al secreto e inviolabilidad de comunicaciones).
- Jurisprudencia nacional y extranjera.
- Doctrina (fuente bibliográfica)

### Universo.

El total de las 558 sentencias del Tribunal Constitucional del Perú, las mismas que durante los años 2009 – 2013 están relacionadas al Decreto legislativo 728.

---

<sup>75</sup> Interpretar es para el derecho: “comprender y hacer comprensible el sentido de la norma jurídica, delimitado su alcance y contenido”

**Muestra.**

Se ha determinado una muestra de siete (07) sentencias, de las cuales se tiene tres (03) donde se estiman las variables de la investigación.

**I. Determinación de las unidades de estudio**

**N: universo**

**n: muestras**

$$\text{Total de muestras} = \frac{N!}{(N-n)! n!}$$

$$\text{Total de muestras} = \frac{7!}{(7-3)! 3!} = \frac{7 \cdot 6 \cdot 5 \cdot 4 \cdot 3 \cdot 2 \cdot 1}{(7-3-2-1) 3 \cdot 2 \cdot 1} = 0$$

Si la coincidencia es 0 se tiene que el número de casos del universo verifica las unidades de muestra coincidentes con las variables.

**UNIVERSO Y MUESTRA ESTRATIFICADA DEL PROYECTO**

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON RELACIÓN AL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN	Total
DECRETO LEGISLATIVO 728 (UNIVERSO)	07
FACULTAD FISCALIZADORA POR PARTE DEL EMPLEADOR (MUESTRA)	03

### 3. Estrategia de Recolección de Datos

#### 3.1 ORGANIZACIÓN:

La tesis es individual y será desarrollada con la bibliografía con que cuenta el investigador y la necesaria a adquirir en las librerías nacionales y a través del acceso a Internet. Del mismo modo la jurisprudencia requerida es accesible en Internet.

#### 3.2 RECURSOS:

RECURSOS HUMANOS	CANTIDAD
Recopilación de sentencias	1 asistente
Informe final	1 persona

RECURSO FINANCIEROS	S/. NUEVOS SOLES
Fotocopia de sentencias	S/. 300.00
Materiales	S/. 300.00
Recursos humanos	S/. 400.00
<b>TOTAL</b>	<b>S/. 1000.00</b>

RECURSOS MATERIALES	UNIDADES
Papeles	2 millares

Lapiceros	1 caja
Tableros de campo	8 unid.
Libreta de notas	3 unid.

### 3.3 VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

Lo que se busca con los presentes instrumentos es recabar la información necesaria para saber las posiciones de diferentes magistrados, así como la parte resolutive de las sentencias en mención, y demostrar la falta de regulación del Decreto Legislativo 728 respecto del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, a fin de establecer mecanismos de defensa.

### 3.4 CRITERIOS PARA MANEJO DE RESULTADOS

Uso de estadística descriptiva.

## 6. CRONOGRAMA DE TRABAJO 2014

ACTIVIDADES	JUL				AGO				SET			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Recolección de datos		X	X									
Estructuración, Análisis y Sistematización de los resultados					X	X	X					
Informe final										X	X	

## BIBLIOGRAFÍA

1. ARÉVALO VELA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo, Lima, GRIJLEY Editora Jurídica, 2008.
2. ALEXIS, R. Teoría de los derechos fundamentales, Editorial tradicional España, Madrid, 1993; p . 155-156
3. BUNGE, Mario. La Investigación Científica. Ed. Ariel, Barcelona, 1969.
4. CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. Tomo III, vigésima edición. Heliasta, Buenos Aires, 1981
5. DE BUEN, Néstor. Derecho del Trabajo, Porrúa Editora, México, 1986.
6. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. La Constitución Peruana de 1993, Lima, Grijley Editora Jurídica, 1994.
7. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Vigésima segunda edición, Lima, 2009.
8. Dialogo con la jurisprudencia, Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial, Gaceta Jurídica, Tomo 121, Lima, julio 2009.
9. Dialogo con la jurisprudencia, Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial, Gaceta Jurídica, Tomo 110, Lima, noviembre 2007.
10. LANCAS BUSTAMANTE, Carlos; Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo. Fondo editorial de la PUCP, mayo 2007.

11. HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNANDEZ COLLADO, Carlos, y BATISTA LUCIO, Pilar; Metodología de investigación 4ta Edición, Mc Graw Hill.
12. LANDA ARROYO, Cesar; Dignidad de la persona humana - Cuestiones constitucionales, revista mexicana de derecho constitucional 2002, págs. 110-138.
13. LARREA DE ROSSI, Jorge; “El despido motivado en el uso irregular del e-mail laboral”, En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 133, Gaceta Jurídica, Lima, octubre del 2009.
14. NEVES, Javier; Introducción al Derecho Laboral. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2004.
15. OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, 1996, Buenos Aires.
16. RAMOS SUYO, J.A. ELABORE SU TESIS EN DERECHO, Editorial San Marcos, Lima, 2004.
17. RAMOS NÚÑEZ, Carlos. COMO HACER LA TESIS EN DERECHO y no envejecer en el intento. Gaceta Jurídica Editores, Lima, junio, 2000.
18. RENDON VÁSQUEZ, Jorge. Derecho del Trabajo- Teoría General I, GRIJLEY, Segunda Edición, 2007
19. RUBIO CORREA, Marcial; ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

**HEMEROGRAFÍA:**

1. ABAD YUPANQUI, Samuel B. EL DERECHO DEL SECRETO DE COMUNICACIONES, Revista Jurídica “Suplemento de análisis legal de EL PERUANO” N°493, AÑO 2014.
2. APARICIO VALDEZ, Luis. “Análisis Laboral”, enero 2000, Vol. XXIV, N° 271
3. APARICIO VALDEZ, Luis. “Análisis Laboral”, febrero 2000, Vol. XXIV, N° 272
4. APARICIO VALDEZ, Luis. “Análisis Laboral”, junio 2000, Vol. XXIV, N° 276.
5. TOMAYA MIYAGUSUKU, Jorge; “Correo electrónico: entre la facultad de fiscalización, control del empleador y el derecho a la intimidad del trabajador”, En diálogo con la Jurisprudencia N° 83, Gaceta Jurídica, Lima, agosto del 2005.
6. TOMO 44 GACETA CONSTITUCIONAL; Lima, Agosto del 2011.
7. UGARTE CATALDO, José Luis; El nuevo derecho del trabajo. Tercera edición, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2011.
8. VELÁSQUEZ VÉLIZ, Hugo Illitch; “Derechos fundamentales de los trabajadores, el poder de dirección del empleador y el uso del correo electrónico”, En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 79, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2005.

**INFORMATOGRAFÍA:**

1. [http://www.tc.gob.pe/tc\\_jurisprudencia\\_ant.php](http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php)
2. <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es>
3. <http://www.trabajo.gob.pe/index.php>
4. <http://blog.pucp.edu.pe/item/161780/derecho-al-secreto-y-la-inviolabilidad-de-las-comunicaciones-en-la-relacion-laboral>
5. [http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/dc3466804b4149d688bb89501dddbb53/CSJAP\\_D\\_ARTICULO\\_DOCTOR\\_JELIO\\_PAREDES\\_15052012.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=dc3466804b4149d688bb89501dddbb53](http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/dc3466804b4149d688bb89501dddbb53/CSJAP_D_ARTICULO_DOCTOR_JELIO_PAREDES_15052012.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=dc3466804b4149d688bb89501dddbb53)
6. FERNÁNDEZ, Tino. “Y si perder el tiempo en el trabajo no fuera tan grave?”; <http://www.expansion.com/2011/05/02/empleo/desarrollo-de-carrera/1304352945.html>

